



# Vergabeverfahren im Zuwendungsverhältnis Leistungsbeschreibung

Melanie Tirkot und André Belger, Potsdam, den 20.11.2024

Investitionsbank  
des Landes  
Brandenburg

**ILB**

# Vergabeverfahren im Zuwendungsverhältnis

## Thema: Leistungsbeschreibung

---

(1) Allgemeines zur Leistungsbeschreibung

(2) rechtliche Normen – RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht

(3) Leistungsbestimmungsrecht

(4) Leistungsbeschreibung

(5) Beispiele und typische Fehler

# Vergabeverfahren im Zuwendungsverhältnis

## Thema: Leistungsbeschreibung

---

### (1) Allgemeines zur Leistungsbeschreibung

(2) rechtliche Normen – RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht

(3) Leistungsbestimmungsrecht

(4) Leistungsbeschreibung

(5) Beispiele und typische Fehler

## (1) Allgemeines zur Leistungsbeschreibung

---

Lange vor Beginn eines Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber sich überlegen, was er beschaffen will.

In Form einer **LEISTUNGSBESCHREIBUNG** bildet der Auftraggeber die gewünschte Leistung mit allen Anforderungen ab.

Die Leistung ist so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben.

Die **LEISTUNGSBESCHREIBUNG** enthält das fachliche Feinkonzept für das Beschaffungsobjekt und muss so präzise, vollständig und transparent ausgestaltet sein, dass auch jemand, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht anwesend war, die Leistungsbeschreibung versteht.

Sie bildet die Grundlage für die Angebotskalkulation und letztlich für den Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

# Vergabeverfahren im Zuwendungsverhältnis

## Thema: Leistungsbeschreibung

---

(1) Allgemeines zur Leistungsbeschreibung

**(2) rechtliche Normen: RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht**

(3) Leistungsbestimmungsrecht

(4) Leistungsbeschreibung

(5) Beispiele und typische Fehler

## (2) rechtliche Normen: RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht

---

### Überblick

#### Wo sind die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung definiert?

- Richtlinie (**RL**) **2014/24/EU** – Artikel 42 - 45 und Erwägungsgründe 74 - 79
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (**GWB**) 4. Teil § 121
- Vergabeverordnung (**VgV**) §§ 29 - 34
- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A 2. Abschnitt (im Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU) (**VOB/A EU**) §§ 7, 7a, 7b, 7c
- Unterschwellenvergabeordnung (**UVgO**) §§ 22, 23
- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (**VOB/A 1. Abschnitt**) §§ 7, 7a, 7b, 7c

## (2) rechtliche Normen: RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht

---

### Richtlinie 2014/24 EU (RL 2014/24/EU)

Kapitel III Abschnitt 1 der Richtlinie enthält in 4 Artikeln die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung.

In diesen Artikeln sind die **Grundsätze des Vergaberechts** aufgeführt, die auch bei der Aufstellung einer Leistungsbeschreibung einzuhalten sind.

Artikel 42 – Technische Spezifikationen

Artikel 43 – Gütezeichen

Artikel 44 – Testberichte, Zertifizierungen und sonstige Nachweise

Artikel 45 – Varianten

Die Erwägungsgründe (74) bis (79) der Richtlinie beschreiben die Hintergründe zu den Formulierungen der Artikel 42 bis 45.

Erwägungsgrund (74) – Technische Spezifikationen (TS)

Erwägungsgrund (75) – Gütezeichen

Erwägungsgrund (76) – Barrierefreiheit

Erwägungsgrund (77) – Datenschutz bei Verwendung der TS

Erwägungsgrund (78) – Losaufteilung

Erwägungsgrund (79) – Begrenzung der Zahl der Lose

## **(2) rechtliche Normen: RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht**

---

### **Umsetzung in nationales Recht**

#### **§ 121 GWB**

Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung aus der RL 2014/24/EU finden sich teilweise in § 121 GWB wieder. Weitere Konkretisierungen erfolgen in der VgV, VOB/A Abschnitt 1 und 2 sowie der UVgO.

#### **§§ 29 - 35 VgV**

- § 29 Vergabeunterlagen
- § 30 Aufteilung nach Losen
- § 31 Leistungsbeschreibung
- § 32 Technische Anforderungen
- § 33 Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen
- § 34 Nachweis durch Gütezeichen
- § 35 Nebenangebote

#### **Gehören die Regelungsinhalte der §§ 29, 30 und 35 VgV zum Thema Leistungsbeschreibung?**

**Ja!**

Die §§ 29 und 30 beinhalten Regelungen zur Vorbereitung des Vergabeverfahrens. Die eindeutig und erschöpfende Leistungsbeschreibung ist Bestandteil der Vergabeunterlagen (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 3 VgV). § 30 VgV enthält die Regelungen des Artikels 46 sowie der Erwägungsgründe (78) und (79) der RL 2014/24/EU zur losweisen Vergabe. In § 35 VgV sind die Regelungen des Artikels 45 der RL2014/24/EU zu Nebenangeboten ausgeführt.

## **(2) rechtliche Normen: RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht**

---

### **§ 7, §§ 7a – 7c VOB/A EU**

§ 7 Leistungsbeschreibung

§ 7a Technische Spezifikationen, Testberichte, Zertifizierungen, Gütezeichen

Die Ausführungen in § 7a VOB/A EU entsprechen im Wesentlichen den Regelungen der §§ 32 bis 34 der VgV.

§ 7b Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis

§ 7c Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

### **§ 7, §§ 7a – 7c VOB/A (1. Abschnitt)**

§ 7 Leistungsbeschreibung

§ 7a Technische Spezifikationen, Testberichte, Zertifizierungen, Gütezeichen

§ 7b Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis

§ 7c Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

### **§§ 21 – 25 UVgO**

§ 21 Vergabeunterlagen

§ 22 Aufteilung nach Losen

§ 23 Leistungsbeschreibung

§ 24 Nachweis durch Gütezeichen

§ 25 Nebenangebote

# Vergabeverfahren im Zuwendungsverhältnis

## Thema: Leistungsbeschreibung

---

(1) Allgemeines zur Leistungsbeschreibung

(2) rechtliche Normen – RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht

**(3) Leistungsbestimmungsrecht**

(4) Leistungsbeschreibung

(5) Beispiele und typische Fehler

## (3) Leistungsbestimmungsrecht

---

### OB – WAS – WIE

**Der Auftraggeber hat das Recht zu bestimmen, ob und was beschafft wird.**

Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers ist dem Vergabeverfahren vorgelagert. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaubt es dem Auftraggeber, Inhalt und Art der gewünschten Leistung **weitestgehend selbst** zu bestimmen und zu gestalten.

**Das Vergaberecht regelt, wie beschafft wird.**

Im Vergaberecht ist das Leistungsbestimmungsrecht zwar nicht ausdrücklich geregelt, verschiedene **Normen schränken** das Leistungsbestimmungsrecht jedoch **ein**.\*

\* Auch andere Rechtsnormen außerhalb des Vergaberechts können die Beschaffungsautonomie des Auftraggebers einschränken, z.B. Kreislaufwirtschaftsgesetz.

### (3) Leistungsbestimmungsrecht

---

#### Welche Festlegungen zum Auftragsgegenstand können / müssen getroffen werden?

Was wünscht sich der Auftraggeber?

Was darf sich der Auftraggeber (im Zuwendungsverhältnis) wünschen?

Was spricht **für** und was **gegen** bestimmte Festlegungen zum Auftragsgegenstand?

Sind diese Festlegungen **sachlich gerechtfertigt, willkür- und diskriminierungsfrei** und basieren auf **objektiven und auftragsbezogenen** Gründen?

**Einhaltung der Vergabegrundsätze: § 97 Abs. 1, 2 GWB  
Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit**

## (3) Leistungsbestimmungsrecht

### Einhaltung der Vergabegrundsätze bedeutet:

- **Sämtliche Festlegungen zum Auftragsgegenstand** müssen **verhältnismäßig** sein und in **Verbindung zum Auftragsgegenstand** stehen. **Verhältnismäßigkeit**
  - § 31 Abs. 3 VgV, § 7 Abs. 1 VOB/A EU, § 2 Abs. 1
  - § 7 Abs. 1 VOB/A, § 23 Abs. 2 UVgO
  
- **Für alle Wirtschaftsteilnehmer** muss **der gleiche Zugang** zum Vergabeverfahren gewährleistet sein.
  - § 121 Abs. 2 GWB, § 31 Abs. 1 VgV, § 2 Abs. 1 VOB/A EU **Transparenz, Gleichbehandlung**
  - § 2 Abs. 2 VOB/A, § 23 Abs. 4 UVgO
  
- **Markt und Wettbewerb** dürfen **nicht in ungerechtfertigter Weise eingeschränkt** werden.  
Die **Einschränkung** von Markt und Wettbewerb ist also **nur** erlaubt, **wenn** sie tatsächlich **gerechtfertigt** ist.  
**Die Grenzen sind sehr eng auszulegen! Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung**
  - § 97 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 1 VgV, § 7 Abs. 2 VOB/A EU
  - § 7 Abs. 2 VOB/A, § 23 Abs. 5 UVgO
  
- **Feststellungen, Gründe, Bewertungen**, die zu Festlegungen hinsichtlich des Auftragsgegenstandes geführt haben, sind zu **dokumentieren! Transparenz**
  - § 8 VgV, § 20 VOB/A EU, § 20 VOB/A, § 6, § 23 Abs. 5 UVgO
  - Der Zuwendungsgeber fordert ausführliche Begründungen an!
  - Auch in einem Nachprüfungsverfahren kann diese Dokumentation „lebensrettend“ sein!

## (3) Leistungsbestimmungsrecht

---

### Festlegungen zum Auftragsgegenstand können sein:

- **technische Anforderungen / Spezifizierungen**  
nicht nur in Bezug auf (technische) Beschaffenheit, sondern z. B. auch hinsichtlich Produktionsmethode, Entsorgung, Lebenszyklus, Nachhaltigkeit, Emission  
§§ 31, 32 VgV, § 7a VOB/A EU, § 7a VOB/A, § 23 UVgO
- **Leistungs-, Funktionsanforderungen**  
z. B. Wirkungsgrad, Dauerbetrieb, Umwelteigenschaften  
§ 31 VgV, § 7a VOB/A EU, § 7a VOB/A, § 23 UVgO
- **Testberichte, Zertifizierungen, techn. Dossiers von Herstellern, sonst. Nachweise**  
z. B. Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen, Zertifizierungen von Microsoft, Apple, SSL-Zertifikate  
§ 33 VgV, § 7a VOB/A EU, § 7a VOB/A,
- **Gütezeichen (Gütesiegel, Qualitätssiegel)**  
z. B. „GS“ (Geprüfte Sicherheit), „Blauer Engel“ (Umweltzeichen Bundesumweltministerium)  
§ 34 VgV, § 7a VOB/A EU, § 24 UVgO
- **Produktvorgaben (sog. Leitprodukte oder Leitfabrikate)**  
z. B. Ergänzung bereits bestehender technischer Anlagen, Ersatzteil für ein spezielles Gerät  
§ 31 Abs. 6 VgV, § 7 Abs. 2 VOB/A EU, § 7 Abs. 2 VOB/A, § 23 Abs. 5 UVgO

### (3) Leistungsbestimmungsrecht

Bei der Bewertung, ob die Festlegung der einzelnen Anforderungen an die Leistung den Grundsätzen der Vergabe **Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit** entspricht, sollte sich der Auftraggeber folgende Fragen stellen:

- Sind die **technischen Anforderungen** tatsächlich so hoch anzusetzen?  
Sind Festlegungen subjektiv oder doch nur Geschmacksache? Ist z.B. eine komplette Live-Überwachung durch Kameras notwendig oder genügt eine Überwachung durch Sensorik? **Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit**
- Sind die **Leistungs- / Funktionsanforderungen** angemessen und tatsächlich erforderlich?  
Ist z.B. eine Service-Hotline 24/7 auftragsbezogen? **Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit**
- Sind spezielle **Zertifizierungen** oder **Nachweise** zwingend erforderlich?  
Werden Marktteilnehmer mglw. ausgegrenzt oder kann sich der Auftraggeber auf andere Weise belegen lassen, dass die angebotene Leistung den Anforderungen entspricht? **Wettbewerb, Verhältnismäßigkeit**
- Ist ein **Gütesiegel** zwingend erforderlich?  
Werden Marktteilnehmer mglw. ausgegrenzt oder genügt die Festlegung von Anforderungen, welche in einem Gütesiegel enthalten sind, ohne dass das Gütesiegel selbst erforderlich ist? **Wettbewerb, Verhältnismäßigkeit**
- Besteht die Notwendigkeit einer **Produktvorgabe** tatsächlich?  
Können andere, gleichwertige Produkte die Anforderungen an die Leistung erfüllen oder werden Marktteilnehmer mglw. diskriminiert? **Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit**

**=> Die Beweislast in einem Nachprüfungsverfahren liegt beim Auftraggeber!**

# Vergabeverfahren im Zuwendungsverhältnis

## Thema: Leistungsbeschreibung

---

(1) Allgemeines zur Leistungsbeschreibung

(2) rechtliche Normen – RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht

(3) Leistungsbestimmungsrecht

**(4) Leistungsbeschreibung**

(5) Beispiele und typische Fehler

## **(4) Leistungsbeschreibung**

---

### **Die Leistungsbeschreibung – das Kernstück der Vergabeunterlagen.**

**Auftraggeber beschreibt und konkretisiert den gewünschten  
Auftragsgegenstand hinsichtlich**

**Art**

**Umfang**

**Ort**

**Zeit**

## (4) Leistungsbeschreibung

---

*... eindeutig, erschöpfend, im gleichen Sinne verständlich, Umstände und Bedingungen ...*

**§ 121 Abs. 1 GWB:** *In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so **eindeutig** und **erschöpfend** wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen **im gleichen Sinne verständlich** ist und die **Angebote miteinander verglichen werden können**. Die Leistungsbeschreibung enthält die **Funktions- oder Leistungsanforderungen** oder eine **Beschreibung der zu lösenden Aufgabe**, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die **Umstände und Bedingungen** der Leistungserbringung.*

**§ 31 Abs. 1 VgV:** *Der öffentliche Auftraggeber fasst die Leistungsbeschreibung [...] in einer Weise, dass sie **allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren** gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarktes für den **Wettbewerb nicht** in ungerechtfertigter Weise **behindert**. **Abs. 2:** *In der Leistungsbeschreibung sind die **Merkmale des Auftragsgegenstandes** zu beschreiben: [...]**

**§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EU, § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 1. Abschnitt:** *Die Leistung ist **eindeutig** und so **erschöpfend** zu beschreiben, dass alle Bewerber [Unternehmen] die Beschreibung **im gleichen Sinne verstehen** müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. **Nr. 5:** *Erforderlichenfalls sind auch der Zweck und die vorgesehene Beanspruchung der fertigen Leistung anzugeben.**

**§ 23 Abs. 1 UVgO:** *In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so **eindeutig** und **erschöpfend** wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen **im gleichen Sinne verständlich** ist und die **Angebote miteinander verglichen werden können**. Die Leistungsbeschreibung enthält die **Funktions- oder Leistungsanforderungen** oder eine **Beschreibung der zu lösenden Aufgabe**, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die **Umstände und Bedingungen** der Leistungserbringung.*

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### Auch für Rahmenvereinbarungen gilt nichts anderes:

**§ 103 Abs. 5 GWB:** Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen [...] öffentlichen Auftraggebern [...] und [...] Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. **Für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen gelten**, soweit nichts anderes bestimmt ist, **dieselben Vorschriften** wie für die Vergabe entsprechender öffentlicher Aufträge.

**§ 21 Abs. 1 Satz 2, 3, VgV, wortgleich § 4a Abs. 1 Satz 2, 3 VOB/A EU:** Das in Aussicht genommene **Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln** und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Eine Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. **Abs. 6:** Die **Laufzeit** [...] darf **höchstens vier Jahre** betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor.

**§ 4a Abs. 1 VOB/A 1. Abschnitt:** Rahmenvereinbarungen sind Aufträge, die [...] Auftraggeber an [...] Unternehmen vergeben können, um die **Bedingungen für Einzelaufträge**, die **während eines bestimmten Zeitraumes** vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis. Das in Aussicht genommene **Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln** und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Eine Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. Die **Laufzeit** [...] **darf vier Jahre nicht überschreiten**, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Einzelfall vor.

**§ 15 Abs. 1 UVgO:** Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen [...] Auftraggebern und [...] Unternehmen, die dazu dienen, die **Bedingungen für** die öffentlichen **Aufträge**, die **während eines bestimmten Zeitraums** vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. **Abs. 2:** Der Abschluss [...] erfolgt im Wege einer nach dieser Verfahrensordnung anwendbaren Verfahrensart. Das in Aussicht genommene **Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln** und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Eine Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. **Abs. 4:** Die **Laufzeit** [...] darf **höchstens sechs Jahre** betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor.

## (4) Leistungsbeschreibung

Diese Vorschriften haben **bieterschützenden** Charakter:

- ⇒ Bieter kann sicher kalkulieren und das anbieten, was tatsächlich gewünscht ist
- ⇒ für alle Bieter gilt dasselbe

**Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit**

Zudem erhält der Auftraggeber

- ⇒ zweifelsfreie, eindeutige und vergleichbare Angebote
- ⇒ und mit hoher Wahrscheinlichkeit die optimale Leistung

**Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit**

Falls eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung des Auftragsgegenstandes tatsächlich nicht möglich ist<sup>\*</sup>, um hinreichend vergleichbare Angebote zu erhalten, stehen dem Auftraggeber (unter bestimmten Voraussetzungen) Vergabeverfahren zur Verfügung, die im Wege der Verhandlung die (gemeinsame) Erarbeitung der Leistungsbeschreibung erlauben (bspw. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 8 Abs. 4 Nr. 3 UVgO) oder bei sehr komplexen Vorhaben z.B. der Wettbewerbliche Dialog gem. § 18 VgV; oder es darf – bei Vorliegen der Voraussetzungen – ein Leitfabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ verwendet werden. Spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages muss der Auftragsgegenstand jedoch erschöpfend und eindeutig beschrieben sein!

<sup>\*</sup> Das subjektive Unvermögen des Auftraggebers genügt hier nicht! Mangelt es lediglich an Vergabereife, weil der Auftraggeber aufgrund fehlenden Fachwissens oder wegen personeller Engpässe die Leistung nicht detailliert genug – also nicht eindeutig und erschöpfend – beschreiben kann, liegt keine Unmöglichkeit vor. Der Auftraggeber kann sein eigenes Unvermögen durch die Hinzuziehung von Fachpersonal ausgleichen. Eine echte Unmöglichkeit der erschöpfenden und eindeutigen Beschreibung ist gegeben, wenn die Natur des Auftragsgegenstandes selbst eine solche nicht zulässt (schöpferische Leistungen, Konzepte etc.).

## (4) Leistungsbeschreibung

---

In vielen Fällen sind unbegründete Produktvorgaben die „Übeltäter“, wenn der Wettbewerb unzulässig beschränkt wurde.

**=> Die bloße Ergänzung des Zusatzes „oder gleichwertig“ neutralisiert die Produktvorgabe nicht!**

### Produktneutralität § 31 Abs. 6 Satz 1, 2 VgV

*Grundsätzlich darf in der Leistungsbeschreibung 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.*

ähnlich § 7 Abs. 2 VOB/A EU, § 7 Abs. 2 VOB/A

**Danach ist für Liefer- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich sowie für Bauleistungen im Unter- und Oberschwellenbereich eine Produktvorgabe grundsätzlich nicht zulässig.**

Abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch kennzeichnet die Formulierung „grundsätzlich“ im juristischen Gebrauch die Geltung eines Grundsatzes, soweit keine Ausnahmen vorliegen. Abweichungen vom Grundsatz, also Ausnahmen, sind somit möglich. Den Auftraggebern steht ein gewisser Ermessensspielraum zur Seite, innerhalb dessen produktspezifische Vorgaben zulässig sein können.

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### § 23 Abs. 5 Satz 1, 2, 3 UVgO

*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 verkehrsübliche 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. [...]*

### **Dokumentationspflicht!**

§ 8 VgV, § 20 VOB/A EU, § 20 VOB/A, § 6, § 23 Abs. 5 UVgO

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### => Nicht ausreichend sind Behauptungen wie z.B.:

- erhöhter finanzieller und/oder personeller Aufwand
- Kompatibilitätsprobleme
- kein anderes Produkt ist so gut wie das gewünschte
- kein anderer Hersteller / kein vergleichbares Produkt ist bekannt

Wird unverhältnismäßig hoher finanzieller und/oder personeller Aufwand angeführt, muss der Auftraggeber fundierte Beispiel-, Vergleichs-, Hochrechnungen etc. mit tragfähigen und nachvollziehbaren Zahlen, welche auf nachprüfbaren Grundlagen basieren, aufstellen. **Grundsätzlich ist dem öffentlichen Auftraggeber zur Gewährleistung des Wettbewerbs ein erhöhter Aufwand zuzumuten!**

Mögliche Kompatibilitätsprobleme sind detailliert zu beschreiben und/oder ggf. Nachweise des Herstellers einzuholen, die die Kombination mit Geräten anderer Hersteller ausdrücklich untersagen.

Dass kein anderes Produkt die Anforderungen so gut erfüllen kann wie das vom Auftraggeber gewünschte, ist insbesondere hinsichtlich der behaupteten einzigartigen Eigenschaften detailliert und nachvollziehbar zu begründen.

Dass dem Auftraggeber kein anderes, vergleichbares Produkt bekannt ist, ist nicht gleichzusetzen mit der tatsächlichen Einzigartigkeit des bekannten Produktes. Dies ist zu belegen, z. B. durch Nachweise des Herstellers (Patent, Quellcode, Urheberrecht, ausschließliches Nutzungsrecht etc.) oder der Markt ist durch produktneutrale Ausschreibung bzw. „oder gleichwertig“ befragen.

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### Leistungsbeschreibung – Leistungsverzeichnis – Leistungsprogramm

Die Leistung kann in Form einer **textlich ausformulierten Gesamtbeschreibung** des Auftragsgegenstandes definiert werden; ebenso ist die Beschreibung durch ein rein **tabellarisches Leistungsverzeichnis** oder auch eine Kombination von textlicher Beschreibung und tabellarischem Verzeichnis zulässig und üblich. In Abhängigkeit vom Auftragsgegenstand kann es erforderlich sein, die Leistung durch ein **Leistungsprogramm** darzustellen.

- **Leistungsbeschreibung:** **detaillierte Beschreibung** der Leistung mit allen Anforderungen  
(=> zu den Anforderungen siehe Folien 13, 14 - Leistungsbestimmungsrecht)  
§ 121 GWB, § 31 VgV, § 7 VOB/A EU, § 7 VOB/A 1. Abschnitt, § 23 UVgO
- **Leistungsverzeichnis:** **detaillierter Leistungskatalog** (i.d.R. **tabellarisch**), unterteilt in Ordnungszahlen (Positionen) unter Angabe von Art, Menge, Erbringungsvoraussetzungen  
§ 7b Abs. 4 VOB/A EU, § 7b Abs. 4 VOB/A 1. Abschnitt
- **Leistungsprogramm:** Angaben zu Funktion, Zweck und weiteren Rahmenbedingungen  
**=> der Entwurf für die Leistung ist Gegenstand des Wettbewerbes**  
§ 7c VOB/A EU, § 7c VOB/A 1. Abschnitt

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### Lose

- **Bei Erstellung der Leistungsbeschreibung ist die Pflicht zur losweisen Vergabe zu beachten!**

Auftraggeber gehen oft irrig davon aus, losweise vergeben zu können, aber nicht zu müssen. Der Gesetzestext ist insoweit eindeutig. Damit soll KMU der Zugang zu öffentlichen Aufträgen erleichtert werden (siehe schon Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 78).

**§ 97 Abs. 4 GWB:** *Mittelständische Interessen sind [...] vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.*

**§ 30 VgV Abs. 1:** mit Verweis auf § 97 Abs. 4 GWB

**§ 5 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1, 2 VOB/A EU:** *Mittelständische Interessen sind [...] vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.*

**§ 5 Abs. 2 Satz 1 VOB/A 1. Abschnitt:** *Bauleistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.*

**§ 22 Abs. 1 Satz 1 UVgO:** *Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.*

## (4) Leistungsbeschreibung

---

**Wird nicht in Lose unterteilt, ist dies detailliert und tragfähig zu begründen!**

**§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB:** Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, **wenn** wirtschaftliche oder technische **Gründe** dies erfordern.

**§ 30 VgV Abs. 1:** mit Verweis auf § 97 Abs. 4 GWB

**§ 5 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3, 2 VOB/A EU:** Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, **wenn** wirtschaftliche oder technische **Gründe** dies erfordern.

**§ 5 Abs. 2 Satz 2 VOB/A 1. Abschnitt:** Bei der Vergabe kann **aus** wirtschaftlichen oder technischen **Gründen** auf eine Aufteilung oder Trennung **verzichtet** werden.

**§ 22 Abs. 1 Satz 2 UVgO:** Bei der Vergabe kann auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden, **wenn** wirtschaftliche oder technische **Gründe** dies erfordern.

### **Dokumentationspflicht!**

§ 8 VgV, § 20 VOB/A EU, § 20 VOB/A, § 6, § 23 Abs. 5 UVgO

**=> Die Beweislast in einem Nachprüfungsverfahren liegt beim Auftraggeber!**

## (4) Leistungsbeschreibung

---

**Nicht ausreichend als Begründung für die unterlassene Losbildung sind Behauptungen wie z.B.:**

- erhöhter Abstimmungsaufwand
- Leistungen hängen zusammen

Wird unverhältnismäßig hoher Abstimmungsaufwand unter den verschiedenen Auftragnehmern und daraus folgend erhöhter Kostenaufwand als wirtschaftlicher Grund angegeben, muss der Auftraggeber dies mit tragfähigen und nachvollziehbaren Zahlen begründen. **Grundsätzlich ist dem öffentlichen Auftraggeber zur Gewährleistung des Wettbewerbs ein erhöhter Aufwand zuzumuten!**

Werden Leistungen aus technischen Gründen nicht in Fach- oder Teillose unterteilt, sind die Gründe zu benennen und ausführlich darzulegen. Gerade bei der Vergabe von Planungsleistungen wird dies sehr häufig als technischer Grund angeführt. Grundsätzlich sind z.B. Tragwerkplanung und Objektplanung in Fachlose aufzuteilen.

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### Nebenangebote

**sind Angebote, deren Inhalt von der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers abweicht.**

§ 35 VgV, § 8 Abs. 2, § 16 Nrn. 5, 7 VOB/A EU, § 8 Abs. 2, § 12 Abs. 1 VOB/A 1. Abschnitt, § 25 UVgO

- Voraussetzung für die Wertung von Nebenangeboten ist die **Zulassung** durch den **Auftraggeber**.
- Werden Nebenangebote zugelassen, sind **bei EU-weiten** Verfahren **Mindestanforderungen** aufzustellen.
- Ohne Mindestanforderungen dürfen sie nicht gewertet werden, auch wenn sie zugelassen waren.
- Bei **nationalen Verfahren** müssen die Nebenangebote **qualitativ und quantitativ gleichwertig** sein.
- Der **Bieter muss** abweichende Leistungen **eindeutig und erschöpfend beschreiben**.
- **Änderungen an den Vergabeunterlagen dürfen nicht als Nebenangebote gewertet werden, diese Angebote sind zwingend auszuschließen!**

**Vorteile:** Für den Auftraggeber kann sich damit die Chance erhöhen, z.B. kostengünstigere, technisch weiter entwickelte oder auch zügiger umsetzbare Leistungen zu erhalten.

**Nachteile:** Da der Bieter die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Vergleichbarkeit seines abweichenden Angebotes nachzuweisen hat, kann hieraus ein erhöhtes Risiko hinsichtlich der Durchführung des weiteren Verfahrens bestehen, insbesondere in Bezug auf die Vergleichbarkeit.

## (4) Leistungsbeschreibung

### Alternativpositionen\* (Ausführungsvarianten, Wahlpositionen)

sind Alternativen zu Grundpositionen, welche der Auftraggeber in seiner Leistungsbeschreibung vorgibt.

- **beeinträchtigen** Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung und somit **Transparenz**
- daher **nur zulässig, wenn** sie mehr oder weniger **geringfügige** Teile der Leistung betreffen **und**
- wenn tatsächlich **sachliche Gründe** vorliegen  
⇒ weil sich zum Zeitpunkt des Verfahrensbeginns die wirtschaftlichste Variante noch nicht bestimmen lässt
- sind **bei der Auftragswertschätzung zu berücksichtigen**
- **Auftraggeber entscheidet**, welche Position zur Ausführung gelangt
- **spätestens zum Zeitpunkt der Angebotswertung** muss Auftraggeber **entscheiden**  
⇒ Wertungssystem muss sicherstellen, dass nur diejenigen Positionen in die Preiswertung einbezogen werden, welche tatsächlich ausgeführt werden

#### Beispiele:

Abdeckung Kunststoff – Alternativposition: Abdeckung Holz

Variante mit Rädern – Alternativposition: Variante ohne Räder

Bodenbelag Laminat – Alternativposition: Parkett

Reinigungsturnus wöchentlich – Alternativposition: zweiwöchentlich

\* nicht zu verwechseln mit Alternativangeboten => siehe Nebenangebote

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### Bedarfspositionen (auch Eventualpositionen), Optionen

Die Begriffe sind im Vergaberecht grundsätzlich nicht definiert,  
die Ableitung einer Definition erfolgt aus der Rechtsprechung.

**Bei Bedarfspositionen (Eventualpositionen) und Optionen handelt es sich um Leistungen bzw. Leistungspositionen, deren Beauftragung bei Erstellung der Vergabeunterlagen noch nicht feststeht.**

Ob die Beauftragung der Bedarfspositionen (Eventualpositionen) / Optionen erfolgen soll, wird nach Erteilung des Zuschlages auf ein verbindliches Angebot entschieden – und zwar in Abhängigkeit von dem dann bestehenden Bedarf.

Der Begriff **Bedarfs- oder Eventualpositionen** legt nahe, dass es sich eher um **isolierte einzelne Positionen** im Verhältnis zu den Grundpositionen des Leistungsverzeichnisses handelt, die durch einseitige Erklärung (auf Anforderung / auf Anordnung) abgerufen werden können. Ein Anspruch des Auftragnehmers auf Beauftragung besteht jedoch nicht.  
(=> Anwendung bei Vergabe von Bauleistungen)

Eine derart enge Auslegung lässt sich aus dem Wortlaut des Begriffes **Option** nicht ableiten. Der Begriff **Option** als einseitiges Gestaltungsrecht ist **sehr weit gefasst**. Wenn dies im Vertrag festgelegt ist, kann durch einseitige Erklärung der Vertrag weiter gestaltet werden. Ein Anspruch des Auftragnehmers auf Beauftragung besteht auch hier nicht.  
(=> Anwendung bei Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen)

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### Zulässigkeitsvoraussetzungen

- Bedarfspositionen / Optionen widersprechen dem bei der Vergabe zu beachtenden Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung! Außerdem erschweren sie die Kalkulation des Preises.
- Aufgrund dieser kalkulatorischen Unsicherheit sind **Bedarfspositionen und Optionen nur ausnahmsweise und in geringem Umfang zulässig! In der Regel (gemäß Rechtsprechung) dürfen sie 10% – 15% des Auftragswertes nicht überschreiten.**
  - ⇒ **Grund und Umfang / Höhe** sind zu **begründen**
  - ⇒ **Unsicherheit darf nicht auf mangelnder Planung bzw. mangelnder Vergabereife basieren**
  - ⇒ maximal mögliche Bedarfe sind zu schätzen und **bei der Auftragswertschätzung zu berücksichtigen (§ 3 VgV)**
- **Option**
  - ⇒ muss klar, genau, eindeutig formuliert sein
  - ⇒ AG muss Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen für die Ausübung machen
  - ⇒ Ausübung der Option darf nicht zu Änderung des Gesamtcharakters des Auftrages führen
- **Bedarfs- / Eventualposition**
  - ⇒ muss klar, genau, eindeutig formuliert sein
  - ⇒ AG muss Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen für die Ausführung machen
  - ⇒ AG kann nicht voraussehen und nicht mit zumutbarem Aufwand aufklären, ob und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Leistungen bei der Auftragsausführung erforderlich sein werden

## (4) Leistungsbeschreibung

---

### Aufnahme in die Leistungsbeschreibung, Wertung

- **Optionen** sind in die **Leistungsbeschreibung** aufzunehmen und **bei der Preiswertung** der Angebote **zu berücksichtigen**. Sie sollten passend gewichtet bzw. separat bewertet werden.
- **Bedarfspositionen** sind **grundsätzlich nicht** in die **Leistungsbeschreibung** aufzunehmen (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/A EU, VOB/A 1. Abschnitt).

⇒ **Die Abweichung vom Grundsatz ist möglich.**

Sofern Bedarfspositionen – **ausnahmsweise** – in der Leistungsbeschreibung enthalten sind, hat der Auftraggeber den Unternehmen dies bekannt zu geben, einschließlich der Modalitäten der beabsichtigten Preiswertung.

Sofern die Bedarfspositionen nicht in der Leistungsbeschreibung enthalten sind, werden sie bei der Preiswertung dementsprechend nicht berücksichtigt.

- Gleiches gilt für **Stundenlohnarbeiten** (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/A EU, VOB/A 1. Abschnitt). Diese Stundenlohnarbeiten dürfen **nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang** in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. Da sie keine Bedarfspositionen sind, fließen sie in die Preiswertung ein. Der Auftraggeber hat den Unternehmen dies bekannt zu geben, einschließlich der Modalitäten der beabsichtigten Preiswertung.

Sind angehängte Stundenlohnarbeiten Bedarfspositionen, werden sie bei der Preiswertung nicht berücksichtigt.

## **(4) Leistungsbeschreibung**

---

**Der Auftraggeber muss seine Entscheidungen begründen und dokumentieren!**

### **Dokumentationspflicht!**

§ 8 VgV, § 20 VOB/A EU, § 20 VOB/A, § 6, § 23 Abs. 5 UVgO

**=> Die Beweislast in einem Nachprüfungsverfahren liegt beim Auftraggeber!**

# Vergabeverfahren im Zuwendungsverhältnis

## Thema: Leistungsbeschreibung

---

(1) Allgemeines zur Leistungsbeschreibung

(2) rechtliche Normen – RL 2014/24/EU – Umsetzung in nationales Recht

(3) Leistungsbestimmungsrecht

(4) Leistungsbeschreibung

**(5) Beispiele und typische Fehler**

## (5) Beispiele und typische Fehler

### Leistungsbeschreibung nicht eindeutig und erschöpfend

- **fehlende oder ungenaue Angaben hinsichtlich Größe**  
„ungefähr“ „mittel“ „üblich“ „passend“ => genaue Angaben / Abmaße (Mindestanforderungen)
- **fehlende oder ungenaue Angaben zu Material und Beschaffenheit**  
„stabil“ „langlebig“ „hochwertig“ => Wie stabil? Lebensdauer mindestens? Ab wann ist „Wert hoch“?
- **fehlende oder ungenaue Farbvorgaben**  
„gedeckt“ „dezent“ „hell“ „mehrfarbig“ => genaue Farbvorgaben, ggf. Farbbezeichnungen
- **ungenau Angaben zu Wartung und Service**  
„bei Bedarf“ „auf Abruf“ „zu üblichen Geschäftszeiten“ „inkl. Reparatur“
- **unzulässige/r Produktvorgaben / Verweis „oder gleichwertig“** (vgl. § 31 VgV, § Abs. 2 VOB/A, VOB/A EU, § 23 UVgO)  
Verweis auf spezielles Produkt, da ausführliche Leistungsbeschreibung erhöhten finanziellen und/oder personellen Aufwand verursacht; Verweis auf mögliche Kompatibilitätsprobleme; kein anderes Produkt ist so gut wie das gewünschte; kein anderer Hersteller / kein vergleichbares Produkt ist bekannt
- **unzulässige verdeckte Produktvorgabe**  
Abschreiben der Produktmerkmale ohne Nennung des Produktnamens

## (5) Beispiele und typische Fehler

---

- **unterlassene Losbildung (z. B. Landschaftsplanung, Hochbau /Gebäude, Brücke)**  
„erhöhter Abstimmungsaufwand“, „Leistungen hängen zusammen“
- **zu hoher Anteil an Bedarfspositionen / Optionen**  
mehr als 15% des Auftragswertes (auch schon 10% können zu viel sein!)

**Fehler dieser Art sind Verstöße gegen die Grundsätze des Vergaberechts und können – je nach Schweregrad – nach den Leitlinien der Kommission mit einer finanziellen Sanktion von bis zu 100% belegt werden!**

**Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit**

**§ 97 Abs. 1, 2 GWB**

## Ausblick auf weitere Informationsveranstaltungen

---

- Aussicht auf folgende Informationsveranstaltungen (online):

**11.12.2024** Generalunternehmer / Generalübernehmer / Totalunternehmer

...

**19.02.2025** Wertungsmöglichkeiten

**12.03.2025** Auftragsänderungen

n.n.            Rahmenvereinbarungen

- Fragen und Feedback bitte an:

**[info.vergabep RUEFUNG@ilb.de](mailto:info.vergabep RUEFUNG@ilb.de)**

Für weitere Fragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.



**Ihr Ansprechpartner**

**André Hacker**

Bereich (Recht)

Telefon 0331 660-1756

Telefax 0331 660-61756

[info.vergabep RUEfung@ilb.de](mailto:info.vergabep RUEfung@ilb.de)

Investitionsbank des Landes Brandenburg

Babelsberger Straße 21

14473 Potsdam

[www.ilb.de](http://www.ilb.de)

[www.twitter.com/ILB\\_wirfoerdern](https://www.twitter.com/ILB_wirfoerdern)