

## KOINNO ROADSHOW: Funktionale Leistungsbeschreibung

Online-Veranstaltung  
03.05.2022

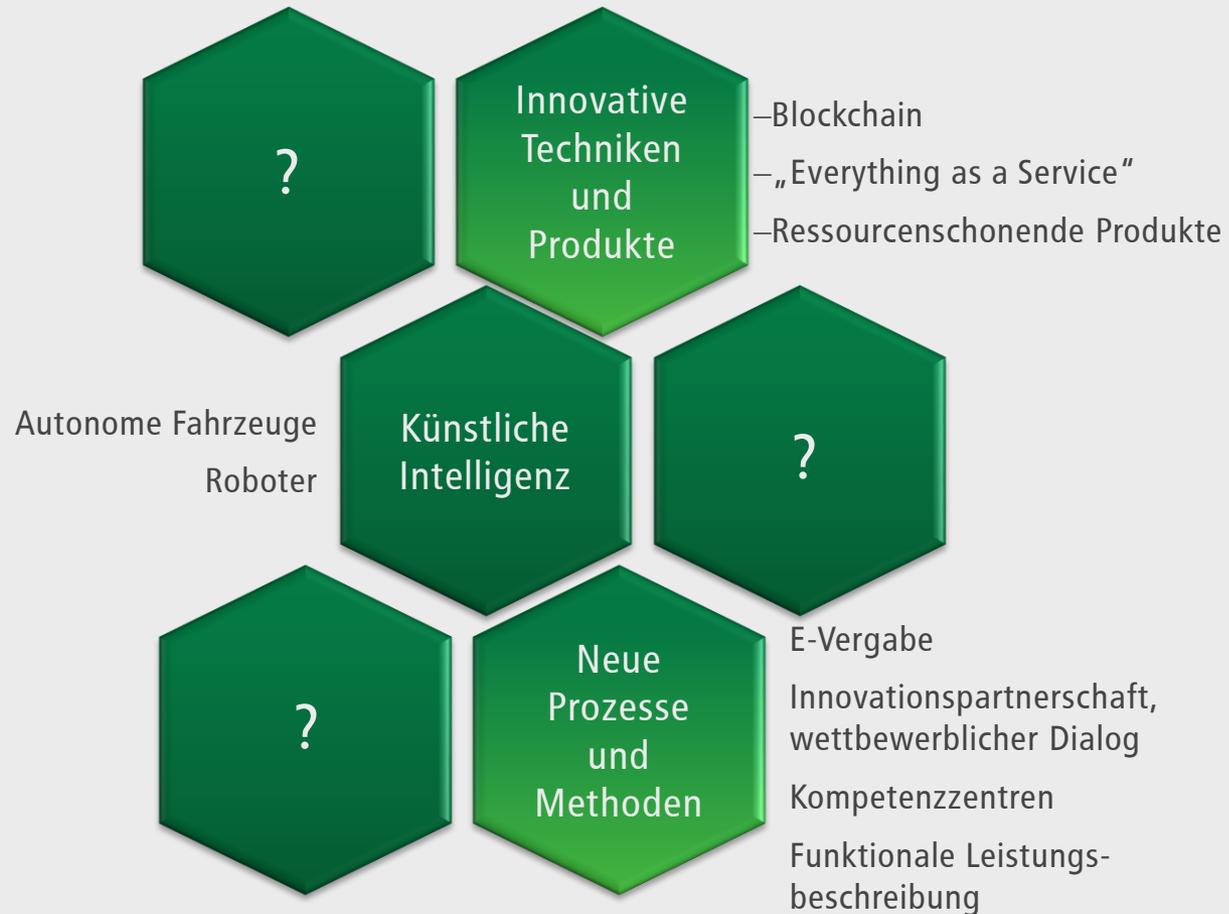
**Dr. Rebecca Schäffer, MJJ**

avocado rechtsanwälte  
spichernstraße 75-77  
50672 köln  
t +49 [0]221.39 07 10  
f +49 [0]221.39 07 129  
e-mail koeln@avocado.de  
www.avocado.de



# Chancen und Risiken innovativer öffentlicher Beschaffung

## Was bedeutet eigentlich „Innovation“?



# Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

## Was bedeutet „Innovation“?

- ▶ Innovation kann letztlich alles sein, was grundlegend neu ist oder erneuert bzw. weiterentwickelt wurde.
- ▶ Die OECD definiert eine Innovation wie folgt:  
*„Eine Innovation ist die Einführung eines neuen oder signifikant verbesserten Produkts (oder auch eine Dienstleistung), eines neuen Prozesses oder einer neuen Marketing- oder Organisationsmethode in die Geschäftspraxis, die Arbeitsabläufe oder die externen Beziehungen.“*

Quelle: OECD/Eurostat (2005): „OSLO Manual: Guidelines for collecting and interpreting innovation data“, 3. Aufl., Paris: OECD/Eurostat, S. 46

- ▶ Dementsprechend können vier Arten von Innovationen unterschieden werden.
  - **Produkt- und Dienstleistungsinnovation**
  - **Prozessinnovation**
  - Marketinginnovation
  - Organisationsinnovation

# Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

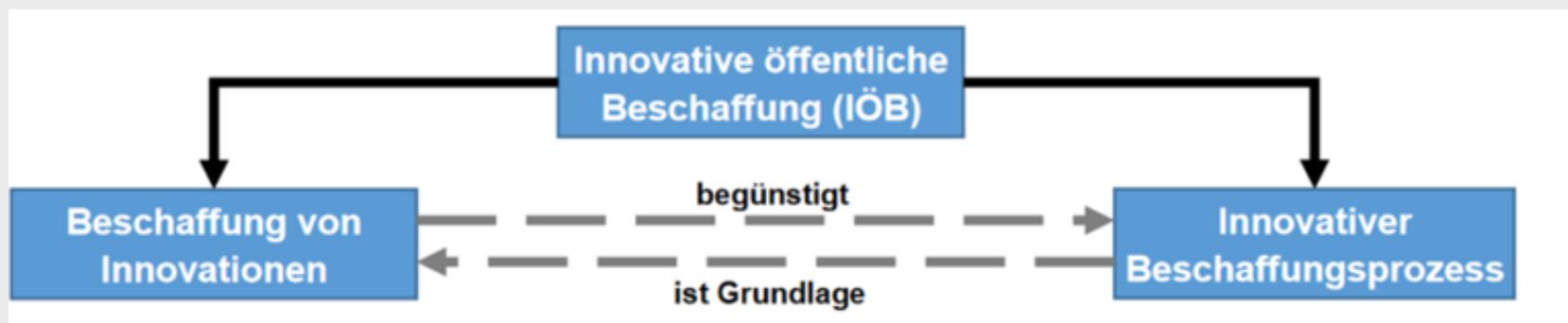
## Gesetzliche Vorgaben und Grundlagen von iöB

### Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

#### § 97 Grundsätze der Vergabe

- (1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.
- (2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
- (3) **Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.**

## Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)



(Quelle: FoRMöB/ BME (2016): „Konzeption einer innovativen öffentlichen Beschaffung (iöB) – Definition und Handlungsansätze für eine innovative Beschaffung im öffentlichen Sektor“, S. 20).

➔ Je besser die öffentliche Beschaffung strukturell und prozessual aufgestellt ist, desto einfacher wird es mit der eigentlichen Beschaffung von innovativen Lösungen!

# Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

## Innovationsstrukturen und Innovationsprozesse

- ▶ **Innovationsstrukturen:**
  - Expertennetzwerke
  - Externer Erfahrungsaustausch
  - Interner Erfahrungsaustausch
  - Benchmarking
  
- ▶ **Innovationsprozesse:**
  - Ganzheitliches Projektmanagement
  - Interdisziplinäre Projekt-Teams
  - Einbindung der Bedarfsträger als interne Kunden
  - Anreize für Beschaffer

**Strategische Beschaffung**

# Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

## Innovationsmethoden und -instrumente

### ► **Innovationsmethoden:**

- Markterkundung
- Zulassung von Nebenangeboten
- Funktionale Leistungsbeschreibungen
- MEAT-Ansatz bzw. Lebenszykluskostenberechnung

### ► **Innovationsinstrumente:**

- Verhandlungsverfahren
- Wettbewerblicher Dialog
- Innovationspartnerschaft

# Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

## Schlussfolgerungen für das heutige Schwerpunktthema

- ▶ **iöB fordert und fördert das Verlassen „eingetretener Pfade“ bei der Beschaffung**
  - Daraus entstehen regelmäßig – jedenfalls anfänglich – Unsicherheiten auf Seiten der Beschaffer/Auftraggeber, aber auch der Bieter
  
- ▶ **iöB erfordert komplexere Verfahren und Wertungsmethoden**
  - Hohe Anforderungen gemäß den Grundsätzen der Transparenz, Gleichbehandlung und des (fairen) Wettbewerbs
  
- ▶ **iöB bietet aber auch Möglichkeiten und Spielräume, „besser“ zu beschaffen**
  - Gezielte Beschaffung von Innovationen
  - Förderung von innovativen Leistungen durch „offene“ Leistungsbeschreibungen und „innovationsfreundliche“ Bewertungssysteme
  - Nutzen von Instrumenten zur Absicherung der innovativen Beschaffung / Beschaffung von Innovationen (z.B. Ex-ante-Bekanntmachung, Markterkundung, Dokumentation)



**Vergaberechtliches Schwerpunktthema:  
„Vergaberechtliche Anforderungen  
an Leistungsbeschreibungen“**

# KOINNO Roadshow – Funktionale Leistungsbeschreibung

1. Grundlagen der Leistungsbeschreibung
2. Inhalte von Leistungsbeschreibungen
3. Die verschiedenen Arten von Leistungsbeschreibungen

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Die Leistungsbeschreibung als Teil der Vergabeunterlagen

- ▶ Die **Vergabeunterlagen** umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe zu ermöglichen.
  
- ▶ Sie bestehen in der Regel aus
  - a) dem **Anschreiben** (Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen),
  - b) Der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (**Bewerbungsbedingungen**), einschließlich der Angabe der Zuschlagskriterien, sofern nicht in der Bekanntmachung bereits genannt und
  - c) den Vertragsunterlagen, die aus **Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen** bestehen.

(§ 29 Abs. 1 VgV; § 8 Abs. 1 VOB/A(-EU); § 16 Abs. 1 VSVgV; § 21 UVgO; § 8 Abs. 1 VOL/A; keine spezifische Regelung in der SektVO)

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Ausgangspunkt: Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers (1)

- ▶ Grundsätzlich gilt, dass der Gegenstand der Beschaffung der freien Bestimmung des öffentlichen Auftraggebers unterliegt (**Leistungsbestimmungsrecht**).
- ▶ Er hat in den Vergabeunterlagen festzulegen, **welche Eigenschaften und Beschaffenheitsmerkmale die Leistung aufweisen soll**.
- ▶ Dagegen können Bieter nicht mit Erfolg beanspruchen, dem Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Merkmalen und Eigenschaften, als von ihm festgelegt worden ist, anzudienen (OLG Düsseldorf v. 22.10.2009, Verg 25/09).
- ▶ Es besteht auch **keine Verpflichtung des Auftraggebers**, mögliche oder tatsächlich bestehende **Wettbewerbsvor- oder -nachteile** potentieller Bieter durch die Gestaltung des Vergabeverfahrens und der Leistungsbeschreibung **auszugleichen** (vgl. VK Bund v. 29.02.2016, VK 2 – 36/15).

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Ausgangspunkt: Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers (2)

- ▶ Insofern sind die Vorschriften des Vergaberechts „im Lichte des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers auszulegen und anzuwenden“ (OLG Düsseldorf v. 03.03.2010, Verg 46/09; VK Münster v. 18.03.2010, VK 1/10).
- ▶ Von Vorgaben der Ausschreibung/Leistungsbeschreibung darf der Bieter **nicht eigenmächtig abweichen**, ansonsten ist sein Angebot (i.d.R.) auszuschließen.
- ▶ Vielmehr muss der Bieter „Veränderungsvorschläge“ im Rahmen des Vergabeverfahrens an den Auftraggeber adressieren und eine entsprechende Anpassung der Vergabeunterlagen anregen.

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Grenzen der Beschaffungsfreiheit

- ▶ Seit einigen Jahren halten zunehmend Umweltvorschriften Einzug in das Vergaberecht, die den Grundsatz der Leistungsbestimmungsfreiheit wenigstens berühren, wenn nicht gar einschränken, allen voran
  - § 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)
  - § 13 Bundesklimaschutzgesetz (KSG)
  - § 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima)

➡ Dazu noch mehr im 360°-Blick

- ▶ Außerdem: Pflicht zur Produktneutralität (allerdings mit Ausnahmen in Fällen, in denen eine Produktvorgabe gerechtfertigt ist)

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Grundlagen der Leistungsbeschreibung

- ▶ Nur eine präzise Leistungsbeschreibung kann eine spätere Vergleichbarkeit der abgegebenen Angebote gewährleisten
- ▶ Kein Rückgriff auf Leistungsbeschreibungen bereits erfolgter Vergaben, da wegen der Komplexität immer auf den Einzelfall abzustellen ist
- ▶ Vorsicht: Fehler in der Leistungsbeschreibung oder „veraltete“ Vorgaben können schwerwiegende Folgen haben!
- ▶ Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung dürfen nicht zulasten des Bieters gehen.
- ▶ Auch einseitige Abänderungen der Leistungsbeschreibung zur „Heilung“ von Mängeln sind unzulässig.

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Grundsätze der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB, § 23 UVgO, §§ 7 f. VOB/A)

- ▶ **Eindeutige und erschöpfende** Leistungsbeschreibung
  - Ziel: exakte Preisermittlung und Vergleichbarkeit der Angebote, vgl. VK Bund v. 30.03.2004, VK1-5/04.
  - Sichert aber auch beide Vertragsparteien ab vor Streitigkeiten über das geschuldete Leistungssoll und die hierfür geschuldete Vergütung.
  
- ▶ **Weitere grundsätzliche** (zum Teil unterschiedliche) **Vorgaben** finden sich in den einzelnen Vergabeordnungen, wie z.B.
  - Grundsatz der Produktneutralität
  - Zulässigkeit von Merkmalen, die Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen
  - Zulässigkeit von Kriterien, die sich auf jedes Stadium des Lebenszyklus beziehen
  - Verbot ungewöhnlicher Wagnisse (nur im VOB-Bereich)

# KOINNO Roadshow – Funktionale Leistungsbeschreibung

1. Grundlagen der Leistungsbeschreibung
2. Inhalte von Leistungsbeschreibungen
3. Die verschiedenen Arten von Leistungsbeschreibungen

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Inhalte der Leistungsbeschreibung – Ausgangspunkt

- ▶ §§ 121 GWB, 23 UVgO bzw. 7 f. VOB/A:
  - Beschreibung
    - » der **Leistungsanforderungen** oder
    - » der **Funktionsanforderungen** oder
    - » der zu lösenden **Aufgabe** (Aufgabenbeschreibung) sowie
    - » der **Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung**.
  
- ▶ § 121 GWB und § 23 UVgO stellen diese Anforderung voran und „denken“ sie als **Kategorisierung von Leistungsbeschreibungen**.
  
- ▶ Demgegenüber „kategorisiert“ die VOB/A erst in den §§ 7b und 7c – siehe dazu noch sogleich.

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Inhalte der Leistungsbeschreibung – Kategorisierung in § 121 GWB, 23 UVgO

- ▶ **„Leistungsanforderungen“** werden in diesem Zusammenhang in Deutschland meist mit **konstruktiv-beschreibenden Detailvorgaben** gleichgesetzt (→ **„konstruktive“** oder auch **„konventionelle Leistungsbeschreibung“**).
  - EU-rechtlich meint der Begriff dagegen eher „Leistungsmerkmale in betriebswirtschaftlicher Hinsicht“ („Output“).
- ▶ **„Funktionsanforderungen“** werden in diesem Zusammenhang in Deutschland meist mit **funktionalen Vorgaben gleichgesetzt** (→ **„funktionale Leistungsbeschreibung“**).
  - EU-rechtlich meint der Begriff dagegen eher „ergebnisorientierte Spezifikationen“ („Nutzeffekte“).
- ▶ **„Aufgabenbeschreibungen“** werden in Deutschland meist mit Leistungsbeschreibungen für **Planungsleistungen** gleichgesetzt
  - EU-rechtlich hat der Begriff kein Pendant

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Inhalte der Leistungsbeschreibung für Liefer- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich (§ 31 VgV)

- ▶ Beschreibung der (technischen) **Merkmale des Auftragsgegenstands**
  - in Form von **Leistungs- oder Funktionsanforderungen** oder einer **Beschreibung der Aufgabe**,
  - unter Bezugnahme auf die in **Anlage 1** definierten **technischen Anforderungen** oder gleichwertig oder
  - als Kombination von den Nummern 1 und 2
    - » in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf die technischen Anforderungen gemäß Nummer 2 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- und Funktionsanforderungen oder
    - » mit Bezugnahme auf die technischen Anforderungen gemäß Nummer 2 hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- und Funktionsanforderungen gemäß Nummer 1 hinsichtlich anderer Merkmale.

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Inhalte der Leistungsbeschreibung für Liefer- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich (§ 31 VgV)

- ▶ **„Leistungsanforderung“** im Sinne der VgV meint dabei alle nicht auf eine Funktionsanforderung bezogenen Spezifikationen, wie z.B.
  - Anforderungen an die Benutzeroberfläche oder das Antwortverhalten einer Software
  - Anforderungen an die Dichte oder Feuerfestigkeit eines Gewebes
  - Anforderungen an die Lebensdauer einer Batterie
  - Anforderungen an das Servicelevel, den Kundendienst, den Lieferzeitpunkt etc.
- ▶ **„Funktionsanforderung“** im Sinne der VgV meint dagegen alle auf eine Funktion bezogenen Spezifikationen, wie z.B.
  - Sicherzustellende „Aktionen“ einer Software
  - Sicherzustellende Funktionen eines technischen Geräts
  - Möglichkeiten der Interaktion mit vorhandener Infrastruktur

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Inhalt der Leistungsbeschreibung für Liefer- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich (§ 31 VgV)

#### Anlage 1 zur VgV „Technische Anforderungen“ (angelehnt an Anhang VII der RL 2014/24/EU):

- ▶ **„Technische Spezifikationen“** hat eine der folgenden Bedeutungen:
  - **bei öffentlichen Dienstleistungs- oder Lieferaufträgen** eine **Spezifikation**, die in einem **Schriftstück** enthalten ist, das **Merkmale für ein Produkt oder eine Dienstleistung vorschreibt**, wie Qualitätsstufen, Umwelt- und Klimaleistungstufen, „Design für alle“ (einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen) und Konformitätsbewertung, Leistung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen des Produkts, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, Gebrauchsanleitungen, Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Lieferung oder der Dienstleistung sowie über Konformitätsbewertungsverfahren
  - **„Norm“** bezeichnet eine technische Spezifikation, die von einer anerkannten Normungsorganisation zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurde, deren Einhaltung nicht zwingend ist (international / europäisch / national)

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Inhalte der Leistungsbeschreibung für Liefer- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich (§ 31 VgV)

- ▶ **„Technische Anforderung“** im Sinne der VgV meint z.B.
  - „Feuerlöscher nach DIN 14406 oder gleichwertig“
- ▶ Eine **Kombination von Leistungsanforderung und technischer Anforderung** wäre:

„Die miteinander verbundenen Bauteile des Systems müssen technisch kompatibel sein. Die für die Betätigung eines Bauteiles zur Verfügung stehende Kraft muss das zweifache und bei pyrotechnischen Einrichtungen das dreifache der Kraft betragen, die für die sichere Betätigung erforderlich ist. Nachweis nach VdS-Richtlinie für CO<sub>2</sub>-Feuerlöschanlagen oder gleichwertig.“

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Inhalte der Leistungsbeschreibung für Bauleistungen – Technische Spezifikationen (§ 7a VOB/A(-EU))

- ▶ Beschreibung der **technischen Anforderungen (Spezifikationen)**
  - entweder unter Bezugnahme auf die in **Anhang TS** definierten **technischen Spezifikationen** mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ oder
  - in Form von **Leistungs- oder Funktionsanforderungen** oder
  - in Kombination beider Arten der Beschreibung, d.h.
    - » in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Nummer 1 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder
    - » mit Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Anhang TS hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich anderer Merkmale.

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Die Leistungsbeschreibung für Bauleistungen – Technische Spezifikationen

### Anhang TS entspricht Anhang VII der RL 2014/24/EU:

► **„Technische Spezifikationen“** hat eine der folgenden Bedeutung:

- **Bei öffentlichen Bauaufträgen** die Gesamtheit der insbes. in den Auftragsunterlagen enthaltenen technischen Beschreibungen, in denen die erforderlichen Eigenschaften eines Werkstoffs, eines Produkts oder einer Lieferung definiert sind, damit dieser/diese den vom öffentlichen Auftraggeber beabsichtigten Zweck erfüllt; zu diesen Eigenschaften gehören Umwelt- und Klimaleistungstufen, „Design für alle“ (einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen) und Konformitätsbewertung, Leistung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschl. der Qualitätssicherungsverfahren, der Terminologie, der Symbole, der Versuchs- und Prüfmethode, der Verpackung, der Kennzeichnung und Beschriftung, der Gebrauchsanleitungen sowie der Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Bauleistungen; außerdem gehören dazu auch die Vorschriften für die Planung und die Kostenrechnung, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von Bauwerken, die Konstruktionsmethoden oder -verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der Auftraggeber für fertige Bauwerke oder dazu notwendige Materialien oder Teile durch allgemeine und spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist.
- **„Norm“** bezeichnet eine technische Spezifikation, die [...]

## Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

### Inhalte der Leistungsbeschreibung für Bauleistungen – Kategorisierung in §§ 7b f. VOB/A(-EU)

- ▶ **§ 7b VOB/A(-EU)**: Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis  
(= konstruktive Leistungsbeschreibung)
- ▶ **§ 7c VOB/A(-EU)**: Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm  
(= funktionale Leistungsbeschreibung)

➡ Dazu noch mehr sogleich

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Inhalte der Leistungsbeschreibung – Resümee

- ▶ Die Begriffe „Technische Spezifikationen“ / „Technische Anforderungen“ werden mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet
  - Sie bedeuten einerseits „Technische Leistungsbeschreibung“ (technische Spezifikationen i.w.S.)
  - Sie bedeuten andererseits Normen, technische Bewertungen und Bezugssysteme etc. (technische Spezifikationen i.e.S.)
- ▶ Konstruktive Leistungsbeschreibungen ebenso wie funktionale Leistungsbeschreibungen können jeweils auf Leistungs- und Funktionsanforderungen und auch auf „technische Spezifikationen“ / „technische Anforderungen“ verweisen.
- ▶ Das GWB und die UVgO regeln **Arten der Leistungsbeschreibung**; VgV und VOB/A regeln dagegen die Beschreibung einzelner technischer Anforderungen („**Beschreibungstiefe**“) – und die VOB/A darüber hinaus auch die Arten der Leistungsbeschreibung.

# KOINNO Roadshow – Funktionale Leistungsbeschreibung

1. Grundlagen der Leistungsbeschreibung
2. Inhalte von Leistungsbeschreibungen
3. Die verschiedenen Arten von Leistungsbeschreibungen

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Arten der Leistungsbeschreibung

- ▶ **Konstruktive Leistungsbeschreibung:** Vorgabe von konkreten, detaillierten Leistungs- und/oder Funktionsanforderungen („konstruktive Einzelheiten“) sowie ggf. konventionell-deskriptiven Beschreibungen (Abmessung, Farbe, Form usw.).
- ▶ **Funktionale Leistungsbeschreibung:** Vorgabe nur des zu erreichenden funktionalen Ziels bzw. Leistungserfolgs (im Rahmen bestimmter, gesetzter Mindestanforderungen), wobei Planung und Konzeption der konkreten Leistung dem Bieter obliegt.
- ▶ **Teilfunktionale Leistungsbeschreibung:** Mischung aus konstruktiver und funktionaler Leistungsbeschreibung (Vorgabe von Einzelheiten, aber offen in Teilaspekten).

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Beispiele: Funktionale Leistungsbeschreibung

### ► Typisches Beispiel: **IT-Leistungen**

- Der Auftraggeber macht Soll-Vorgaben in einem Lastenheft (*was und wofür?*)
- Der Lösungsweg (also das Pflichtenheft) ist demgegenüber vom Bieter zu erarbeiten, etwa im Rahmen eines technischen Konzepts, in dem Architektur, Funktionalitäten, Schnittstellen usw. ausgeführt werden (*wie und womit?*)

### ► Typisches Beispiel: **Entsorgungsleistungen**

- Der Auftraggeber fordert eine „ordnungsgemäße Entsorgung“ bestimmter Abfälle
- Der Bieter erarbeitet ein konkretes Entsorgungskonzept

### ► Typisches Beispiel: „**Schlüsselfertiger Schulbau**“

- Der Auftraggeber macht Vorgaben zu Schülerzahl, Raumprogramm etc.
- Bauentwurf und Bauausführung werden gemeinsam dem Wettbewerb unterstellt

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Arten der Leistungsbeschreibung – Ausgestaltung

- ▶ **Konstruktive bzw. konventionelle Leistungsbeschreibung**
  - Häufig anzutreffen als **„Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“**
- ▶ **Funktionale Leistungsbeschreibung:**
  - Häufig anzutreffen als **„Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“**
- ▶ **Teilfunktionale Leistungsbeschreibung:**
  - Regelmäßig auch Mischform bei Leistungsbeschreibung

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Konstruktive Leistungsbeschreibung im Baubereich (§ 7b VOB/A(-EU))

#### ► **Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7b (EU) VOB/A):**

Die Leistung ist in der Regel durch eine

- allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und
- ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis zu beschreiben.

- Erforderlichenfalls ist die Leistung auch zeichnerisch oder durch Probestücke darzustellen oder anders zu erklären, z. B. durch Hinweise auf ähnliche Leistungen, durch Mengen- oder statische Berechnungen. Zeichnungen und Proben, die für die Ausführung maßgeblich sein sollen, sind eindeutig zu bezeichnen.
- Im Leistungsverzeichnis ist die Leistung derart aufzugliedern, dass unter einer Ordnungszahl (Position) nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichartig anzusehen sind.

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Funktionale Leistungsbeschreibungen im Baubereich (§ 7c VOB/A(-EU))

#### ► **Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 7c (EU) VOB/A):**

Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.

#### ► Das Leistungsprogramm umfasst

- eine Beschreibung der Bauaufgabe, aus der die Bewerber alle für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können und in der sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an sie gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen angegeben sind,
- gegebenenfalls ein Musterleistungsverzeichnis, in dem die Mengenangaben ganz oder teilweise offen gelassen sind.

#### ► Von dem Bieter ist ein Angebot zu verlangen, das außer der Ausführung der Leistung den Entwurf nebst eingehender Erläuterung und eine Darstellung der Bauausführung sowie eine eingehende und zweckmäßig gegliederte Beschreibung der Leistung umfasst.

# Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

## Arten der Leistungsbeschreibung – Rangverhältnis?

### ► Im **Liefer-/Dienstleistungsbereich** gilt:

- Konstruktive, funktionale und teilfunktionale Ausschreibung stehen in keinem Rangverhältnis. Es steht im Ermessen des Auftraggebers, für welche Lösung er sich entscheidet.
- Das Ermessen kann im Einzelfall durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften gelenkt sein. Ansonsten muss das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt werden.
- Die Wahl einer funktionalen Ausschreibung bedarf dabei keines besonderen Sachgrundes. Jedoch muss es möglich sein, auf Grundlage der Leistungsbeschreibung vergleichbare Angebote zu erhalten und muss der Auftraggeber eine Vergabereife hergestellt haben.

### ► Im **Baubereich** gilt:

- Grundsätzlich steht auch hier im Ermessen des Auftraggebers, für welche Art der Leistungsbeschreibung er sich entscheidet.
- Allerdings darf die funktionale Leistungsbeschreibung nur gewählt werden, wenn dies „nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist“ (vgl. § 7c (EU) VOB/A).



**360° Blick Auftraggeber/Auftragnehmer  
„Funktionale Leistungsbeschreibung“**

# KOINNO Roadshow – Funktionale Leistungsbeschreibung

1. Auswirkungen funktionaler Leistungsbeschreibungen auf das Verfahren
2. Chancen und Risiken funktionaler Leistungsbeschreibungen
3. Auswirkung von Beschaffungsvorgaben auf funktionelle Leistungsbeschreibungen
4. Vorgehensvarianten für mehr Flexibilität bei der Leistungsbeschreibung

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Verfahrenswahl

- ▶ Die Zulässigkeit des **Verhandlungsverfahrens** (mit Teilnahmewettbewerb) im Oberschwellenbereich bzw. einer **Freihändigen Vergabe / Verhandlungsvergabe** im Unterschwellenbereich wird auch von der Wahl der Art der Leistungsbeschreibung berührt.
- ▶ So kann ein Verhandlungsverfahren / eine Freihändige Vergabe / eine Verhandlungsvergabe zulässig sein, wenn
  - die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die **Anpassung bereits verfügbarer Lösungen** erfüllt werden können;
  - der Auftrag **konzeptionelle oder innovative Lösungen** umfasst;
  - die Leistung, insbesondere ihre **technischen Anforderungen**, nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine ETA, eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen beschrieben werden kann;
  - der Auftrag aufgrund **„konkreter Umstände, die mit der Art, Komplexität oder dem rechtlichen/finanziellen Rahmen oder den hiermit verbundenen Risiken zusammenhängen“** nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann.

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Wertungskriterien (1)

#### ► § 127 Abs. 1 GWB:

*„Der Zuschlag wird auf das **wirtschaftlichste Angebot** erteilt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem **besten Preis-Leistungs-Verhältnis**. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“*

- Vergleichbare Vorgabe auch in § 58 Abs. 1 und 2 VgV und § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A sowie in § 43 Abs. 1 und 2 UVgO und § 16d Abs. 1 Nr. 4 VOB/A 2019

#### ► Gesetzesbegründung:

*„Zwar ist es auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses auch künftig zulässig, den Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen. Der öffentliche Auftraggeber wird jedoch – insbesondere bei der Beschaffung von nicht-marktüblichen, nicht standardisierten Leistungen – seine Vergabeentscheidung in der Regel auf weitere Zuschlagskriterien [...] stützen.“*

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Wertungskriterien (2)

- ▶ OLG Düsseldorf v. 11.12.2013 (Verg 22/13):
  - Der „niedrigste Preis“ darf bei einer funktionalen oder teilfunktionalen Ausschreibung regelmäßig nicht einziges Zuschlagskriterium sein.
  
- ▶ BGH, 10.05.2016, X ZR 66/15:
  - Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Preis nur dann einziges Zuschlagskriterium sein darf, wenn nach dem Gegenstand des Auftrags und der Gesamtheit der Vergabeunterlagen auf diese Art dennoch das **beste Preis-Leistungs-Verhältnis** erreicht werden kann.
  
- ▶ VK Bund v. 29.09.2016 (VK 2-93/16):
  - Die Gesetzesbegründung des § 127 GWB spricht dafür, dass der Preis durchaus das einzige Zuschlagskriterium sein darf. Es besteht ein **weiter Einschätzungsspielraum** des Auftraggebers.
  - Dieser Rechtsgedanke gilt **auch für Ausschreibungen mit einem funktionalen Element**, solange aufgrund der hinreichend klaren Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erwarten ist, dass die wertungsfähigen Angebote **inhaltlich homogen und damit vergleichbar** sind.

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Exkurs: Zulässigkeit von Präsentationen im Vergabeverfahren

- ▶ Wertende Präsentationen im Vergabeverfahren sind gerade bei funktionalen Leistungsbeschreibungen regelmäßig zulässig.
- ▶ Die Bewertung muss allerdings auf transparenten und nachvollziehbaren Bewertungskriterien und -methoden beruhen.
- ▶ Zu bewerten ist der Inhalt des Konzepts (also die angebotene Lösung), nicht dagegen die Art der Präsentation oder der „Gesamteindruck“.
- ▶ Sowohl die Präsentation selbst auch deren Bewertung sind überdies sorgsam zu dokumentieren (vgl. VK Bund, Beschl. v. 22.11.2019 – VK 1-83/19; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.03.2021 – VII-Verg 34/20).
- ▶ Außerdem: Kein „Mitbringen“ der Lösung erst zum Präsentationstermin (vgl. VK Südbayern, Beschl. v. 02.04.2019 – Z3-3-3194-1-43-11/18).

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Verfahrensfristen

- ▶ Regelmäßig stellt eine funktionale Leistungsbeschreibung die Bieter vor größere Herausforderungen und aufwändigere Planungs- bzw. Konzeptionierungsaufgaben.
- ▶ Häufig sind Konzepte, Präsentationen u. Ä. vorzubereiten.
- ▶ Da im Ausschreibungsverfahren alle Fristen stets „angemessen“ sein müssen, ist bei funktionalen Ausschreibungen regelmäßig mit längeren Fristen zu planen (im EU-weiten Vergabeverfahren: Ggf. auch über die Regelfristen hinaus).

## KOINNO Roadshow – Funktionale Leistungsbeschreibung

1. Auswirkungen funktionaler Leistungsbeschreibungen auf das Verfahren
2. Chancen und Risiken funktionaler Leistungsbeschreibungen
3. Auswirkung von Beschaffungsvorgaben auf funktionelle Leistungsbeschreibungen
4. Vorgehensvarianten für mehr Flexibilität bei der Leistungsbeschreibung

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Vor- und Nachteile der funktionalen Leistungsbeschreibung

- Funktionalausschreibungen bieten **Flexibilität** für Auftraggeber und Bewerber. Dieser Ansatz kann **innovative Lösungen** hervorbringen, stellt durch die freiere Gestaltung aber auch **erhöhte Anforderungen an die Ausschreibung und die Angebotserstellung**.

Auftraggeber	Bieter
Flexiblere Lösungen	Größere individuelle Spielräume
Nutzen des Markt-Knowhows	Einbringung individueller Vorzüge
Risikoverlagerung auf den AN	Höheres Risiko hinsichtlich der Zielerreichung
Vergleichbarkeit der Angebote schwieriger sicherzustellen	Risiko, dass keine vergleichbaren Angebote eingehen
Auswahl richtiger Zuschlagskriterien kann schwierig sein	Risiko, dass Vorteile der Lösung sich nicht im Wertungsmodus widerspiegeln

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Vertragsgestaltung

#### ► Konstruktive bzw. konventionelle Leistungsbeschreibung

- Führt regelmäßig zu „**Einheitspreisvertrag**“

#### ► Funktionale Leistungsbeschreibung:

- Führt in der Praxis häufig [aber nicht zwangsläufig] zu „**Pauschalpreisvertrag**“
- Auch ein **Einheitspreisvertrag** ist denkbar, wobei dann jedoch der Bieter die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Positions- und Mengenangaben (Letztere ggf. mit vorab definierten Toleranzen) vertritt.
- Dadurch wird das **Risiko** zu einem gewissen Grad – zulässigerweise – auf die Bieter bzw. den AN verlagert.
- Wenn Annahmen getroffen werden müssen, etwa weil Teilleistungen nach Art und Menge noch nicht belastbar ermittelt werden können, müssen die Bieter ihre Annahmen offen legen und plausibilisieren – **Was gilt, wenn sich die Annahmen als unzutreffend erweisen?**

## KOINNO Roadshow – Funktionale Leistungsbeschreibung

1. Auswirkungen funktionaler Leistungsbeschreibungen auf das Verfahren
2. Chancen und Risiken funktionaler Leistungsbeschreibungen
3. Auswirkung von Beschaffungsvorgaben auf funktionelle Leistungsbeschreibungen
4. Vorgehensvarianten für mehr Flexibilität bei der Leistungsbeschreibung

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Umweltvorgaben auf Bundesebene

Vorschrift	Vergaberegime	Verpflichtete
Energieverbrauchsrelevante Liefer-, Dienst- und Bauleistungen (§§ 67 VgV, 8 c EU VOB/A)	EU-Vergaben	Öffentliche Auftraggeber
Energieverbrauchsrelevante Liefer- oder Bauleistungen	EU-Vergaben	Sektorenauftraggeber
AVV-Klima	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen
Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen
§ 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen
§ 13 KSG	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen

# 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

## Umweltvorgaben auf Landesebene

- ▶ Aber auch die Bundesländer haben mittlerweile zahlreiche Vorgaben zur umweltfreundlichen Beschaffung, z.B.
  - **Baden-Württemberg:** § 2 Abs. 2 LAbfG; Ziff. 10.3 ff. VwV Beschaffung
  - **Bayern:** Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 BayAbfG, Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen – öAUmwR
  - **Berlin:** §23 KrW-/AbfG Bln; Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU)
  - **Hamburg:** § 2 Abs. 1 HhmAbfG, Leitfaden für umweltverträgliche Beschaffung der Freien und Hansestadt Hamburg, Hamburgisches Klimaschutzgesetz
  - **Mecklenburg-Vorpommern:** § 2 Abs. 2 AbfWG M-V
  - **Sachsen:** § 10 Sächsisches Kreislaufwirtschafts- und Bodenschutzgesetz, Anlage 4 b zur VwV-HWiF 2019/2020 – umweltbezogene Grundsätze für die Beschaffung von Dienstkraftfahrzeugen
  - Usw.
  
- ▶ Siehe auch unter [www.nachhaltige-beschaffung.info](http://www.nachhaltige-beschaffung.info) (Stand 02.07.2020)

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: § 13 KSG

#### § 13 Berücksichtigungsgebot

- (1) Die Träger öffentlicher Aufgaben **haben** bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck dieses Gesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. [...]. **Bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung** auf Bundesebene **ist** für die Vermeidung oder Verursachung von Treibhausgasemissionen **ein CO<sub>2</sub>-Preis**, mindestens der nach § 10 Absatz 2 Brennstoff-Emissionshandelsgesetz gültige Mindestpreis oder Festpreis **zugrunde zu legen**.
- (2) Der Bund prüft bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung, wie damit jeweils zum Erreichen der nationalen Klimaschutzziele nach § 3 beigetragen werden kann. Kommen mehrere Realisierungsmöglichkeiten in Frage, dann **ist** in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien [...] **solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Maßnahme zu den geringsten Kosten erreicht werden kann**. Mehraufwendungen sollen nicht außer Verhältnis zu ihrem Beitrag zur Treibhausgasreduzierung stehen. Soweit vergaberechtliche Bestimmungen anzuwenden sind, sind diese zu beachten.

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: § 2 AVV Klima

#### § 2 Prüf- und Berücksichtigungspflichten vor Einleitung des Vergabeverfahrens

- (2) Kommen mehrere Möglichkeiten der Beschaffung in Betracht, **ist** die wirtschaftlichste Handlungsalternative zu bestimmen. Dabei ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Beschaffungszweck **solchen Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen der Vorzug zu geben**, mit denen das **Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Leistung zu den geringsten Kosten erreicht werden kann**. Mehraufwendungen bei der Beschaffung sollen nicht außer Verhältnis zu ihrem Beitrag zur Treibhausgasminderung stehen.
- (3) Der monetären Bewertung der [...] prognostizierten Treibhausgasemissionen **ist ein CO<sub>2</sub>-Preis**, mindestens der nach § 10 Absatz 2 Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) gültige Fest- oder Mindestpreis, **zugrunde zu legen**.

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Umweltvorgaben = Hinderung funktionaler Leistungsbeschreibungen?

► Erläuterungen zur AVV Klima:

*„Gestaltungsspielraum zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen ermöglichen insbesondere funktionale Leistungsbeschreibungen, in denen die Leistung durch eine Darstellung ihres Zwecks, ihrer Funktion sowie der an sie gestellten Anforderungen beschrieben wird. Beschrieben werden somit nicht die Details der Leistung, sondern die gewünschte Funktionalität bzw. das gewünschte Ergebnis.“*

- Dementsprechend grundsätzlich wohl keine Einschränkung auf eine konstruktive Leistungsbeschreibung, sondern (nur) bei der Setzung von Rahmenbedingungen und Zuschlagskriterien zu beachten.
- Funktionale Leistungsbeschreibungen werden gerade als geeignetes Mittel für eine innovative, ressourcenschonende und umweltfreundliche Lösung gesehen.

## KOINNO Roadshow – Funktionale Leistungsbeschreibung

1. Auswirkungen funktionaler Leistungsbeschreibungen auf das Verfahren
2. Chancen und Risiken funktionaler Leistungsbeschreibungen
3. Auswirkung von Beschaffungsvorgaben auf funktionelle Leistungsbeschreibungen
4. Vorgehensvarianten für mehr Flexibilität bei der Leistungsbeschreibung

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zulassung von Nebenangeboten („Änderungsvorschläge“/„Varianten“)

- ▶ Ein Nebenangebot liegt immer dann vor, wenn ein **Bieter eine andere als nach der Leistungsbeschreibung oder dem Leistungsverzeichnis vorgesehene Art der Ausführung anbietet**, d. h. eine Abweichung vom geforderten Angebot vorliegt (vgl. OLG Düsseldorf v. 04.07.2001, Verg 20/01; VK Bund v. 25.03.2003, VK 1-11/03)
- ▶ Zulässigkeit von Nebenangeboten
  - Nebenangebote **müssen ausdrücklich zugelassen werden**, ansonsten sind sie nicht erlaubt
  - § 35 Abs. 1 VgV; § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-EU; § 25 UVgO; § 8 Abs. 4 VOL/A  
(anders: § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A!)
- ▶ Formelle Anforderungen an Nebenangebote
  - **Kennzeichnung** als solches auf besonderer Anlage (aber: kein Ausschlussgrund)
  - **Vollständigkeit des Nebenangebots**
    - Eindeutige und erschöpfende Beschreibung!  
(OLG Koblenz v. 29.08.2003, 1 Verg 7/03; VK Bund v. 22.11.2004, VK 3 – 203/04)

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zulassung von Nebenangeboten („Änderungsvorschläge“/„Varianten“)

- ▶ Materielle Anforderungen an Nebenangebote:
  - Auftraggeber haben bei europaweiten Verfahren in den Vergabeunterlagen die **Mindestanforderungen**, die Nebenangebote erfüllen müssen, anzugeben (OLG Frankfurt v. 07.08.2007, 11 Verg 3 und 4/07; anders im nationalen Bereich: VK Sachsen v. 05.02.2007, 1/SVK/125-06)
  - Auftraggeber dürfen nur Nebenangebote berücksichtigen, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen. Der **allgemeine Hinweis des Auftraggebers auf das Erfordernis einer Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Hauptangebot genügt nicht** (OLG Brandenburg v. 29.07.2008, Verg W 10/08)
  - Auch das Aufstellen rein formaler Wertungsvoraussetzungen für Nebenangebote reicht nicht aus, **erforderlich sind leistungsbezogene, d.h. sachlich-technische Vorgaben** (OLG Koblenz v. 31.05.2006, 1 Verg 3/06)
  
- ▶ **Aber: Es bleiben häufig dennoch qualitative Unterschiede zwischen (zulässigen) Haupt- und Nebenangeboten → Wertungsprobleme!**

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Besonderheiten bei der Wertung von Nebenangeboten

BGH v. 07.01.2014 (X ZB 15/13)

- ▶ Ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium, dürfen Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden.
- ▶ Die vergaberechtskonforme Wertung von Nebenangeboten, die den vorgegebenen Mindestanforderungen genügen, ist durch **Festlegung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien** zu gewährleisten, die es ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihrem technisch-funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für Hauptangebote vorausgesetzten Standard zu vergleichen.

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Vor- und Nachteile der Zulassung von Nebenangeboten

- Die Zulassung von Nebenangeboten bietet **Flexibilität** für Auftraggeber und Bewerber. Dieser Ansatz kann **innovative Lösungen** hervorbringen, stellt durch die freiere Gestaltung aber auch **erhöhte Anforderungen an die Ausschreibung und die Angebotserstellung**.

Auftraggeber	Bieter
Flexiblere Lösungen	Größere individuelle Spielräume
Nutzen des Markt-Knowhows	Einbringung individueller Vorzüge / Wissensvorsprünge
Risiko: 1 % günstiger, aber 10 % schlechter	Nutzung von Kalkulationsvorteilen
Schwierig, sinnvolle Mindestkriterien für die Vergleichbarkeit zu definieren	Risiko, dass keine vergleichbaren Angebote eingehen
Auswahl richtiger Zuschlagskriterien kann schwierig sein	Risiko, dass Vorteile der Lösung sich nicht im Wertungsmodus widerspiegeln

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zulässigkeit von Alternativpositionen (Parallelausschreibungen)

- ▶ Gegen Parallelausschreibungen in einem Verfahren bestehen keine Bedenken, wenn
  - (1) Ein **besonderes Interesse** des Auftraggebers besteht,
  - (2) die berechtigten Interessen der Bieter im Hinblick auf einen **zumutbaren Arbeitsaufwand** gewahrt werden,
  - (3) das Verfahren für die Beteiligten **hinreichend transparent** ist und
  - (4) sichergestellt ist, dass die **wirtschaftlichste Verfahrensweise zum Zuge kommt**.(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.09.2016, VII-Verg 7/16, und Beschl. v. 15.05.2019, Verg 61/18 sowie OLG München, Beschl. v. 22.10.2015, Verg 5/15)
  
- ▶ Die Entscheidung über die Ausführung der Grund- oder Alternativposition muss der AG vor Erteilung des Zuschlags treffen (VK Bund v. 21.10.2018, VK 2-88/18).

## 360°-Blick „Funktionale Leistungsbeschreibung“

### Zulässigkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote

- ▶ Mehrere, inhaltlich verschiedene Hauptangebote eines Bieters sind grundsätzlich vergaberechtlich nicht zu beanstanden (BGH v. 29.11.2016, X ZR 122/14).
- ▶ Unzulässig sind dagegen Doppelangebote (OLG Düsseldorf v. 01.10.2012, Verg 34/12 „Küchentechnik“; ebenso OLG München v. 06.12.2012, Verg 25/12, und vom 29.10.2013, Verg 11/13; OLG Naumburg v. 12.04.2012, 2 Verg 1/12 und VK Sachsen-Anhalt v. 08.06.2018, 3 VK LSA 33/18).
- ▶ Ggf. sollte die Möglichkeit, mehrere Hauptangebote abzugeben, proaktiv angesprochen werden. Das gilt vor allem bei (teil-)funktionalen Leistungsbeschreibungen und bei der Nutzung von Leit- oder Orientierungsfabrikaten.



# Zusammenfassung und Diskussion



## wir sind für sie da. und da. und da.

voßstraße 20 10117 berlin

t +49 [0]30. 884 80 80 f +49 [0]30. 88 48 08 84

berlin@avocado.de

thurn-und-taxis-platz 6 60313 frankfurt

t +49 [0]69. 913 30 10 f +49 [0]69. 91 33 01 19

frankfurt@avocado.de

neuer wall 46 20354 hamburg

t +49 [0]40. 468 979 80 f +49 [0]40. 468 97 98 99

hamburg@avocado.de

spichernstraße 75-77 50672 köln

t +49 [0]221. 39 07 10 f +49 [0]221. 390 71 29

koeln@avocado.de

türkenstraße 7 80333 münchen

t +49 [0]89. 55 05 95 60 f +49 [0]89. 550 59 56 29

muenchen@avocado.de

rond point schuman 6 box 5 b-1040 bruxelles

t +32 [0]2 742 32 00 f +32 [0]2 734 76 71

bruxelles@avocado.de



**avocado**  
rechtsanwälte

## **Dr. Rebecca Schäffer, MJJ**

spichernstraße 75-77 50672 köln

t +49 [0]221. 39 07 10 f +49 [0]221. 390 71 29

koeln@avocado.de

r.schaeffer@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte:

berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts  
berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen.