

## Spezielle Auftraggeberwünsche

Gesetzliche Freiräume erkennen und nutzen

(BS/Daniela Hattenhauer\*/Carsten Steinert\*) Die öffentlichen Auftraggeber sind bei der Umsetzung von Beschaffungsvorhaben grundsätzlich an das Vergaberecht gebunden. Chancengleichheit, Diskriminierungsverbot und Transparenz verpflichten zur Produktneutralität bei Ausschreibungen. Vielfach gerechtfertigte Absichten der öffentlichen Auftraggeber, nur ein bestimmtes Produkt bzw. eine bestimmte Leistung zu beschaffen, sind daher nahezu unmöglich umzusetzen. Allerdings bietet das Gesetz auch Nischen für Auftraggeberwünsche, so dass die starren Vergaberegeln bei richtiger Anwendung Spielräume eröffnen und Flexibilität beweisen können.

Effektivität und Wirtschaftlichkeit von Beschaffungsvorhaben hängen in der Praxis nachhaltig davon ab, dass vom Auftraggeber vor der Ausschreibung die Anforderungen genau ermittelt werden. Dabei ist die Bedarfsanalyse wichtigstes Instrument des Auftraggebers, ohne das er die erforderlichen Leistungen nicht identifizieren kann. Nur wenn der öffentliche Auftraggeber weiß, welcher Bedarf zu decken und welche Leistung zu beschaffen ist, ist er in der Lage, ein Vergabeverfahren – abhängig vom Auftragsvolumen entweder europaweit oder national – einzuleiten.

### Konkreter Beschaffungswunsch

Neben der Feststellung des konkreten Beschaffungsbedarfs ist das Ergebnis der Bedarfsanalyse oftmals auch ein konkreter Beschaffungswunsch. Weiß der Auftraggeber, welches Produkt oder welche Leistung er benötigt, ist es nicht selten der Fall, dass er aus bestimmten Gründen ein bestimmtes Fabrikat oder ein bestimmtes Unternehmen beauftragen will. Diese Bedarfswünsche stehen dabei im Spannungsfeld zum Wettbewerbsgedanken des Vergaberechts. Der Wunsch, ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Leistung zu beschaffen, ist grundsätzlich nicht mit den Zielen des Vergaberechts vereinbar, einen transparenten, diskriminierungsfreien und ergebnisoffenen Wettbewerb zu gewährleisten. Diese vergaberechtlichen Grundsätze kommen auch in § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A zum Ausdruck, der in der Leistungsbeschreibung das Vorschreiben bestimmter Erzeugnisse, Verfahren, Ursprungsorte oder Bezugsquellen durch den Auftraggeber ausschließt. Produktneutralität ist das Schlagwort, das es dem Auftraggeber untersagt, Vergaben extra für eine bestimmte Leistung zu konzipieren.

Der Gesetzgeber hat jedoch den Willen und die Notwendigkeit des

Auftraggebers, unter Umständen Leistungen an bestimmte Unternehmen zu vergeben oder genau bestimmte Produkte zu beschaffen, nicht gänzlich außer Acht gelassen und gesetzliche Freiräume geschaffen, um diese Ziele zu erreichen. Für den Auftraggeber gilt es, diese Freiräume zu erkennen und für seine Zwecke auszunutzen. Eindeutig anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass bei Vorliegen von Ausschließlichkeitsrechten (Patente, Urheberrechte), künstlerischen oder technischen Besonderheiten ein Vergabeverfahren mit nur einem Bieter nach § 3 Nr. 4 lit. a) bzw. § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A zulässig ist. In diesem Fall kann nur ein Auftragnehmer die geforderten Leistungen erbringen, sodass ein ergebnisoffener Wettbewerb die Realität konterkarieren würde. Der Auftraggeber ist also hier in der Lage, sein Beschaffungsvorhaben wunschgemäß umzusetzen.

### Möglichkeiten sind vorhanden

Eine weitere Möglichkeit, Leistungen wie vom Auftraggeber gewünscht vergeben zu können, ergibt sich ferner auch über die Leistungsbeschreibung. Zwar gilt – wie zuvor dargestellt – das grundsätzliche Verbot, begrenzende Feststellungen in der Leistungsbeschreibung zu treffen. Gleichwohl gesteht das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsermessen zu, das ihm die Möglichkeit bietet, aufgrund eines legitimen sachlichen Interesses trotz einer grundsätzlichen Wettbewerbsverpflichtung eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Produkt vorzuschreiben. Das sachliche Interesse muss bei der Bedarfsanalyse zutage treten und den Auftraggeberwunsch nach einem bestimmten Unternehmen oder einem bestimmten Produkt rechtfertigen.

Die spezifischen Vorgaben können sich etwa aus technischen Zwängen oder Gründen der einheitlichen War-

terung ergeben. Sprechen somit objektive Aspekte, das heißt Aspekte mit technischem Bezug – und nicht lediglich subjektive Vorstellungen – für die Beschaffung eines bestimmten Produkts oder einer Leistung, ist ein öffentlicher Auftraggeber in Ausübung seines Beurteilungsermessens auch bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses berechtigt, ein Fabrikat zu nennen und somit seinem Wunsch nach der Vergabe einer genau bestimmten Leistung Ausdruck zu verleihen.

### Einzigartiger Planer

Der Zoo Osnabrück realisiert derzeit die neue afrikanische Themendlandschaft Takmanda. Teil des Vorhabens, das zur Hälfte mit Fördermitteln der EU und des Landes Niedersachsen finanziert wird, ist eine afrikanische Spiel- und Erlebniswelt mit edukativen und haptischen Elementen. Kern dieser Spielwelt ist ein in der Zoowelt einmaliges Baumhausdorf. Dem Zoo gelang es durch die flexible Gestaltung des Vergabeverfahrens, den einzigartigen Planer in das Generalplanerverfahren zu in-

tegrieren. Auch soll nur dieser Planer aufgrund seiner Alleinstellung am Markt mit der Umsetzung des Baumhausdorfes beauftragt werden, wie dies dem Wunsch des Zoos Osnabrück entspricht.

Der Wunsch des öffentlichen Auftraggebers, eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Produkt zu beschaffen, steht grundsätzlich im Widerspruch zum Wettbewerbsgedanken des Vergaberechts. Aber auch das Gesetz kennt Ausnahmen, um Leistungen genau zu bezeichnen. Legitime sachliche Interessen können es dem Auftraggeber gestatten, den präferierten Bieter zu beauftragen, ohne dabei die vergaberechtlichen Vorschriften zu verletzen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass bei der vorab ausdrücklichen Bedarfsanalyse der Auftraggeber zu dem objektiv nachvollziehbaren Ergebnis gekommen ist, dass nur die eine Leistung oder das eine Produkt für ihn infrage kommt.

\*Dr. Daniela Hattenhauer, (geb. Schwarz), Carsten Steinert, Rechtsanwälte, Düsseldorf

## Wegweiser: Vergaberecht

Beratung für Bewerber und Bieter  
Ausschreibungen · Submissionen

**SOL**  
SYSTEM



SOL das EINZIGE TÜV-IT geprüfte e-Vergabe System  
1.000 Ausschreiber vertrauen auf Innovation und Sicherheit  
unter [www.baysol.de](http://www.baysol.de)

**Staatsanzeiger**

ONLINE LOGISTIK  
Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung

Staatsanzeiger Online Logistik GmbH  
Prager Str. 1  
82008 Unterhaching  
Tel. 089-693907-0; Fax -55  
[vertrieb@staatsanzeiger-online.de](mailto:vertrieb@staatsanzeiger-online.de)

**Submissions**  
**ANZEIGER**

Tagesszeitung und Datenbank  
für Ausschreibungen

Der schnellste Weg zur kostenlosen Veröffentlichung Ihrer Ausschreibungen  
[ausschreibungen@submission.de](mailto:ausschreibungen@submission.de) [www.submission.de](http://www.submission.de)

Wünschen Sie eine Einbindung Ihres e-vergabe-Systems?  
Infos: 040/40 19 40-42 · Emilienstrasse 14 a · 20259 Hamburg

### Vergaberecht 2008

Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
am 15. Oktober 2008 in Dresden

Die Veranstaltung bietet aktuelle Informationen zum Stand und zur Entwicklung des Vergaberechts. Vortragende und Gesprächspartner sind die im Bund federführenden Persönlichkeiten. [forum vergabe e.V.](http://forum.vergabe.e.v.), Tel.: (030) 2028-1631, E-Mail: [info@forum-vergabe.de](mailto:info@forum-vergabe.de)