

## KOINNO Kompetenzzentrum innovative Beschaffung

Vergabe von Schließanlagen

20.04.2023

Online-Seminar

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

# Vergabe von Schließanlagen

## 1. Einführung

2. Welche Vergaberegelungen sind anzuwenden?

3. Was ist bei der Auftragswertberechnung zu beachten?

4. Markterkundung

5. Produktvorgaben

6. Gestaltung der Vergabeunterlagen

# Vergabe von Schließanlagen

## Einführung

- ▶ Beschaffung von Schließanlagen/-systemen erfolgt in der Praxis in einem hart umkämpften Markt
- ▶ Dieser ist geprägt von einigen wenigen großen Herstellern, die ihre Produkte teilweise (auch) im Direktvertrieb anbieten, vor allem aber über (zertifizierte) Händler/Vertriebspartner, die sich wiederum nur auf einzelne Marken bzw. Produkte spezialisiert haben
- ▶ Jeder Hersteller bzw. jede Produktlinie weist bestimmte Spezifika auf
- ▶ D.h., Auftraggeber müssen sich im Vorfeld der Ausschreibung über die Marktteilnehmer und die angebotenen Produkte/Systeme informieren und sich mit deren Vor- und Nachteilen intensiv auseinandersetzen

# Vergabe von Schließanlagen

1. Einführung
2. Welche Vergaberegelungen sind anzuwenden?
3. Was ist bei der Auftragswertberechnung zu beachten?
4. Markterkundung
5. Produktvorgaben
6. Gestaltung der Vergabeunterlagen

# Vergabe von Schließanlagen

## Anzuwendende Vergabevorschriften (1)

- ▶ Die bei der Vergabe von Schließanlagen **anzuwendenden Vergabevorschriften sind abhängig von den Gegebenheiten des Einzelfalls**
- ▶ Dabei gilt es insbesondere die **Auftragsart zu bestimmen** und dabei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen voneinander abzugrenzen
- ▶ Auftragsarten sind in § 103 GWB definiert
  - **Bauaufträge** sind nach § 103 Abs. 3 GWB Verträge über die Ausführung oder gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen oder eines Bauwerks
    - » Bei Bauaufträgen ist die **VOB/A-EU bzw. Abschnitt 1 der VOB/A** anzuwenden
  - **Lieferaufträge** sind gemäß § 103 Abs. 2 GWB Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Mietverhältnisse oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen, wobei die Verträge auch Nebenleistungen umfassen können
  - Als **Dienstleistungsaufträge** gelten die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht Liefer- oder Bauaufträge sind (Auffangklausel)
    - » Bei Liefer- und Dienstleistungsverträgen ist die **VgV bzw. die UVgO** anzuwenden

# Vergabe von Schließanlagen

## Anzuwendende Vergabevorschriften (2)

- ▶ **Fall 1:** Beschaffung einer Schließanlage im Zusammenhang mit der Neuerrichtung eines Gebäudes als Los einer Bauvergabe nach den Regelungen der VOB/A[-EU]
- ▶ **Fall 2:** Beschaffung eines Schließsystems zum (teilweisen) Austausch einer bestehenden Schließanlage oder Nachkäufe für ein schon vorhandenes Schließsystem, ggf. auch durch eine Rahmenvereinbarung: Regelmäßig gemischter Liefer-, Bau- und Dienstleistungsauftrag.
  - Hier finden regelmäßig nicht die Vorgaben der VOB/A[-EU], sondern diejenigen der UVgO bzw. – im Oberschwellenbereich – diejenigen der VgV Anwendung

## EU-Schwellenwerte 2022/2023

	Lieferaufträge	Dienstleistungsaufträge	Baufaufträge
Öffentliche Auftraggeber	215.000 Euro 140.000 Euro (oberste und obere Bundesbehörden)	750.000 Euro (soziale und besondere Dienstleistungen) 215.000 Euro 140.000 Euro (oberste und obere Bundesbehörden)	5.382.000 Euro
Sektoren-auftraggeber	431.000 Euro	1.000.000 Euro (soziale und besondere Dienstleistungen) 431.000 Euro	5.382.000 Euro
Aufträge im Bereich Verteidigung/ Sicherheit	431.000 Euro	431.000 Euro	5.382.000 Euro

# Vergabe von Schließanlagen

1. Einführung
2. Welche Vergaberegelungen sind anzuwenden?
3. Was ist bei der Auftragswertberechnung zu beachten?
4. Markterkundung
5. Produktvorgaben
6. Gestaltung der Vergabeunterlagen

# Vergabe von Schließenanlagen

## Auftragswertberechnung – Implikationen und Relevanz

- ▶ **Einordnung der zu vergebenden Leistungen als Bauauftrag bzw. Liefer-/Dienstleistungsauftrag ist entscheidend im Hinblick auf den maßgeblichen EU-Schwellenwert**
- ▶ Auftragswertschätzung ist zudem dient außerdem als Maßstab bei der Beurteilung der Frage, ob ein **unangemessen niedriges/hohes Angebot** vorliegt bzw. eine sanktionslose **Aufhebung der Ausschreibung wegen Unwirtschaftlichkeit** in Frage kommt
- ▶ Im Unterschwellenbereich ist die Kostenschätzung außerdem wichtig, um festzustellen, ob nicht ggf. die **Möglichkeit einer Vergabe in einem vereinfachten Verfahren** – also im Wege einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder einer Verhandlungsvergabe/Freihändige Vergabe – besteht

# Vergabe von Schließenanlagen

## Berechnung des Auftragswerts, § 3 VgV (1)

### ► Geschätzte Gesamtvergütung ohne Umsatzsteuer („netto“)

- im Zeitpunkt, in dem die Bekanntmachung über die beabsichtigte Auftragsvergabe abgesendet bzw. das **Vergabeverfahren eingeleitet** wird (OLG Koblenz v. 15.01.2007, 12 U 1016/05)
- eine pflichtgemäße Schätzung trifft jenen Wert, *„den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und auf dem Boden einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung veranschlagen würde.“* (OLG Frankfurt v. 08.05.2012, 11 Verg 2/12; OLG Celle v. 19.08.2009, 13 Verg 4/09)
- **Beurteilungsspielraum** ist überschritten und damit die Schätzung rechtswidrig, wenn eine realitätsferne Fehlbeurteilung auf einem Mangel an Sachkenntnis beruht (OLG Dresden v. 24.07.2012, Verg 2/12)
- Notwendig ist demnach eine wenigstens ausreichende Markt- und Sachkenntnis; fehlt diese, so sind im Zweifel zunächst Richtpreise bei einem spezialisierten Ingenieurbüro oder bei einschlägigen Marktteilnehmern einzuholen (zur Markterkundung später mehr!)

# Vergabe von Schließenanlagen

## Berechnung des Auftragswerts, § 3 VgV (2)

- ▶ **Optionsrechte/Vertragsverlängerungen:** Inklusive!
  
- ▶ **Dienstleistungsaufträge/Lieferaufträge:**
  - Zeitlich befristete Aufträge bis 48 Monate Laufzeit: Gesamtwert für Laufzeit
  - Bei unbefristeter oder längerer Laufzeit: Monatliche Zahlung x 48
  
- ▶ **Rahmenvereinbarungen:** Geschätzter Höchstwert aller für den Zeitraum geplanter Einzelaufträge
  
- ▶ **Losvergabe** nach gesonderten Aufträgen: Grundsätzlich alle Lose
  - Aber:
    - Bei Lieferleistungen: Nur für Lose über gleichartige Lieferungen (§ 3 Abs. 8 VgV)

# Vergabe von Schließanlagen

## Berechnung des Auftragswerts, § 3 VgV (3)

### Voraussetzungen der Bagatellosgewinnung nach § 3 Abs. 9 VgV

- ▶ **Gesamtauftragswert** (inkl. der Bagatellosgewinnung) erreicht oder übersteigt den einschlägigen Schwellenwert
- ▶ **Einzellos** erreicht nicht den **Bagatellwert** von 1 Mio. Euro netto bzw. 80.000 Euro netto (zur Berechnung vgl. OLG Düsseldorf v. 25.04.2012, Verg 107/11)
- ▶ (Einzel-)Lose, die die vorgenannte Bedingung erfüllen, können **bis zu einer Summe von 20 %** des Gesamtauftragswerts ohne Beachtung des EU-Vergaberechts vergeben werden
  - **Subsidiäre Anwendung des Haushaltsvergaberichts? Ja!**
- ▶ Der Auftraggeber muss die **Zuordnung zum 20 %-Kontingent** ausdrücklich und vorab vornehmen (VK Berlin v. 02.01.2006, VK B-2 57/05)
- ▶ **Ziele:** (begrenzte) Regionalförderung bei EU-weiten Vergabeverfahren; angemessene (gesicherte) Beteiligung der heimischen Wirtschaft

# Vergabe von Schließanlagen

## Berechnung des Auftragswerts, § 3 VgV (4)

### Bagatellosvergabe nach § 3 Abs. 9 VgV im Zusammenhang mit Schließsystemen

- ▶ Erreicht der Gesamtwert des Bauauftrags (Neuerrichtung eines Gebäudes inkl. Einbau Schließsystem als Los) den maßgeblichen EU-Schwellenwert von 5.382.000 Euro netto, kann das Einzellos „Einbau Schließanlage“ dann nach den Vorgaben des Abschnitts 1 der VOB/A (anstelle VOB/A-EU) erfolgen, wenn der Wert des Einzelloses „Einbau Schließanlage“ für sich betrachtet den Wert von 1 Mio. Euro netto nicht erreicht und dieses nicht mehr als 20 % des Gesamtauftragswertes ausmacht, wobei letzteres bei Betrachtung (allein) des entsprechenden Einzelloses mit Blick auf den EU-Schwellenwert von über 5 Mio. Euro zugleich erfüllt ist

# Vergabe von Schließanlagen

1. Einführung
2. Welche Vergaberegelungen sind anzuwenden?
3. Was ist bei der Auftragswertberechnung zu beachten?
4. Markterkundung
5. Produktvorgaben
6. Gestaltung der Vergabeunterlagen

# Vergabe von Schließanlagen

## Markterkundung / Fachberatungen im Vorfeld einer Vergabe

- ▶ **Einholung von Informationen bei Ingenieurbüros und/oder Marktteilnehmern** spielt im Bereich der Vergabe der Beschaffung von Schließanlagen nicht nur bei der Auftragswertermittlung eine große Rolle
- ▶ Wichtig, um nicht „blind“ in eine Ausschreibung hineinzulaufen
- ▶ Ziele:
  - Klärung verfügbarer technischer Lösungen
  - Treffen einer auf Sachkenntnis gestützten Beschaffungsentscheidung
  - Sachgerechte Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts (dazu später mehr!)

# Vergabe von Schließenanlagen

## Gesetzliche Vorgaben für die Markterkundung

- ▶ Möglichkeit zur bzw. Recht auf Durchführung einer Markterkundung durch öffentliche Auftraggeber wird abgesichert durch **§ 28 VgV, § 20 UVgO bzw. § 2 Abs. 7 VOB/A-EU**:
  - (1) Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens darf der öffentliche Auftraggeber **Markterkundungen zur Vorbereitung** der Auftragsvergabe **und zur Unterrichtung** der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen.
  - (2) Die Durchführung von Vergabeverfahren lediglich zur Markterkundung und zum Zwecke der Kosten- oder Preisermittlung ist unzulässig.

## Vergabe von Schließenanlagen

### (Fehlende) Gesetzliche Vorgaben für die Markterkundung

- ▶ Zu den Modalitäten der Durchführung eines Markterkundungsverfahrens gibt es keine detaillierten (gesetzlichen) Anforderungen.
  
- ▶ Klar ist, dass allgemeine Compliance-Regeln zu beachten sind, also:
  - Kein Versprechen der Bevorzugung einzelner Unternehmen,
  - keine Annahme von Einladungen/Geschenken,
  - Absicherung des Handelns durch Dokumentation,
  - Abstimmung mit Vorgesetzten,
  - Durchführung von Terminen im Mehr-Augen-Prinzip.
  
- ▶ Weitere Standards hängen (auch) von den Zielen und den denkbaren Konsequenzen aus den Ergebnissen einer Markterkundung ab.

# Vergabe von Schließanlagen

## Formen der Markterkundung

- ▶ Für die Recherche und den Informationsaustausch gibt es zahlreiche Möglichkeiten:
  - **Internet- und Datenbankrecherche**
  - **Informationsveranstaltungen für/von Unternehmen**
  - **Messebesuche und Informationsgespräche mit potenziellen Anbietern**
  - **Offene Seminare und Workshops** (da der Dialog öffentlich ist, werden technische und vertrauliche Details sowie Preisinformationen üblicherweise verdeckt gehalten.)
  - **Geschlossene Diskussionen/Dialoge**
  - **Unverbindliche (schriftliche) Angebotseinholung** (häufig werden Vertraulichkeits-erklärungen zwischen den Parteien gefordert, um kritische Daten vor der Weitergabe zu schützen.)

## Vergabe von Schließanlagen

### Hinweise für die Praxis: Geschlossene Diskussionen/Dialoge

- ▶ Das Führen von Einzelgesprächen mit potentiellen Anbietern und insbesondere Herstellern ist eine sehr effektive Methode der Markterkundung, sie erfordert aber die Einhaltung von grundlegenden Prinzipien wie **Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung**. Daraus folgt u.a.:
  - Ablauf und Ergebnisse von Meetings/Beratungen sollten dokumentiert werden.
  - Die Ergebnisse dürfen nicht zum Ausschluss bzw. zur Bevorzugung einzelner Anbieter (wohl aber zur Bevorzugung von Produkten!) führen.
  - Es muss sichergestellt werden, dass die Teilnehmer der Markterkundung in einem späteren Vergabeverfahren nicht gegenüber sonstigen Bietern bevorzugt werden und insoweit insbesondere auch keinen Wissensvorsprung haben.(Regelmäßig kein Problem bei reinen Hersteller-Dialogen)



## Vergabe von Schließenanlagen

### Hinweise für die Praxis bei Einzelgesprächen

- ▶ Weitere praktische Hinweise zur Vorbereitung, zum Ablauf und auch zur Auswertung der Ergebnisse einer Markterkundung finden Sie auch auf den Internetseiten von KOINNO:
  - [Detailbeschreibung zur Markterkundung](#)
  - [Checkliste zur Markterkundung](#)



# Vergabe von Schließanlagen

1. Einführung
2. Welche Vergaberegelungen sind anzuwenden?
3. Was ist bei der Auftragswertberechnung zu beachten?
4. Markterkundung
5. Produktvorgaben
6. Gestaltung der Vergabeunterlagen

# Vergabe von Schließanlagen

## Grundsatz: Leistungsbestimmungsfreiheit

- ▶ 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 Celle v. 10.11.2016, 13 Verg 7/16)
- ▶ Auftraggeber **bestimmt** nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen den Gegenstand und den Inhalt der Beschaffung (VK Lüneburg v. 27.08.2010, VgK-38/2010; VK Bund v. 09.11.2018, VK 2-98/18)
  - Es besteht keine Verpflichtung des Auftraggebers, mögliche oder tatsächlich bestehende **Wettbewerbsvor- oder -nachteile** potentieller Bieter durch die Gestaltung des Vergabeverfahrens und der Leistungsbeschreibung auszugleichen (VK Bund v. 29.02.2016, VK 2-36/15)
  - 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)

# Vergabe von Schließenanlagen

## Grenze: Produktneutralität (1)

- ▶ Eine **Grenze findet die Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers allerdings in der Pflicht zur sog. „produktneutralen Ausschreibung“**
- ▶ Dieser Begriff bezeichnet – etwas verkürzt – die Vorgabe des Vergaberechts, dass, soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, in technischen Spezifikationen **nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden** (vgl. § 21 Abs. 6 VgV, § 23 Abs. 5 UVgO, § 7 Abs. 2 VOB/A[-EU])
- ▶ Wie bereits aus dem Wortlaut folgt, gilt der Grundsatz der Produktneutralität nicht vorbehaltlos, sondern er greift von vorherein nur **„soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist“**, bestimmte Produkte, Marken, Typen etc. vorzugeben
- ▶ Ein solcher Grund kann z. B. gegeben sein, wenn der Auftraggeber sonst Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren beschaffen müsste und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre (vgl. § 23 Abs. 5 Satz 3 UVgO)

# Vergabe von Schließanlagen

## Grenze: Produktneutralität (2)

- ▶ Dem öffentlichen Auftraggeber steht im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts ein **Gestaltungsspielraum** zu, der von der Vergabekammer nur auf Ermessensfehler hin überprüft werden kann (VK Bund v. 28.08.2012, VK 2-65/12)
- ▶ Die Vorschriften des Vergaberechts schränken die Festlegung auf ein bestimmtes Produkt nur dahingehend ein, dass es dafür einer **sachlichen Rechtfertigung** durch die Art der zu vergebenden Leistung bedarf (vgl. OLG Düsseldorf v. 14.04.2005, Verg 93/04 – Smallworld)
- ▶ Die **sachlichen Gründe müssen zudem**
  - (1) nachvollziehbar, objektiv und auftragsbezogen sein (**keine Willkür**), sie müssen
  - (2) **tatsächlich vorliegen** (festzustellen und notfalls zu beweisen durch den AG) und dürfen
  - (3) andere Wirtschaftsteilnehmer **nicht diskriminieren** (OLG Düsseldorf v. 14.09.2016, Verg 1/16; OLG Brandenburg v. 08.07.2021, 19 Verg2/21)

# Vergabe von Schließenanlagen

## Praxisbeispiele zu Ausnahmen von Produktneutralität (1)

► OLG Düsseldorf v. 13.04.2016, VII-Verg 47/15:

Eine „Ein-Hersteller-Strategie“ zur Sicherstellung eines einheitlichen Supports und der Vereinfachung der proprietären Schnittstellennutzung und -verwaltung sowie zur **Vermeidung von Risiken in Hinblick auf Kompatibilitäts- und Schnittstellenprobleme** kann zulässig sein. Das gleiche gilt für **befürchtete Nachteile durch finanziellen und Schulungs-Mehraufwand**

Es besteht **keine Pflicht** des Auftraggeber, sich durch eine **Markterkundung** einen Überblick über die vorhandenen technischen Lösungen zur Befriedigung seines Beschaffungsbedarfs zu verschaffen, um so die Voraussetzung für eine produktneutrale Beschaffung herzustellen

► OLG Düsseldorf v. 31.05.2017, Verg 36/16, und v. 16.10.2019, Verg 66/18:

Das Interesse der **Systemsicherheit und der wesentlichen Verringerung von Risikopotentialen** (Fehlfunktionen, Kompatibilitätsprobleme, höherer Umstellungsaufwand) rechtfertigt eine Produktvorgabe

# Vergabe von Schließenanlagen

## Praxisbeispiele zu Ausnahmen von Produktneutralität (2)

► VK Bund v. 13.06.2019, VK 2-26/19:

Die Entscheidung für eine bestimmte Lösung ist sachlich nachvollziehbar und auftragsbezogen, wenn der Auftraggeber **mit vergleichbaren Systemen Erfahrungen hat, die bereits vorhandene Software weitergenutzt werden kann und die Lösung die vom Auftraggeber gewünschte Art der Leistungserbringung unterstützt**

► VK Sachsen v. 30.08.2016, 1/SVK/016-16:

Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht gehalten, sich durch eine Markterkundung einen Überblick über die vorhandenen technischen Lösungen zur Befriedigung seines Beschaffungsbedarfs zu verschaffen, um so die Voraussetzung für eine produktneutrale Beschaffung herzustellen

Eine produktspezifische Ausschreibung kann sachlich gerechtfertigt sein, wenn beispielsweise die **Ersetzung vorhandener Produkte kostenintensiver wäre, langjähriges Knowhow von Mitarbeitern verloren ginge, der Zeit- und Kostenaufwand deutlich größer wäre, ernsthafte Kompatibilitätsprobleme zu befürchten wären oder ein erhebliches Risikopotential für Fehlfunktionen bestünde**

# Vergabe von Schließenanlagen

## Praxisbeispiele zu Ausnahmen von Produktneutralität (3)

► OLG Rostock v. 12.08.2020, 17 Verg 3/20:

Der Auftraggeber hält sich im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechts, wenn die Anforderung objektiv auftrags- und sachbezogen und die Begründung nachvollziehbar ist. **Ob Anforderungen erforderlich oder zweckmäßig sind, ist demgegenüber ohne Belang**

Wird eine fehlende oder unzureichende Dokumentation (hinsichtlich der Vorgabe eines bestimmten Produkts) nachgeholt, ist zwischen dem Transparenzgebot und dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz abzuwägen

Im konkreten Fall **verneinte das Gericht die Anerkennung eines später nachgereichten Vermerks als Rechtfertigung der Vorgabe eines bestimmten Produkts**

► OLG Brandenburg v. 08.07.2021, 19 Verg 2/21:

Im Bereich der EDV ist es grundsätzlich gerechtfertigt, im Interesse der Systemsicherheit und Systemfunktion das **Risikopotential für Fehlfunktionen und Kompatibilitätsprobleme zu verringern (Tablets für Schulen mit Vorgabe „iOS-basierte iPads“ gerechtfertigt; Integration in mehrjährig erprobte und bewährte Systeminfrastruktur)**

## Vergabe von Schließanlagen

### Produktvorgabe als Rechtfertigung für Wettbewerbsverzicht?

- ▶ **Strengere Anforderungen an die Begründung einer Produktvorgabe bestehen dann, wenn diese dazu führt, dass ein Wettbewerb aus technischen Gründen ausscheidet** und daher eine Verhandlungsvergabe/Freihändige Vergabe bzw. ein Verhandlungsverfahren angestrebt wird;
- ▶ Für eine solche verlangt die Rechtsprechung (und verlangt auch § 14 Abs. 6 VgV), dass es „*keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung*“ zu dem gewünschten Beschaffungsgegenstand geben darf (OLG Düsseldorf v. 07.06.2017, Verg 53/16 – PET/MRT-Gerät)
- ▶ Im relevanten Markt der Schließsysteme nicht relevant, da Händlerwettbewerb möglich bleibt

# Vergabe von Schließanlagen

## „Verdeckte“ Produktvorgabe

- ▶ Eine (ggf. unzulässige) Produktvorgabe liegt nicht erst dann vor, wenn Merkmale des geforderten Produkts durch einen Produkt- oder Markennamen bezeichnet werden, sondern vielmehr bereits dann, **wenn das Leistungsverzeichnis nach Form, Stofflichkeit, Aussehen und technischen Merkmalen so präzise definiert ist, dass dem Bieter keinerlei Auswahlmöglichkeit verbleibt** (OLG München v. 02.08.2007, Verg 7/07; VK Bund v. 27.08.2012, VK 2-65/12; VK Nordbayern v. 16.04.2008, 21.VK-3194-14/08; VK Westfalen v. 26.10.2017, VK 1-21/17, VK Sachsen-Anhalt v. 19.03.2020, 3 VK LSA 04/20)
- ▶ ***Vorsicht auch bei scheinbar neutralen Leistungsverzeichnissen, die im Internet recherchiert werden können!***



## Vergabe von Schließanlagen

### „Leitfabrikat“ und Gleichwertigkeit

- ▶ Das Verbot einer Produktbenennung in der Leistungsbeschreibung bzw. dem Leistungsverzeichnis gilt außerdem dann nicht, wenn die Angabe im Ergebnis gar nicht bindend ist, sondern nur der Beschreibung eines ansonsten nicht hinreichend genau beschreibbaren Beschaffungsgegenstand dient (**sog. „Leitfabrikat“**)
  - ▶ Voraussetzung ist dann jedoch, dass auch **andere (mindestens) gleichwertige Produkte ebenfalls zugelassen werden**
  - ▶ Die **Anforderungen an die Gleichwertigkeit sind in diesem Fall außerdem vorab sauber zu definieren** (VK Thüringen v. 06.06.2017, 250-4002-4513/2017-N-008-NDH/250-4002-4861/2017-N-010-NDH, und VK Thüringen v. 21.11.2019, 250-4003-15123/2019-E-021-EF)
- Für die Vergabe von Schließanlagen nicht zu empfehlen!
- Besser: Produktvorgabe oder „echte“ produktneutrale Ausschreibung (ggf. mit technischen Mindestkriterien [„**A-Kriterien**“] und leistungsbezogenen [technischen] Bewertungskriterien [„**B-Kriterien**“])

# Vergabe von Schließanlagen

1. Einführung
2. Welche Vergaberegelungen sind anzuwenden?
3. Was ist bei der Auftragswertberechnung zu beachten?
4. Markterkundung
5. Produktvorgaben
6. Gestaltung der Vergabeunterlagen

# Vergabe von Schließenanlagen

## Vergabeunterlagen

- ▶ Trennung „verfahrensrechtlicher“ Teil und „fachlicher Teil“
- ▶ Verfahrensrechtlicher Teil:
  - Eignungskriterien (angemessene Vorgaben, abhängig vom Leistungsgegenstand)
  - Zuschlagskriterien
    - » Je enger die Leistungsbeschreibung (Produktvorgabe), umso mehr spricht für eine reine oder doch wenigstens überwiegende Preisvergabe (ggf. gekoppelt mit einer eher untergeordneten Bewertung z. B. von Lieferzeiten und/oder Kundenservice)
    - » Umso offener die Leistungsbeschreibung, umso mehr macht dagegen eine Bewertung auch von (technischen) Leistungskriterien, wie Qualität, Zweckmäßigkeit, Nachhaltigkeit und technischer Wert, Sinn
- ▶ Fachlicher Teil:
  - Leistungsbeschreibung („Allgemeine Vorbemerkungen“)
  - Zu bepreisendes LV (realistische Mengenvorgaben, auch bei „Aufrüstoptionen“ / Optionen!)
  - Ggf. Besondere / Zusätzliche Vertragsbedingungen (abhängig vom Leistungsgegenstand)

# Vergabe von Schließanlagen

## Exkurs: Stoffpreisgleitklauseln bei Vergabe nach VOB/A?

- ▶ Thema: Stoffpreisgleitklausel nach dem Schema des Formblatts 225 VHB und der hierzu ergangenen Ministerialschreiben
- ▶ Problem: Das Formblatt 225 VHB geht stillschweigend davon aus, dass die Stoffe, die der Preisgleitung unterworfen werden sollen, in einzelnen Leistungspositionen sortenrein beschrieben bzw. jedenfalls von ihrer Menge und auch wertmäßig klar abgrenzbar sind.
  - Dies ist bei auf die Lieferung, Verarbeitung und/oder den Einbau klassischer Baustoffe (wie Stahl, Beton etc.) bezogenen LV-Positionen der Fall, nicht aber bei LV-Positionen, die verarbeitete Waren betreffen, in denen der betreffende Stoff lediglich enthalten/verarbeitet ist.
  - Wollte man dennoch eine Stoffpreisgleitklausel vorsehen, müsste man die LV-Positionen also fiktiv bzw. künstlich aufspalten.
  - Auch zu beachten: § 1 Preisklauselgesetz
- ▶ Dessen ungeachtet dürfte der Stoffanteil (Metalle, Legierungen Kupfer etc.) bei einem elektronischen Schließzylinder aber auch marginal im Vergleich zur verbauten Technik/Elektronik sein.

...und wenn Sie an weiteren Neuigkeiten interessiert sind:

**Dr. Rebecca Schäffer, MJI**

spichernstraße 75-77 50672 köln

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

koeln@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte:

berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbB.

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



# Ihre Ansprechpartnerin



## Dr. Rebecca Schäffer, MJI, Partnerin

<b>Standort:</b>	Köln, Brüssel
<b>Schwerpunkte:</b>	Vergaberecht, Zuwendungsrecht, Kartellrecht, Beihilferecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Abfallrecht, Europarecht
<b>Fachbereiche:</b>	Public Commercial Law
<b>Sprachen:</b>	Deutsch, Englisch, Niederländisch
<b>Kontakt:</b>	t +49 [0]221 39071-112 f +49 [0]221 39071-29 r.schaeffer@avocado.de

### Empfohlen in Legal 500 im Bereich Vergaberecht

(„zeichnet sich durch eine extrem hohe Fachkompetenz und eine absolute Verlässlichkeit aus“, Mandant)

Dr. Rebecca Schäffer studierte Rechtswissenschaften und Internationales Recht an den Universitäten Gießen und Utrecht/Niederlande. 2009 beendete sie ihr Studium im Internationalen Recht mit einer Masterarbeit zur Stellung freigemeinnütziger Träger im europäischen Vergaberecht. 2012 promovierte sie zudem mit einer Dissertation über die Vergabe von ÖPNV-Verkehrsdienstleistungen in Deutschland und Europa.

Seit 2009 ist Dr. Rebecca Schäffer als Rechtsanwältin zugelassen und für avocado rechtsanwälte tätig. Seit 2013 ist sie Co-Leiterin des vergaberechtlichen Dezernats am Standort Köln und seit 2018 Equity Partnerin der Kanzlei.

Schwerpunkt ihrer anwaltlichen Tätigkeit ist die Beratung und Vertretung von öffentlichen Auftraggebern und Auftragnehmern in allen Fragen rund um das Vergaberecht einschließlich der fördermittel-, kartell- und beihilferechtlichen Betreuung. Dabei konzipiert und begleitet sie u.a. regelmäßig komplexe IT- und sonstige Liefer-/Dienstleistungsvergaben auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber.

Dr. Rebecca Schäffer ist als Referentin für verschiedene Einrichtungen und Unternehmen sowie auf Fachtagungen auf dem Gebiet des Vergaberechts tätig. Sie ist Mitherausgeberin der im Reguvis Verlag erscheinenden Zeitschrift VergabeFokus, Co-Autorin der 2. und 3. Auflage des Münchener Kommentars zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht (Band 3: Vergaberecht) und durch zahlreiche weitere Veröffentlichungen im Vergaberecht ausgewiesen.

### Mitgliedschaften:

Deutscher Anwaltverein; Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im Deutschen Anwaltverein