

# Produktneutrale IT-Ausschreibung?

## Uneinheitliche Rechtsprechung und Meinungsbildung

**(BS/dy) Darf man IT-Hardware produktspezifisch ausschreiben? Haben öffentliche Auftraggeber das Recht, bei der Ausschreibung von PCs, Storage und Server-Lieferungen den Hersteller oder gar den Lieferanten vorzuziehen? Ein noch lange nicht geklärtes Thema.**

Die Frage ist deshalb relevant geworden, weil das OLG Düsseldorf in mehreren Entscheidungen des Jahres 2010 (Verg 42/09 und Verg 46/09) Produktvorgaben für technische Geräte durch die Beschaffungsautonomie des Auftraggebers gerechtfertigt hat. Die Argumentation: Bei der Entscheidung, was beschafft werden soll, genieße der öffentliche Auftraggeber Freiheit.

### Markterkundung?

Hier sei er nicht durch das Gebot der Produktneutralität beschränkt und könne auch nicht gezwungen werden, den Vergabegegenstand möglichst wettbewerbsfreundlich zu definieren. Er sei noch nicht einmal gezwungen, unter diesem Blickwinkel eine Markterkundung durchzuführen.

In Ansehung dieser Rechtsprechung stellt sich nun die Frage, ob sie auch eine Entscheidung im Hinblick auf spezifische Produkte bei der IT-Beschaffung legitimieren kann. Man könnte argumentieren, der öffentliche Auftraggeber müsse in der Lage sein, sich für bestimmte Hersteller zur Ergänzung seines Server-Parks zu entscheiden, weil er bereits entsprechende Geräte im Einsatz hat.

Mit einer derartigen Argumentation muss man, so der Hamburger Anwalt *Martin Schellenberg*, derzeit zurückhaltend umgehen. Er verweist auf zwei Entscheidungen, die sich explizit mit der Beschaffung von Server- und Storage-Systemen befassen. Die VK Lüneburg hat (Vgk 15/2005) die Forderung nach einem bestimmten Hersteller abgelehnt. Entsprechend hat die VK Arnberg (VK 17/09) entschieden.

In beiden Fällen haben die Vergabekammern abgelehnt, dass Schnittstellenprobleme, Wirtschaftlichkeitsnachteile und proprietäre Plattformen als Rechtfertigung für die produktspezifische Vorgabe herangezogen werden können. *Schellenberg*: "Hierzu hat sicher auch beigetragen, dass für IT-Hardware regelmäßig Verbandsabstimmungen zwischen dem Bundesministerium des Inneren und BITKOM stattfinden."

Zu dieser Thematik haben sich in der Folge eines Vergaberechts-Jour-Fixe der Hamburger Kanzlei Heuking und Partner zwei Vergabepraktiker zu Wort gemeldet. *Bernhard Fett*, Regierungsdirektor bei der Zentralen Vergabestelle im Sächsischen Staatsministerium des Innern, hält die Sichtweise des OLG Düsseldorf für falsch, insbesondere vor der Rechtsprechung des EuGH: "Sie scheint mir zudem diametral zur Sichtweise des OLG Karlsruhe (Beschluss v. 21.07.2010, 15 Verg 6/10) zu sein, das eine ähnlich lautende Entscheidung der VK Hessen kassiert hat."

### Viele Fragen

Auch das OLG Frankfurt/Main hat zur Softwarebeschaffung ähnlich kritisch entschieden (Beschluss v. 10.07.2007, 11 Verg 5/07) wie der EuGH zur Datenzentrale Baden-Württemberg (Urteil v. 15.10.2009, Rs. C-275/08). *Fett*: "Die alte Vestergaard-Entscheidung hat Ähnliches (Produktneutralität) sogar unterhalb der EU-Schwellenwerte schon 1999/2000 mahnend eingefordert. Meines Erachtens kann man diese Problematik nicht vor die Klammer ziehen und für die Vergabestelle ein

vorgelagertes "Wahlrecht" konstruieren." *Inge Diemon-Wies*, vorsitzende Regierungsdirektorin bei der Vergabekammer der Bezirksregierung Münster, überlegt u. a.: "Juristisch gesehen fordert das OLG eine Begründung bzw. Rechtfertigung (erkennbare Erwägungen) für die Forderung nach einem bestimmten Produkt, so wie § 8 Abs. 7 EG VOL/A dies auch vorgibt, aber diese Gründe können vielgestaltig sein und müssen keinesfalls nur technisch sein.

Erst dann, wenn die Vergabestelle keine Begründung liefert – so Verg 61/09 – liegt ein Verstoß vor. Wenn man sich aber ohne erkennbare Rechtfertigungsgründe auf den 2. Halbsatz (Leitprodukt mit dem Zusatz oder gleichwertig) stützt, verstößt man dann gegen § 8 Abs. 7 EG VOL/A oder § 7 Abs. 8 VOB/A?" Insbesondere im Baubereich werde in der Regel in umfangreichen Leistungsverzeichnissen gar nicht begründet, warum bestimmte Leitprodukte gefordert würden.