

Leistungsbestimmung und Leistungsversprechen aus Bietersicht

18.09.2024

Matthias Goede

FACHANWALT FÜR VERGABERECHT

FACHANWALT FÜR BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

LEHRBEAUFTRAGTER FÜR VERGABERECHT AN DER
HOCHSCHULE MÜNCHEN (FH)

Agenda

I. Leistungsbestimmung

1. Einordnung
2. Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts
3. Anknüpfungspunkte aus Bietersicht
4. Zwischenfazit

II. Leistungsversprechen

1. Eckpunkte der Vertragsanbahnung im Vergabeverfahren
2. Notwendigkeit der Kontrolle des Leistungsversprechens?
3. Vorgaben für die Prüfung des Leistungsversprechens
4. Folgen des nicht erfüllten Leistungsversprechens

III. Fazit

I. Leistungsbestimmung

1. Abgrenzung

a) Was meint Leistungsbestimmungsrecht?

Die Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit der geschuldeten Leistung ist essenzielle Voraussetzung für das Vorliegen eines wirksamen Schuldverhältnisses. Fehlt es an der Bestimmtheit der Leistung, kann dies zum Dissens führen (§ 154 Abs. 1 BGB), wenn die Leistung nicht im Wege der Auslegung ermittelt werden, also die Vertragslücke beseitigt werden kann, da in der Regel keine Seite befugt ist, die Leistung nachträglich zu definieren (§§ 315, 316 BGB).

=> Leistungsbestimmung meint die Definition der Leistung

b) Wer bestimmt die Leistung?

Grundsätzlich obliegt dem Auftraggeber die Bestimmung der Leistung, er fragt mit Einleitung des Vergabeverfahrens und dem Ziel eines Vertragsschlusses die Leistung am Markt nach, so dass auch er die (von ihm gewünschte) Leistung bestimmt. Daran ändert das Vergaberecht nichts, denn es tastet das *umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nicht an [...]; dieser bestimmt [...] selbst, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht (BT Drucks. 18/6281, S. 68).*

c) Leistungsbestimmung ≠ Leistungsbeschreibung

Die vergaberechtlichen Regelungen, insbesondere die zur Leistungsbeschreibung, lassen das Recht des Auftraggebers, frei zu entscheiden, was er beschaffen will, zunächst unberührt. **Das Leistungsbestimmungsrecht ist dem Vergabeverfahren vorgelagert.** Erst wenn bestimmt ist, was beschafft werden soll, lässt sich die Leistung beschreiben.

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 10/12; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.07.2014 - 15 Verg 4/14).

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist also ein zweiter Schritt nach der Entscheidung über die Beschaffenheit (Leistungsbestimmung).

Merksatz: Vergaberecht regelt nicht, ob und was beschafft wird, sondern nur wie beschafft wird!

[h.M., vgl. z.B. OLG Düsseldorf Beschl. v. 31.05.2017, VII-Verg 36/16, Rz. 40 ff. nach juris m.w.N.]

Aber „warum darf der öffentliche Auftraggeber dann nicht einfach ausschreiben, wie er will?“

- ↔ Gebot der sorgsamen Mittelverwendung
- ↔ Zielsetzung und Prinzipien des Vergaberechts
- ↔ Zweck des Vergaberechts, einen möglichst breiten Wettbewerb zu ermöglichen

2. Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts

Aus den Zielsetzungen und den Prinzipien des Vergaberechts hat die Rechtsprechung folgende Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts definiert:

- Sachliche Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand
- objektive und auftragsbezogene Nachvollziehbarkeit
- Willkürfreiheit
- Tatsächliche Existenz der Gründe
- Diskriminierungsverbot

[vgl. z.B. OLG Düsseldorf Beschl. v. 7.6.2017 – VII-Verg 53/16; 31.05.2017, VII-Verg 36/16; 13.04.2016, VII-VERG 47/15; 01.08.2012 – Verg 10/12; 17.02.2010 - Verg 42/09; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.07.2014 - 15 Verg 4/14).

a) Sachliche und existente Rechtfertigung der Bestimmung des Leistungsgegenstandes, mit objektiver und auftragsbezogener Nachvollziehbarkeit

→ zur Zeit der Leistungsbestimmung müssen sachliche und auftragsbezogene Gründe für die Festlegung vorhanden sein und der Entscheidung zugrunde gelegt werden.

Dabei unterliegen die vergaberechtlichen Prüfungs- und Untersuchungspflichten des Auftraggebers zur Ermittlung der richtigen Lösung für den Beschaffungsbedarf Zumutbarkeitsgrenzen, d.h. er muss nicht alles denkbare tun, um den Markt zu sondieren und die objektiv beste Lösung für seinen Beschaffungsbedarf zu ermitteln.

⇔ grundsätzlich ist **keine Markterforschung** oder Markterkundung durch den Auftraggeber notwendig, **ob eine andere** als die gewünschte **Lösung** für eine Beschaffung **möglich ist**.

(a.A. - allerdings zur alten wegen Art. 40 RL 2014/24/EU überholten Rechtslage OLG Jena, Beschl. 26.6.2006, 9 Verg 2/06 und OLG Celle Beschl. v. 22.05.2008 – 13 Verg 1/08)

=> Es liegt damit in der Hand des Auftraggebers, die an die zu beschaffenden Gegenstände zu stellenden funktionalen, technischen und ästhetischen Anforderungen nach seinem Bedarf festzulegen. Ob die Anforderungen erforderlich oder zweckmäßig sind, spielt keine Rolle.

(OLG Rostock, Beschl. v. 01.09.2021 - 17 Verg 2/21)

b) Willkürfreiheit und Diskriminierungsverbot

Willkürfreiheit der Leistungsbestimmung meint, dass es überhaupt (objektiv nachvollziehbare) Gründe gibt, warum die Leistungsbestimmung in der Weise, in der sie erfolgt ist, erfolgte. Willkürlich ist die Leistungsbestimmung damit immer dann, wenn sich der Auftraggeber überhaupt keine Gedanken bei der Leistungsbestimmung gemacht hat oder sich von sachfremden Erwägungen leiten ließ.

Neben der Willkürfreiheit verbieten die vergaberechtlichen Grundsätze die Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer.

3. Anknüpfungspunkte aus Bietersicht

Bieter können (rügend) einwenden, dass

- die Bestimmung des Leistungsgegenstandes sachlich nicht gerechtfertigt ist,
- willkürlich und grundlos oder
- wettbewerbsbeschränkend ihre Lösung/Leistung diskriminiert

und, sofern die Rüge zurückgewiesen wird, die Leistungsbestimmung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens überprüfen lassen.

⇔ Anknüpfungspunkt der Überprüfung der Festlegung des Beschaffungsbedarfs und der diesbezüglichen konkreten Anforderungen ist grundsätzlich der Vergabevermerk; aus diesem muss sich die sachliche Rechtfertigung für die aufgestellten Anforderungen, müssen sich also sachliche Gründe für die Beschaffungsentscheidung ergeben.

(vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.07.2010 - 15 Verg 6/10).

⇔ Eine Dokumentation der zugrunde liegenden Erwägungen ist jedoch nur insoweit zu verlangen, wie die Kontrollbefugnis im Nachprüfungsverfahren reicht, weil das Erfordernis einer weitergehenden Dokumentation reine Förmerei wäre.

Beispiele:

- **OLG Brandenburg, Beschluss vom 8. Juli 2021 – 19 Verg 2/21**
Ausschreibung von iPads – zulässig
- **BayObLG, Beschluss vom 29.07.2022 - Verg 13/21;**
OLG Rostock 01.09.2021 17 Verg 2/21
funktionierende SORMAS-Schnittstelle - zulässig
- **OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.04.2022 - 15 Verg 2/22**
Verzicht auf Losaufteilung bei Fachsoftware – zulässig
- **OLG Karlsruhe, Urteil vom 15. November 2013 – 15 Verg 5/13**
Softwareseitige Erweiterung eines vorh. Einsatzleitsystems - zulässig
- **OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 10/12**
Satellitengestützte Warnsysteme mit Nutzung bestehender Einrichtungen (-> Ausschluss neuerer Systeme) - zulässig
- **OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – Verg 7/12** Impfstoff in Fertigspritzen ohne Kanüle oder mit abnehmbarer Kanüle (-> Ausschluss von Spritzen mit feststehender Kanüle) - zulässig

- **OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018 - 13 Verg 4/18**
Briefzustellung Zustellquote und Codierungssystem - unzulässig
- **VK Südbayern, Beschl. v. 23.08.2017 - Z3-3-3194-1-24-05/17**
Konkludenter Ausschluss von Cook & Freeze Zubereitung - unzulässig
- **VK Westfalen, Beschluss vom 01.03.2016 - VK 1-2/16**
Vorgabe neue Softwarelizenzen anzubieten – unzulässig

Alternativen für Bieter?

- Zulassung von Nebenangeboten anregen
- Angebot mit dem eigenen Leistungsinhalt und Nachweis der Gleichwertigkeit zur ausgeschriebenen Leistung abgeben

4. Zwischenfazit

Mit der Leistungsbestimmung definiert der Auftraggeber die zu beschaffende Leistung, deren konkrete Vorgaben für die Umsetzung in die Leistungsbeschreibung münden.

Das Vergaberecht regelt nicht das **Was**, sondern nur das **Wie** der Beschaffung.

Für Bieter ist es daher schwer bis unmöglich, eine für sie ungünstige Leistungsbestimmung zu „kippen“ – einen Anspruch auf Ausschreibung einer anderen (besseren/richtigeren/aktuelleren/etc.) Leistung kennt das Vergaberecht nicht.

Zudem: Was gewinnt der Bieter? In der Regel – v.a. wenn der Bieter aufgrund der Leistungsbestimmung kein Angebot abgeben kann - heißt der Erfolgsfall, es muss neu ausgeschrieben werden.

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist dagegen ein zweiter Schritt nach der in sich zu rechtfertigenden Entscheidung über die Beschaffenheit der Leistung (Leistungsbestimmung). Seine Verletzung ist immer angreifbar.

II. Leistungsversprechen

1. Eckpunkte der Vertragsanbahnung im Vergabeverfahren

- Vorgabe der Leistungsinhalte durch den Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung, die mit der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“ (invitatio ad offerendum) den Bietern zur Verfügung gestellt wird
- (Preis-) Angebot des Bieters
- Unausgesprochener Inhalt des Bieterangebotes: Die nachgefragte und zum Gegenstand seines Angebots gemachte Leistung kann (zum angebotenen Preis) erbracht werden
(= Leistungsversprechen)

- ⇔ Der Leistungsinhalt ist eindeutig vorgegeben
- ⇔ Die Bieter können die anzubietende Gegenleistung eindeutig (und kaufmännisch vernünftig) kalkulieren;

- ⇒ Wettbewerb findet für die Bieter unter gleichen Voraussetzungen statt (Leistungsinhalt/Gegenleistung (Preis))
- ⇒ Der Wettbewerb findet nur zwischen Bietern statt, die die angebotene Leistung auch erbringen können (und wollen), d.h. ihr Angebot enthält tatsächlich die ausgeschriebene Leistung
- ⇒ Wahrung des Gleichbehandlungsgebots

2. Notwendigkeit der Kontrolle des Leistungsversprechens?

Grundsätzlich besteht keine Notwendigkeit einer Kontrolle des Leistungsversprechens der Bieter.

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.09.2022 – 15 Verg 8/22; BayObLG, Beschluss vom 03.06.2022 – Verg 7/22; BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 – Verg 15/23 e, Verg 16/23 e und Verg 17/23 e).

Aber: - Zweifel der Vergabestelle oder

- Zweifel von Konkurrenten

am Leistungsversprechen rechtfertigen bei konkreten

Anhaltspunkten eine Kontrolle

(OLG Schleswig, Beschluss vom 06.07.2022 – 54 Verg 4/22; BayObLG, Beschluss vom 09.11.2021 – Verg 5/21; BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 – Verg 15/23 e, Verg 16/23 e und Verg 17/23 e; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 – Verg 20/19).

3. Vorgaben für die Prüfung des Leistungsversprechens

a) Allgemeines:

Sowohl die Prüfung des Leistungsversprechens anhand bereits erbrachter Leistungen (Referenzen – Eignungsprüfung) als auch die Überprüfung des Leistungsversprechens bzgl. des konkret ausgeschriebenen Vertragsinhalts müssen berücksichtigen, dass aus der Vergangenheit Schlüsse für ein Verhalten des Bieters in der Zukunft gezogen und hieraus eine **Prognose** für die Zukunft gewonnen werden muss.

Lösungsansätze zur Bewältigung der Prognoseunsicherheit:

- Aufklärung/Erläuterung durch den Bieter
- Zugeständnis einer Einschätzungsprärogative für den Entscheider
- Anerkennung von Prognoseunsicherheiten
- Reduzierung der Entscheidungsbegründung auf „Abwägungselemente“ mit lediglich methodisch festgelegten Grenzen (reduzierte Kontrolldichte bei der Prüfung von Beurteilungsspielräumen – bzw. Ermessenentscheidungen)

b) „Formelle“ Voraussetzungen der Kontrolle

↔ Grundsatz: **Freie Wahl** der Mittel, wie die Überprüfung des Leistungsversprechens erfolgt.

(Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 29. Mai 2024 – Verg 15/23 e –, juris Rn. 88)

↔ Keine Beschränkung oder Festlegung auf bestimmte Methode oder Mittel der fachlichen Prüfung, sofern es sich nicht um das einzige geeignete Mittel handelt und es dem Auftraggeber zur Verfügung steht.

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 – Verg 20/19 mwN)

↔ **Aber:** Das gewählte Mittel zur Überprüfung hat jedoch geeignet zu sein. Die Mittelauswahl muss überdies frei von sachwidrigen Erwägungen erfolgen. Zweifel am Leistungsversprechen sind **aufzuklären!**

Der Sache nach muss daher die Mittelauswahl auf einem sachlichen Grund basieren, darf nicht diskriminierend (zu Lasten der übrigen Bieter oder zu Gunsten des betroffenen Bieters) wirken und hat im Übrigen die allgemeinen Grenzen des Auswahlermessens (bei verschiedenen im Raum stehenden Entscheidungsalternativen) zu wahren. Die Beschränkung auf ein bestimmtes Mittel ist daher nur unter Voraussetzungen möglich, die einer Ermessensreduzierung auf Null entsprechen.

c) Materielle Kontrolle

Bei der Kontrolle des Leistungsversprechens in materieller Hinsicht muss der Auftraggeber (bei fehlender eigener Sachkunde) Fachbehörden oder Sachverständige konsultieren. Auf deren Expertisen kann sich ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich ebenfalls verlassen.

(vgl. dazu OLG München, Beschluss vom 27.07.2018 – Verg 2/18; Beschluss vom 30.01.2013 – Verg 30/12)

Dabei muss der Auftraggeber insbesondere bei Bieterkonzepten nicht – anhaltlos – prüfen (lassen), ob sämtliche Vorschriften und Verpflichtungen bei Durchführung des Konzepts eingehalten werden.

(BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 – Verg 15/23 e, Verg 16/23 e und Verg 17/23 e).

d) Grenzen

- Änderungen am Inhalt der Vergabeunterlagen durch Äußerungen des Bieters im Angebot
oder
- Änderungen des Angebots im Rahmen der Aufklärung sind unzulässig (vgl. § 15 Abs. 5 S. 2 VgV bzw. § 15 EU Abs. 3 VOB/A). Insbesondere darf ein Bieter auch dann, wenn er auf Nachfrage der Vergabestelle nähere Details zu seinem Angebot mitteilen soll, den Angebotsinhalt nur erläutern, nicht aber abändern, also nicht von eindeutigen Festlegungen seines Angebots (nachträglich) abrücken.

4. Folgen des nicht erfüllten Leistungsversprechens

a) Vergaberechtlich im laufenden Verfahren

Ausschluss des Angebots

b) Nach (vergaberechtswidriger) Zuschlagserteilung

- Vertragsbeendigung nach erfolgloser Aufforderung zur Leistungserbringung und Vertragserfüllung
- Bei Unmöglichkeit für den Bieter/ Auftragnehmer: Kein Anspruch auf die Leistung, § 275 Abs. 1 BGB
Aber ggfs. Schadensersatz gemäß § 283 BGB

III. Fazit

Während die Bieter im Rahmen der Leistungsbestimmung wenig Möglichkeiten haben, sich rechtlich gegen eine aus ihrer Sicht unzutreffende Leistungsbestimmung zu wehren, ist ihre Position beim Leistungsversprechen anders. Hier gilt zunächst die Vermutung, dass die angebotene Leistung ausgeführt wird (und werden kann). Nur bei berechtigten Zweifeln des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers ist diese Vermutung zu verifizieren. Dabei ist dem Bieter Gelegenheit zu geben, sich zu erklären, so dass er durchaus in der Lage ist aktiv, z.B. durch Vorlage von Sachverständigengutachten, Zweifel an seinem Leistungsversprechen zu zerstreuen.



Vielen Dank!

Matthias Goede

FACHANWALT FÜR VERGABERECHT
FACHANWALT FÜR BAU- UND ARCHITEKTENRECHT
LEHRBEAUFTRAGTER FÜR VERGABERECHT AN DER HOCHSCHULE MÜNCHEN (FH)

goede | althaus

BRIENNER STRASSE. 21 | 80333 MÜNCHEN
TEL. +49 (0)89 76 70 70-0 | FAX +49 (0)89 76 70 70-22

KANZLEI@GOEDE-ALTHAUS.DE

WWW.GOEDE-ALTHAUS.DE

GOEDE ALTHAUS RECHTSANWÄLTE PARTNERSCHAFT mBB
AG MÜNCHEN | PR 1879