

Submissions ANZEIGER



7.10.2011 Nr. 195

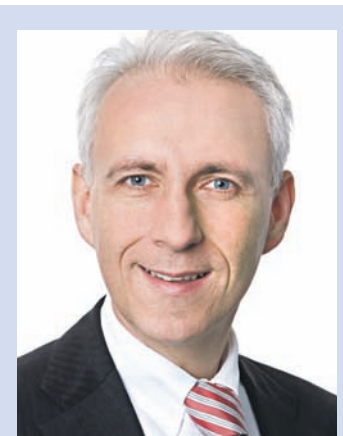
Tageszeitung für öffentliche und private Ausschreibungen sowie Informationen für Baugewerbe, Handwerk, Industrie und Handel

Produktneutralität vs. Produktspezifische Ausschreibung

Aus der Masse an vergaberechten Entscheidungen ragen immer wieder Urteile heraus, die das Potential haben, auf lange Zeit Wirkung zu entfalten. Aus der Sicht unseres Gastautors Dr. Martin Schellenberg gab es im Jahr 2010 eine wesentliche Entwicklung im Vergaberecht, die bleibenden Einfluss haben wird. Mit seiner Entscheidung vom 17.02.2010 (Az.: Verg 42/09) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf das Gebot der Produktneutralität aufgeweicht. Das Gericht hat die

Ansicht vertreten, dass ein öffentlicher Auftraggeber vor Ausschreibung nicht prüfen muss, wie er die Ausschreibung möglichst wettbewerbsoffen und wettbewerbsintensiv aufsetzen kann. Es genügt vielmehr, wenn er den Vergabegegenstand aus sachgerechten Erwägungen heraus bestimmt. Sind diese sachgerechten Erwägungen geeignet, die Ausschreibung so durchzuführen, dass sie nur einen geringen Wettbewerb auslösen wird, so ist dies grundsätzlich durch die Beschaffungsautonomie des Auf-

traggebers gerechtfertigt. Damit setzt sich das OLG Düsseldorf von den OLG Jena und Celle ab, die die Ansicht vertreten, ein Auftraggeber müsse im Vergabevermerk dokumentieren, dass er eine wettbewerbsoffene Ausschreibung geprüft habe. Erst wenn diese Prüfung negativ ausfalle, könne er produktspezifisch ausschreiben (vgl. OLG Jena vom 26.06.2006, 9 Verg 2/06 und OLG Celle vom 24.05.2007, 13 Verg 4 / 07).



Dr. Martin Schellenberg
ist Rechtsanwalt und Partner in der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Hamburg. Seine Spezialgebiete sind Vergaberecht, Urheberrecht, Beihilferecht und IT-Recht.

Fortsetzung auf Seite 14



Das intelligente Konzept

- zuverlässige Wasserüberleitung bis über 15.000 l/s
- sparsamer Energiebedarf und Notlaufreserve
- selbstregelnd – bedienungsfrei – wartungsfrei



zu erneuernde
Kanalstrecke

heber 2000

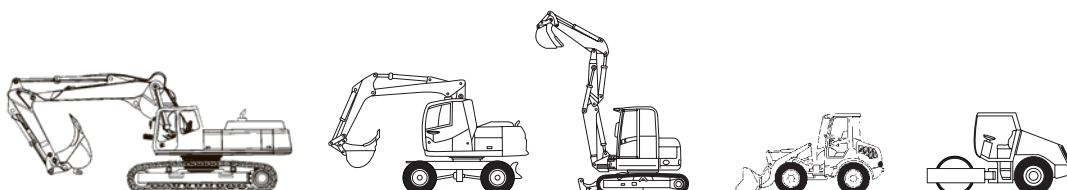
Bernhard Schmidt
heber & pumpen

Marienstraße 62
D-53773 Hennef
Telefon 0 22 42/8 38 83
Telefax 0 22 42/86 99 12
E-Mail info@heber2000.de
Internet www.heber2000.de

BESPECIALAD040-47 20 74

EINFACH MIETEN: 040/84 05 42-0

- Raupenbagger
- Mobilbagger
- Minibagger
- Radlader
- Vibrationsplatten
- Kompressoren
- Hydraulikhämmer
- Walzenzüge



- Verkauf
- Vermietung
- Ersatzteilservice

ATLAS HAMBURG

Baumaschinen · LKW-Ladecrane · Fahrzeugbau

ATLAS HAMBURG GmbH
Fangdieckstr. 76 · 22547 Hamburg
Tel. 040/84 05 42-0 · Fax 040/84 05 42-50
info@atlas-hamburg.de

Zweigstelle
Werner-Siemens-Str. 89 · 22113 Hamburg
Tel. 040/73 32 04-0 · Fax 040/73 32 04 40
zweigstelle@atlas-hamburg.de

2077

1625

Produktneutralität vs. Produktspezifische Ausschreibung

Fortsetzung von Seite 1

VON DR. MARTIN SCHELLENBERG

Ich halte diese Entscheidung für wegweisend und bedenklich zugleich: Wegweisend ist sie, weil sie das Dogma relativiert, dass möglichst viel Wettbewerb immer und in jedem Fall ein Garant für die Effizienz öffentlicher Auftragsvergabe ist. Bei Licht betrachtet gibt es keinen Beweis für die These, dass das Ergebnis umso besser wird, je wettbewerbsintensiver ein Auswahlprozess wird.



Sicherlich hat der Wettbewerb für öffentliche Auftragsvergaben einen sehr hohen Stellenwert: Durch Wettbewerb wird Vertrauen in die Integrität der Auftragsvergabe begründet. Wird ein Auftrag einem Auftragnehmer ohne Wettbewerb erteilt, so entsteht

„Es gibt auch Fälle, in denen das Preiskriterium kaum eine Aussagekraft über die entstehenden Kosten hat.“

in der Öffentlichkeit und bei beteiligten Kreisen leicht der Verdacht der Mausehelei. Man vermutet: Eine lukrative Geschäftsgelegenheit wird ohne Grund dem Markt entzogen. Sie gerät in den Geruch der Korruption und Vergeudung öffentlicher Gelder. Findet dagegen ein Wettbewerb statt, so ist damit ein Grundvertrauen in die Integrität der Auftragsvergabe begründet.

Zum anderen ist der Wettbewerb Grundvoraussetzung für die von der EU angestrebte Öffnung der Europäischen Beschaffungsmärkte. Findet kein Wettbewerb statt, so können

sich auch keine EU-Ausländer darauf bewerben. Auch im nationalen verfassungsrechtlichen Kontext erfüllt der Wettbewerb die Funktion als Garant der Gleichbehandlung der Bürger durch den Staat.

Schließlich wird dem Wettbewerb eine wirtschaftlichkeitsfördernde Wirkung zugeschrieben. Konkurrieren mehrere Bieter um einen Auftrag, so steigt die Wahrscheinlichkeit auf günstigere Preise und bessere Qualität.

Doch gerade bei öffentlichen Aufträgen wird leicht auch die Kehrseite des Wettbewerbs deutlich: Allgemein bekannt sind die Beschwerden über das Nachtragsmanagement bei öffentlichen Aufträgen, die auf der Basis eines harten Preiswettbewerbs vergeben wurden. Der weitverbreitete Usus, öffentliche Aufträge an den „Billigsten“ zu vergeben, hat dazu geführt, dass vielfach die Durchführungskultur bei öffentlichen Aufträgen zerstört worden ist. Private Auftragnehmer sind ab Zuschlag damit beschäftigt, Nachträge zu generieren und öffentliche Auftraggeber damit, diese abzuwehren. Dieses Verhalten zerstört die konstruktive Zusammenarbeit bei der Auftragsdurchführung, erhöht die Gefahr des Scheiterns, jedenfalls aber die Kosten und wirkt sich sicherlich nicht positiv auf die Qualität der Durchführung aus.

Dem mag man entgegenhalten, dass nach § 97 Abs. 5 GWB der Zuschlag

auf das „wirtschaftlichste Angebot“ zu erteilen ist. Wirtschaftlich in diesem Zusammenhang meint hier gerade nicht billig, sondern erfordert unter Berücksichtigung von Qualitätskriterien und Lebenszykluskosten eine Gesamtbetrachtung. Allgemein bekannt ist jedoch auch, dass sich öffentliche Auftraggeber selbst bei Berücksichtigung dieser Kriterien üblicherweise auf der sichereren Seite wägen, wenn sie als ausschlaggebendes Kriterium den Preis heranziehen.

Es gibt auch Fälle, in denen das Preiskriterium kaum eine Aussagekraft über die entstehenden Kosten



hat: Werden bspw. Beratungsleistungen auf der Basis von Tagessätzen ausgewählt, so mag am Ende der einzelne Tagessatz günstig gewesen sein, die Zahl der erforderlichen Tage lässt sich jedoch nur schätzweise bestimmen. Deshalb ist es gut möglich, dass ein Bieter mit einem hohen Tagessatz am Ende wesentlich günstiger ist als derjenige, der sich erst „am Kunden ausbilden“ lassen muss und entsprechend mehr Zeit benötigt.

„Allerdings muss in diesem Zusammenhang auch auf eine Gefahr hingewiesen werden: Mit den Argumenten des OLG Düsseldorf kann man das Gebot der Produktneutralität generell leerlaufen lassen.“

Wenn man in diesen Fällen berücksichtigt, dass auch ein Pauschalpreis kaum sinnvoll erscheint, da noch gar nicht abschätzbar ist, welche genaue Aufgabe der Berater erfüllen soll, dann zeigt sich, dass ein Preiswettbewerb wenig geeignet ist, um ein für den Auftraggeber wirtschaftliches Gesamtergebnis zu erzielen.

Bei der Beurteilung des Wettbewerbs als Auswahlmechanismus für öffentliche Aufträge ist auch zwischen den Auftragsgegenständen zu unterscheiden: Maximaler Preiswettbewerb ist sinnvoll bei „Schüttgut“, d. h. solchen Gütern, die keine komplexe und langfristige Zusammenarbeit erfordern. Hinzukommen muss noch, dass der Auftragsgegenstand konstruktiv genau beschreibbar sein muss.

Immer dann, wenn es sich um Kreativleistungen oder Aufträge mit erheblichen Planungsbestandteilen handelt, wie beispielsweise bei Ingenieursleistungen oder komplexen IT-Entwicklungsaufträgen, sinkt die

Bedeutung des Wettbewerbs. Dies gilt jedenfalls für den Preiswettbewerb.

Gleichzeitig lässt sich feststellen, dass auch der Qualitätswettbewerb nur eingeschränkt durchführbar ist. Anhand von Referenzen und Präsentationen lässt sich zwar für den Auftraggeber ein erster Eindruck erreichen, ob der Bieter bereit und in der Lage sein wird, den Auftrag sachgerecht auszuführen. Wesentlich dabei ist jedoch das prognostische Element: Es wird bei der Bewertung kein Produkt begutachtet, sondern man wagt eine Prognose für die Durchführung in der Zukunft.

Vor diesem Hintergrund ist nun die oben genannte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 14.02.2010 relevant: Sie stellt zum einen klar, dass kein unbedingtes Wettbewerbsgebot im Vergaberecht dahingehend existiert, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf so

bestimmen muss, dass möglichst viel Wettbewerb entsteht. Vielmehr ist er in seiner der Ausschreibung vorgelegten Beschaffungsentscheidung frei, seinen Bedarf nach sachgerechten Maßstäben zu beschaffen. Er muss keine Birnen ausschreiben, nur weil derzeit mehr Birnen- als Apfelhändler im Markt sind. Im durch das OLG Düsseldorf entschiedenen Fall handelte es sich um eine Ausschreibung zur Vergabe von Messsonden für den Hochwasserschutz. Die Behörde hatte sich hierbei auf den ISM-Funkstandard festgelegt. Ein Bieter machte im Nachprüfungsverfahren geltend, der GSM-Standard sei gleichwertig und dürfe daher nicht ausgeschlossen werden.

Das OLG Düsseldorf ist dem nicht gefolgt, sondern hat festgestellt, dass die Behörde über sachgerechte Gründe verfügt, den GSM-Standard auszuschließen. Sie hat nämlich die Auffassung vertreten, GSM als allgemeiner „Handy-Standard“ sei in Katastrophenfällen zu störungsanfäll-

lig. Daher wollte sie ein eigenständiges Funksystem nach ISM-Standard bestellen. Dieses Recht, so das OLG Düsseldorf, könne dem öffentlichen Auftraggeber nicht mit dem Argument genommen werden, der Wettbewerb werde damit beschränkt.

„Es stellt sich auch die Frage, ob die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vor dem EuGH Bestand hat“



Es entspreche seinem originärem Recht als Besteller, zu entscheiden, was seinen Bedürfnissen am Ehesten entspricht. Aus den oben genannten Gründen halte ich diese Entscheidung

grundsätzlich für richtig. Allerdings muss in diesem Zusammenhang auch auf eine Gefahr hingewiesen werden, und deshalb halte ich die Entscheidung gleichzeitig für bedenklich: Mit den Argumenten des OLG Düsseldorf kann man das Gebot der Produktneu-

tralität generell leerlaufen lassen. Wenn der Auftraggeber im Vorfeld der Beschaffung berechtigt ist, seinen Bedarf zu bestimmen und diesen im Zweifel auch auf ein bestimmtes Produkt zu reduzieren, dann ergibt das Gebot, neutral auszuschreiben, keinen rechten Sinn mehr. Wenn man sich berechtigterweise auf ein Produkt festlegt, kann man es nicht mehr neutral ausschreiben.

Das vom OLG Düsseldorf herangezogene Korrektiv der „sachgerechten Gründe“ ist schwach: Es besagt lediglich, dass die Behörde die pro-

duktspezifische Definition nicht aus Diskriminierungsgründen vornehmen darf. Ein entsprechender Nachweis dürfte jedoch nur selten gelingen.

Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf einer ohnehin bestehenden schwierigen Mentalität auf Auftraggeberseite Vorschub leistet: Die Durchführung von Ausschreibungen ist bei öffentlichen Auftraggebern solange unbeliebt, wie sie noch vermeidbar ist. Erst wenn sich endgültig herausstellt, dass ein Wettbewerb stattzufinden hat, nehmen sich die Vergabestellen dieser Herausforderung an.

Eine weitere Gefahr liegt in den Vertriebsabteilungen privater Unternehmen: In vielen Bereichen werden Leistungen an die öffentliche Hand – ebenso wie im privaten Bereich – durch professionelle Vertriebe angebahnt. Diese Vertriebsabteilungen treten mit den Nutzern auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers in Kontakt und legen die Vorteile der entsprechenden Leistung dar.

KURZ NOTIERT

TAGES-SEMINAR:

Vergabestellen-Spezial VOL/A 2009

Ausschreibungen rechtssicher vorbereiten und durchführen. Zusammenstellung der Vergabeunterlagen, Erstellung der Bekanntmachung, Bewerberauswahl bei Freihändiger Vergabe und Beschränkter Ausschreibung. Angebotsprüfung und –wertung sowie prüfungsfeste Dokumentation. Nur für Vergabestellen. **Co-Referent:** Klaus Petersen; GMSH Gebäudemanagement Schleswig-Holstein AöR. **Veranstaltungstermin/-ort:** Dienstag, 08.11.2011; 10.00 – 17.00 Uhr, IHK Lübeck. Weitere Auskünfte unter (Frau Rühr) info@abst-sh.de oder Tel. 0431 / 98 651 -30.

Land konzentriert sich auf Favoriten beim Straßenbau

Angesichts sinkender Bundesmittel beschränkt sich das Land Nordrhein-Westfalen auf die wichtigsten Straßenbau-Projekte. «Es war dringend an der Zeit, die Planungen für den Neubau von Fernstraßen zu konzentrieren. Seit Jahren ist klar, dass die zur Verfügung stehenden Gelder nicht ausreichen, um die geplanten Vorhaben umzusetzen», sagte Verkehrsminister Harry Voigtsberger (SPD). Der Bund wolle weiter kürzen. 96 Bauvorhaben von Autobahnen und Bundesstraßen mit einem Volumen von 4,3 Milliarden Euro hat das Land nun in eine Prioritätenliste aufgenommen. Zu den Favoriten zählen der Ausbau der A 40 und A 43 im Ruhrgebiet, die A 3 auf dem Kölner Ring sowie die A 1 im Münsterland. (dapd-nrw)

Bauwirtschaft fordert Ende des »Herbsttheaters« bei Gebäudesanierung

Der Vorsitzende der Bundesvereinigung Bauwirtschaft, Karl-Heinz Schneider, hat die Politik zu mehr Ernsthaftigkeit in der Diskussion um die energetische Gebäudesanierung ermahnt. «Das Herbsttheater, das Bundesregierung wie Opposition derzeit zu einem einzigen Gesetz aufführen, ist der Politik nicht würdig. Das kann man nur als Schmierkomödie bezeichnen», sagte Schneider am Donnerstag in Berlin. Es sei Zeit für ein Vermittlungsverfahren, da sich die Gebäudeeigentümer derzeit aus Unsicherheit mit Investitionen stark zurückhielten. Im Zuge der Energiewende hatte die schwarz-gelbe Koalition geplant, die Sanierung älterer Gebäude steuerlich zu fördern. Die Bundesländer stoppten das Vorhaben im Bundesrat jedoch, da sie bis zu 900 Millionen Euro Steuerausfälle befürchteten. (dapd)



**Submissions
ANZEIGER**

Impressum

Submissions-Anzeiger Verlag GmbH
Schopensteil 15, 20095 Hamburg
Telefon (040) 40 19 40 - 0
Telefax (040) 40 19 40 - 31
E-Mail: info@submission.de
Geschäftsführer: Florian Lauenstein.
USt.-IdNr. DE 118619873
Erscheinungsweise: 5-mal wöchentlich.
Mindestbezugszeit: 6 Monate.
Bezugsgebühren: Print-Abo Inland
42,- Euro einschl. Zustellungsgebühr,

zzgl. MwSt., Print-Abo Ausland 65,- Euro
einschl. Zustellungsgebühr: Abbestellungen
sind nur schriftlich möglich zum Ende eines
Berechnungszeitraumes mit einer Kündigungs-
frist von 4 Wochen. Bei Nichtbelieferung
ohne Verschulden des Verlages oder infolge
von Störungen des Arbeitsfriedens bestehen
keine Ansprüche gegen den Verlag.
Nachdruck / Vervielfältigung nur mit aus-
drücklicher Genehmigung.
Anzeigenpreisliste: Nr. 26 / 1. Oktober 2011.

Erfüllungsort und Gerichtsstand: Hamburg.
Druck: Kieler Zeitung GmbH & Co. Offset-
druck KG. Copyright: Die Publikation, ihre
Beiträge und Abbildungen sind urheber-
rechtlich geschützt. Jede Vervielfältigung
oder Verbreitung bedarf der ausdrücklichen
Genehmigung des Verlages. Dies gilt
insbesondere auch für die Aufnahme in
elektronische Datenbanken, in das Internet
oder Intranets sowie in sonstige
elektronische Speichermedien.

Service

Ausschreibungen:
Telefon (040) 40 19 40 - 17
Telefax (040) 40 19 40 - 31
E-Mail: ausschreibungen@submission.de
Vertrieb Abonnement:
Telefon (040) 40 19 40 - 14 / -24
Telefax (040) 40 19 40 - 30
E-Mail: abo@submission.de

Kostenlose Hotline (0800) 664 81 60

Anzeigen:
Telefon (040) 600 88 39 - 92
Telefax (040) 600 88 39 - 93
E-Mail: anzeigen@submissionsanzeiger.de
Redaktion:
Telefon (040) 40 19 40 - 37

www.submission.de