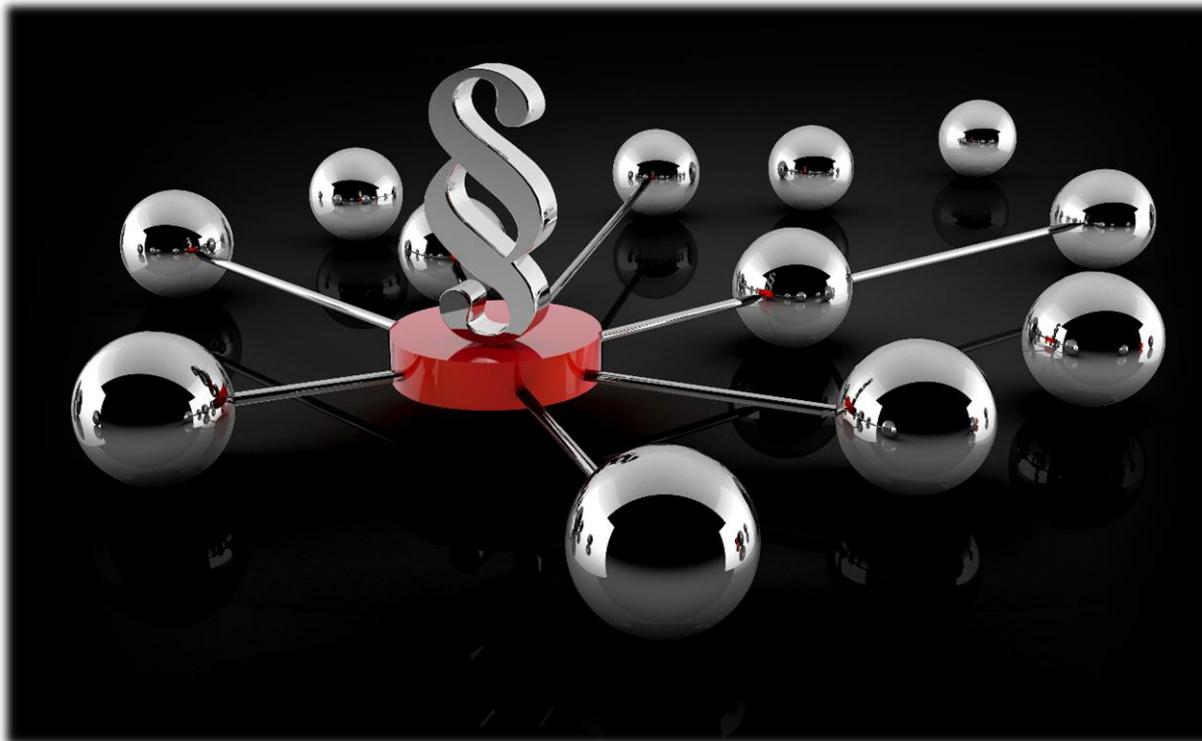


19. Münchner Feuerwehrsymposium des Stadtfeuerwehrverbandes

## Beschaffung von Einsatzfahrzeugen

### Aktuelles zur EU-weiten Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen

München | 5. November 2016



**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](mailto:pinkenburg@mayburg.de)

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



## Günther Pinkenburg, LL.M.

- Rechtsanwalt
- Fachanwalt für IT-Recht und Fachanwalt für Vergaberecht
- Geschäftsführender Gesellschafter der MAYBURG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH (München)
- Lehrbeauftragter an der Bayerischen Verwaltungsschule (BVS) und der Hochschule für Verwaltung und Rechtspflege in Bayern (FHVR Hof)
- Vorsitzender der Regionalgruppe München des Deutschen Vergabernetzwerkes (DVNW)
- Mitglied der vfdb
- Freier Mitarbeiter der Feuerwehr-Fachzeitschrift „BRANDSchutz“
- Ehrenamtlicher Mitarbeiter im Landesfeuerwehrverband Bayern e. V.
- Aktives Feuerwehrmitglied seit 1991





## I. Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3.2

## II. Neues aus dem EU-Vergaberecht

1. Neue Struktur des EU-Vergaberechts
2. Leistungsbestimmungsrecht
3. Losaufteilung vs. Gesamtvergabe
4. Transparentes Bewertungsvorgehen



## I. Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3.2

## II. Neues aus dem EU-Vergaberecht

1. Neue Struktur des EU-Vergaberechts
2. Leistungsbestimmungsrecht
3. Losaufteilung vs. Gesamtvergabe
4. Transparentes Bewertungsvorgehen



- Liegt derzeit zur Prüfung bei den einschlägigen Gremien
- Veröffentlichung evtl. noch in 2016, wohl spätestens Anfang 2017
- Autoren:
  - ✓ Dipl.- Ing. Willi Reckert, BD a.D., Feuerwehr Münster
  - ✓ RA Günther Pinkenburg, LL.M.

**AGBF** bund

Fachempfehlung  
des Fachausschusses Technik  
der deutschen Feuerwehren

DEUTSCHER  
**FEUERWEHR**  
VERBAND

---

**Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3**

**Ausschreibung und Beschaffung von  
Feuerwehrfahrzeugen**

**Willi Reckert**  
Dipl.-Ing.

**Günther Pinkenburg, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für IT-Recht  
Fachanwalt für Vergabericht

Branddirektor a.D.  
Feuerwehr Münster  
Münster

Oberbachmeister  
Freiwillige Feuerwehr Aschheim  
Aschheim

---

Alle Rechte vorbehalten. | 2016

1

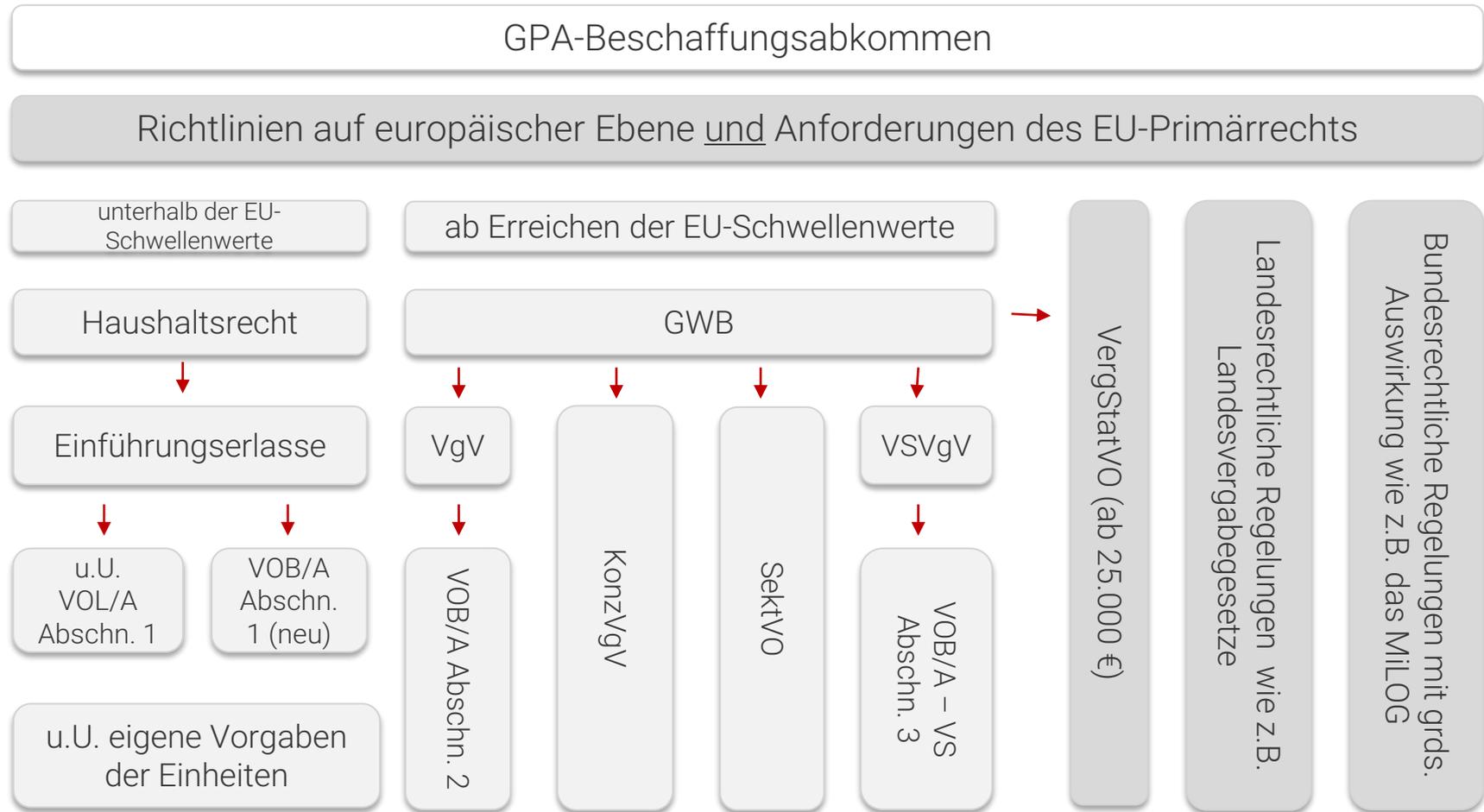
Reckert | Pinkenburg



I. Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3.2

## II. Neues aus dem EU-Vergaberecht

1. **Neue Struktur des EU-Vergaberechts**
2. Leistungsbestimmungsrecht
3. Losaufteilung vs. Gesamtvergabe
4. Transparentes Bewertungsvorgehen





## I. Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3.2

## II. Neues aus dem EU-Vergaberecht

1. Neue Struktur des EU-Vergaberechts
- 2. Leistungsbestimmungsrecht**
3. Losaufteilung vs. Gesamtvergabe
4. Transparentes Bewertungsvorgehen



## § 121 GWB - 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.

[...]



## 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)



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)



## 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.



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**



## Prüfmaßstab (I):

(seit Beschluss vom 01.08.2012, VII-Verg 10/12)

### Nicht:

- Vertretbarkeit
- Nachvollziehbarkeit
- Richtigkeit

(„positive Prüfung“)

### Sondern:

Beruh die Entscheidung auf  
**sach- und auftragsbezogenen**  
Gründen?

(„negative Prüfung“)



## Prüfmaßstab (II):

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.“





## ► 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.

→ **sog. Leitfabrikate**



## ► Erleichterungen der Produktnennung bei Ergänzungsbeschaffung

§ 7 Abs. 4 Satz 2 VOL/A (nicht in VgV)

- „Der Zusatz ‚oder gleichwertiger Art‘ kann entfallen, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe rechtfertigt. Ein solcher Grund liegt 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 angewandten Gründe sind zu dokumentieren.“



## ► 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.



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

2. 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) [...]

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

Die in Absatz 4 Nummer 2 Buchstabe a und b 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.



## I. Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3.2

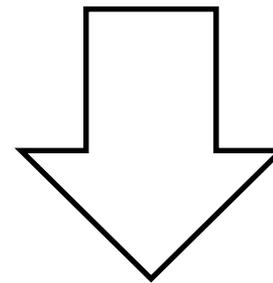
## II. Neues aus dem EU-Vergaberecht

1. Neue Struktur des EU-Vergaberechts
2. Leistungsbestimmungsrecht
- 3. Losaufteilung vs. Gesamtvergabe**
4. Transparentes Bewertungsvorgehen



## Mittelstandsschutz:

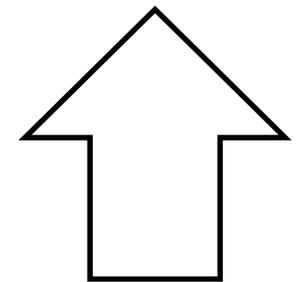
- Geregelt in § 97 Abs. 4 GWB
- Losbildungsgebot (Fach- und Teillose)
  - Beispiel Fahrzeugbeschaffung
  - ➔ 3 (?) Lose: Fahrgestell, Aufbau, Beladung
  - auch in § 2 Abs. 2 Satz 1 VOL/A
  - Gesamtvergabe als Ausnahmefall ?
    - ➔ Beachte VG Augsburg, Urt. v. 23.02.2016, Az. 3K15.1070



Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen an einer losweisen Vergabe



Interesse der Vergabestelle an einer wirtschaftlichen Beschaffung; Vertragliche Notwendigkeit





VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

- ▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???
- ▶ Fundstelle z.B.: BeckRS 2016, 43243
- ▶ Sachverhalt:

Mit Formblatt vom 27. Juli 2011 stellte die Klägerin - eine Gemeinde mit ca. 1.700 Einwohnern - bei der Regierung von Schwaben einen Antrag auf Gewährung einer Zuwendung nach den Feuerwehr-Zuwendungsrichtlinien.

Als gegenständliche Maßnahme war die im Haushaltsjahr 2013 beabsichtigte Ersetzung eines alten Feuerwehrfahrzeugs LF 8/2 (Baujahr 1976) durch ein neues Fahrzeug LF 10/6 im Haushaltsjahr 2013 vermerkt.

Als veranschlagte Gesamtkosten waren EUR 220.000,- angegeben; insoweit wurde eine Zuwendung i. H. v. EUR 53.000,- beantragt.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 5. Februar 2014 teilte die Regierung von Schwaben der Klägerin mit, dass die Verwendungsbestätigung vom 26. September 2013 einer stichprobenartigen Prüfung unterzogen werde. Es wurde hierzu um Vorlage:

- des Angebotsspiegels oder des Vergabevermerks,
- eines Nachweises über eine europaweite Ausschreibung,
- eines Nachweises über den Maßnahmebeginn sowie
- eines Nachweises über die Kosten gebeten.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Sachverhalt:

In den vorgelegten Ausschreibungsunterlagen zur Beschaffung des Löschgruppenfahrzeugs LF 10 war insoweit u. a. Folgendes ausgeführt:

„Die Beschaffung ist in 1 Los zusammengefasst und kann nur in ihrem gesamten Umfang vergeben werden. Angebote können nur für den gesamten Lieferumfang eingereicht werden. Die Ausschreibung zur Beschaffung des einsatzfertigen Fahrzeugs ist in folgende Umfänge aufgeteilt:

LOS 1-A) Fahrgestell

LOS 1-B) Feuerwehrtechnischer Aufbau

LOS 1-C) Feuerwehrtechnische Beladung“.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Sachverhalt:

In der vorgelegten Auftragsbekanntmachung im EU-Amtsblatt vom 8. Mai 2012 war unter Ziffer II.1.8 (Aufteilung des Auftrags in Lose) „nein“ vermerkt.

Der Auftrag wurde schließlich ausweislich eines vorgelegten Beschlusses des Gemeinderats der Klägerin vom 17. Juli 2012 an ein Unternehmen mit ca. 130 Mitarbeitern mit Hauptsitz in Niedersachsen zu einem Angebotspreis von EUR 264.886,86 vergeben.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 12.09.2014 teilte die Regierung von Schwaben der Klägerin mit, dass eine Prüfung der vorgelegten Unterlagen ergeben habe, dass bei der europaweiten Ausschreibung des Auftrags entgegen § 2 Abs. 2 VOL/A-EG keine ordnungsgemäße Losbildung stattgefunden habe, da nur ein Angebot über den gesamten Lieferumfang (Fahrgestell, Aufbau und Beladung) zugelassen gewesen sei.

Dies stelle einen schweren Vergabeverstoß i. S. v. Nr. 4.2. i. V. m. 4.4 der Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen dar. Gemäß Nr. 3.2 und 5. der genannten Richtlinien sei daher beabsichtigt, den Zuwendungsbescheid vom 06.03.2012 teilweise zu widerrufen und die gewährte Zuwendung anteilig i. H. v. 25 v. H. zurückzufordern. Hierzu wurde Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 31.10.2014 gegeben.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 3. November 2014 wandte sich die Klägerin gegen die angekündigte Teilrückforderung.

Ein schwerer Vergabeverstoß sei nicht gegeben. Aus wirtschaftlicher und technischer - insbesondere einsatztaktischer - Sicht habe die Ausschreibung nur wie geschehen vorgenommen werden können. Die Interessen mittelständischer Anbieter seien durch die Bildung von Teillosen gewahrt worden. Ein wettbewerblicher Nachteil sei letztlich weder den Anbietern noch der Klägerin entstanden.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Sachverhalt:

Mit kostenfreiem Bescheid der Regierung von Schwaben vom 17.06.2015 - zugestellt per Empfangsbekanntnis am 24.06.2015 - wurde daraufhin der Bescheid vom 06.03.2012 mit Wirkung für die Vergangenheit insoweit widerrufen, als eine Zuwendung von mehr als EUR 43.500,- bewilligt wurde (Nr. 1). Die zu erstattende Leistung wurde auf EUR 14.500,- festgesetzt (Nr. 2), wobei der zu erstattende Betrag vom 05.11.2013 an mit drei Prozentpunkten über dem Basis-zinssatz jährlich zu verzinsen sei (Nr. 3). Der Erstattungsbetrag i. H. v. EUR 14.500,- aus Nr. 2 sei innerhalb eines Monats ab Bestandskraft zu leisten (Nr. 4); der darüber hinaus zu leistende Zinsbetrag aus Nr. 3 werde nach Überweisung des Erstattungsbetrags in einem weiteren Bescheid der Höhe nach festgesetzt und angefordert (Nr. 5).



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Die Klage hat keinen Erfolg.

Der streitgegenständliche Teilwiderrufsbescheid vom 17. Juni 2015 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Zunächst ist klarzustellen, dass die Einhaltung des Vergaberechts im ursprünglichen Bewilligungsbescheid vom 6. März 2012 wirksam i. S.v. Art. 36 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG beauftragt worden ist.

Die im ursprünglichen Bewilligungsbescheid vom 6. März 2012 somit enthaltene Auflage der Einhaltung des Vergaberechts i.S.v. Art. 36 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG ist durch die Klägerin nicht erfüllt worden.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Nach § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind gemäß § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.

Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB. Eine wortgleiche Regelung enthält § 2 Abs. 2 VOL/A-EG.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Wie sich schon aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen ergibt, bildet die Vergabe nach Losen die Regel, von der nur im Einzelfall aufgrund sachgerechter Überlegungen abgewichen werden darf.

Bei der Prüfung, ob ein vergaberechtlicher Ausnahmetatbestand („wirtschaftliche oder technische Gründe“) von hinreichendem Gewicht vorliegt, steht dem öffentlichen Auftraggeber zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.

Die angeführten Gründe müssen jedoch einzelfallspezifisch und objektiv nachprüfbar sein, da es die öffentlichen Auftraggeber anderenfalls in der Hand hätten, von dem Grundsatz der Losvergabe schon aufgrund allgemeiner und rein spekulativer Erwägungen abzuweichen.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Ein Vorhabensträger, der das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ausnahme i. S. v. § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB für sich in Anspruch nimmt, trägt insoweit im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen einen Teilwiderruf einer staatlichen Zuwendung die Darlegungs- und Beweislast.

Allgemeine wirtschaftliche Vorteile einer (jeden) einheitlichen Vergabe an nur ein Unternehmen – wie z. B. eine zweifelsfreie und umfassende Mängelgewährleistung, einheitliche Verjährungsfristen, ein geringerer Koordinierungsaufwand und die daraus resultierende Möglichkeit einer schnelleren Realisierung des Vorhabens oder auch die geringeren Kosten der Ausschreibung – sind von vornherein ungeeignet, eine einzelfallbezogene Ausnahme i. S. v. § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB zu begründen, denn ansonsten dürfte vom Grundsatz der Losvergabe bei jedem größeren Vorhaben beliebig abgewichen werden.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Die Behauptung von bei einer Gesamtvergabe an einen Generalunternehmer gegenüber einer Einzellosvergabe niedrigeren Gesamtkosten bedarf der tatsächlichen Glaubhaftmachung durch den öffentlichen Auftraggeber, etwa im Wege einer vorab durchgeführten summarischen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, bei der die beiden Vergabemodelle verglichen werden, oder einer nachträglichen Angabe hinreichender einzelfallspezifischer Umstände.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Das mithin zu beachtende Gebot der losweisen Vergabe aus § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB i. V. m. § 2 Abs. 2 Satz 2 VOL/A-EG hat die Klägerin vorliegend nicht beachtet.

Sie hat zwar formal und begrifflich drei „Lose“ 1-A bis 1-C gebildet (Fahrgestell, Feuerwehrtechnischer Aufbau, Feuerwehrtechnische Beladung). Im vorangestellten Erläuterungstext der Vergabeunterlagen ist jedoch ausdrücklich ausgeführt, dass die Beschaffung „in 1 Los zusammengefasst“ sei und „nur in ihrem gesamten Umfang vergeben werden“ könne; Angebote könnten nur für den gesamten Lieferumfang eingereicht werden (Blatt 87 der Verwaltungsakte). Hieraus wird deutlich, dass die formale Losbildung nur die Gesamtleistung näher bezeichnet hat, jedoch im Ergebnis tatsächlich von vornherein seitens der Klägerin eine einheitliche Vergabe an nur ein Unternehmen ohne Losbildung intendiert war und letztlich auch erfolgt ist.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Die Voraussetzungen der ausnahmsweisen Zulässigkeit einer einheitlichen Vergabe ohne Losbildung aus § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB i. V. m. § 2 Abs. 2 Satz 3 VOL/A-EG waren im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben.

Wirtschaftliche oder technische Gründe lagen insoweit nicht vor bzw. wurden durch die insoweit beweispflichtige Klägerin nicht hinreichend substantiiert dargelegt.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Soweit die Klägerin mit Blick auf etwaige wirtschaftliche Gründe argumentiert, dass auch der Deutsche Feuerwehrverband e.V. in seinen unverbindlichen Empfehlungen darauf hinweise, dass neben den wirtschaftlichen Vorteilen bei der losweisen Vergabe auch darauf geachtet werden müsse, dass der Auftraggeber in der Lage sein müsse, koordinierende (technische und organisatorische) Zusatzaufwendungen erbringen zu können, damit bei der praktischen Umsetzung die Lostaufteilung – gerade bei kleinen Feuerwehren – nicht zu unlösbaren technischen Problemen führe (siehe hierzu DFV, Ausschreibung und Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen, Fachempfehlung Nr. 5 v. 6.6.2012, S. 29), vermag dieser pauschale Vortrag nicht zu überzeugen.

 **Wird sich ändern!**



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Dass eine solche losweise Vergabe im Einzelfall der Klägerin das Vergabeverfahren insgesamt unwirtschaftlich gemacht hätte, wird durch die Klägerin lediglich pauschal behauptet, jedoch letztlich nicht hinreichend substantiiert und einzelfallbezogen – etwa durch eine vor dem Vergabeverfahren erstellte Wirtschaftlichkeitsbetrachtung – belegt.



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Auch technische Gründe für den Verzicht auf eine Losbildung sind nicht gegeben, wie sich aus den überzeugenden Ausführungen der Fachberaterin für Brand- und Katastrophenschutz bei der Regierung von Schwaben in der mündlichen Verhandlung ergibt.

Demnach sind alle drei Möglichkeiten des Einbaus einer Tragkraftspritze – Tiefenbau, Aufzugssystem, stabiler Teleskopauszug – mit einer Aufteilung der Fahrzeugbeschaffung in die vom Deutschen Feuerwehrverband e.V. empfohlenen drei Fachlose vereinbar, da alle Hersteller dies technisch beherrschen.

- *Versuch der Rechtfertigung der Gesamtlosvergabe durch unzulässige Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts?*



VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 3 K 15.1070

▶ Pflicht zur Losaufteilung in: Fahrgestell – Aufbau – Beladung???

▶ Entscheidung:

Dass die Klägerin eine Verletzung des Vergaberechts nicht bedachte und ihr somit das Unrechtsbewusstsein fehlte, ist ein – insbesondere durch Nachfrage bei der Bewilligungsbehörde – vermeidbarer Verbotsirrtum gewesen, der der Annahme des Vorsatzes nicht entgegensteht.

Vorliegend handelt es sich um ein Pilotverfahren im Bereich der Zuwendungen an kommunale Feuerwehren; erst seit Ende 2014 überprüfen die Regierungen stichprobenartig die Einhaltung des Vergaberechts durch die Zuwendungsempfänger.

Sollte der Beklagte in seiner Rechtsauffassung im vorliegenden Verfahren bestätigt werden, beabsichtigt er, weitere ähnlich gelagerte Fälle aufzugreifen.



## Fazit:

- **Keine zwingende Losaufteilung von Fahrgestell & Aufbau bei komplexeren Feuerwehr-Einsatzfahrzeugen,**  
denn das hat das VG Augsburg nicht gesagt!

vgl. auch

- Version 3.2 der Fachempfehlung des DFV
- Empfehlung des FNFW im Rahmen der 36. Sitzung des NA 031-04-06 AA
- *Pinkenburg/Zawadke*, BRANDSchutz 2016, 540 ff.
- *Pinkenburg/Zawadke*, VergabeR 2016, 536 ff.
- *Pinkenburg/Zawadke*, KommP spezial 2/2016
- *Cimolino*, FEUERWEHReinsatz:nrw 10/2016
- *Diverse* in Diskussionsforum des Deutschen Vergabenetzwerkes (www.dvnw.de), Oktober 2016

<http://www.dvnw.de/seite/fachausschuss-forum-lesen/gruppenid/35/forumid/8731/pg/2/#Ink8751>



## I. Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3.2

## II. Neues aus dem EU-Vergaberecht

1. Neue Struktur des EU-Vergaberechts
2. Leistungsbestimmungsrecht
3. Losaufteilung vs. Gesamtvergabe
4. **Transparentes Bewertungsvorgehen**



## § 127 GWB – „Der Zuschlag“

„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“

## § 58 Abs. 2 VgV

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem **Preis** oder den **Kosten** können auch **qualitative, umweltbezogene** oder **soziale Zuschlagskriterien** berücksichtigt werden, insbesondere:

1. die Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des "Designs für Alle", soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,



## § 127 GWB – „Der Zuschlag“

„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“

## § 58 Abs. 2 VgV

2. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder

3. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.

Der öffentliche Auftraggeber kann auch Festpreise oder Festkosten vorgeben, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien nach Satz 1 bestimmt wird.



## § 58 Abs. 3 S. 1 VgV:

Der öffentliche Auftraggeber **gibt** in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen **an, wie** er die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.



## OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.06.2013, Az. Verg 8/13

„Der öffentliche Auftraggeber muss den Bietern bei der Beschaffung von Löschfahrzeugen mit der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, in jedem Fall aber rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist die Zuschlagskriterien, die er anzuwenden beabsichtigt und deren Gewichtung bekannt geben und dann bei der Wertung der Angebote vollständig und ausschließlich zu berücksichtigen.

Hat der Auftraggeber **Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungsregeln** oder **Bewertungsmatrizen** aufgestellt, sind diese den Bietern vollständig offenzulegen. Der öffentliche Auftraggeber darf sich nicht darauf beschränken, die Zuschlagskriterien als solche zu benennen, sondern hat den Bietern auch die hierzu aufgestellten Unterkriterien mitzuteilen. Dies gilt auch dann, wenn eine Bildung von Unterkriterien erst nachträglich erfolgt.“



## OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.06.2013, Az. Verg 8/13

1. Der öffentliche Auftraggeber muss den Bietern mit der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, in jedem Fall aber rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist die Zuschlagskriterien, die er anzuwenden beabsichtigt und deren Gewichtung bekannt geben; bei der Wertung der Angebote sind diese vollständig und ausschließlich zu berücksichtigen.
2. Inwieweit eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers besteht, Unterkriterien auszdifferenzieren, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. **Die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig ist, ist jedenfalls erreicht, wenn die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden.**
3. Hat der Auftraggeber Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungsregeln oder Bewertungsmatrizen aufgestellt, sind diese den Bietern vollständig offenzulegen. **Der öffentliche Auftraggeber darf sich nicht darauf beschränken, die Zuschlagskriterien als solche zu benennen, sondern hat den Bietern auch die hierzu aufgestellten Unterkriterien mitzuteilen.** Dies gilt auch dann, wenn eine Bildung von Unterkriterien erst nachträglich erfolgt.



VK Nordbayern, Beschluss vom 19.02.2014 - 21.VK-3194-58/13

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt im offenen Verfahren die Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen aus.

- Preis (Gewichtung 40 %)
- Einsatztaktische und technische Funktionalität (Gewichtung 20 %)
- Konstruktion (Gewichtung 15 %)
- Qualität (Gewichtung 15 %)
  - o Technische Fahrzeugausstattung
  - o Kabinengröße und Kabinenbreite Freiraum zwischen den Sitzen
  - o Aufbau (Material, Lagerung und Entnahme der Geräte)
- Service/ Kundendienstnähe (Gewichtung 10 %).



VK Nordbayern, Beschluss vom 19.02.2014 - 21.VK-3194-58/13

„Die offensichtliche Intransparenz oder ein Diskriminierungspotential der Vergabeunterlagen stellen einen so erheblichen Vergaberechtsverstoß dar, dass ein solcher **bereits ohne Rüge im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens beachtlich** ist.

Die Vergabeunterlagen werden den Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren nicht gerecht, wenn sie die **Zuschlagskriterien nicht eindeutig beschrieben** haben.

Wesentliche Ausprägung des Transparenzgebotes ist die Pflicht der VSt, klare und eindeutige Angaben zu allen Wertungs- und Zuschlagskriterien zu machen.“



VK Südbayern

Beschluss vom 01.04.2014 - Z3-3-3194-1-03-02/14

„Der öffentliche Auftraggeber muss den Bietern mit der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, in jedem Fall aber rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist die Zuschlagskriterien, samt sämtlichen Unterkriterien, die er anzuwenden beabsichtigt und deren Gewichtung bekannt geben; bei der Wertung der Angebote sind diese vollständig und ausschließlich zu berücksichtigen.“



## OLG Düsseldorf

### Beschluss vom 16.12.2015, Az. Verg 25/15

#### Sachverhalt:

Der öAG, schrieb in verschiedenen offenen Verfahren die Vergabe von Briefdienstleistungen aus. Die Wertungskriterien umfassten u. a. das Logistikkonzept des Bieters. Nach dem bekannt gegebenen Bewertungssystem konnten diese in jedem einzelnen Kriterium null bis drei Punkte erzielen, die jeweils wie folgt erläutert wurden:

- ✓ 0 Punkte, wenn das Angebot nicht den sich aus den Ausschreibungsbedingungen ergebenden Anforderungen genügt;
- ✓ 1 Punkt, wenn es den Anforderungen mit Einschränkungen genügt;
- ✓ 2 Punkte, wenn es diesen vollumfänglich genügt
- ✓ 3 Punkte, wenn es ihnen besonders dienlich ist.



OLG Düsseldorf

Beschluss vom 16.12.2015, Az. Verg 25/15

Entscheidung:

1. Die Bieter müssen erkennen können, unter **welchen konkreten Voraussetzungen ein Wertungskriterium** als nicht den Anforderungen genügend (null Punkte), als mit Einschränkungen den Anforderungen genügend (ein Punkt) oder als den Anforderungen besonders dienlich (drei Punkte) **gewertet wird**.
2. Ein Bewertungsmaßstab, der es in Verbindung mit den aufgestellten Unterkriterien nicht zulässt, im Vorhinein zu bestimmen, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad) die Angebote aufweisen müssen, **um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden**, ist intransparent.

→ Missverständlich (?), weil fraglich, ob folgende Aussage darin steckt:  
*„Der Bieter muss seinen Wert im Vorfeld berechnen können.“* → Nein!



## OLG Düsseldorf

### Beschluss vom 16.12.2015, Az. Verg 25/15

#### Entscheidung:

„Bieterunternehmen haben deswegen nicht im Vorhinein beurteilen können, auf welche konkreten Leistungen die Antragsgegnerin besonderen und gegebenenfalls unverzichtbaren Wert gelegt hat, und sie haben ihre Angebote nicht daran ausrichten können. So ist Bieterunternehmen aufgrund des bekanntgegebenen Wertungsmaßstabs auch verschlossen geblieben, welche Angebotsdefizite bei welchen Unterkriterien einen Abzug von einem oder von zwei Punkten veranlassen – ein im Streitfall für das Erreichen der Mindestpunktzahl (zwei Punkte) ganz wesentlicher Umstand.“

„Die Anwendung des an Einschränkungen im Vergleich zu den ~~bekanntgegebenen Anforderungen~~ orientierten Bewertungsmaßstabs ist **infolgedessen** einem **ungebundenen, völlig freien Ermessen der Antragsgegnerin** (oder der von ihr eingesetzten Bewertungskommission) überantwortet worden. Dies gestattet objektiv willkürliche Bewertungen, die bei dem im Prozess exemplarisch behandelten Massengeschäft praktisch kaum zu vermeiden sind, und erzeugt die Gefahr von Manipulationen, vor denen der Wettbewerb als solcher sowie – mit drittschützender Wirkung – Bieterunternehmen vom öffentlichen Auftraggeber durch **Festlegen und Bekanntgeben transparenter Bewertungsmaßstäbe** zu schützen sind.“



## OLG Düsseldorf

### Beschluss vom 21.10.2015, Az. Verg 28/14

#### Entscheidung:

„Die Bewertungsmaßstäbe im Punkt Qualität (Leistungskennzahl) sind intransparent. Sie lassen nicht zu, im Vorhinein zu bestimmen, welchen Erfüllungsgrad die Angebote auf der Grundlage des Kriterienkatalogs und konkreter Kriterien aufweisen müssen, um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden. Anders ausgedrückt: Für Bieter ist nicht zu erkennen gewesen, unter welchen Voraussetzungen welche Kriterien als mit "kleinen Schwächen", "geringen Einschränkungen" oder mit "deutlichen Einschränkungen" bewertet werden. Aufgrund der Vergabeunterlagen, nämlich anhand des Kriterienkatalogs (Abschnitt D) und der Bewerbungsbedingungen (Abschnitt B), haben Bieter **im Voraus nicht zuverlässig ermitteln können, auf welche konkreten Leistungen die Vergabestelle Wert gelegt hat und wie Angaben und angebotene Konzepte insofern zueinander gewichtet werden sollten.** Das Wertungssystem der Vergabestelle lässt **objektiv Raum für Manipulationen und Willkür bei der Bewertung der Angebote.** Es fehlen Bewertungsmaßstäbe in Bezug auf den Kriterienkatalog (D), welche dies hätten ausschließen müssen.“



## EuGH

### Urteil vom 14.07.2016, Az. Rs. C-6/15

#### Entscheidung:

„1. Art. 53 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG ist im Licht des Grundsatzes der Gleichbehandlung und der daraus hervorgehenden Transparenzpflicht dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn ein Dienstleistungsauftrag nach dem Kriterium des aus seiner Sicht wirtschaftlichsten Angebots vergeben werden soll, nicht verpflichtet ist, den potenziellen Bietern in der Auftragsbekanntmachung oder in den entsprechenden Verdingungsunterlagen die Bewertungsmethode, die er zur konkreten Bewertung und Einstufung der Angebote anwenden wird, zur Kenntnis zu bringen. Allerdings darf diese Methode keine Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung bewirken.\*)

2. Öffentliche Auftraggeber sind nicht verpflichtet, die Bewertungsmethode in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben, wenn die Bewertungsmethode die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung nicht verändert.

3. Bewertungsmethoden dürfen grundsätzlich nicht nach der Öffnung der Angebote festgelegt werden. Eine nachträgliche Festlegung ist nur zulässig, wenn dem öffentlichen Auftraggeber die Festlegung vor der Angebotsöffnung aus nachweislichen Gründen nicht möglich war.“



## I. Fachempfehlung Nr. 5 – Version 3.2

## II. Neues aus dem EU-Vergaberecht

1. Neue Struktur des EU-Vergaberechts
2. Leistungsbestimmungsrecht
3. Losaufteilung vs. Gesamtvergabe
4. Transparentes Bewertungsvorgehen



## 1. Staatliche Feuerweherschule Geretsried

Tagesseminar

*„Beschaffung von Feuerwehr-Einsatzfahrzeugen“*

am Freitag, den 11. November 2016  
von 09.00 Uhr bis 17.00 Uhr

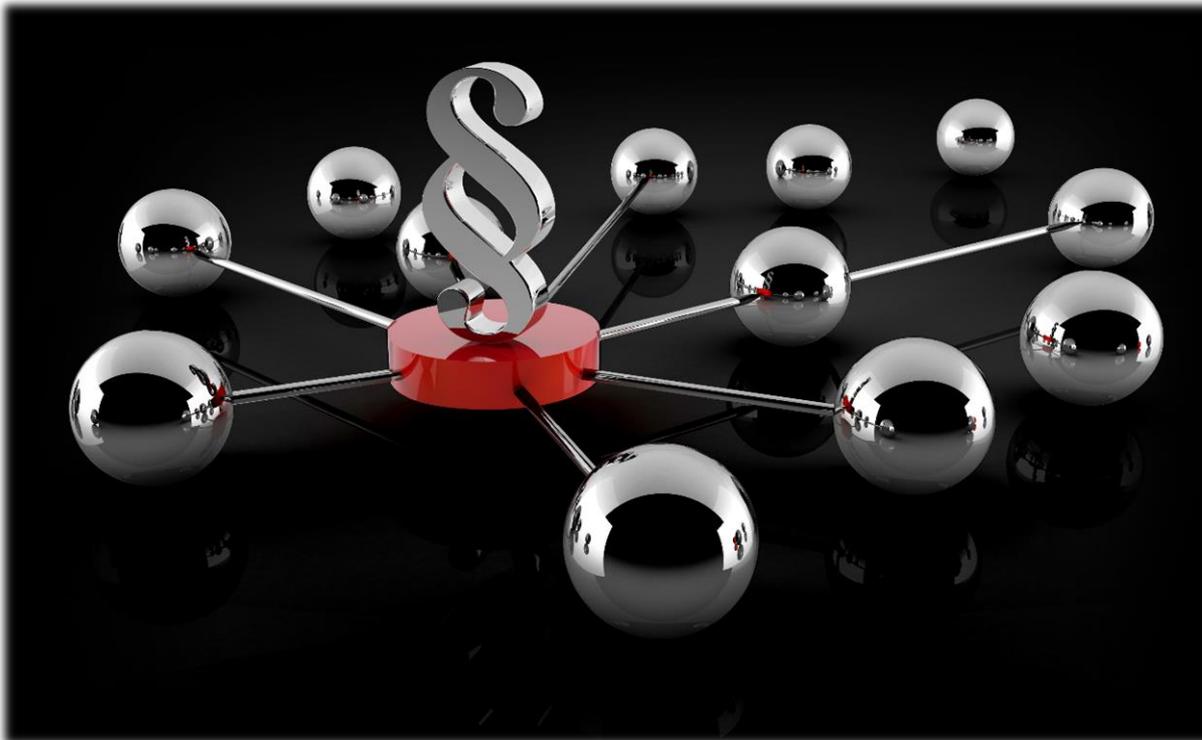
---

## 2. Behörden Spiegel | MAYBURG

*4. BOS-Beschaffungertage 2017*

30. und 31. Mai 2017  
Bonn

**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](mailto:pinkenburg@mayburg.de)  
[www.mayburg.de](http://www.mayburg.de)