

Führung / Kommunikation

# Vergaberecht – Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers. Was ist zu beachten, Herr Kaiser

Öffentlichen Auftraggebern steht bei ihren Beschaffungsmaßnahmen das Recht zu, die Leistung zu bestimmen. Sie sind am sachnächsten und können ihren Bedarf zumeist am besten einschätzen. Obwohl diese Entscheidung dem Vergabeverfahren eigentlich vorgelagert ist, kommt es wegen der Auswirkungen der Entscheidung im Vergabeverfahren immer wieder zu vergaberechtlichen Auseinandersetzungen über den zulässigen Umfang des Leistungsbestimmungsrechts. Der folgende Beitrag befasst sich mit den Grenzen und der Zulässigkeit des Leistungsbestimmungsrechts und ist daher sowohl für Auftraggeber als auch für Unternehmen von Interesse.



Das sog. Leistungsbestimmungsrecht – also das Recht, den eigenen Bedarf für die Beschaffung von Leistungen zu definieren – stellt eine der Kernkompetenzen öffentlicher Auftraggeber im Beschaffungsprozess dar. Zugleich kann durch die Festlegung bspw. auf eine bestimmte Ausführungsart oder bestimmte Materialien der Kreis der potentiellen Vertragspartner erheblich eingeschränkt werden. In diesem Spannungsfeld zwischen berechtigten Interessen der Auftraggeber einerseits und einem möglichst offenem Markt andererseits ergehen immer wieder spannende Entscheidungen der Vergabenachprüfungsorgane zu der Frage, in welchem Umfang der Auftraggeber bei der Definition seines Beschaffungsbedarfs tatsächlich frei ist.

Die Rechtsprechung geht grundsätzlich von einem weiten Verständnis des Leistungsbestimmungsrechts aus (vgl. jüngst VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 19.03.2015 – 2 VK LSA 01/15). Diesem Verständnis liegt die Prämisse zugrunde, dass die öffentliche Hand selbst am besten weiß (oder zumindest wissen sollte), wie sie ihren bestehenden Bedarf an bestimmten Leistungen am besten und effizientesten decken kann.

Auftraggeber sind daher insbesondere nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten und zu de-

finieren, dass möglichst alle am Markt tätigen Unternehmen in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.02.2014 - 1 Verg 7/13).

Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gilt indes nicht schrankenlos. Als Faustformel geht die Rechtsprechung von einer zulässigen Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts dann aus, wenn eine Festlegung „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.“ (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 10/12).

So ist die Festlegung des Beschaffungsbedarfs nachvollziehbar und plausibel zu begründen und ordnungsgemäß zu dokumentieren, insb. wenn sie eine erhebliche Einschränkung des potentiellen Teilnehmerkreises am nachfolgenden Vergabeverfahren zur Folge hat. Andererseits ist ein Auftraggeber aber nicht gehalten, alle in Betracht kommenden technischen Lösungen für seinen Bedarf abschließend zu ermitteln und aus diesen Alternativen eine oder mehrere auszuwählen (VK Sachsen-Anhalt, aaO).

Auftraggeber müssen zudem sehr genau prüfen, ob ihr Leistungsbestimmungsrecht mit vergaberechtlichen Bestimmungen zu kollidieren droht. So können sich Einschränkungen insbesondere aus den vergaberechtlichen Geboten der Produktneutralität (vgl. dazu VK Bund, Beschl. v. 23.01.2014 - Az.: VK 2 - 126/13) und der Losaufteilung (vgl. dazu VK Niedersachsen, Beschl. v. 08.08.2014 - VgK-22/2014) ergeben.

Für (potentielle) Bieter in einem Vergabeverfahren ist zu beachten, dass das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers auch das Recht einschließt, einen unwirtschaftlichen oder jedenfalls nicht wirtschaftlich optimierten Beschaffungsbedarf zu definieren. Unternehmen ist es in einer solchen Situation insbesondere nicht ohne weiteres gestattet, ungefragt ein optimiertes Angebot zu legen und den Beschaffungsgegenstand zu optimieren – auch dann nicht, wenn dies (vermeintlich) einzig im Interesse des Auftraggebers geschehen soll (vgl. VK Münster, Beschl. v. 05.08.2014 - Az.: VK 10/14). Das Anbieten einer wirtschaftlich sinnvollerer oder technisch besseren Alternative ist nur zulässig, wenn das Verfahren Verhandlungsspielräume eröffnet oder die Einreichung von Nebenangeboten zulässig ist.

Deswegen sind auch die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berechtigt zu überprüfen, ob der vom Auftraggeber definierte Beschaffungsbedarf sinnvoll ist oder ob es vorteilhaftere bzw. wirtschaftlichere Alternativen gibt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.05.2013 - Az.: VII-Verg 16/12) – das ist allenfalls Sache der Rechnungshöfe.

Wollmann & Partner Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

RA Christoph Kaiser

**LED'S CHANGE THE WORLD**

**HIER CLICKEN**  
Erhalten Sie jetzt Ihre **KOSTENLOSE TEST-LED**

**FACILITY MANAGEMENT-VERSION:**  
Über 500.000 Schaltzyklen Haltbarkeit  
25.000 h Lebensdauer  
5 Jahre Garantie  
TÜV/GS-geprüft

**WIR BERATEN SIE GERN:**  
Kostengünstiger Einkauf  
Intelligente Finanzierung  
Schnelle Verfügbarkeit  
Individuelle Lichtkonzepte

**LED'S CHANGE THE WORLD GmbH**  
Weilerweg 30 · D 53639 Königswinter  
24/7-Hotline: +49 (0) 69 66 42 66 48570  
Fax: +49 (0) 32 21 108 990 415  
Webshop: [www.leds-change-the-world.com](http://www.leds-change-the-world.com)

**LED'S CHANGE**

**THE WORLD**