

# Eine kleine Revolution

Baugleiche Messgeräte bei Ausschreibung akzeptiert

(BS) Seit Februar dieses Jahres ist zu beobachten, dass das OLG Düsseldorf den Ausnahmbereich vom Gebot der Produktneutralität erheblich erweitert. Dieses Gebot verbietet über § 8 EG Abs. 7 VOL/A / § 7 Abs. 8 VOB/A produktscharfe Ausschreibungen. Von der Vergaberechtszene fast unbemerkt hat das OLG einen grundlegenden Wandel bei der Auslegung der Anwendung Produktneutralität eingeleitet. Im Februar hat das Gericht die Ausschreibung für Messsysteme mit einer bestimmten Funktechnologie als gerechtfertigt angesehen (Entscheidung vom 17.02.2010, Az.: Verg 42/09).

Am 03.03.2010 geht das Gericht nun einen Schritt weiter und akzeptiert bei einer Ausschreibung über sogenannte Lysimeter, also Messgeräte für Temperatur und Niederschlag, dass der Auftraggeber baugleiche Produkte fordert, die bereits im Rahmen der Untersuchung eingesetzt werden (vgl. OLG Düsseldorf v. 03.03.2010, Az.: Verg 46/09).

Während im erstgenannten Fall noch für mehrere Wettbewerber die Möglichkeit bestand, eine öffentlich zugängliche Funktechnologie zu nutzen, war im zweiten Fall dann eigentlich nur noch der Hersteller in der Lage, die Lysimeter zu liefern.

## In der ersten Stufe frei

Im Wesentlichen wortgleich hat das OLG Düsseldorf in beiden Entscheidungen die produktscharfe Ausschreibung damit gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber in der ersten Stufe seiner Beschaffungsentscheidung frei ist, was er einkaufen möchte. Erst in der zweiten Stufe stellt sich ihm die Frage, wie der Ausschreibungsgegenstand beschaffen sein soll. Erst in dieser Stufe greife auch das Gebot der Produktneutralität ein und erst dort sei der Auftraggeber einem entsprechenden Rechtfertigungsdruck ausgesetzt.

In der ersten Stufe benötige er nur einen sachlichen Grund. Er müsse dokumentieren, dass er nicht diskriminierend handeln wollte. Eine Markterkundung mit dem Ziel, möglichst wettbewerbsaffin auszusuchen, ist nicht erforderlich.

Damit gibt das OLG Düsseldorf seine eigene Rechtsprechung auf (vgl. OLG Düsseldorf v. 14.04.2005, Az.: VII-Verg 93/04) und wendet sich gegen zwei andere Oberlandesgerichte (vgl. OLG Thüringen v. 26.06.2006, Az.: 9 Verg 2/06; OLG Celle v. 22.05.2008, Az.: 13 Verg 1/08).

## Standardprodukte im IT-Bereich

Für die an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Technologie sei dies hinzunehmen. Die wettbewerbsbeschränkende produktscharfe Ausschreibung sei dann wegen der Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt. Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof sei gleichwohl nicht erforderlich, weil in den jeweils zu entscheidenden Fällen auch die strengeren Anforderungen der bisherigen Rechtsprechung beachtet worden seien. Vor diesem Hintergrund ist nach Ansicht des Hamburger Rechtsanwalts *Martin Schellenberg* im Augenblick noch nicht absehbar, wie sich das Thema

“Produktneutralität” entwickeln wird: “Weder haben andere Oberlandesgerichte auf die Rechtsprechungsänderung des OLG Düsseldorf reagiert, noch hat sich der Europäische Gerichtshof zu diesem Thema geäußert. Er könnte dazu jedoch Gelegenheit erhalten, wenn sich die Produktentscheidung hinderlich auf Bewerber aus dem EU-Ausland auswirkt und dies Gegenstand einer Vorlage an den EuGH wird.“

Einstweilen müsse deshalb der Praxis noch zur Vorsicht geraten werden, auch, weil neben dem genannten OLG eine Reihe von Vergabekammern produktspezifische Ausschreibungen aufgehoben haben. Dies gelte insbesondere bei der Beschaffung von Standardprodukten im IT-Bereich.

## Update 2010

### Neues Vergaberecht für Führungskräfte

17.9.2010 Düsseldorf  
27.-28.9.2010 Hamburg  
[www.fuehrungskraefte-forum.de](http://www.fuehrungskraefte-forum.de)