

**Information
zum Thema
des Leistungsbestimmungsrechtes
für Beschaffungen bei den Feuerwehren**

Freiwillige Feuerwehren haben als kommunale Einrichtung bei Beschaffungen von Gerätschaften und Material, auch im Rahmen von Ausschreibungen, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten, um eine Beschaffung auch rechtssicher durchführen zu können.

Da die Rechts- und Verordnungslage dafür sehr komplex ist, werden vielfach größere Beschaffungen und/oder Ausschreibungen durch die kommunale Verwaltung begleitet oder ggfs. durch private Anbieter übernommen.

Diese Information ist dazu gedacht, den Führungskräften von Feuerwehren ein generelles Verständnis zu der zur Zeit aktuellen Rechts- und Verordnungslage zu geben, sowie sind einige Rechtsprechungen zur weiteren Erläuterung mit angefügt.

Der nachfolgende Vortrag wurde durch den Herrn Rechtsanwalt G. Pinkenburg LL.M. auf der Messe Interschutz in Hannover am 20.06.2022 auf dem Stand des Deutschen Feuerwehrverbandes gehalten.

Die Veröffentlichung seines Vortrages erfolgt mit seiner freundlichen Unterstützung und Genehmigung.

Anmerkung: Die Rechte und die Richtigkeit des Inhaltes verbleiben in der Verantwortung von Herrn Rechtsanwalt G. Pinkenburg LL.M.

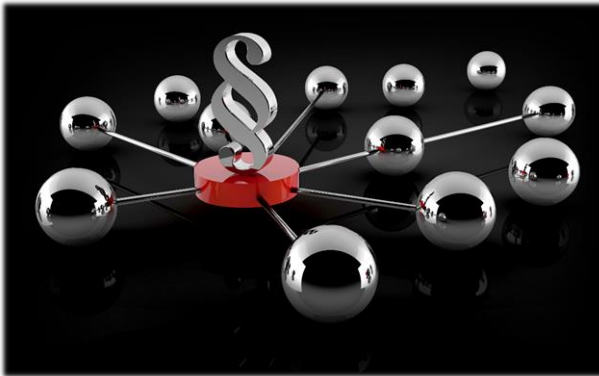
Bei Anmerkungen und weiteren Informationen steht Euch/Ihnen der Landesfeuerwehrverband zur Verfügung.

Internet: www.lfv-sh.de

Mail: einsatz@lfv-sh.de

Vielen Dank

INTERSCHUTZ 2022 | DFV-Plaza
**Das Leistungsbestimmungsrecht bei der
Feuerwehr-Beschaffung:**
Was geht, was nicht?
Hannover | 20. Juni 2022



Günther Pinkenburg, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Vergaberecht
Geschäftsführender Gesellschafter

MAYBURG
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Paul-Wassermann-Str. 3
81829 München
Tel 089 45108896-0
Fax 089 45108896-9

pinkenburger@mayburg.de
www.mayburg.de

1

Ihr Referent

Günther Pinkenburg, LL.M.

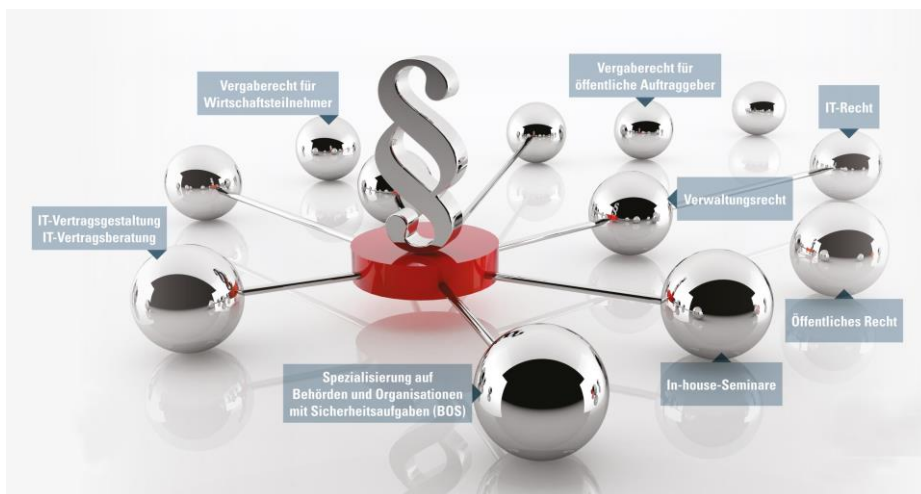
- Rechtsanwalt und Geschäftsführender Gesellschafter der MAYBURG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH (München)
- Fachanwalt für IT-Recht und Fachanwalt für Vergaberecht
- Mit-Autor Fachbuch „Beschaffung von Einsatzfahrzeugen für die Feuerwehr“ (WALHALLA Verlag)
- Mit-Autor Fachempfehlung Nr.1 „Die Ausschreibung und Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen“ der deutschen Feuerwehren (DFV)
- Mit-Autor „Praxiskommentar Vergaberecht“ (Weka Verlag)
- Mit-Autor „Handbuch des Vergaberechts (Werner Verlag), 2. Aufl. 2021
- Freier Mitarbeiter der Feuerwehr-Fachzeitschrift „BRANDSchutz“
- Lehrbeauftragter an der
 - Bayerischen Verwaltungsschule (BVS),
 - Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern (HföD Hof) und
 - FOM Hochschule für Oekonomie & Management gemeinnützige GmbH
- Mit MAYBURG Mitglied in DFV-Förderkreis, vfdb, LFV Bayern
- Ehrenamtlicher Mitarbeiter im Landesfeuerwehrverband Bayern e. V.
- Aktives Feuerwehrmitglied seit 1991



2

2

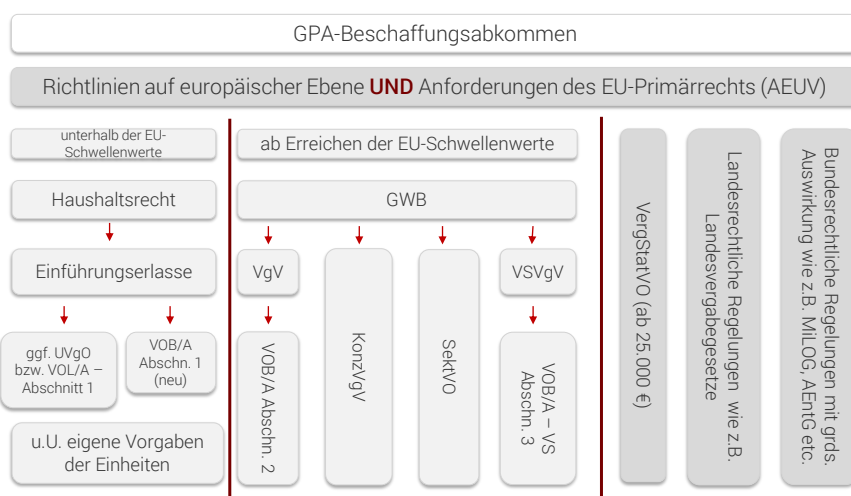
MAYBURG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



3

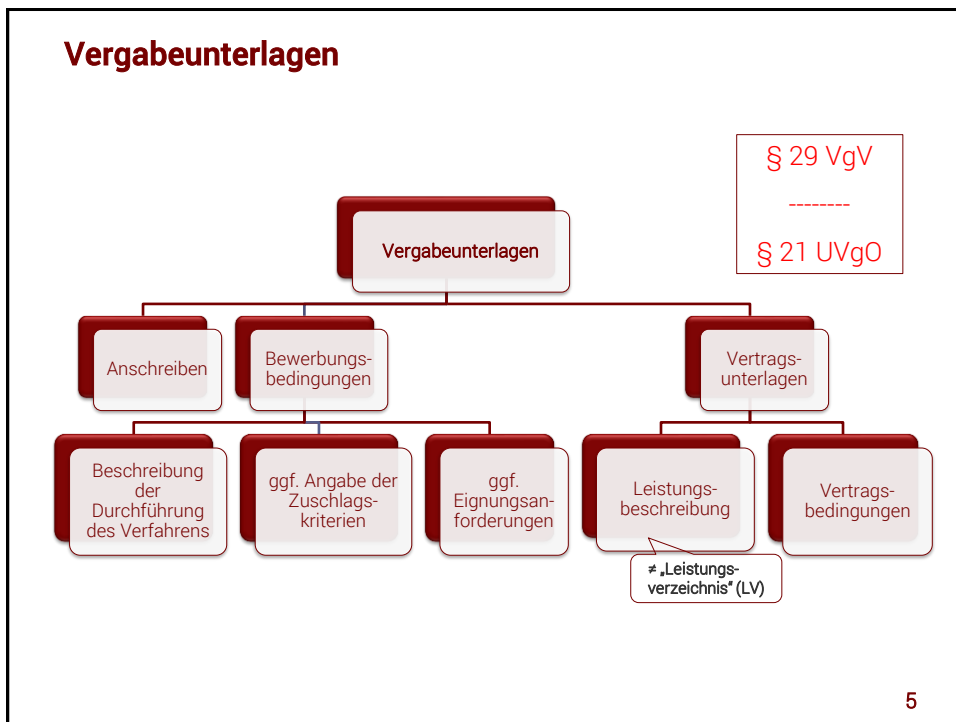
3

Grundprinzipien und gesetzliche Grundlagen



4

4



5

Vergabeunterlagen

§ 121 GWB / § 23 UVgO - Leistungsbeschreibung

(1) In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, so dass 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.

[...]

6

6

Vergabeunterlagen

§ 31 VgV – Die Leistungsbeschreibung

(1) Der öffentliche Auftraggeber fasst die Leistungsbeschreibung (§ 121 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) in einer Weise, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert.

(...)

7

7

Vergabeunterlagen

Leistungsbeschreibung

Kernstück der Vergabeunterlage

- ▶ Die Regelung der §§ 7, 8 EG VOL/A zählt zu den **Zentralnormen des Vergaberechts**. Sie stellt nicht nur inhaltliche Anforderungen an die Beschreibung der Leistung, die als "**invitatio ad offerendum**" den wesentlichen Inhalt des zu schließenden Vertrages bestimmt, sie hat auch **maßgebliche Bedeutung für die Auslegung der Vertragspflichten**.

(BGH, Urteil v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08)

- ▶ § 8 EG Abs. 1 VOL/A ist darüber hinaus **unmittelbarer Ausfluss der in § 97 Abs. 1 und 2 GWB enthaltenen Grundsätze einer transparenten, die Bieter gleich behandelnden Vergabe im Wettbewerb**.

(2. VK Hessen, B. v. 26.04.2007 - Az.: 69 d VK - 08/2007)

8

8

Vergabeunterlagen

Arten der Leistungsbeschreibung:

- I. Einfache Leistungsbeschreibung
- II. Konstruktive Leistungsbeschreibung ... **der 1.) Weg zum 2.) Ziel !**
- III. Funktionale Leistungsbeschreibung ... **das Ziel !**
- IV. Kombination der Leistungsbeschreibungsarten ... **die Realität !**

Beachte Rspr.
(s.u.):

Umso konstruktiver,
desto Rechtfertigung!

9

9

Leistungsbestimmungsrecht

Bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen ist der **öffentliche Auftraggeber im rechtlichen Ansatz ungebunden**.

Die Entscheidung wird erfahrungsgemäß **von zahlreichen Faktoren beeinflusst**, unter anderem von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder solchen der sozialen, ökologischen oder ökonomischen Nachhaltigkeit.

Die Wahl unterliegt der **Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist**. Sie muss zunächst einmal getroffen werden, um eine Nachfrage zu bewirken.

Das **Vergaberecht regelt** demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern **nur die Art und Weise der Beschaffung**. Einer besonderen vergaberechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den Auftraggeber nicht. Sie ergibt sich aus der Vertragsfreiheit.

Die danach im jeweiligen Fall vorgenommene **Bestimmung des Beschaffungsgegenstands** ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen **im Ausgangspunkt nicht zu kontrollieren**.

(OLG Düsseldorf, B. v. 25.06.2014 - Az.: VII-Verg 47/13; B. v. 12.02.2014 - Az.: VII-Verg 29/13; B. v. 22.05.2013 - Az.: VII-Verg 16/12; OLG Karlsruhe, B. v. 25.07.2014 - Az.: 15 Verg 4/14; VK Niedersachsen, B. v. 22.04.2015 - Az.: VgK-06/2015; B. v. 23.01.2015 - Az.: VgK-47/2014; VK Südbayern, B. v. 18.11.2014 - Az.: Z3-3-3194-1-39-09/14)

10

10

Vergabeunterlagen

Leistungsbeschreibung

Kernstück der Vergabeunterlage

- ▶ Das **Vergaberecht** regelt grundsätzlich nicht das "Ob" oder "Was" einer Beschaffung, sondern lediglich das "**Wie**".
- ▶ Sofern an die Beschaffenheit der Leistung keine ungewöhnlichen Anforderungen gestellt werden, ist es deshalb vergaberechtlich auch nicht zu beanstanden, wenn der Auftraggeber mit der bisherigen Bedarfsdeckung zufrieden ist und daher den nunmehr zu vergebenden neuen öffentlichen Auftrag unter Verwendung ähnlicher oder gleicher Bedingungen dem Wettbewerb unterstellt.
(VK Lüneburg, B. v. 07.09.2005 - Az.: VgK-38/2005)
- ▶ Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind.

11

11

Vergabeunterlagen

Leistungsbeschreibung

- ▶ Die **Definitionsmacht** des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes wird **begrenzt durch** die Verpflichtung, den vergaberechtlichen **Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung** Rechnung zu tragen.
(VK Baden-Württemberg, B. v. 28.05.2009 - Az.: 1 VK 21/09; 2. VK Bund, B. v. 15.05.2009 - Az.: VK 2 - 21/09).
- ▶ Eine **willkürliche Diskriminierung** von Bietern im Wege der Leistungsbeschreibung ist daher **unzulässig** und eine Leistungsbeschreibung darf nicht in solchem Maße fehlerhaft sein, dass eine Vergleichbarkeit der auf ihr basierenden Angebote schlechterdings ausgeschlossen erscheint.
(2. VK Bund, B. v. 22.08.2008 - Az.: VK 2 - 73/08)

12

12

Vergabeunterlagen

Prüfmaßstab:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012, VII-Verg 10/12

„Nach der dazu ergangenen Rechtsprechung des Senats sind die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers indes eingehalten, sofern

- die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist,
- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind,
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Bewegt sich die Bestimmung in diesen Grenzen, gilt der Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung nicht mehr uneingeschränkt.“



13

13

EuGH zum Leistungsbestimmungsrecht (I)

EuGH:

EuGH, Urteil vom 25.10.2018 - Rs. C-413/17

Zusammenfassung der Entscheidung:

- o Die Auftraggeber haben ein **weites Ermessen** bei der Formulierung der technischen Spezifikationen (RandNr 29). Denn sie kennen ihren Bedarf am besten und sind daher am ehesten in der Lage, die Anforderungen an die Bedarfsdeckung festzulegen (RandNr 30).
- o Diesem weiten Ermessen sind jedoch folgende **Grenzen** gesetzt (RandNr 31 ff.):
 - Nach Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU (vgl. § 31 Abs. 1 VgV) ist der Bieter allen Wirtschaftsteilnehmern der **gleiche Zugang** zum Vergabeverfahren zu gewähren und darf die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert werden.
 - Diese Vorgabe konkretisiert den **Gleichbehandlungsgrundsatz**, der, neben den Grundsätzen der **Nichtdiskriminierung** und der **Transparenz**, für technische Spezifikationen aufgrund der Gefahren einer Diskriminierung im Zusammenhang mit deren Auswahl oder der Art und Weise ihrer Formulierung eine entscheidende Bedeutung hat (RandNr 34).

14

14

EuGH zum Leistungsbestimmungsrecht (II)

EuGH:

EuGH, Urteil vom 25.10.2018 - Rs. C-413/17

Zusammenfassung der Entscheidung:

- Das Vergabeverfahren darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen oder den **Wettbewerb künstlich einzuschränken** (Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24), insbesondere dadurch, dass auf wesentliche Merkmale der von einem Anbieter gewöhnlich angebotenen Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen abgestellt wird (74. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU).
- **Je detaillierter** die technischen Spezifikationen sind, umso größer ist die Gefahr, dass die Produkte eines bestimmten Herstellers bevorzugt werden und **umso wichtiger** ist daher die Wahrung der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (RandNr. 37).
- Der Detaillierungsgrad der technischen Spezifikationen muss den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** wahren, was insbesondere eine Prüfung der Frage erfordert, ob dieser Detaillierungsgrad zur Erreichung der verfolgten Ziele notwendig ist (RandNr. 41).
- Die Bedingungen, unter denen von einer im vorstehenden Sinn produktneutralen Leistungsbeschreibung gemäß 42 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (entspricht § 31 Abs. 6 VgV) abgesehen werden kann, sind angesichts des **Ausnahmecharakters** dieser Bestimmung eng auszulegen (RandNr. 38).

15

15

Vergabeunterlagen

Anforderungen dürfen nicht **wettbewerbsfeindlich** sein.

- keine **Umgehung** direkter Produkt- oder Herstellerbezeichnungen durch sachlich nicht begründete, vermeintlich objektive Kriterien, die wiederum einen Anbieter begünstigen
- keine Rechtfertigung einer wettbewerbsfeindlichen Marktverengung aus bloßen Bequemlichkeitsgründen oder dem Wunsch nach einer **"sortenreinen" Ausstattung**

Bei sachlich gebotenen Kriterien, die einen an sich großen Markt erheblich verengen, müssen die Auswertungskriterien besonderen Anforderungen genügen:

objektiv nachvollziehbar - sachlich begründet

16

16

Vergabeunterlagen

Flexibilisierung bei den Vorgaben zur Leistungsbeschreibung (I)

- ▶ Erleichterungen der Produktbenennung bei Ergänzungsbeschaffung

§ 23 Abs. 5 UVgO

- „Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z. B. Markennamen) dürfen ausnahmsweise, jedoch nur mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“, verwendet werden, wenn eine hinreichend genaue Beschreibung durch verkehrsübliche Bezeichnungen nicht möglich ist.“

17

17

Vergabeunterlagen

Flexibilisierung bei den Vorgaben zur Leistungsbeschreibung (II)

- ▶ Erleichterungen der Produktbenennung bei Ergänzungsbeschaffung

§ 31 Abs. 6 VgV

- „Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann, die Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.“

Was „oder gleichwertig“ ist, ist anzugeben!

(VK Thüringen, Beschl. v. 21.11.2019-250-4003-15123/2019-E-021-EF)

18

18

Vergabeunterlagen

Flexibilisierung bei den Vorgaben zur Leistungsbeschreibung (II)

- ▶ Erleichterungen der Produktbenennung bei Ergänzungsbeschaffung

§ 23 Abs. 5 UVgO (nicht in VgV)

- „Der Zusatz ‚oder gleichwertiger Art‘ kann entfallen, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe rechtfertigt.
- Ein solcher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn die Auftraggeber Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihm 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.“

19

19

Vergabeunterlagen

- ▶ Zusätzliche Anforderungen

§ 31 Abs. 3 VgV

- Die Merkmale können auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus 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 in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

20

20

Leistungsbestimmungsrecht

Beispiele für Ausnahmetatbestände in § 14 Abs. 4 VgV für ein Verhandlungsverfahren ohne TNW (= Direktvergabe an ein Unternehmen)

3. wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann,
 - a) [...]
 - b) weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist oder
 - c) Wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums

Beachte aber § 14 Abs. 6 VgV (→ ganz neu):

Die in Absatz 4 Nummer 3 Buchstabe b und c genannten Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gelten nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

21

21

Leistungsbestimmungsrecht

VK Südbayern,

- **Beschl. v. 27.03.2017, Az. Z3-3-3194-1-03-02/17 und**
- **Beschl. v. 30.03.2017, AZ: Z3-3-3194-1-04-02/17**

„Blaulicht-Bonus“!!!

„In diesen Einsatzsituationen hätten die Antragsgegner in nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass diese bei einer Schräglagerung der Trage zur Aufnahme auf dem Rettungskorb nicht beherrscht werden können. Deshalb haben sie im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrechts eine horizontale Aufnahme der Trage vorgeben dürfen. Aufgrund der in Rede stehenden äußerst gewichtigen Rechtsgüter bei der Rettung von Menschen aus Gefahrensituationen sei eine derartige Leistungsbestimmung auch nicht deshalb rechtswidrig, weil Einsätze bei denen die Unterschiede zwischen den Rettungskörben der Antragstellerin und der Fa. R. relevant werden bei den Feuerwehren der Antragsgegner sehr selten sein werden. Hier müsse bereits die abstrakte Möglichkeit einer besseren Rettung von Menschen aus kritischen Örtlichkeiten für eine zulässige Leistungsbestimmung ausreichen.“

(s. a. Pinkenburg, in Behörden Spiegel 12/2019, S.8)

22

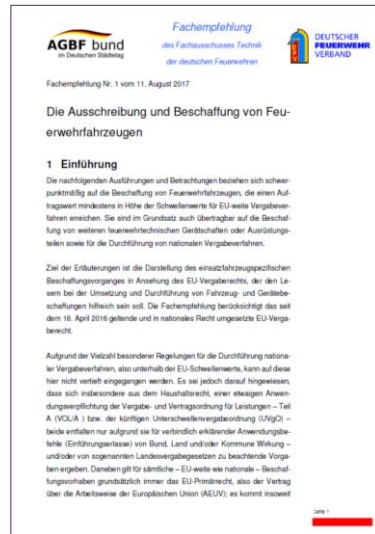
22

Fachempfehlung Nr. 1 vom 11. August 2017

Die Ausschreibung und Beschaffung von
 Feuerwehrfahrzeugen

<http://www.feuerwehrverband.de/fe-fahrzeugbeschaffung.html>

(Erstellt wurde diese Information durch Willi Reckert und Günther Pinkenburg in enger Abstimmung mit dem Fachausschuss Technik der deutschen Feuerwehren)



23

23

Pinkenburg / Zawadke

Beschaffung von Einsatzfahrzeugen für die
 Feuerwehr

WALHALLA Fachverlag



24

24

Lülf / Jentges

Beschaffungswesen und Vergabepaxis für
Feuerwehr und Rettungsdienst

Kohlhammer



25

25



www.beschaffungsamt.de
www.cio.bund.de

26

26

- Seminare
- Befreundete Wehren
- Externe Beratung

27

27

Veranstungshinweis



www.bos-beschaffungstage.de

28

28

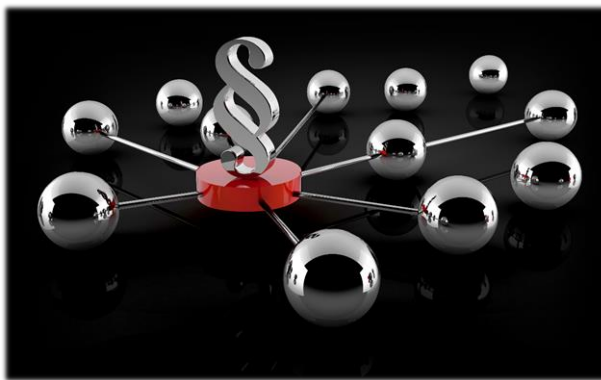
Fragen | Antworten | Diskussion



29

29

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Günther Pinkenburg, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Vergaberecht
Geschäftsführender Gesellschafter

MAYBURG
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Paul-Wassermann-Str. 3
81829 München
Tel 089 45108896-0
Fax 089 45108896-9

pinkenburg@mayburg.de
www.mayburg.de

30