



Web-Seminar 4

**„Must have“, „nice to have“ und „no go“:  
Rechtlicher Rahmen von Leistungs-  
beschreibung, Eignungskriterien und  
Bedingungen für die Auftragsausführung**





Das vorliegende Skript wurde erstellt von Prof. Dr. Christian Wagner, Fachanwalt f. Vergaberecht, Leipzig



Diese Unterlagen sind Teil der 5-teiligen Web-Seminarreihe „**Beschaffung von Schulverpflegung**“ mit den Themen:

- **Schritte zum Erfolg – die richtige Vorbereitung**
- **Schlüssel zur Qualität – Die Leistungsbeschreibung**
- **Nachhaltigkeit – Nachhaltige Beschaffung von Schulverpflegung**
- **„Must-have“, „nice-to-have“ und „no-go“ – Rechtlicher Rahmen von Leistungsbeschreibungen**
- **Jetzt geht's los – Zuschlag und Vertragsmanagement**

Die Web-Seminarreihe ist in Zusammenarbeit mit den Vernetzungsstellen (VNS) Kita- und Schulverpflegung entstanden. Für Fragen rund um die Kita- und Schulverpflegung steht Ihnen in Ihrem Land Ihre Vernetzungsstelle Kita- und Schulverpflegung zur Verfügung.

Informationen zu den Vernetzungsstellen Kita- und Schulverpflegung finden Sie unter <https://nqz.de/vernetzungsstellen/>

Informationen zum Nationalen Qualitätszentrum für Ernährung in Kita und Schule (NQZ) finden Sie unter [www.nqz.de](http://www.nqz.de)

# Inhalt

▶ <b>„MUST HAVE“: RECHTLICHE MINDESTANFORDERUNGEN AN LEISTUNGSBESCHREIBUNG UND EIGNUNGSKRITERIEN</b> .....	<b>4</b>
<b>RECHTLICHE MINDESTANFORDERUNGEN AN DIE LEISTUNGSBESCHREIBUNG</b> .....	4
Eindeutig und erschöpfend .....	4
Produkt- und Marktneutralität .....	5
<i>Vorgabe bestimmter Verpflegungssysteme</i> .....	5
<i>Gütezeichen und Zertifikate</i> .....	5
„Ungewöhnliche Wagnisse“ bzw. kalkulatorische Unzumutbarkeiten .....	6
<b>RECHTLICHE MINDESTANFORDERUNGEN AN DIE EIGNUNGSKRITERIEN</b> .....	7
Bedeutung der Eignungskriterien: .....	7
Typische Eignungskriterien und Probleme .....	7
<i>Ordnungsgemäße Bekanntmachung</i> .....	7
<i>Referenzen</i> .....	7
<i>Eignungsleihe</i> .....	8
<i>Schlechtleister vs. „bekannt und bewährt“</i> .....	9
Eignungsprüfung .....	9
▶ <b>„NICE TO HAVE“: MÖGLICHKEITEN DER BESONDEREN BEDINGUNGEN FÜR DIE AUFTRAGSAUSFÜHRUNGEN</b> .....	<b>10</b>
<b>RECHTLICHER MINDESTSTANDARD</b> .....	10
<b>MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER BEDINGUNGEN FÜR DIE AUFTRAGSAUSFÜHRUNG</b> .....	10
<b>QUALITATIVE ANFORDERUNG</b> .....	10
<b>SOZIALE UND BESCHÄFTIGUNGSPOLITISCHE BELANGE</b> .....	11
<b>UMWELTBEZOGENE BELANGE</b> .....	11
▶ <b>„NO GO“: VERMEIDUNG TYPISCHER FEHLER</b> .....	<b>12</b>
„DAUERBRENNER“ REGIONALITÄT .....	12
„ZU HOHER“ BIO-ANTEIL .....	12
▶ <b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>13</b>
<b>IMPRESSUM</b> .....	<b>14</b>

# „Must have“: Rechtliche Mindestanforderungen an Leistungsbeschreibung und Eignungskriterien

## RECHTLICHE MINDESTANFORDERUNGEN AN DIE LEISTUNGSBESCHREIBUNG

Die Leistungsbeschreibung ist das Kernstück der Vergabeunterlagen. In ihr werden die im Rahmen der Markterkundung verifizierten Ergebnisse der Bedarfsanalyse verschriftlicht. Auf die Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung sollte ein Großteil des Arbeitsaufwands verwandt werden<sup>1)</sup>.

Rechtliche Vorgaben und Mindestanforderungen zur Leistungsbeschreibung finden sich in § 121 GWB sowie konkretisierend in § 29 VgV bzw. § 15 KonzVgV und § 21 UVgO.

### Eindeutig und erschöpfend

Die Leistung muss so eindeutig und erschöpfend wie möglich beschrieben werden, dass sämtliche Unternehmen sie in gleicher Weise verstehen und ihre Angebote entsprechend miteinander verglichen werden können (§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB).

Vor diesem Hintergrund sollte die Erstellung der Leistungsbeschreibung stets von zwei Überlegungen getragen sein. Erstens ist der/die Adressat\*in der Leistungsbeschreibung der Bieter. Er/Sie muss anhand des Dokuments erkennen können, welchen Anforderungen die Schulverpflegung hinsichtlich Auswahl und Zubereitung genügen muss. D. h., aus der Leistungsbeschreibung müssen die Erwartungen der Vergabestelle an Speiseangebot, Qualität der Speisen und Speiseplan eindeutig ablesbar sein.

**Tipp:** In der Leistungsbeschreibung sollten sich auch eindeutige Angaben zu Portionsgrößen finden. Hierzu können bspw. Vorgaben nach einem sog. Kellenplan gemacht werden. Dabei handelt es sich um eine Handreichung zur Sicherstellung der korrekten Ausgabemenge entsprechend unterschiedlicher Größen von Portionierungshilfen.

Ferner muss aus der Leistungsbeschreibung erkennbar sein, unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen der Speisenanbieter seine Leistung erbringen muss.

Tatsächliche und rechtliche Bedingungen der Leistungserbringung können z. B. sein:

- Liefer- und Leistungsort (z. B. vor Ort oder in direkt in die Küche)
- Küchenausstattung
- Anlieferungswege, wie etwa besondere Umgebungsbedingungen, bauliche Gegebenheiten der schulischen Einrichtung
- Bedingungen an Transport und Anlieferung (z. B. Vorgaben zur Mindesttemperatur bei Warmanlieferung; Reinigung der Gerätschaften, wie Thermoport)
- Wareneingangskontrollen
- Leistungszeitraum und Schließzeiten
- Bestellvorgang
- Einsichts- und Kontrollrechte sowie Weiterleitungspflichten
- Rechnungslegung
- Kündigungsregelungen, Mängelgewährleistungsrechte, Haftung etc.

Aus der Perspektive eines fachkundigen Bieters dürfen beim Lesen der Leistungsbeschreibung keine Fragen offenbleiben. Dabei ist zu bedenken, dass ein Bieter sich weder wochen- oder gar monatelang mit der Ausschreibung befasst hat, noch die Gedanken der Ausschreibungsstelle lesen kann. Ebenso wenig ist der Bieter verpflichtet, sich vor Ort ein Bild von den Gegebenheiten zu machen.

**Tipp:** Mängel der Leistungsbeschreibung dürfen nicht durch verpflichtende Ortsbesichtigungen kompensiert werden.

Zweitens ist auf klare Formulierungen und Vorgaben zu achten. Formulierungen wie „sollte, wünschenswert wäre, etc.“ sind nicht eindeutig. „Muss“, „höchstens“ oder „mindestens“ hingegen sind klare Vorgaben und geben einen eindeutig bestimmbareren Rahmen vor.

**Beispiel:** Wird im Rahmen der Leistungsbeschreibung die Verwendung „gesunder Lebensmittel“ abgefragt, ist dies offen für unterschiedliche Interpretation und damit nicht eindeutig.

1) vgl. zur Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung vertiefend auch Web-Seminar 2: „Schlüssel zur Qualität: Die Leistungsbeschreibung“

Klare Vorgaben heißt aber auch, dass den Bietern eine belastbare Kalkulationsgrundlage in Form von Essens- oder Schülerzahlen genannt wird. Soweit dem Schulträger die Angabe der Leistungsmengen objektiv unmöglich ist, ist es ausreichend, aber auch geboten, dass der Auftraggeber die Zahlen „so genau wie möglich“ angibt, indem er zum Beispiel die Erfahrungswerte der vergangenen Jahre zur Basis der Preiskalkulation macht. Zudem sind die Schülerzahlen für die Schulträger verlässlich zu schätzen: Schließlich hat er für langfristige Prognosen die Geburtenzahlen und für kurzfristige Prognosen die Anmeldezahlen für die jeweiligen Schulen.

**Tipp:** Verwendet der Schulträger (oder der Speisenanbieter) elektronische Buchungstools für die Essensbestellung, sind präzise Angaben zur Essensbestellungen möglich.

Im Übrigen gilt: Sollte sich im Zuge der Erstellung der Leistungsbeschreibung herausstellen, dass trotz Bedarfsermittlung und Markterkundung eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung nicht möglich ist, spricht dies für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens<sup>2)</sup>.

### Produkt- und Marktneutralität

Grundsätzlich dürfen in der Leistungsbeschreibung keine bestimmten Produkte abgefragt werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden (sog. Grundsatz der „Produktneutralität“). Ebenso wenig darf sich die Beschreibung auf eine bestimmte Herkunft oder Produktionsweise (bzw. Verpflegungssystem, z. B. „Cook & Chill“ s. folgender Abschnitt) beschränken (§ 31 Abs. 6 VgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 23 Abs. 5 Satz 2 UVgO). Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nur ausweise zulässig, wenn der Verweis durch den Auftragsgegenstand selbst gerechtfertigt ist<sup>3)</sup>.

### Vorgabe bestimmter Verpflegungssysteme

Ein Verstoß gegen das Gebot der Produkt- und Marktneutralität kann zum Beispiel auch im Kontext der Vorgabe eines bestimmten Verpflegungssystems (Cook & Hold, Cook & Chill, Cook & Freeze) vorliegen. Eine solche Vorgabe ist nur dann gerechtfertigt, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Die Frage, ob ein solcher sachlicher Grund vorliegt, ist im Einzelfall nicht so einfach und hängt wesentlich von den konkreten Umständen ab.

Verfügt eine Schule bspw. über keine eigene Küche und können angelieferte Mahlzeiten aufgrund der personellen und sachlichen Küchenausstattung auch nicht aufbereitet werden, ist die Vorgabe des System Cook & Hold in der Leistungsbeschreibung gerechtfertigt. Dies gilt selbst dann, wenn der Schulträger die finanziellen Mittel hätte, Investitionen zum Aufbau einer Zubereitungs- oder Aufbereitungsküche zu tätigen. Der Schulträger ist aufgrund seines Leistungsbestimmungsrechts hierzu nicht verpflichtet<sup>4)</sup>.

Notwendig ist eine sachliche Begründung im Einzelfall. Allein die Behauptung „ernährungsphysiologischer Vorteile“ reicht nicht. Werden nur bestimmte Verpflegungssysteme zugelassen, weil andere Systeme pauschal als „qualitativ minderwertig“ betrachtet werden, bestehen keine sachlichen, auftragsbezogenen Gründe, die ausnahmsweise eine Beschränkung des Wettbewerbs rechtfertigen. Insbesondere bloße Wünsche von politischen Akteuren sowie Elternbeiräten etc. genügen nicht, ein bestimmtes Verfahren auszuschließen<sup>5)</sup>. Möglicherweise könnte die Einbindung in ein ernährungsdidaktisches Konzept mit signifikantem Mischkost-Anteil die Grundlage einer Begründung bieten, um flankierend ein bestimmtes Verpflegungssystem vorzuschreiben.

### Gütezeichen und Zertifikate

Sofern sachliche Gründe bestehen, können Auftraggeber sachbezogene Qualitäten in Form von Gütezeichen und Zertifikaten fordern.

### Beispiel:

- DGE-Zertifizierung,
- Einsatz von Bio-Produkten im Sinne der Verordnung EG 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007 (sog. EG-Öko-Basisverordnung),
- „Blauer Engel“

Gütezeichen kommt eine doppelte Bedeutung zu. Zum einen können Auftraggeber Gütezeichen zur Konkretisierung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung nutzen<sup>6)</sup>. Zum anderen dienen Gütezeichen als ein Instrument der Nachweisführung, sofern die Vorgaben bzgl. der Gütezeichen (im Sinne des § 34 Abs. 2 VgV, § 24 Abs. 2 UVgO) beachtet wurden und gleichwertige Nachweise akzeptiert werden (§ 34 VgV, § 24 UVgO,<sup>7)</sup> § 15 KonzVgV, Rn. 8).

2) vgl. dazu Web-Seminar 1: „Schritte zum Erfolg – die richtige Vorbereitung“

3) vgl. Trutzel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 31 VgV, Rn. 51 ff.

4) vgl. dazu Web-Seminar 1: „Schritte zum Erfolg – die richtige Vorbereitung“ sowie Web-Seminar 2: „Schlüssel zur Qualität: Die Leistungsbeschreibung“

5) vgl. VK Südbayern, B.v. 23.8.2017, Z3-3-3194-1-24-05/07

6) vgl. Püstow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 34 VgV, Rn. 4.

7) vgl. auch Wagner/Pott in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016

**Beispiel** für eine Konkretisierung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung durch die Verwendung von Gütezeichen:

Es soll für die Schulcafeteria ein Mehrwegbechersystem mit Umwelt- und Materialeigenschaften nach DE-UZ 210 („Blauer Engel“) beschafft werden. Es reicht aus, wenn in der Leistungsbeschreibung ein abfallvermeidendes und ressourcenschonendes Mehrwegbechersystem unter Verwendung von Mehrwegbechern und -deckeln gemäß Blauer Engel DE-ZU 210 oder gleichwertig beschrieben wird. In diesem Fall muss das Mehrwegbechersystem den in der DE-ZU 210 beschriebenen technischen Anforderungen genügen. Eine detaillierte Nennung der technischen Anforderungen, wie z. B. Materialeigenschaften, ist nicht notwendig. Für den Fall, dass das Mehrwegbechersystem nicht sämtlichen Anforderungen des Gütezeichens genügen muss, sind allerdings die einschlägigen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung anzugeben (vgl. § 34 Abs. 3 VgV). Auch ist es zu empfehlen, diejenigen Anforderungen anzugeben, die dem Auftraggeber wichtig sind, um damit die Gleichwertigkeit eines etwa angebotenen alternativen Gütezeichens beurteilen zu können.

**Beispiel** für ein Instrument der Nachweisführung:

Gegenstand der Beschaffung sind Bioprodukte. Wenn das Bieterunternehmen den Einsatz nachweisen soll, ist zu formulieren: „Der Einsatz von Bioprodukten ist nachzuweisen durch das EU-Bio-Siegel gemäß Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007, ABl. Nr. L 189 vom 20.07.2007, S. 1 und Verordnung (EG) Nr. 967/2008 des Rates vom 29. September 2008, ABl. Nr. L 264 vom 03.10.2008, S. 1, über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen oder gleichwertig.“

Auch andere Gütezeichen müssen akzeptiert werden, wenn diese gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen. Auch müssen gleichwertige Belege anerkannt werden, wenn es Unternehmen aus Gründen, die ihnen nicht zugerechnet werden können, nachweislich keine Möglichkeit hatten, das angegebene oder gleichwertige Gütezeichen innerhalb einer einschlägigen Frist zu erlangen (§ 34 VgV, § 24 UVgO).

**Tipp:** Betreffend der DGE-Zertifizierung bietet es sich an, diese als Bedingung für die Auftragsausführung festzuschreiben.

**Wichtig:** Die Gütezeichen müssen folgende Bedingungen erfüllen:

- Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung.
- Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien.
- Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können.
- Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen.
- Die Anforderungen wurden von einem Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

**„Ungewöhnliche Wagnisse“ bzw. kalkulatorische Unzumutbarkeiten**

Auch wenn der Begriff des „ungewöhnlichen Wagnisses“ im Zusammenhang mit Liefer- und Dienstleistungsvergabe keine Anwendung mehr findet, dürfen dem Bieter keine unzumutbaren kalkulatorischen Risiken aufgebürdet werden<sup>8)</sup>.

Von unzumutbaren kalkulatorischen Risiken wird dann gesprochen, wenn es dem Bieter auf Basis der Leistungsbeschreibung nicht möglich ist, einen nachhaltigen Preis zu kalkulieren. Dies wäre bei der Schulverpflegung der Fall, wenn der Auftraggeber keine Angaben zu Schülerzahlen und erwarteten Essensbestellungen macht. Selbst wenn der Auftraggeber keine exakten Angaben zur erwarteten Nachfrage machen können sollte, ist zumindest die Angabe von Erfahrungswerten möglich.

**Tipp:** Online-Tools zur Essenbestellung vorab können zur besseren Kalkulation der zu fertigenden Speisen beitragen – überdies dient dies auch der Vermeidung von Nahrungsabfällen.

8) vgl. etwa OLG Düsseldorf, B. v. 7.12.2011, VII-Verg 96/11

## RECHTLICHE MINDESTANFORDERUNGEN AN DIE EIGNUNGSKRITERIEN

### Bedeutung der Eignungskriterien:

Die sachgerechte Aufstellung von Eignungskriterien bietet den Auftraggebern eine Gewähr dafür, dass der Auftrag an einen Speisenanbieter erteilt wird, der zur Ausführung der Leistung auch in der Lage ist. Die Festlegung der Eignungskriterien ist daher auch kein bloßer Formalismus, sondern liegt im ureigensten Interesse des Schulträgers.

Das Vergaberecht sieht einen abschließenden Kanon der zulässigen Eignungskriterien vor (§ 122 Abs. 2 GWB):

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung;
- Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit;
- Technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Ferner müssen Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. (§ 122 Abs. 4 Satz 1 GWB)

**Beispiel:** Eine Referenz, die das Verpflegungssystem „Cook&Chill“ beinhalten soll, steht nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn Warmverpflegung (Cook&Hold) ausgeschrieben ist.

### Typische Eignungskriterien und Probleme

Im Rahmen von Ausschreibungen bzgl. Schulverpflegung werden typischerweise folgende Eignungskriterien verwandt:

- Angaben zur Eintragung in ein Berufs- oder Handelsregister
- Angaben einer Betriebshaftpflichtversicherung (ggf. mit Angabe einer Mindestversicherungssumme)
- Angaben zu (Gesamt-)Umsätzen
- Angaben zu Beschäftigtenzahlen/Führungskräften
- Angaben zur Lebensmittelhygiene/Konzept, dass/wie Vorgaben erfüllt werden
- Angaben zu Maßnahmen der Qualitätssicherung/Nachweis über Fachkräfte in der Qualitätssicherung
- Referenzen

**Tipp:** Bei der Festlegung der Eignungskriterien ist darauf zu achten, dass dabei nicht „gegriffene Zahlen“ gefordert werden, sondern hinter den Eignungskriterien definierte Anforderungen stehen. So kommt bspw. der Frage nach der Anzahl der Mitarbeiter\*innen nur dann eine Bedeutung zu, wenn der Auftraggeber eine Vorstellung davon hat, welche Mitarbeiterzahl erforderlich ist, damit der künftige Auftragnehmer den ausgeschriebenen Auftrag auch tatsächlich ordnungsgemäß ausführen kann.

### Ordnungsgemäße Bekanntmachung

Eignungskriterien und die geforderten Nachweise müssen in der Bekanntmachung angegeben werden (§ 48 Abs. 1 VgV, § 26 KonzVgV). Unternehmen sollen sich frühzeitig ein Bild darüber machen können, ob sie in der Lage wären, den entsprechenden Auftrag auch vertragsgemäß ausführen zu können.

**Tipp:** Der schlichte „Verweis auf die Vergabeunterlagen“ ist nicht zulässig. Ebenso ist von einer reinen Verlinkung abzusehen.

Eine vergaberechtlich unzureichende Bekanntmachung hat weitreichende und gravierende Auswirkungen: Die Eignungsprüfung darf nur auf Basis der ordnungsgemäß bekannt gemacht Eignungskriterien erfolgen. Daher dürfen auch nur diejenigen Mindestanforderungen zum Maßstab der Eignungsprüfung gemacht werden, die in der Auftragsbekanntmachung genannt sind.

**Beispiel:** In der EU-weiten Bekanntmachung wird der Nachweis von mindestens drei vergleichbaren Referenzen durch die Vorlage einer Referenzliste über vergleichbare Leistungen der letzten drei Jahre verlangt. In der Vergabeunterlage wird ergänzend ein Mindestumsatz vorgegeben. Legt ein Bieter drei Referenzen vor, deren Auftragswert unterhalb des Mindestumsatzes liegt, darf das Angebot nicht automatisch ausgeschlossen werden.

### Referenzen

Referenzen kommen im Rahmen der Eignungsprüfung ein besonderer Stellenwert zu. Hat der Bieter nämlich in der Vergangenheit bereits vergleichbare Aufträge realisiert, spricht dies dafür, dass er auch zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistung in der Lage sein wird.

**Hinweis:** Grundsätzlich geben Referenzen nur Auskunft darüber, ob der Bieter bereits vergleichbare Aufträge ausgeführt hat. Keine Aussage machen Referenzen zur Qualität der Auftragsausführung. Zumindest die VgV sowie die UVgO bieten auch keine Grundlage dafür, eine Bescheinigung („Referenzschreiben“) über die ordnungsgemäße Ausführung eines Auftrags zu verlangen.

Auftraggeber tun sich oft schwer, die Vergleichbarkeit unterschiedlicher Verpflegungssysteme zu bestimmen. „Vergleichbarkeit“ der Leistung bedeutet nicht, dass es sich um eine dem ausgeschriebenen Leistungsbild identische Leistung handeln muss. Grds. genügt es, wenn es sich um eine Referenzleistung handelt, die der ausgeschriebenen qualitativ und quantitativ so weit ähnelt, dass ein Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters möglich ist.

**Beispiel:** Cook&Hold auf der einen und Cook&Chill bzw. Cook&Freeze auf der anderen Seite sind nicht vergleichbar. Bei der Auslieferung der Speisen in Form der Warmverpflegung (Cook&Hold) geht es nämlich vorrangig darum, ein verzehrfähiges, hygienisch einwandfreies Essen zu liefern. Hingegen liegt der Leistungsschwerpunkt bei Cook&Chill und Cook&Freeze in der Lieferleistung der Ware, die in der Schule regeneriert wird. Inwieweit eine Cook&Chill-Referenz mit einer Cook&Freeze-Referenz vergleichbar ist, wird wiederum von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Was das Verpflegungsverfahren selbst anbelangt, wird man tendenziell von einer Vergleichbarkeit ausgehen können. Die Unterschiede werden eher in den Rahmenbedingungen liegen, wenn der Speisenanbieter z. B. auch das Personal stellen soll („Fremdregie“).

Soll sichergestellt werden, dass der Bieter eine exakt gleiche oder in Teilen gleiche Leistung bereits in der Vergangenheit erbracht hat, muss dies durch entsprechende konkretisierende Vorgaben festgelegt werden<sup>9)</sup>. Allerdings darf regelmäßig nicht gefordert werden, dass die Referenzen 1:1 den Anforderungen der ausgeschriebenen Verpflegungsleistung entsprechen.

**Tipp:** Hilfreich ist die Vorgabe bestimmter Mindestanforderungen an die Referenzleistung. Beispielsweise Vorgaben zur Anzahl der täglich ausgegebenen Mahlzeiten, Schülerzahl oder auch Betrieb bestimmter Zusatzangebote, wie Kioskverkauf.

**Beispiel:** Bei einer Beschaffung von Schulverpflegung für eine Gesamtschule mit 1200 Schülern darf **nicht** gefordert werden, dass die Referenz „mindestens 1200 Schüler\*innen“ umfasst. Es reicht aus, wenn Referenz aus der gleichen Größenkategorie stammt (z. B. „mindestens 1000 Schüler\*innen“).

Zusätzlich darf eine Mindestzahl von einzureichenden Referenzaufträgen verlangt werden (z. B. „mindestens drei“), um eine möglichst fundierte Prognoseentscheidung treffen zu können.

### Eignungsleihe

Häufig können Bieterunternehmen die geforderten Eignungskriterien nicht im eigenen Betrieb erfüllen. In diesen Fällen steht den Bieterunternehmen die sog. Eignungsleihe zur Verfügung (§ 47 VgV, § 25 Abs. 3 KonzVgV, § 34 UVgO). Danach kann ein Bieter im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen. Der Bieter und das Unternehmen, auf dessen Kapazitäten er sich bezieht, werden im Rahmen der Eignungsprüfung dann als Gesamtheit betrachtet.

**Beispiel** für eine wirtschaftliche und finanzielle Eignungsleihe: Der Auftraggeber verlangt den Nachweis eines Gesamtumsatzes von 1,0 Mio. EUR pro Jahr für die letzten drei Jahre. Speisenanbieter A hat einen jährlichen Gesamtumsatz von rd. 750.000 EUR und muss daher die Umsätze seiner Muttergesellschaft in Höhe von jährlich 1,5 Mio. EUR in Anspruch nehmen.

**Beispiel** für eine technische und berufliche Eignungsleihe: Es müssen mindestens drei Referenzen für das Verpflegungssystem Cook&Chill einschließlich Personalgestellung nachgewiesen werden. Speisenanbieter B kann bislang keine Referenzen betreffend der Personalgestellung vorweisen. In diesem Fall könnte er sich in Bezug auf die Personalgestellung auf die Referenzen des Speisenanbieters C berufen und vorlegen.

Die sog. Eignungsleihe ist jedoch an Bedingungen geknüpft. Unabhängig von der Art der Eignungsleihen muss der Bieter/Bewerber seinem Angebot/Teilnahmeantrag stets eine Verpflichtungserklärung des eignungsrelevanten Drittunternehmens beifügen (vgl. § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV). Beruft sich der Bieter auf die berufliche Befähigung eines Drittunternehmens, indem er sich auf erbrachte Referenzleistungen bezieht, ist die Eignungsleihe nur dann zulässig, wenn das eignungsrelevante Drittunternehmen die jeweilige Leistung bzw. den Leistungsteil im Rahmen der Auftragsausführung auch tatsächlich erbringt (§ 47 Abs. 1 Satz 3 VgV,<sup>10)</sup> § 47 VgV, Rn. 8).

9) vgl. OLG München, v. 27.7.2018, Verg 2/18

10) vgl. Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018



**Schlechtleister vs. „bekannt und bewährt“**

Die Eignung ist stets aufs Neue zu prognostizieren. Daran ändert auch nichts, wenn sich zum Beispiel der Bestands-Speisenanbieter um den Auftrag bewirbt. Im Rahmen der Eignungsprüfung gibt es den Grundsatz „bekannt und bewährt“ nicht. D. h., dass einerseits der Bestands-Speisenanbieter sämtliche geforderten Eignungsunterlagen vorlegen, und dass andererseits der Schulträger die Eignung auch dann prüfen muss, wenn er mit seinem derzeitigen Speisenanbieter zufrieden ist. Freilich kann der Bestands-Speisenanbieter aber den laufenden Vertrag als Referenz vorlegen, sofern diese Leistung den Anforderungen an Referenzleistungen entspricht.

**Tipp:** Sofern es sich um die Beschaffung sozialer oder anderer besonderer Dienstleistungen handelt (also insbesondere in der Warmverpflegung Cook & Hold<sup>11)</sup> – kann das Kriterium „bekannt und bewährt“ im Rahmen der Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden (§ 65 Abs. 5 VgV bzw. § 49 UVgO)<sup>12)</sup>.

Hat sich ein bestimmtes Unternehmen in vorangegangenen Aufträgen demgegenüber als „Schlechtleister“ entpuppt, kann das Unternehmen unter gewissen (strengen) Voraussetzungen (allein) aus diesem Grund als ungeeignet ausgeschlossen werden. Nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB muss es sich dabei allerdings um eine erhebliche und fortdauernde mangelhafte Vertragserfüllung handeln, die sich bspw. durch vorzeitige Kündigung oder Schadensersatzforderung manifestiert hat. Zumindest im Oberschwellenbereich rechtfertigt die „geballte Faust in der Hosentasche“ keinen Ausschluss. Ebenso wenig reichen Meinungsverschiedenheiten oder das Androhen rechtlich zulässiger Schritte aus<sup>13)</sup>.

**Eignungsprüfung**

Dem Grund nach beginnt die Eignungsprüfung bereits mit der Vollständigkeitsprüfung: In diesem Kontext wird zunächst geprüft, ob sämtliche ordnungsgemäß geforderten Eignungsnachweise vorliegen. Tun sie dies nicht, besteht regelmäßig die Möglichkeit, entsprechende Nachweise nachzufordern, sofern nicht von vornherein von dieser Möglichkeit abgesehen wurde (§ 56 Abs. 2 VgV, § 41 Abs. 2 UVgO). Liegen sämtliche Nachweise vor, ist anhand der beigebrachten Dokumente die Eignung des jeweiligen Unternehmens zu prognostizieren. Dies vollzieht sich (allein und abschließend) anhand der vorab ordnungsgemäß bekannt gemachten Eignungskriterien. Insbesondere wird die Erfüllung etwaiger bekannt gemachter Mindestanforderungen geprüft.

**Beispiel:** Gefordert sind „mindestens drei Referenzen“ betreffend die Ausgabe von „mindestens 200 Mittagssmahlzeiten pro Schultag“. Ein Bieter bringt zwar die geforderte Mindestanzahl an Referenzen bei, diese beziehen sich aber auf lediglich 100 – 120 Mittagssmahlzeiten pro Schultag. Die Unterschreitung der geforderten Mindestzahl von Referenzen bedeutet, dass der Bieter ist nicht geeignet ist. Das Angebot ist somit auszuschließen.

11) vgl. dazu Web-Seminar 1: „Schritte zum Erfolg: Die richtige Vorbereitung“

12) vgl. zu Zuschlagskriterien Web-Seminar 5: „Jetzt geht's los: Zuschlag und Vertragsmanagement“

13) (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 11.7.2018, Verg 7/18)

**Überprüfen Sie  
ihren Lernfortschritt!**

Scannen Sie den rechtstehenden QR-Code mit Ihrem Smartphone (Kamera oder App: QR-Code Reader) oder klicken Sie auf diesen [Link](#) um eine **spaßige und anonyme Wissenskontrolle** durchzuführen.



# „Nice to have“: Möglichkeiten der besonderen Bedingungen für die Auftragsausführungen

## RECHTLICHER MINDESTSTANDARD

In jedem Fall muss der künftige Auftragnehmer die am Leistungsort geltenden allgemeingültigen rechtlichen Rahmenbedingungen einhalten (vgl. auch § 128 Abs. 1 GWB). Im Kontext der Schulverpflegung ist dabei besonders an Hygiene-Standards und den Arbeitnehmerschutz sowie – besonders bei Betrieb eines elektronischen Buchungstools – den Datenschutz zu denken.

**Tipp:** Um sicherzustellen, dass diese Anforderungen während der Vertragsausführung in jedem Fall eingehalten werden, sollte der Auftragnehmer verpflichtet werden, seine Verpflichtungen auch an etwaige Nachunternehmer weiterleiten zu müssen („Weiterleitungsverpflichtung“). Ggf. finden sich hierzu auch landesrechtliche Vorgaben (vgl. bspw. § 8 BbgVergG).

## MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER BEDINGUNGEN FÜR DIE AUFTRAGSAUSFÜHRUNG

Darüber hinaus räumt § 128 Abs. 2 GWB dem Auftraggeber die Möglichkeit ein, dem Auftragnehmer weitergehende Bedingungen an die Auftragsausführung aufzuerlegen (§ 128 Abs. 2 GWB).

**Beispiel:** In der Schulverpflegung ist besonders an die DGE-Zertifizierung zu denken<sup>1)</sup>.

Mithilfe dieser besonderen Bedingungen kann der Auftraggeber für den Zeitraum der Vertragserbringung auf die Art und Weise der Leistungsausführung Einfluss nehmen<sup>2)</sup>. Die besonderen Bedingungen können sich bspw. auf qualitative, wirtschaftliche, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange beziehen. Ganz frei ist der Auftraggeber trotzdem nicht, auch diese Anforderungen müssen – wie Zuschlags- und Eignungskriterien – jeweils mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB;<sup>3)</sup> § 128 GWB, Rn. 43).

**Hinweis:** Zwar bieten die besonderen Bedingungen der Auftragsausführungen dem Auftraggeber die Möglichkeit, mehr Nachhaltigkeit und höhere soziale Standards durchzusetzen<sup>4)</sup>. Allerdings kann die Aufnahme besonderer Bedingungen der Auftragsausführung zu höheren Beschaffungskosten führen.

Vorgaben in Bezug auf die allgemeine Unternehmenspolitik dürfen im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens nicht gemacht werden. Das Vergaberecht bietet keine Möglichkeit direkt in die Strukturen und Handlungsweisen eines Unternehmens einzugreifen. Die Steuerungsinstrumente Zuschlags- und Eignungskriterien wie auch die Abfrage bestimmter Ausführungsanforderungen sind nur dann zulässig, wenn sie eine Verbindung zum jeweiligen Auftragsgegenstand aufweisen (§§ 122 Abs. 4 Satz 1; 127 Abs. 3 Satz 2, 128 Abs. 2 Satz 1 GWB).

**Beispiele:** Vorgabe für allgemeine Unternehmensstruktur: Forderungen der Bezahlung des Mindestlohns für sämtliche Mitarbeiter\*innen des Unternehmens, unabhängig davon, ob sie bei der Erbringung der jeweiligen Leistungsausführung tatsächlich zum Einsatz kommen; Vorgaben, dass Unternehmen keine männlichen Küken töten dürfen; Vorgaben an das Unternehmen zum Umgang mit Einwegverpackungen ohne Beschränkung auf die jeweilige Leistungsausführung.

Schließlich dient das Vergaberecht (nur) dazu, die Vertragspartei in Bezug auf konkrete Leistungen zu finden (vgl. hierzu auch S. 12).

## QUALITATIVE ANFORDERUNG

Die wichtigste qualitative Anforderung für die Beschaffung von Schulverpflegung, welche im Wege der Ausführungsbedingungen festgeschrieben wird, ist die DGE-Zertifizierung<sup>6)</sup>.

Die Einhaltung der Vorgaben kann im Vergabeverfahren durch Gütezeichen und Zertifikate belegt werden. In der Vertragsdurchführung sind aber auch Stichproben, Vor-Ort-Kontrollen oder Überprüfung der Buchhaltung geboten<sup>5)</sup>.

1) siehe dazu auch näher Web-Seminar 2: Schlüssel zur Qualität: Die Leistungsbeschreibung

2) vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 113

3) vgl. auch Pfohl in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 1. Aufl. 2016

4) siehe Web-Seminar 3: Nachhaltigkeit

5) vgl. hierzu auch Web-Seminar 5: „Jetzt geht's los: Zuschlag und Vertragsmanagement“

6) siehe dazu auch näher Web-Seminar 2: Schlüssel zur Qualität: Die Leistungsbeschreibung

**Tipp:** Es bietet für die Beschaffungspraxis handfeste Vorteile, die DGE-Zertifizierung nicht als Eignungskriterium, sondern besser als Bedingung für die Auftragsausführung zu fordern. Gerade kleinere und mittelständige regionale Speisenanbieter verfügen häufig (noch) nicht über eine DGE-Zertifizierung. Würde diese als Eignungskriterium gefordert, fielen diese Speisenanbieter als Bieter aus. Sie würden sich entweder schon gar nicht bewerben – oder würden spätestens in der Eignungsprüfung ausgeschlossen. Wird demgegenüber die DGE-Zertifizierung als Bedingung für die Auftragsausführung gefordert, könnte den Speisenanbietern auch auferlegt werden die DGE-Zertifizierung z. B. binnen 6–12 Monaten nach Zuschlagserteilung zu erwerben. So sind die kleinen und mittelständigen Speisenanbieter wieder „im Spiel“ – und können auf ein neues Qualitätsniveau „gehoben“ werden.

## SOZIALE UND BESCHÄFTIGUNGSPOLITISCHE BELANGE

Unter die sozialen und beschäftigungspolitischen Belange fallen zum Beispiel die Vorgabe bestimmter Mindestarbeitsbedingungen, wie etwa Kalkulationsvorgaben zum Stundenlohn. Viele Landesvergabegesetze schreiben freilich ohnehin vor, Aufträge nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich verpflichten, bestimmte vergaberechtliche Mindestlöhne bzw. den Mindestlohn nach MiLoG zu entrichten und ggf. auch die ILO-Kernarbeitsnormen zu beachten<sup>7)</sup>.

Die Lohnvorgaben können sich allerdings jeweils nur auf die Mitarbeiter\*innen beziehen, die konkret während der Vertragsausführung der Verpflegungsleistung eingesetzt werden, anderenfalls wäre die Verbindung zum Auftragsgegenstand nicht gegeben. Daher dürfen keine Vorgaben für die allgemeine Unternehmenspolitik der Bieterunternehmen gemacht werden.

Ferner können z. B. für die Verwendung von Fair-Trade-Produkten Vorgaben gemacht werden. Allerdings dürfen sich entsprechende Vorgaben nur auf Produkte beziehen,

7) vgl. bspw. §§ 10, 11 ThürVgV; § 6 BbgVergG

die bei der jeweiligen Verpflegungsleistung auch tatsächlich zum Einsatz kommen.

Bei allgemeinen Vorgaben zur Mitwirkung an der Ernährungsbildung der Schüler\*innen wie bspw. die Besichtigung von zuliefernden Bauernhöfen, fehlt hingegen die Verbindung zum Auftragsgegenstand. Daher darf auch nicht etwa die Ernährungsbildung verwendet werden, um die vergaberechtlich grundsätzlich unstatthafte Regionalität durchzusetzen (dazu unten 3.1.).

## UMWELTBEZOGENE BELANGE

Im Kontext der umweltbezogenen Belange kommt beispielsweise die Festlegung bestimmter Haltungsbedingungen für Tiere in Betracht (z. B. Freilandhaltung, Mindestflächen, bestimmte Fütterung, bestimmte Behandlung, wie etwa kein betäubungsloses Kastrieren von Ferkeln). Mit der Vorgabe von Mindestflächen kann zum Beispiel Einfluss auf die Menge des Gülleaustrags pro Hektar genommen werden. Auch dies darf sich nur auf Warengruppen beziehen, die bei der Vertragsausführung tatsächlich zum Einsatz kommen, schließlich dürfen keine Vorgaben für die allgemeine Unternehmenspolitik der Bieterunternehmen gemacht werden.

**Formulierungsbeispiel:** „In der Warengruppe Fleisch und Wurstwaren dürfen nur Produkte von Tieren verwendet werden, bei deren Haltung Mindestflächen von xyz pro Tier eingehalten werden. In der Warengruppe Eier dürfen nur Produkte von Tieren aus Freilandhaltung verwendet werden.“

Ferner fallen unter den Bereich der umweltbezogenen Belange Maßgaben zur Abfallreduktion. Beispielsweise können den Bieterunternehmen Vorgaben zu Portionsgrößen gemacht werden. Es können aber auch Verbote von Fertigdesserts und/oder Einwegverpackungen formuliert werden. Denkbar sind auch Vorgaben zur Rücknahme und Wiederverwendung von Verpackungsmaterial.

**Überprüfen Sie  
ihren Lernfortschritt!**

Scannen Sie den rechtstehenden QR-Code mit Ihrem Smartphone (Kamera oder App: QR-Code Reader) oder klicken Sie auf diesen [Link](#) um eine **spaßige und anonyme Wissenskontrolle** durchzuführen.



## „No go“: Vermeidung typischer Fehler

### „DAUERBRENNER“ REGIONALITÄT

Die Verwendung von Produkten aus der Region bietet vielfache Vorteile. Neben Nachhaltigkeitsgesichtspunkten (z. B. Reduktion des Lieferverkehrs) bietet sich so auch die Möglichkeit didaktischer Mehrwerte, Schüler\*innen Klimaschutz und Wechseljahreszeiten sowie die entsprechende regionale Fruchtvielfalt nahe zu bringen.

Vor dem Hintergrund der vergaberechtlichen Grundsätze ist „Regionalität“ allerdings hochgradig problematisch. Die Grundsätze des Wettbewerbs auf europäischer Ebene, der Gleichbehandlung und Transparenz verbieten es, Anbieter aus bestimmten Regionen zu bevorzugen (§ 97 Abs. 2 GWB; § 31 Abs. 6 VgV; VK Bund, v. 31.7.2017, VK 2 – 68/17). Von diesem Diskriminierungsverbot umfasst sind gleichermaßen direkte/unmittelbare wie auch „indirekte“ (oder mittelbare) Benachteiligungen.

**Beispiele:** Die Forderung nach Produkten „aus dem Landkreis ...“ ist als direkte Diskriminierung unzulässig. Das gleiche gilt, wenn „aus dem Landkreis X sowie die Nachbarlandkreise Y und Z sowie die Nachbarregion A aus dem Nachbarland B“ gefordert wird. Zwar ist die Rechtsverletzung nicht ganz so drastisch wie im Grundfall – es bleibt aber eine direkte Diskriminierung. Wird die Besichtigung von Bauernhöfen in Schulausflugsentfernung als Mittel der Ernährungserziehung gefordert, liegt eine mittelbare Diskriminierung vor. Dieses Vorgehen bevorzugt mittelbar Anbieter aus der direkten Umgebung und ist mithin nicht zulässig. Das gleiche gilt, wenn Ortsbesichtigungen verpflichtend angeordnet werden.

„Regionalität“ kann aber über einen anderen Aspekt der Nachhaltigkeit in den Beschaffungsvorgang einfließen: Die Saisonalität. Vorgaben zu saisonalen Obst- und Gemüsesorten oder positive Bewertung der Verwendung möglichst großer Mengen an saisonalen Produkten und/oder die Vorgabe kurzer Warmhaltezeiten bei Nutzung von Warmverpflegungssystemen sind zulässige Alternativen.

### „ZU HOHER“ BIO-ANTEIL

Zunächst ist klarzustellen, dass aus Sicht des Vergaberechts nichts dagegenspricht, dass der Auftraggeber auch einen Bio-Anteil von z. B. 50 %, 75 % oder gar 100 % (je Warengruppe) vorschreibt. Schließlich hat der Auftraggeber das Leistungsbestimmungsrecht<sup>1)</sup>. Mitunter wird aber der Fehler begangen, ohne vorherige Markterkundung einen hohen Bio-Anteil verpflichtend vorzuschreiben. Und dann kommt es im Vergabeverfahren zu Enttäuschungen, weil kein Bieter oder nur wenige Bieter anbieten. Dieser Gefahr kann durch eine ordentliche Markterkundung vorgebeugt werden<sup>2)</sup>.

Sollte auch die Markterkundung keine Klarheit bringen – oder in der Markterkundung zeigt sich ein inhomogenes Bieterfeld (einzelne Bieter beherrschen einen hohen Bio-Anteil, andere Bieter hingegen nicht), bietet es sich an, einen niedrigen Mindest-Bio-Anteil als A-Kriterium zu setzen. Höhere Bio-Anteile können als B-Kriterien in der Wertung berücksichtigt werden<sup>3)</sup>.

1) vgl. dazu auch Web-Seminar 2: Schlüssel zur Qualität: Die Leistungsbeschreibung

2) siehe Web-Seminar 1: Schritte zum Erfolg: Die richtige Vorbereitung

3) siehe Web-Seminar 5: Jetzt geht's los: Zuschlag und Vertragsmanagement

**Überprüfen Sie  
ihren Lernfortschritt!**

Scannen Sie den rechtstehenden QR-Code mit Ihrem Smartphone (Kamera oder App: QR-Code Reader) oder klicken Sie auf diesen [Link](#) um eine **spannige und anonyme Wissenskontrolle** durchzuführen.





## Literaturverzeichnis

- Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016
- Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 1. Aufl. 2016
- Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, Kommentar, 1. Aufl. 2016
- Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018

Eine Einrichtung im Geschäftsbereich des



Bundesministerium  
für Ernährung  
und Landwirtschaft



Das Nationale Qualitätszentrum für Ernährung in Kita und Schule (NQZ) ist Teil der Initiative IN FORM und angesiedelt im Bundeszentrum für Ernährung (BZfE).

## Impressum

### Herausgeberin

Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE)  
Deichmanns Aue 29  
53179 Bonn

vertreten durch den Präsidenten,  
Herrn Dr. Hanns-Christoph Eiden

Telefon: 0228/6845-0  
Telefax: 0228/6845-3444  
E-Mail: [info@ble.de](mailto:info@ble.de)

Umsatzsteuer-Identifikationsnummer  
gemäß § 27 a Umsatzsteuergesetz: DE 114 110 249

### Presserechtlich verantwortlich

Dr. Anke Oepping  
Deichmanns Aue 29  
53179 Bonn

### Fachliche Beratung und Redaktion

Dr. Kerstin Clausen, Referat 621/NQZ, BLE;  
Prof. Dr. Christopher Zeiss, Hochschule für Polizei  
und öffentliche Verwaltung NRW, Bielefeld

### Didaktische Aufbereitung

CLC – Corporate Learning & Change GmbH

### Gestaltung

freygestaltet, Judy Frey, Schornsheim

### Text

Prof. Dr. Christian Wagner,  
Fachanwalt f. Vergaberecht, Leipzig

### Bildnachweis

Titel: ©KatarzynaBialasiewicz/istockphoto.com

© BLE 2020