

# Vergaberecht

Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Martin Burgi

2. Auflage 2018. Buch. XXVII, 320 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 72456 5  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Vergaberecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

pflichtet waren, kann es m.E. auf das Vorliegen einer „gemeinsamen Aufgabe“ nicht ankommen; mit anderen Worten: Es sollte ausreichen, wenn die gemeinsam zu erreichenden Ziele erst in dem die Zusammenarbeit begründenden Vertrag formuliert werden.<sup>66</sup>

- Bei näherer Betrachtung kann auch der vom OLG Koblenz statuierte Ausschluss von Kooperationsverträgen, bei denen sich der Beitrag eines der beiden Vertragspartner darauf beschränkt, ein **Entgelt** zu entrichten,<sup>67</sup> künftig nicht mehr überzeugen. So heißt es in Erw. 33 der VRL ausdrücklich, dass die Zusammenarbeit nicht voraussetze, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. An dieser Stelle lohnt wiederum der Blick in die Entstehungsgeschichte. So hatte die Kommission im ursprünglichen Vorschlag ausdrücklich gefordert, dass durch die Vereinbarung „eine echte Zusammenarbeit“ begründet werden müsse, mit „wechselseitigen Rechten und Pflichten der Parteien“<sup>68</sup> Gefordert wurde ferner, dass Finanztransfers ausschließlich auf die Erstattung von Kosten bezogen sein dürften. Beide Vorschläge haben das parlamentarische Verfahren auf EU-Ebene nicht „überlebt“ und finden sich mithin nicht mehr in Art. 12 VRL (und auch nicht in § 108 GWB). Vereinbarungen, bei denen der eine Partner lediglich ermöglicht, dass der andere (typischerweise größere und in der betreffenden Tätigkeit kompetentere) Partner die erbetene Dienstleistung erbringen kann und hierfür ein Entgelt entrichtet, wären m.E. demnach künftig vom Ausnahmetatbestand des § 108 Abs. 6 GWB erfasst.

#### Vertiefungsliteratur:

Zum Rechtsstand bis 2016 sind verschiedene Monographien (siehe sogleich) erschienen. Neben den Kommentierungen sei ferner auf die Gesamtdarstellungen von *Hausmann*, 15 Jahre Inhouse-Rechtsprechung, in: FS Marx, 213, und *Mestwerdt/Sauer*, Institutionalisierte Kooperationen, in: FS Marx, 391, hingewiesen. Monographisch: *Bergmann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft, 2005; *Hardraht*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, 2006; *Hahn*, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, 2007; *Krajewski/Wethkamp*, Die vergaberechtsfreie Übertragung Öffentlicher Aufgaben – Zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Eigengeschäfte und Verwaltungskooperationen, 2008; *El-Baroudi*, Die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf Öffentlich-Private Partnerschaften, 2009; *Stöcker*, Entwicklung des Verwaltungskooperationsvertrages unter Berücksichtigung des Vergaberechts, 2010; *Erps*, Kommunale Kooperationshoheit und europäisches Vergaberecht, 2010; *Döbling*, Verwaltungskooperationen und Vergaberecht, 2011; *Klein*, Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt, 2012; *Schleissing*, Möglichkeiten und Grenzen vergaberechtlicher Inhouse-Geschäfte, 2012.

#### Zum Rechtsstand seit der neuen EU-Richtlinie (seit 2014):

*Burgi*, Anwendungsbereich und Governanceregeln der EU-Auftragsvergabe-Reformrichtlinie: Bewertung und Umsetzungsbedarf, NZBau 2012, 601; *Fruhmann*, Die neue Ausnahme für öffentliche-öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: FS Marx, 145; *Dabringhausen*, Die europäische Neuregelung der Inhouse-Geschäfte – Fortschritt oder Flopp?, VergabeR 2014, 512; *Brockhoff*, Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien, VergabeR 2014, 625; *Gröning*, Anwendbarkeit und Ausnahmebestimmungen im künftigen Vergaberecht, NZBau 2015,

<sup>66</sup> Abzulehnen daher OLG Naumburg VergabeR 2017, 627 (640f.).

<sup>67</sup> Dem zuneigend OLG Naumburg VergabeR 2017, 727 (641f.).

<sup>68</sup> Vgl. zum näheren Nachweis *Burgi* NZBau 2012, 60.

690; *Greb*, Inhouse-Vergabe nach aktuellem und künftigem Recht, *VergabeR* 2015, 289; *Hofmann* *VergabeR* 2016, 189; *Müller-Wrede*, Die Neuregelungen zur Inhouse-Vergabe, *VergabeR* 2016, 292; *Gaus*, Der neue § 108 GWB, *VergabeR* 2016, 418; *Losch*, Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grenzen ausschreibungsfreier Leistungsbeziehungen, *VergabeR* 2016, 541; *Hoffmann/Schulz/Gottberg*, Zulässige Inhouse-Vergabe im Konzern öffentliche Verwaltung, *KommJur* 2017, 245; *Horstholte u. a.*, In-House-Vergaben an Tochtergesellschaften anderer Auftraggeber, *VergabeR* 2017, 697; *Frenz*, In-House-Geschäfte und interkommunale Zusammenarbeit nach der Vergaberechtsreform, *DVBl.* 2017, 740.



## Zweiter Teil: Leistungsbeschreibung und Verfahren

### § 12. Leistungsbeschreibung

#### Übersicht

	Rn.
I. Bedeutung und Standort .....	2
1. Übersetzung der Anforderungen der jeweiligen Aufgabenerfüllung in das Vergaberecht .....	2
2. Grundsatz der Beschaffungsautonomie .....	4
II. Arten und Rechtsrahmen .....	7
1. Leistungsbeschreibung mit Leistungs- oder zusätzlichen Funktionsanforderungen .....	7
2. Inhaltliche Anforderungen .....	12
a) Auftragsgegenstand i.w.S. ....	12
b) Eindeutigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit .....	13
c) Diskriminierungsfreiheit .....	15
d) Behandlung von sog. ungewöhnlichen Wagnissen .....	17
3. Anknüpfung an technische Anforderungen, Bescheinigungen und Gütezeichen .....	19
a) Bezugnahme auf technische Anforderungen .....	20
b) Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen .....	22
c) Nachweisführung durch Gütezeichen .....	23
III. Zulassung von Nebenangeboten .....	24
IV. Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke .....	25

Die Leistungsbeschreibung enthält die Anforderungen an die Bieter, deren Kenntnis für die Erstellung von Angeboten erforderlich ist, ferner die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung. Sie ist mit der GWB-Novelle 2016 nun erstmals auf der Ebene des Gesetzes adressiert (in § 121) und bildet (abgesehen von Vorarbeiten und Markterkundungen) in sachlicher Hinsicht den Auftakt des eigentlichen Vergabeverfahrens, vor allem aber den Bezugspunkt für die Eignungs- und die Zuschlagskriterien sowie für die abschließende Wertungsentscheidung.

#### I. Bedeutung und Standort

##### 1. Übersetzung der Anforderungen der jeweiligen Aufgabenerfüllung in das Vergaberecht

Mit der Leistungsbeschreibung werden Art und Zuschnitt des Auftragsgegenstandes den künftigen Bietern gegenüber kommuniziert. Eine korrekte Leistungsbeschreibung ist die Voraussetzung für (aus der Sicht der Bieter) die zuverlässige Ausarbeitung der Angebote und (aus der Sicht des Auftraggebers) für die Vergleichbarkeit der Angebote, deren zutreffende Wertung und schließlich für die reibungslose und technisch einwandfreie Ausführung der Leistung sowie deren vertragsgemäße und regelgerechte Abrechnung. § 121 Abs. 1 S. 1 GWB bringt das mit der Formulierung, wonach der Auftragsgegenstand „so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben (ist), dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne ver-

ständig ist und alle Angebote miteinander verglichen werden können“ auf den Punkt. Hierbei handelt es sich auch um eine bieterschützende Vorschrift, deren Missachtung im Nachprüfungsverfahren gerügt werden kann (→ § 20 Rn. 36).<sup>1</sup> Je mehr eine kluge Vergabestelle in der Beachtung der Vergaberegeln nicht lediglich eine lästige Pflicht sieht, sondern die Auftragsvergabe als Mittel zur verbesserten Erfüllung ihrer Aufgaben begreift, desto mehr ist die Leistungsbeschreibung das zentrale **Instrument**, mit dem die Vergabestelle die sich aus den politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der jeweiligen Aufgabenerfüllung ergebenden Anforderungen gleichsam vergaberechtlich „übersetzt“.

- 3 So ergeben sich beispielsweise aus dem Krankenhausplanungs- und dem Sozialrecht i.w.S. zahlreiche Anforderungen an einen Krankenhausneubau, die durch die regelmäßig zahlreichen Vorstellungen des Klinikpersonals und der für das Klinikum politisch Verantwortlichen beispielsweise im Stadtrat ergänzt werden. Auch die langjährige Erfahrung mit dem vorherigen Krankenhausgebäude fließt in die Formulierung der Leistungsbeschreibung für das neue Vorhaben mit ein. Als ein weiteres Beispiel mag die Beschaffung eines Verpflegungsangebots für die städtischen Schulen dienen: Hier „speist“ sich die letzten Endes europaweit publizierte Leistungsbeschreibung aus zuvor gebildeten politischen Vorstellungen des Schulträgers, der Lehrer- und Elternschaft, vielleicht auch der Schülervertretung, ergänzt mit politischen Wünschen aus dem Stadtrat nach einer ökologisch nachhaltigen Zusammensetzung des Speisenangebots sowie der Entsorgung der Speiseabfälle und stets ist klar: Je mehr Überlegungen in die Formulierung der Leistungsbeschreibung einfließen, desto treffsicherer dürften die später eingehenden Angebote und desto erfolgreicher die nachfolgende eigentliche Aufgabenerfüllung in den Schulen sein. All das gilt entsprechend für die Beschaffung von Postdienstleistungen (wo es um die Übersetzung der Verantwortung beispielsweise der Gerichte für die Beachtung der jeweils einschlägigen Bekanntgabe- und Zustellungsvorschriften sowie für den Zustellungserfolg geht)<sup>2</sup>, für die Beschaffung von Reinigungsdienstleistungen betreffend die öffentlichen Gebäude,<sup>3</sup> bei der Beschaffung der durch Aspekte wie Systemkompatibilität und Datensicherheit geprägten IT-Leistungen<sup>4</sup> sowie selbstverständlich für die unterschiedlichsten Bereiche der Bauvergaben.<sup>5</sup>

## 2. Grundsatz der Beschaffungsautonomie

- 4 Daraus, dass die erfolgreiche Aufgabenerfüllung den Basiszweck des GWB-Vergaberechts bildet, ergibt sich als Konsequenz ein bestimmtes Maß an Autonomie zugunsten des Auftraggebers bei der Entscheidung über Inhalt und Umfang der zu beschaffenden Leistung (sog. Beschaffungsautonomie; → vgl. bereits § 6 Rn. 7). Die lange Zeit vorherrschende Linie, wonach die Auftraggeber zur Prüfung und positiven Feststellung verpflichtet seien, dass und aus welchen Gründen andere, von ihnen nicht verfolgte Leistungen besser geeignet seien und sie gar die Beschaffungsentscheidung durch weitergehende Marktuntersuchungen objektivieren und all dies doku-

<sup>1</sup> Als Zusammenfassung der diesbezüglichen Fehlerquellen vgl. *Laumann/Scherf* VergabeR 2013, 539.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Burgi* VergabeR 2007, 457 sowie das im Auftrag des Bundesverbands Deutscher Postdienstleister e.V. auf dessen Homepage ([www.bvdp.de](http://www.bvdp.de)) veröffentlichte Rechtsgutachten „Kriterien für die Vergabe von Postdienstleistungen im Gewährleistungsstaat“ auf dem Stand der 4. Aufl. 2017.

<sup>3</sup> Vgl. dazu mit instruktiven Formulierungsbeispielen *Mager/Lotz* ZfBR 2015, 758.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu *Krohn* NZBau 2013, 79.

<sup>5</sup> Vgl. insoweit *Baummann* in: Lampe-Helbig u.a. HdbBauvergabe, C III; *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht, 2. Teil, G.

mentieren müssten,<sup>6</sup> wurde durch das **OLG Düsseldorf** ab dem Jahr 2010 Stück für Stück verlassen. Seither hält es dieses Gericht für ausreichend, dass die Leistungsbestimmung „auf sachbezogenen“ Erwägungen beruht. Wenn dies der Fall ist, seien *nicht* die innerhalb des sog. Grundsatzes der produktneutralen Ausschreibung (→ Rn. 15) eingreifenden strengen Vorgaben der Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit und erst recht nicht der Richtigkeit der getroffenen Beschaffungsentscheidung anzuwenden. Insbesondere sei der Auftraggeber dann nicht zur Durchführung von Markterkundungsverfahren verpflichtet.

Diese neue Rechtsprechungslinie wurde in mehreren Entscheidungen begründet<sup>7</sup> und zuletzt 5 verfestigt im Beschluss vom 9.1.2013. Darin hatte das Gericht die Formulierung eines konkret benannten Putzaufbaus für die Fassade eines restaurierten Landesmuseums als legitimen Ausdruck der zuvor getroffenen politischen Entscheidung, eine optisch besonders hochwertige Ausführung an den Fassaden des Museums zum Dom (zu Münster) verwirklichen zu wollen, die letzten Endes nur mit dem Putzaufbau eines bestimmten (im Leistungsverzeichnis exakt angegebenen) Typs herbeigeführt werden konnte<sup>8</sup> akzeptiert; ein vergleichbarer Fall betraf die Beschaffung einer Hochschulverwaltungssoftware.<sup>9</sup> Das OLG Düsseldorf hat Gefolgschaft gefunden beim OLG Naumburg<sup>10</sup> und beim OLG Karlsruhe<sup>11</sup>.

Die hieran teilweise unter Berufung auf den Wettbewerbs- und den Gleichbe- 6 handlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB formulierte Kritik<sup>12</sup> geht jedenfalls nach der GWB-Novelle ins Leere<sup>13</sup>, denn in § 31 Abs. 6 S. 1 VgV bzw. in § 7 Abs. 2 VOB/A-EU ist Dreh- und Angelpunkt der Leistungsbeschreibung zuvörderst der vom Auftraggeber bestimmte „Auftragsgegenstand“. Das Vergaberecht und mit ihm das sogleich vorzustellende sog. Gebot der produktneutralen Ausschreibung (wonach beispielsweise der soeben erwähnte Oberputz-Typ grundsätzlich nicht explizit benannt werden dürfte) beginnen jenseits der sachlich und zeitlich vorausliegenden Bestimmung des öffentlichen Auftraggebers über den Beschaffungsgegenstand. Wenn die Leistungsbeschreibung also auf einem aus sachlichen Gründen (im Beispiel: Wegen der historischen Genese und dem räumlichen Kontext des Bauvorhabens) vom Auftraggeber definierten **Auftragsgegenstand** beruht und ferner der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit anderer Wirtschaftsteilnehmer nicht missachtet wird (→ dazu sogleich Rn. 15), dann darf in der Leistungsbeschreibung „auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden“, und insbesondere bedarf es nicht der Durchführung weitergehender Marktuntersuchungen um die (eben intern, autonom) getroffene Beschaffungsentscheidung weiter zu objektivieren. Ein weiteres anschauliches Beispiel hierfür bildet die Be-

<sup>6</sup> Vgl. insoweit OLG Jena NZBau 2006, 735, ausführlich hierzu *Jaeger* ZWiR 2011, 365, betreffend die Beschaffung eines „Löschverfahrens“ für die Feuerlöschanlage der teilweise zuvor abgebrannten „Anna-Amalia-Bibliothek“ in Weimar.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf VergabeR 2011, 84 (85); VergabeR 2012, 46 m. Anm. *Hom*.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf VergabeR 2013, 599 m. Anm. *Noch*.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf VergabeR 2013, 744 m. Anm. *Reuber*; dazu auch *Rechten* NZBau 2014, 276; zuletzt OLG Düsseldorf NZBau 2016, 656 (VoIP-Telefonie); OLG Düsseldorf NZBau 2017, 623.

<sup>10</sup> VergabeR 2013, 55 m. Anm. *Stoje/Thomas*.

<sup>11</sup> NZBau 2014, 378.

<sup>12</sup> Vgl. *Jaeger* ZWiR 2011, 365 (381); *Orthmann* VergabeR 2012, 376 (385); zuletzt *Kirch* NZBau 2016, 742; zur gerichtlichen Kontrolle *Rung* VergabeR 2017, 440.

<sup>13</sup> M.E. war sie auch schon zuvor nicht berechtigt; vgl. *Burgi* in: FS Marx, 81 f.

schränkung auf „Steinway-Flügel“ bei der Beschaffung eines staatlichen Konzerthauses, v. a. weil 90 % der international bekannten Pianisten für ihre Konzerte Steinway-Flügel benutzen.<sup>14</sup> Fazit: Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung.

## II. Arten und Rechtsrahmen

### 1. Leistungsbeschreibung mit Leistungs- oder zusätzlichen Funktionsanforderungen

- 7 In den §§ 121 Abs. 1 GWB, 31 Abs. 2 VgV werden ohne nähere Charakterisierung die Leistungsbeschreibung mit Leistungsanforderungen und die Leistungsbeschreibung mit Funktionsanforderungen gleichermaßen **legitimiert**. Die VOB/A-EU enthält insoweit eine differenziertere Regelung, indem sie in § 7b die soeben genannte erste Variante präziser als „Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“ charakterisiert und die zweite Alternative in § 7c als „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“.
- 8 Die Leistungsbeschreibung mit **Leistungsverzeichnis** (oder auch konventionelle bzw. konstruktive Leistungsbeschreibung genannt)<sup>15</sup> besteht typischerweise aus einer konkreten Darstellung der zu erbringenden Leistungen im Einzelnen und einem in Teilleistungen gegliederten Leistungsverzeichnis (Beispiele: Tägliche Reinigung der Büroräume mit einem näher bezeichneten Reinigungsgrad; Errichtung der Sanitärwerke im ersten Obergeschoss anhand genau definierter technischer Anforderungen etc.). Keine Leistungsbeschreibung wird auf diese Elemente verzichten können, weswegen die beiden Alternativen auch nicht in einem Entweder/Oder-Verhältnis zueinander stehen. Vielmehr ist die Frage, ob in Kombination mit einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis zusätzlich auch funktionale Anforderungen gestellt werden sollen, und es mithin um eine zugleich konstruktive und funktionale Leistungsbeschreibung geht. Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis kann nur dann vollständig auf funktionale Elemente verzichten, wenn es sich um die Beschaffung handelsüblicher, standardisierter Leistungsgegenstände (etwa Büro-PCs mit Standardsoftware; kleinere Reparaturarbeiten an einem Gebäude) handelt.
- 9 Die Leistungsbeschreibung mit **funktionalen** Anforderungen eröffnet den Bietern hinsichtlich der Art und Weise der Umsetzung der ihnen (freilich wiederum konkret) vorgegebenen Zwecke, Funktionen und einzelnen Anforderungen Spielräume. Bei dieser Alternative obliegt es den Bietern sich darüber Gedanken zu machen, wie sie den gestellten Anforderungen im Interesse der Funktionserfüllung gerecht werden wollen. Funktionale Elemente in einer Leistungsbeschreibung sind (→ wie bereits in § 7 Rn. 28) festgestellt, ein wichtiges Instrument der Innovationsförderung, indem der staatliche Auftraggeber das im Markt typischerweise in größerem Umfang und fortgeschrittener Verdichtung vorhandene Wissen und Know-how abzuschöpfen versucht.

<sup>14</sup> VK BW 1 VK 28/16.

<sup>15</sup> Vgl. zu den Einzelheiten *Krohn* in: Gabriel/Krohn/Neun, HdBVergabeR, § 19 Rn. 9f.

Insbesondere betreffend Leistungen, über die der Auftraggeber keine vertieften Kenntnisse und Einblicke besitzt (Beispiel: Bei der Abwicklung von Postdienstleistungen) kommt eine Ergänzung um funktionale Elemente in Betracht. Dies bedeutet, dass die Bieter in der Leistungsbeschreibung dazu aufgefordert werden, hinsichtlich eines näher umschriebenen Ziels Konzepte vorzulegen. Während beispielsweise der konventionelle Teil der Leistungsbeschreibung zur Zustellung an allen Werktagen oder zur Zustellung von Briefen in einem bestimmten Postleitzahlengebiet verpflichtet, etablieren die funktionale Anforderungen ergänzend die Verpflichtung, ein Konzept vorzulegen über die geplanten Reaktionen gegenüber falschen Empfängern, Rückläufem, zur Qualitätsprüfung während der Durchführung des Auftrags oder über Strategien zum Umgang mit Versandspitzen. Die Bewertung der von den einzelnen Bietern sonach vorgelegten Konzepte eröffnet (neben dem Preis) eine zusätzliche Vergleichsgelegenheit und bildet sich in einem Zuschlagskriterium neben dem Preis ab (→ § 17 Rn. 11). Die spätere Prüfung des Zuschlagskriteriums „Qualität“ verspricht dadurch konkreter und treffsicher zu werden. Verzichtet der Auftraggeber auf die Aufnahme von solchermaßen beschriebenen funktionalen Elementen, ist er allein auf die Angaben der Bieter über deren Vorstellungen zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung angewiesen.

Sowohl § 121 GWB als auch § 31 VgV formulieren keine Voraussetzungen für die **Statthaftigkeit** des Einbaus funktionaler Elemente in die Leistungsbeschreibung. Nichtsdestoweniger ist nach der bereits zu der insoweit unveränderten Vorgängerfassung dieser Vorschriften ergangenen Rechtsprechung davon auszugehen, dass der Auftraggeber auch hier insoweit die Vorgaben hinsichtlich Zweck, Funktion und einiger Grundanforderungen selbst festlegen muss, den Bietern also nicht völlig freie Hand gelassen werden darf.<sup>16</sup> Strenger ist insoweit die VOB/A-EU, die funktionale Elemente in der Leistungsbeschreibung (in den Worten des § 7c VOB/A-EU: Eine „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“) nur für statthaft erklärt, wenn es „nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist“, und zwar „um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln“.

## 2. Inhaltliche Anforderungen

**a) Auftragsgegenstand i.w.S.** Welche Merkmale des Auftragsgegenstandes in der Leistungsbeschreibung erfasst werden können bzw. müssen, ergibt sich neuerdings aus § 31 Abs. 3 VgV bzw. (gleichlautend) aus § 7a Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU. Danach können sich die Merkmale (je nach Einschätzung des jeweiligen Auftraggebers) „auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der **Produktions- und Lieferkette** beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale i.V.m. dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“ Dies betrifft insbesondere ökologische oder soziale Aspekte außerhalb des eigentlichen Beschaffungsgegenstandes, etwa die Anforderung, dass die beschafften PCs in einer bestimmten Umweltstandards entsprechenden Produktionsanlage hergestellt bzw. in nachhaltiger Weise wieder entsorgt

<sup>16</sup> EuGH C-423/07, NZBau 2010, 643 m. Anm. Krohnsbein/Dewald NZBau 2011, 146 (Kommission/Spainien); OLG Düsseldorf VergabeR 2014, 188 m. Anm. Weihrach; OLG Düsseldorf NZBau 2013, 788; NZBau 2014, 374.



werden bzw. nach ihrem Gebrauch wieder recyclebar sind (näher dazu noch IV). Dabei wird ausdrücklich noch einmal an den sich bereits aus § 97 Abs. 1 S. 2 GWB ergebenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (→ § 6 Rn. 24f.) erinnert. Die entsprechenden Merkmale können als konkrete Leistungsanforderungen oder auch in Gestalt der Abfragung von Konzepten, d.h. in Gestalt einer funktionalen Leistungsbeschreibung gefordert werden.

- 13 **b) Eindeutigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit.** Diesem Erfordernis kann der öffentliche Auftraggeber am besten gerecht werden, wenn er eine Leistungsbeschreibung so detailliert wie möglich gestaltet.<sup>17</sup> Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Formulierung von Leistungsanforderungen als auch im Hinblick auf die Vorgaben an die im Rahmen einer funktionalen Beschreibung erwarteten Konzepte. Beispiel: Als Mindestanforderungen an eine Leistungsbeschreibung bei der Beschaffung von Postdienstleistungen ist es anzusehen, dass die erwünschten Dienstleistungen nach Beförderungsgegenstand und -form, voraussichtlichem Umfang und Zustellungsgebiet möglichst eindeutig festgelegt werden, und dass die Einhaltung der im jeweiligen Zusammenhang bestehenden gesetzlichen Vorgaben des Bekanntgabe- und Zustellungsrechts zum Leistungsbestandteil gemacht wird.
- 14 Wenn dem öffentlichen Auftraggeber überdies an einer bestimmten durchschnittlichen Brieflaufzeit und an möglichst wenig falschen Empfänger gelegen ist, dann muss er Verpflichtungen in die Leistungsbeschreibung mit aufnehmen, die zur Erreichung dieser Ziele beitragen. Spricht er dort nur allgemein von der Zustellung von Briefsendungen innerhalb eines bestimmten Zustellgebiets in einen bestimmten Umfang, so provoziert er damit einerseits (erstens) die Gefahr, Rügen von Bietern zu bekommen, deren Angebote wegen einer schlechteren Qualität im Hinblick auf diese Parameter abgelehnt werden und (zweitens) wird er an den erfolgreichen Bieter in den genannten Bereichen später keine besonderen Anforderungen stellen können. Das Gebot der Eindeutigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit gebietet in dieser Situation das Erfordernis der Zustellung von Briefen an allen Werktagen, ggf. kombiniert mit dem funktionalen Element der Vorlage eines Konzepts über den Prozess der Briefbeförderung unter Angabe der Schnittstellen im Bereich der Zustellung.
- 15 **c) Diskriminierungsfreiheit.** Die Leistungsbeschreibung ist diejenige Verfahrensstufe, auf der typischerweise Verstöße gegen das bereits aus dem europäischen Primärrecht folgende Diskriminierungsverbot und damit zugleich gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB zu beobachten sind. Der Gesetzgeber hat den daraus resultierenden sog. Grundsatz der **Produktneutralität** gleichsam zur Sicherheit explizit normiert, und zwar in § 31 Abs. 6 VgV bzw. in § 7 Abs. 2 VOB/A-EU. Dieser Grundsatz verpflichtet dazu, nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft, ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte etc. zu verweisen, wenn dadurch (was regelmäßig der Fall sein wird) bestimmte andere Unternehmen oder andere Produkte ausgeschlossen werden. Dies betrifft beispielsweise das immer noch vor allem im kommunalpolitischen Raum anzutreffende Erfordernis, dass be-

<sup>17</sup> Entsprechend der klassisch gewordenen Formulierung des OLG Koblenz NZBau 2002, 699; zuletzt OLG Düsseldorf VergabeR 2017, 757 m. Anm. *Dobmann*. Eingehend zu den diesbezüglichen Anforderungen *Traupel* in: Müller-Wrede, Compendium, Kap. 14 Rn. 11f., auch zur hiermit aufgeworfenen Frage des Umgangs mit sog. Bedarfs- bzw. Eventualpositionen; zur diesbezüglichen Bedeutung der Allgemeinen Rechtsgeschäftslehre *Gerlach/Manzke* VergabeR 2016, 443.