

Themenblatt:

Produktneutrale Ausschreibung



Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen



zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Aus dem Wettbewerbsgrundsatz und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz folgt das Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Von diesem Grundsatz darf nur in Ausnahmefällen abgewichen werden. Dieses Themenblatt informiert über die bestehenden Spielräume.

Der Senator für Wirtschaft,
Arbeit und Häfen
Zweite Schlachtpforte 3
0421 – 361-89240
Vergabeservice@wah.brem
e.de
07.01.2019

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Grundsatz: Produktneutrale Ausschreibung	1
1. Offener Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität	2
2. Verdeckter Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität	2
III. Ausnahmen	2
1. Auftrags- und sachbezogene Gründe die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.....	3
2. Nicht abschließend beschreibbar	7
a) Zusatz „oder gleichwertig“	8
b) Prüfung der Gleichwertigkeit	9
IV. Dokumentation	10
V. Rügbarkeit	11
VI. Anlage: Gegenüberstellung der Rechtsgrundlagen	12

Zielsetzung

I. Einleitung

Sie und die anderen öffentlichen Auftraggeber haben eine große Nachfragemacht auf dem Markt. Bei Ihren Beschaffungen verwenden Sie öffentliche Gelder. Deswegen müssen Sie bei Ihrem Handeln die haushaltsrechtlichen Grundsätze der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung beachten. Ziel des Vergaberechts ist die Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber zu strukturieren und an diesen haushaltsrechtlichen Grundsätzen auszurichten. Darüber hinaus dient das strukturierte Vergabeverfahren dazu, dieses für Bieter transparent zu machen und Diskriminierungen zu verhindern. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist seinerseits Ausfluss dieser Grundsätze und dient dem Ziel einen möglichst großen Wettbewerb herzustellen.¹ Stehen mehrere Anbieter einer Leistung miteinander im Wettbewerb, führt diese Konkurrenz zu wirtschaftlicheren Angeboten als ohne diesen Wettbewerb.

Dieses Themenblatt informiert Sie darüber, wie Sie in der Praxis entscheiden, ob Sie produktneutral oder ausnahmsweise produktspezifisch ausschreiben dürfen oder müssen und in welchem Umfang Sie diese Entscheidung dokumentieren müssen.

Auswirkungen auf die Beschreibung des Beschaffungsbedarfs

II. Grundsatz: Produktneutrale Ausschreibung

Das Vergaberecht regelt nur die Art und Weise („wie“) der Beschaffung.² Die Definition des Beschaffungsgegenstandes („was“) ist dem eigentlichen Vergabeverfahren zeitlich vorgelagert.³ Die haushaltsrechtlichen Grundsätze und das Ziel einen möglichst großen, transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb herzustellen, müssen Sie jedoch auch bei der Definition Ihres Beschaffungsbedarfs beachten.⁴ Dementsprechend sollen Sie den Beschaffungsbedarf grundsätzlich so ausschreiben, dass Wettbewerb entstehen kann, indem Sie vielfältigen technischen/fachlichen/inhaltlichen Lösungsmöglichkeiten Raum geben.⁵ Dieses Ziel erreichen Sie, indem Sie Ihren Beschaffungsbedarf grundsätzlich produkt- und herstellerneutral⁶ beschreiben. Ihre Leistungsbeschreibung wird dem Grundsatz gerecht, wenn Sie Ihren Beschaffungsbedarf, ohne dass Sie spezifische Produkte nennen, so eindeutig und erschöpfend beschreiben, dass alle Bieter ein klares Bild vom Auftragsgegenstand bekommen und ihre Preise sicher berechnen können, so dass Sie vergleichbare Angebote erwarten können.⁷

¹ OLG Düsseldorf, Verg 61/11; VII-Verg 42/09.

² OLG Düsseldorf, NZBau 2013, 650.

³ OLG Düsseldorf, NZBau 2013, 650; OLG Naumburg, 1 Verg 9/08.

⁴ OLG Düsseldorf, VII-Verg 47/13; VII-Verg 16/12.

⁵ Vorb. 74 Richtlinie 2014/24/EU.

⁶ Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit nur noch von „produktneutral“ gesprochen.

⁷ § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A und VOB/A-EU; § 23 Abs. 1 Satz 1 UVgO; § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV.

1. Offener Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität

Sie verstoßen gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung, wenn Sie bei der Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes in unzulässiger Weise⁸ offen produktspezifische Angaben (Nennung eines bestimmten Herstellers oder Produkts; von Fabrikatsangaben, Patenten) machen, auch wenn Sie diese um den Zusatz „**oder gleichwertig**“ ergänzen. Mit diesen spezifizierenden Angaben begünstigen Sie das genannte Leitfabrikat in dem Sinne, dass die Konformität dieses Produktes mit Ihren Leistungsanforderungen feststeht und viele Bewerber/Bieter darum geneigt sein werden, gerade dieses Produkt anzubieten, statt mit einem abweichenden Produkt die Gefahr einzugehen, dass dieses Ihren Anforderungen an die Gleichwertigkeit nicht genügt.⁹

2. Verdeckter Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität

Sie verstoßen gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung, wenn Sie ein Leitfabrikat verdeckt durch eine Vielzahl von Vorgaben ausschreiben, weil nur ein einziges Produkt alle Vorgaben erfüllt.¹⁰

- **Beispiel:** Als Verstoß wurde gewertet, dass ein öffentlicher Auftraggeber zur „produktneutralen“ Beschreibung von Lautsprechern die Prospektangaben des Herstellers quasi abkopiert hat (Maße, Gewichte und auch Werbeaussagen) und so andere Produkte faktisch ausgeschlossen hat.¹¹

Ein verdeckter Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung liegt ebenfalls vor, wenn Sie neben den Leitfabrikaten auch Alternativangebote zulassen, diese jedoch niedriger gewichten, obwohl hierfür kein auftrags- oder sachbezogener Grund besteht.

- **Beispiel:** Unzulässig war bei einer Ausschreibung von Büromaterial die Vorgabe, sowohl die einzeln aufgezählten Originalprodukte des jeweiligen Herstellers anzubieten als auch Alternativprodukte (kompatibel, rebuild oder refilled) und bei der Auswertung die Alternativprodukte im Verhältnis zu den Originalprodukten geringer zu gewichten, ohne dass hierfür ein sachbezogener Grund vorlag.¹²

III. Ausnahmen

Sie sind bei der sachlichen Entscheidung über Ihren Beschaffungsbedarf weitestgehend frei. Das Vergaberecht regelt nicht, was Sie beschaffen, sondern

⁸ Die Angabe eines Leitfabrikats kann gerechtfertigt sein (siehe dazu unter III. 1.)

⁹ OLG Düsseldorf, VII-Verg 46/09.

¹⁰ VK Bund, VK 2-1/15; VK Sachsen, 1/SVK/034-17; OLG München, Verg 15/09; OLG Frankfurt, 11 Verg 3/13.

¹¹ OLG München, Verg 15/09.

¹² OLG Frankfurt, 11 Verg 12/06.

nur wie Sie es beschaffen müssen.¹³ Hierbei dürfen Sie funktionale, technische und ästhetische Anforderungen nach Ihrem Bedarf im Einzelfall produktspezifisch festlegen, wenn

1. Die **auftrags- und sachbezogene Gründe** benennen können, die rechtfertigen, dass bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden oder
2. Sie die **Leistung ohne die Produktbenennung nicht hinreichend genau beschreiben** und daher keine vergleichbaren Angebote erwarten können.

Auftrags- und sachbezogene Gründe

1. Auftrags- und sachbezogene Gründe die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen

Wollen Sie ausnahmsweise produktspezifisch ausschreiben, obwohl hierdurch bestimmte Produkte/Unternehmen begünstigt oder ausgeschlossen werden, müssen Sie hierfür auftrags- und sachbezogene Gründe benennen (z.B. technische, wirtschaftliche, gestalterische oder ästhetische Aspekte).¹⁴ Wichtig ist, dass diese sachlichen Gründe tatsächlich vorliegen, also nicht bloß willkürlich herangezogen werden.

- Haben Sie tatsächlich auftrags- und sachbezogene Gründe etwa dafür, dass nur ein Produkt in Frage kommt, müssen Sie dies auch konkret benennen, weil andernfalls diejenigen Bieter, welche dieses Produkt nicht anbieten können ansonsten unnötig mit der Angebotserstellung belastet würden.

Haben Sie solche Gründe für eine produktspezifische Ausschreibung, müssen Sie Ihr Ermessen ausüben und bewerten, ob diese Gründe in Ihrem konkreten Fall das Interesse der durch die Entscheidung beeinträchtigten Unternehmen überwiegen.

In die Abwägung müssen Sie auch Überlegungen dazu einbeziehen, ob möglicherweise eine einmalige produktneutrale Ausschreibung langfristig betrachtet günstiger wird, als immer wieder ein spezifisches Produkt auszuschreiben (z.B. Umstellung auf ein System, welches zwar einen höheren Initialaufwand mit sich bringt, aber niedrigere Langzeitkosten).

Ob Sie darüber hinaus verpflichtet sind, zu prüfen, ob Sie Ihr Ziel auch durch eine produktneutrale Ausschreibung erreichen könnten, wird in der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt.¹⁵ Ein solches Erfordernis ergibt sich jedoch nicht aus den Vergabeordnungen und würde auch im Widerspruch dazu stehen, dass Sie Ihren

¹³ OLG Düsseldorf, Verg 47/15.

¹⁴ OLG Düsseldorf, VII-Verg 10/10; VII-Verg 46/09, VII-Verg 42/09; VII-Verg 46/09; VII-Verg 25/09; VK Bund, VK 2-174/09; VK 3-42/10; VK Münster, VK 28/09.

¹⁵ Dafür: OLG Thüringen, 9 Verg 2/06; OLG Celle, 13 Verg 1/08; dagegen: OLG Düsseldorf, Verg 42/09; Verg 46/09; Verg 26/05, Verg 7/12, Verg 47/15.

Beschaffungsbedarf auf die bestmögliche Art und Weise decken dürfen. Eine produktneutrale Ausschreibung ist deshalb nicht geboten. Die Empfehlung lautet daher:

Ergebnis

→ Dokumentieren Sie Ihre auftrags- und sachbezogenen Gründe dezidiert und nachvollziehbar!

Beispiele auftrags- und sachbezogener Gründe:

Das Vorliegen von auftrags- und sachbezogenen Gründe müssen Sie für jede Vergabe einzeln prüfen und begründen! Die nachstehenden Beispiele sollen Ihnen einen Eindruck darüber vermitteln, in welchen Konstellationen auftrags- und sachbezogene Gründe anerkannt wurden. In jedem Einzelfall müssen Sie **Ihre Gründe** konkret anhand Ihres Beschaffungsbedarfs erläutern. **Die abstrakte Bezugnahme auf einen der nachstehenden Gründe ist nie ausreichend!**

- Ein Stadtwerk kann eine IT-Systemsoftware zur Verwaltung von Leitungsnetzen vorgeben, wenn das Stadtwerk zusammen mit anderen Stadtwerken eine gemeinsame Betreibergesellschaft für die Netze gründen will und die Kooperationspartner schon über die genannte Software verfügen und einen Wechsel ablehnen.¹⁶
- Ein bestimmtes Verfahren zur Fensterkonstruktion konnte zulässig vorgeschrieben werden, um die bei Holzprofilen übliche Quellungsbewegung und damit verbundene Undichtigkeiten, die sich auf die Haltbarkeit auswirken können, zu vermeiden.¹⁷
- Die Beschaffung von kompatiblen Bordrechnern eines bestimmten Herstellers zur Ausrüstung eines rechner-gesteuerten Betriebsleitsystems im öffentlichen Nahverkehr ist zulässig, da andernfalls an den Schnittstellen ein fehlerhafter und/oder zeitverzögerter Datenfluss zu befürchten war.¹⁸
- Die Vorgaben für die Bildschirmoberfläche – Anzahl der zu öffnenden Fenster – im Rahmen der Beschaffung eines digitalisierten Kartenarchivs für die Landesstraßenbauverwaltung wurden ebenfalls als zulässig erachtet.¹⁹
- Anerkannt wurde das Interesse an einer einheitlichen Wartung,²⁰
- Anerkannt wurde die Erweiterung eines Gebäudes auf der Basis gleicher Optik.²¹

¹⁶ OLG Düsseldorf, Verg 93/04.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Verg 56/04.

¹⁸ OLG Düsseldorf, VII-Verg 76/04.

¹⁹ OLG Düsseldorf, VII-Verg 72/04.

²⁰ OLG Frankfurt, 11 Verg 9/03; VK Bund, VK 2-77/06.

²¹ VK Südbayern, 13-03/05.

- Bei der Beschaffung von Mess- und Regeltechnik eines Laborgebäudes wurde der bei der Beschaffung von Alternativprodukten entstehende größere Aufwand für Ersatzteilhaltung, Schulungen und Wartung als sachbezogener Grund anerkannt.²²
- Bei der Ausschreibung von Verkabelung, Leitungsanschlüssen sowie Automation der haustechnischen Anlage wurde ein bei Alternativprodukten entstehendes Schnittstellenrisiko als sachbezogener Grund anerkannt.²³
- Zulässig ist der Ausschluss einer bestimmten Gewinnungsstätte bei der Lieferung von tauenden Streustoffen (Salz), bei dessen Verwendung in der Vergangenheit erhebliche Probleme (Verkrustungen und Verklumpungen) aufgetreten sind.²⁴
- Anerkannt wurde das Ausschreiben von Originaldruckerpatronen, weil sie mit erheblichen Funktionsstörungen bei Refill-Produkten begründet wurde.²⁵
- Auch die Einschränkung, nur Fertigspritzen mit abnehmbarer Kanüle anzubieten, ist zulässig, wenn medizinische Erwägungen (gesetzliche Vorgabe, die dem Arzt ein Wahlrecht hinsichtlich des Spritzenbestecks für den jeweiligen Patienten einräumt), dafür maßgeblich sind.²⁶
- Ein bestimmtes Produkt darf vorgegeben werden, wenn bestimmte Elemente an bereits bestehende Elemente angekoppelt werden müssen und andere Produkte nicht integriert werden können.²⁷
- Bei einer Bestandserweiterung von Messgeräten zu Forschungszwecken durfte das bereits verwendete Produkt für den zusätzlichen Bedarf ausgeschrieben werden.²⁸
- Ebenso wurde die Begründung, „dass der Forschungsbetrieb hohe Ansprüche an die extreme Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Gebäudeautomation stellt und mit Störfällen sogar der unwiederbringliche Verlust von Forschungsergebnissen, weitreichende finanzielle Schäden und möglicherweise Umweltgefahren verbunden sein könnten“ für die Vorgabe einer Universität akzeptiert.²⁹
- Eine Notwendigkeit, bestimmte Produkte auszuschreiben, bestand auch bei einem Konzerthaus, das Konzertflügel von bestimmten Herstellern benötigte, weil internationale Pianisten unterschiedliche Instrumente bevorzugen und davon ihr Engagement abhängig machen.³⁰
- Aus gestalterischen Gründen im Rahmen des architektonischen Gesamtkonzeptes durfte „Irischer Blaustein“ festgelegt werden, da es objektiv unmöglich war, die Farbnuancen und Marmorierung des Steins

²² OLG Saarbrücken, 1 Verg 2/03; OLG Frankfurt, 11 Verg 9/03; VK Bund, 2 – 168/05.

²³ OLG Frankfurt, 11 Verg 9/03.

²⁴ OLG Celle, NZBau 2017, 242.

²⁵ OLG Frankfurt, 11 Verg 12/06.

²⁶ OLG Düsseldorf, Verg 7/12.

²⁷ OLG München, Verg 15/09.

²⁸ OLG Düsseldorf, Verg 46/09.

²⁹ OLG Frankfurt, ZfBR 2004, 486, 487.

³⁰ OLG Karlsruhe, 15 Verg 7/16.

- zu beschreiben, durfte stattdessen der gewünschte Stein als „Leitprodukt“ konkret benannt werden. Der Zusatz „oder gleichwertig“ entfiel ausnahmsweise, weil dieser Stein nur aus einem bestimmten Steinbruch bezogen werden konnte. (zugleich unbeschreibbar)³¹
- Die Entscheidung, ein Produkt als „Richtfabrikat“ auszuschreiben, welches dieselbe optische Wirkung wie ein danebenstehendes Gebäude aus Naturstein entfalten sollte, das sich durch eine bestimmte Glimmerwirkung auszeichnete, wurde anerkannt.³² (zugleich unbeschreibbar)
 - Bei Baumaßnahmen, welche im Rahmen einer Altstadtsanierung erfolgen, kann unter Umständen als gestalterischer Grund berücksichtigt werden, ob sich das verwendete Pflaster und die Straßenlampen in die Umgebung der Altstadt optisch und gestalterisch einfügen.³³ Es ist allerdings genau zu dokumentieren, weshalb sich nur gerade dieses bestimmte Pflaster oder diese Straßenlampen in die Umgebung einfügen!

Beispiele, in denen das Vorliegen auftrags- und sachbezogener Gründe abgelehnt wurde:

- Die Vorgabe des Leitfabrikats Plastotex für die Dachabdichtung war bei einem Bauauftrag nicht unumgänglich notwendig, da nicht ersichtlich war, weswegen andere Dichtungen nicht dieselbe Funktionalität aufweisen sollten.³⁴
 - Eine unzulässige Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes wurde darin gesehen, wenn Arzneimittel mit einem bestimmten Wirkstoff ausgeschrieben werden, die ausschließlich für patentfreie Indikationen zugelassen sind und Anbieter ausgeschlossen werden, die eine patentgeschützte Zulassung haben.³⁵
 - Nicht zulässig war die Ausschreibung von Medikamenten nach konkreter PZN (Pharmazentralnummer), da diese ein ganz bestimmtes Produkt (Arzneimittel) in Bezug auf einen bestimmten Hersteller, eine bestimmte Wirkstärke sowie Darreichungsform und Packungsgröße definiert.³⁶
- ➔ Haben Sie objektive auftrags- und/oder sachbezogene Gründe für ein bestimmtes Produkt, rechtfertigt dies, dass Sie bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigen oder ausschließen!**

³¹ VK Münster, VK 6/11.

³² OLG Düsseldorf, VII Verg 33/12.

³³ VK Sachsen-Anhalt, 3 VK LSA 62/15; im vorliegenden Fall wurde die Festlegung als unzulässig bewertet, weil es an einer entsprechenden Dokumentation der Gründe fehlte.

³⁴ BayObLG, Verg 26/03.

³⁵ OLG Düsseldorf, VII – Verg 1/16.

³⁶ 1. VK Bund, VK 1 - 35/09

Nicht abschließend beschreibbar

2. Nicht abschließend beschreibbar

Die Formulierung „wenn der Auftragsgegenstand **nicht hinreichend genau** und allgemein verständlich **beschrieben werden kann**“, bzw. eine „genaue Beschreibung durch verkehrübliche Bezeichnungen **nicht möglich ist**“ legt den Schluss nahe, dass Voraussetzung hierfür die – objektive – Unmöglichkeit der Beschreibung ist.³⁷ Diese Ansicht würde jedoch dazu führen, dass der Ausnahmetatbestand faktisch leerliefe. Ausreichend ist daher, wenn Ihnen eine eindeutige und erschöpfende abstrakte Beschreibung wegen des zwingend hohen Detailgrades nicht zuzumuten ist oder wenn sie geeignet ist, zu Missverständnissen zu führen.³⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es darauf an, dass die Ausschreibung mit vertretbarem Aufwand zu erfolgen hat. Ist die Beschreibung der einzelnen Leistungsmerkmale **unzumutbar**, so rechtfertigt dies die Bezugnahme auf ein konkretes Produkt, wenn den Bietern zugleich der Nachweis der Gleichwertigkeit eines Alternativproduktes eröffnet wird.³⁹ Für diese Auslegung lässt sich auch die Begründung zur VgV heranziehen, wonach für die Aufnahme eines Leitfabrikats ausreichen soll, „wenn dadurch eine **verständlichere** Beschreibung des Auftragsgegenstands möglich ist“.⁴⁰ Diese sehr weitgehende Formulierung ist jedoch nicht so zu verstehen, dass quasi zur Klarstellung immer ein Leitfabrikat vorgegeben werden darf. Vielmehr sind Ausnahmetatbestände ihrem Charakter nach, als Abweichungen vom Grundsatz, eng auszulegen.⁴¹

Ergebnis

- ➔ **Sie müssen zunächst überlegen, ob/wie Sie die Leistung ohne Vorgabe eines Leitfabrikats beschreiben könnten. Nur wenn dies für Sie mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, dürfen Sie ein Leitfabrikat vorgeben.**
- ➔ **Desto höher der Auftragswert ist, desto größeren Aufwand müssen Sie betreiben, um Ihren Bedarf ohne Leitfabrikat zu beschreiben.**

An die Begründung „unverhältnismäßiger Schwierigkeiten“, welche die Vorgabe von Leitfabrikaten rechtfertigen, sind in § 5-Verfahren geringere Anforderungen zu stellen. In diesen Verfahren ergibt sich der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung aus den allgemeinen Grundsätzen des Willkürverbots, der wirtschaftlichen und transparenten Beschaffung. Die Vergabeordnungen sind nicht anwendbar.

Beispiele:

- Um dieselbe optische Wirkung wie ein danebenstehendes Gebäude aus Naturstein zu erreichen, das sich durch eine bestimmte Glimmerwirkung

³⁷ Ziekow/Völlink/Trutzel, VgV § 31 Rn. 56-58.

³⁸ VK Halle, VK 20/99; VK Südbayern, 120.3-3194.1-02-02/99; offen lassend OLG Düsseldorf, VII Verg 33/12.

³⁹ OLG Saarbrücken, 1 Verg 2/03; OLG Frankfurt, 11 Verg 9/03; OLG Stuttgart, 5 U 4/06.

⁴⁰ Begründung zur VgV zu § 31 Abs. 6.

⁴¹ BayObLG, Verg 26/03.

auszeichnete, wurde es als zulässig anerkannt, das entwickelte Produkt als „Richtfabrikat“ auszusprechen.⁴²

- Kann das zu beschaffende Produkt hinsichtlich der benötigten Dekor-Typen aufgrund vielfältiger farblicher Nuancierungen nicht allein durch die Bezugnahme auf die Dekor-Typen wie "Kirschbaum" oder "Ahorn" hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden, ist es zulässig, Referenzdekore bestimmter Holzwerkstoffhersteller zu benennen, an denen sich die von den Bietern anzubietenden Dekore orientieren können.⁴³

a) Zusatz „oder gleichwertig“

Aufnahme des Zusatzes „oder gleichwertig“

Können Sie den Auftragsgegenstand mit zumutbarem Aufwand nicht hinreichend genau beschreiben, müssen Sie neben einem Leitfabrikat – **zwingend** – den **Zusatz „oder gleichwertig“** in das Leistungsverzeichnis aufnehmen.⁴⁴ Hierdurch geben Sie den Bietern zu erkennen, dass Sie gewillt sind, neben dem Leitfabrikat auch – gleichwertige – andere Produkte in Betracht zu ziehen. Sie dürfen den Zusatz jedoch nur dann aufnehmen, wenn Sie, mangels abweichender sachbezogener Gründe, ernsthaft in Erwägung ziehen (müssen) gleichwertige Produkte zu prüfen und zu akzeptieren.⁴⁵

Ergebnis

- **Sie dürfen auf den Zusatz „oder gleichwertig“ nur in den Fällen verzichten, in denen zugleich ein sachbezogener Grund die ausschließliche Produktvorgabe rechtfertigt (siehe beispielsweise unter 1. den Fall „Irischer Blaustein“).**⁴⁶

Bieter, die das vorgegebene Leitprodukt anbieten, wissen sicher, dass Ihre Leistungsanforderungen erfüllt sind. Somit ist das Leitfabrikat privilegiert. Um eine Gleichbehandlung von Alternativprodukten sicherzustellen, **müssen Sie in den Ausschreibungsunterlagen Funktionsanforderungen festlegen, unter welchen Sie ein angebotenes Alternativprodukt als gleichwertig betrachten.**⁴⁷ Diese Funktionsanforderungen müssen dabei für alle Bieter klar verständlich definiert sein.

- Nicht ausreichend ist der Hinweis, dass die genannten Leistungswerte Richtwerte seien und für den Auftraggeber die Gebrauchstauglichkeit und Eignung der Ausstattungsgegenstände entscheidend sei. Hierbei bleibt für den Bieter unklar, in welchem Umfang Abweichungen von dem vorgesehenen Richtwert noch als gleichwertig angesehen werden.⁴⁸

⁴² OLG Düsseldorf, VII Verg 33/12.

⁴³ VK Bund, VK 2-160/17.

⁴⁴ OLG Stuttgart, NJOZ 2008, 1026, 1029.

⁴⁵ VK Düsseldorf, VK-1/2001-B.

⁴⁶ § 23 Abs. 5 Satz 2 UVgO.

⁴⁷ VK Baden-Württemberg, 1 VK 59/14.

⁴⁸ VK Sachsen, 1/SVK/034-17.

Ergebnis

- Wenn Sie in unzulässiger Weise ein Leitfabrikat benennen, führt auch der Zusatz „oder gleichwertig“ nicht zur Rechtmäßigkeit der Angabe!

Exkurs technische Spezifikationen aufgrund von Normen:

Beschreiben Sie den Auftragsgegenstand unter Bezugnahme auf oder unter Zuhilfenahme von,

- a) nationalen Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,
- b) europäischen technischen Zulassungen,
- c) gemeinsamen technischen Spezifikationen,
- d) internationalen Normen und anderen technischen Bezugssystemen, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden, oder
- e) falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationalen Normen, nationalen technischen Zulassungen oder nationalen technischen Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten,

Aufnahme des Zusatzes „oder gleichwertig“ bei Verweis auf Normen

müssen Sie jede Bezugnahme auf eine Anforderung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen.⁴⁹ Darüber hinaus müssen technischen Spezifikationen **insgesamt die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit wahren.**⁵⁰

b) Prüfung der Gleichwertigkeit

Die Gleichwertigkeit eines Alternativproduktes prüfen Sie an den von Ihnen in der Leistungsbeschreibung zusätzlich zum Leitprodukt benannten Funktionsanforderungen. Funktionale Gleichwertigkeit liegt vor, wenn Sie mit dem Alternativprodukt dasselbe Ergebnis erzielen können und alle von Ihnen benannten Leistungsmerkmale erfüllt werden.⁵¹ Unterschiede des Alternativprodukts in sonstigen Details zum Leitprodukt sind nicht wertungsrelevant.⁵²

Der Bieter trägt die Beweislast für die Gleichwertigkeit seines Alternativprodukts und Sie tragen die Beweislast für eine von Ihnen festgestellte fehlende Gleichwertigkeit.⁵³ Der Beweis ist erbracht, wenn mit den Erzeugnissen oder Verfahren nach allgemeiner Anerkennung der betreffenden technischen Fachkreise, hinsichtlich ihrer Tauglichkeit und Mängelfreiheit, die Funktionsanforderungen uneingeschränkt erreicht werden können. Zum

⁴⁹ § 31 VgV, § 7a Abs. 2 VOB/A und VOB/A-EU.

⁵⁰ EuGH, C-413/17

⁵¹ VK Halle, VK 20/99; VK Südbayern, 120.3-3194.1-02-02/99; offen lassend OLG Düsseldorf VII Verg 33/12.

⁵² VK Bremen, VK 2/06.

⁵³ OLG München NJW-RR 1997, 1514 [1515]; OLG Stuttgart, 5 U 4/06.

Nachweis können Bieter z.B. technische Beschreibungen des Herstellers oder Prüfberichte einer anerkannten Stelle vorlegen.⁵⁴

Ergebnis

- Definieren Sie in der Leistungsbeschreibung klar und deutlich, welche Leistungsmerkmale ein angebotenes Alternativprodukt aufweisen muss, damit Sie es als gleichwertig ansehen.
- Fordern Sie die Vorlage von Nachweisen, welche Ihnen geeignet erscheinen, die Gleichwertigkeit zu belegen.

Anforderungen an die Dokumentation

IV. Dokumentation

Sie müssen das gesamte Vergabeverfahren **von Beginn an fortlaufend** und zeitnah zu den jeweiligen Entscheidungen in Textform dokumentieren.⁵⁵ Den Vermerk über die Entscheidung für die produktspezifischen Ausschreibung **müssen Sie spätestens bis zur Bekanntgabe oder sonstigen Verfahrenseinleitung anfertigen.**⁵⁶

Damit Sie bei eventuellen Biiterrügen den Vorwurf einer unzulässigen produktspezifischen Ausschreibung entkräften können, müssen Sie in diesem Vermerk die auftrags- und sachbezogenen Gründe und/oder den Umstand, dass die Leistung nicht abschließend beschreibbar war, dokumentieren. Das heißt, Sie müssen die für Ihre Entscheidung tragenden Gründe bzw. Ziele, welche die Entscheidung für das spezifische Produkt tragen, darlegen. Ihre Begründung muss so umfangreich sein, dass Ihre Entscheidung für einen fachkundigen außenstehenden Dritten nachvollziehbar ist. Erforderlich ist zudem die **Angabe des genauen Datums** der Entscheidung.

Ergebnis

→ **Sie dürfen nur in begründeten Ausnahmefällen eine produktspezifische Ausschreibung durchführen!**

- Sofern Sie produktspezifisch ausschreiben, müssen Sie die auftrags- und sachbezogenen Gründe und/oder die nicht abschließende Beschreibbarkeit der Leistung vor der Verfahrenseinleitung im Vergabevermerk dokumentieren!⁵⁷
- Sie können die Dokumentation im Nachprüfungsverfahren nicht nachholen! Die fehlende Dokumentation begründet die Vermutung, dass Sie keine Abwägung durchgeführt haben und Sie Ihr Ermessen insoweit nicht ausgeübt haben.⁵⁸

⁵⁴OLG Stuttgart, 5 U 4/06.

⁵⁵ § 20 VOB/A; § 6 Abs. 1 UVgO; § 8 Abs. 1 Satz 1 und Absatz 2 VgV; OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 232, 234; OLG Naumburg, VergabeR 2004, 634, 640.

⁵⁶ Schleswig-Holsteinisches OLG, OLGR 2004, 381 f.

⁵⁷ VK Berlin, VK-B 2-38/07.

⁵⁸ OLG Celle, 13 Verg 1/08; OLG Jena v. 26.6.2006, 9 Verg 2/06.

V. Rügemöglichkeit

Führen Sie ohne auftrags- und sachbezogene Gründe hierfür zu haben und/oder obwohl die Leistung beschreibbar ist, eine produktspezifische Ausschreibung durch, können die Bieter dies rügen. Ist der Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität für den Bieter aufgrund des Leistungsverzeichnisses ohne weiteres erkennbar, weil Sie z.B. das Fabrikat der Firma "M." offen als Leitfabrikat ausgeschrieben haben, muss der Bieter den behaupteten Vergaberechtsverstoß gegen das Produktneutralitätsgebot spätestens mit Angebotsabgabe rügen.⁵⁹ Ist Ihre Ausschreibung hingegen nicht eindeutig und erschöpfend, sondern objektiv mehrdeutig und legt der Bieter aufgrund seiner Auslegung der Leistungsbeschreibung ein Angebot vor, welches er für ausschreibungskonform hält, kann und muss er den Verstoß erst dann rügen, wenn Sie ihn wegen der Abweichung von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung ausschließen wollen.⁶⁰

⁵⁹ VK Rheinland-Pfalz, VK 2 - 36/10.

⁶⁰ VK Münster, VK 06/11, wohl auch OLG Düsseldorf, Verg 35/03.

VI. Anlage: Gegenüberstellung der Rechtsgrundlagen

§ 7 Abs. 2 VOB/A

In technischen Spezifikationen **darf nicht** auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmen bereitgestellten Produkte charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen oder einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, es sei denn

1. dies ist **durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt** oder
2. der Auftragsgegenstand **kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.**

§ 7EU Abs. 2 VOB/A

Soweit es **nicht** durch den **Auftragsgegenstand gerechtfertigt** ist, **darf** in technischen Spezifikationen **nicht auf** eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmen bereitgestellten Produkte charakterisiert, oder auf **Marken**, Patente, Typen oder einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion **verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.** Solche Verweise sind jedoch **ausnahmsweise zulässig, wenn** der Auftragsgegenstand **nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben** werden kann; solche Verweise sind mit dem **Zusatz „oder gleichwertig“** zu versehen.

§ 31 Abs. 6 VgV

In der Leistungsbeschreibung **darf nicht** auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung **verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden,** es sei denn, dieser Verweis ist **durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.** Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls **nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben** werden kann; **diese Verweise** sind mit dem **Zusatz „oder gleichwertig“** zu versehen.

§ 23 Abs. 5 UVgO

(5) Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren wie beispielsweise Markennamen **dürfen ausnahmsweise, jedoch nur** mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, verwendet werden, wenn eine hinreichend genaue Beschreibung durch verkehrübliche Bezeichnungen **nicht möglich** ist. Der Zusatz „oder gleichwertig“ **kann** entfallen, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe ansonsten rechtfertigt. Ein solcher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn die Auftraggeber Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihnen vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren beschaffen müssten und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre. Die Gründe sind zu dokumentieren.