



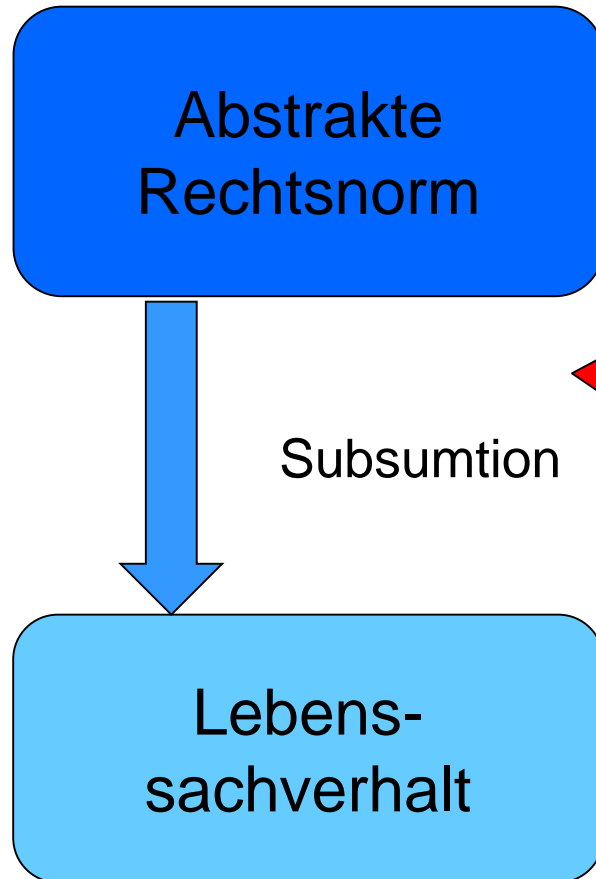
**HECKER WERNER HIMMELREICH
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

Warum verstehen sich Ingenieure und Vergabegerichte nicht?

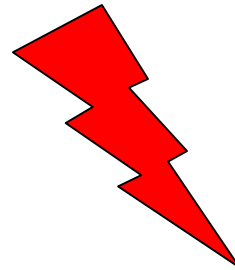
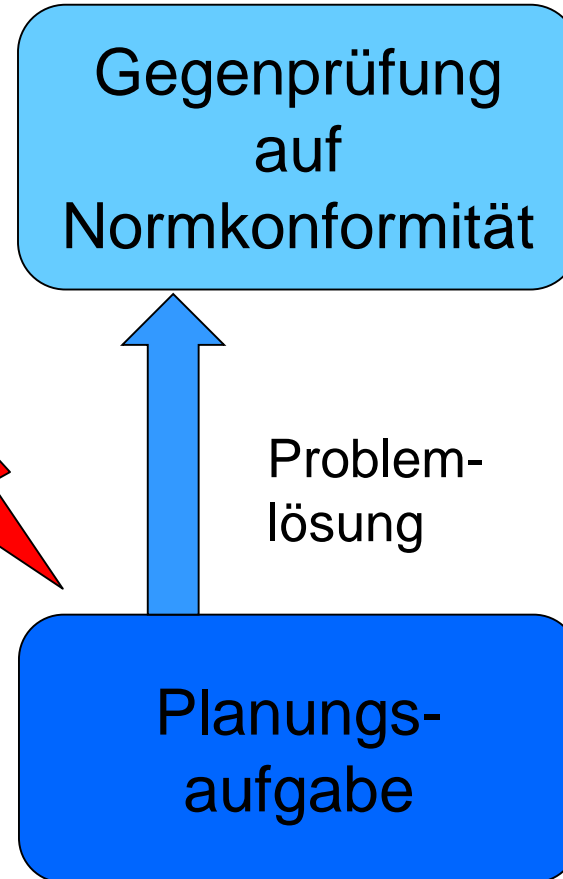
**Neuentwicklungen zu diversen Formen der
produktorientierten Ausschreibung**

**Informationsveranstaltung
am 24.01.2019**

Jurist:



Ingenieur:



Leistungsbeschreibung

- Im Vergabeverfahren: Grundlage des zu erteilenden Auftrags, bestimmt den Vertragsinhalt
 - Im offenen und nicht offenen Verfahren: nicht Gegenstand von Verhandlungen
- ⇒ Abweichungen führen zum **Angebotsausschluss** (§§ 13 EU Abs. 1 Nr. 5, 16 EU Nr. 2 VOB/A, § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV)

BGH, Urteil vom 18.02.2003 – X ZB 43/02

- AG hat „kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, sondern ist **gezwungen**, das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen“.
- „Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in **jeder** sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden.“

Varianten des Produktbezuges in der Leistungsbeschreibung

- Konkrete Produktvorgabe: „Fabrikat x, Typ y“
- **Verdeckte konkrete Produktvorgabe**
- Verweis auf ein konkretes Produkt mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“
- Unechte Produktorientierung
- Unverbindliche Produktangabe außerhalb der Leistungsbeschreibung

Konkrete Produktvorgabe: § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A, § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV

Zulässig, wenn:

- Bestimmung durch den Auftragsgegenstand **sachlich gerechtfertigt** ist
- AG gibt nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe an
- Gründe sind tatsächlich vorhanden
- Bestimmung diskriminiert andere Wirtschaftsteilnehmer nicht zusätzlich

Konkrete Produktvorgabe: Beispiele

- Komponenten zu bestehendem EDV-System
- Upgrade einer Hochschulverwaltungssoftware
 - „sanfte Migration“ statt „massiver Übergang“ auf alternative Software
 - Risiken von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsprobleme und Umstellungsaufwand

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.05.2013 – Verg 16/12

Konkrete Produktvorgabe: Beispiele

- Erweiterung einer Schließanlage
 - Stadtmöblierung
 - Drohnen für die Bundeswehr
 - Wesentliche Verringerung von Risikopotentialen (Fehlfunktionen, Kompatibilitätsprobleme, Umstellungsaufwand)
 - Schnellere Verfügbarkeit und Einsetzbarkeit
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 – Verg 36/16
- Allgemein: **Alleinstellungsmerkmal** (aber mit Vorsicht anzuwenden)

Gefahr: verdeckte konkrete Produktvorgabe

- In der Leistungsbeschreibung wird kein Produkt benannt.
- Aber: Die in der Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen werden nur von einem bestimmten Produkt erfüllt.
- Die Leistungsbeschreibung ist **auf ein Produkt zugeschnitten**.

Gefahr: verdeckte konkrete Produktvorgabe

- Es gelten die vergaberechtlichen Voraussetzungen für die konkrete Produktvorgabe (§ 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A, § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV)
- Ursache oft: Übernahme von Produktbeschreibungen von Herstellern
- Besonders oft bei technischen Geräten
- Anzeichen: sehr lange Texte, konkrete Maßangaben, Farbvorgaben

Übernahme von Herstellertexten: Werbeaussagen

„Wärmeakkumulatoren bestehend aus wärmesensibler Speichermasse aus Polypropylen, minimalste Druckverluste bei maximalem Wirkungsgrad über den gesamten Temperaturbereich. Kapazität der Speichermasse auf die Geräteleistung und Umschaltzyklen optimal abgestimmt.“

Übernahme von Herstellertexten: sinnlose Produktanforderungen als Folge

„Ringbusfähiger Ansaugrauchmelder

mit 2 komplett separaten Auswertekanäle. Dies ermöglicht den Anschluss von bis zu 2 Ansaugrohren pro Kanal.

-2 Stück hochempfindliche Lasersensorik mit prozessorgesteuerter Laseroptik für höchste Stabilität

-Empfindlichkeit in 9 Stufen einstellbar

-Einzigartiges Luftstrompendel zeigt den aktuellen Zustand des Luftstromes an

-USB-Schnittstelle

-Bedienmenü in 24 Sprachen

Technische Daten:

Betriebsspannung 18,5 ... 31,5 V DC“

Verweis auf Produkt mit Zusatz „oder gleichwertiger Art“

- § 7 EU Abs. 2 Satz 2 VOB/A, § 31 Abs. 6 Satz 2 VgV
 - Voraussetzungen:
 - „ausnahmsweise“
 - wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann
 - Angabe der Gleichwertigkeitskriterien
 - Herrschende Meinung: objektive Unmöglichkeit
- ⇒ **praktisch nicht relevant**

Verweis auf Produkt mit Zusatz „oder gleichwertiger Art“

Entschiedener Fall:

- Oberputz „Knauf Marmorit, Produkt SM 700 Pro“ oder gleichwertig
- Gleichwertigkeit nach optischem Erscheinungsbild zu beurteilen
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 33/12): Verweis ist zulässig!

Unechte Produktorientierung

- Erfindung des OLG Düsseldorf: Beschluss vom 09.01.2013 – VII-Verg 33/12, VergabeR 2013, 599
- OLG hat „langjährige und verbreitete Praxis der öffentlichen Auftraggeber“ anerkannt, „die auch den Bietern nicht fremd ist“
- Obiter dictum: bisher in der Rechtsprechung nicht abgesichert
- OLG Düsseldorf würde die Frage nach der Zulässigkeit wohl dem EuGH vorlegen, wenn es auf sie ankäme

Unechte Produktorientierung

- Nennung eines bestimmten **Produktes** mit dem Zusatz „**oder gleichwertiger Art**“
 - Produkte werden als Planungs-, Leit- oder Richtfabrikate nur beispielhaft genannt
 - Aus Sicht des Auftraggebers keine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt
 - Den Bietern soll lediglich die Bearbeitung des Angebots erleichtert werden.
- ⇒ **Erläuterung in den Vergabeunterlagen erforderlich**

Was ist „gleichwertig“?

- **Gleichwertigkeitskriterien** müssen benannt werden
- für jede Position
- Beispiele:
 - Oberputz: Optik
 - Schöck-Körbe: statische Funktion
 - Lüftungsgerät: technische Leistungsfähigkeit
- Gilt für:
 - **Produktverweis mit Zusatz „oder gleichwertiger Art“ nach § 7 EU Abs. 2 Satz 2 VOB/A, § 31 Abs. 6 Satz 2 VgV**
 - **unechte Produktorientierung**

Unverbindliche Produktangabe außerhalb der Leistungsbeschreibung

- Position wird vollständig in der Leistungsbeschreibung dargestellt
- Keine Verständnishilfe erforderlich
- Leistungsbeschreibung ist produktneutral
- Auch keine versteckte Produktvorgabe
- Lediglich in einer **gesonderten Anlage** werden Produkte angegeben, die der Planer bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung vor Augen hatte

Unverbindliche Produktangabe außerhalb der Leistungsbeschreibung

- Produktangabe ist nicht Teil der Leistungsbeschreibung
- und wird nicht Vertragsbestandteil
- Angebotene Produkte werden ausschließlich nach der Leistungsbeschreibung und nicht nach der Produktangabe geprüft
- **Keine Gleichwertigkeitsprüfung**

Unverbindliche Produktangabe außerhalb der Leistungsbeschreibung

- Produktangabe dient nur der Vereinfachung der Angebotsbearbeitung durch die Bieter
 - Neuentwicklung: in der Rechtsprechung **nicht abgesichert**.
- ⇒ **Erläuterung in den Vergabeunterlagen erforderlich**

Beispiel: vergaberechtlich korrekte Beschreibung eines Spielgerätes?

- produktneutral?
- Sicherung der gewünschten Qualität?
- Gleichwertigkeitskriterien?



Herzlichen Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Norbert Reuber

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

David Poschen

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Vergaberecht

HECKER WERNER HIMMELREICH

Rechtsanwälte Partnerschaft

Sachsenring 69

50677 Köln

Telefon: +49 (0)2 21 / 92 08 1 147

Telefax: +49 (0)2 21 / 92 08 1 88147

E-Mail: rb@hwlaw.de

dp@hwlaw.de

Internet: www.hwlaw.de