

## **Das Gebot der Produktneutralität als Grenze der Beschaffungsautonomie**

Dr. Martin Schellenberg, Hamburg

In mehreren Entscheidungen des Jahres 2010 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschlüsse vom 17.02.2010, Az.: Verg 42/09; vom 03.03.2010, Az.: Verg 46/09 und vom 17.01.2011 Verg 3/11) das Gebot der Produktneutralität eingeschränkt.

Das Gebot der Produktneutralität (§ 8 Abs. 7 EG VOL/A, § 7 Abs. 8 VOB/A) besagt, dass öffentliche Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen produktspezifische Angaben machen dürfen. Es handelt sich dabei um ein wesentliches Grundprinzip des Vergaberechts: Nur wenn die Leistung neutral formuliert ist, kann über deren Erbringung Wettbewerb entstehen. Das Gebot der Produktneutralität ist daher direkt der Ausdruck des Wettbewerbsprinzips gemäß § 97 Abs. 1 GWB.

Entgegen seiner eigenen, früheren Rechtsprechung (Beschluss vom 14.04.2005 VII Verg 93/04) hält das OLG Düsseldorf nun eine Einengung des Marktumfeldes auf wenige oder gar nur einen Anbieter, ohne dass der Auftraggeber zuvor eine Markterkundung durchführen muss, für zulässig. Ausreichend sei es, wenn die Entscheidung auf sachlichen Gründen beruhe und auftragsbezogen sei. Dies sei immer dann der Fall, wenn die Entscheidung nicht gezielt auf Diskriminierung eines oder mehrerer Unternehmen gerichtet sei.

Das OLG Düsseldorf wendet sich damit explizit auch gegen das OLG Celle (Beschluss vom 24.05.2007, Az.: 13 Verg 1/07) sowie das OLG Jena (Beschluss vom 26.06.2006, Az.: 9 Verg 2/06). Beide Gerichte hatten eine Festlegung auf konkrete Produkte nur für zulässig befunden, wenn die Vergabestelle zuvor eine gründliche Markterkundung durchgeführt hat.

Als Begründung für die Änderung seiner Rechtsauffassung bezieht sich das OLG Düsseldorf auf den Grundsatz der Beschaffungsautonomie. Dieser Grundsatz ist nicht neu. Bereits seit langem weisen Vergabesenate und Kammern dar-

auf hin, dass der öffentliche Auftraggeber über ein eigenes Leistungsbestimmungsrecht verfügt. Das Vergaberecht schreibe ihm nicht vor, was er zu beschaffen habe sondern wie ein einmal festgestellter Beschaffungsgegenstand auszuschreiben sei (OLG Schleswig Beschluss vom 19.02.2007, 1 Verg 14/06, VK Niedersachsen Beschluss vom 16.11.2009 VgK 62/09, VK Hamburg Beschluss vom 01.10.2008 VgK FB 8/08).

Auch in der vergaberechtlichen Literatur haben diese Aussagen bisher keinen Widerspruch hervorgerufen (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht 2011, § 97 GWB, Rn. 88; Schellenberg in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht 2011, § 8 EG VOL/A, Rn. 11 ff.).

Das OLG Düsseldorf geht mit der oben zitierten Rechtsprechung jedoch einen Schritt weiter: Das Gericht beschränkt sich nicht darauf, dass Leistungsbestimmungsrecht öffentliche Auftraggeber anzuerkennen. Es lässt darüber hinaus die Dokumentationspflicht für diese Entscheidung entfallen. Während die übrige OLG Rechtsprechung (vgl. OLG Jena und OLG Celle a. a. O.) fordern, dass öffentliche Auftraggeber im Einzelnen dokumentieren müssen, wie sie den Beschaffungsgegenstand definiert haben und während diese Gerichte eine derartige Definition nicht ohne eine entsprechende Markterkundung und deren Dokumentation akzeptieren, hat das OLG Düsseldorf diese Anforderung explizit aufgegeben.

In der vergaberechtlichen Literatur ist diese Vorgehensweise sowohl begrüßt (Scharn Patentschutz und öffentliche Vergabe; GRUR 2009, 345 ff.; Frister Entrechtlichung und Vereinfachung des Vergaberechts, Vergaberecht 2011, 295 ff.) als auch kritisiert worden (Probst/von Holleben, CR 2012, 1 ff.; Antweiler, Bieterrechtsschutz unter Zumutbarkeitsvorbehalt, Vergaberecht 2011, 306, 315).

Für die Position des OLG Düsseldorf wird angeführt, dass das Vergaberecht als bieterschützendes Wettbewerbsrecht nicht soweit Einfluss in den Beschaffungsprozess nehmen dürfe, dass es auch darüber bestimmt, ob der Auftraggeber Äpfel oder Birnen beschafft. Dies führe zu einer zusätzlichen, nicht wünschenswerten Bürokratisierung und räume dem Vergaberecht einen zu großen Einfluss auf staatliche Kernentscheidungen ein (Frister a. a. O.).

Dagegen wird argumentiert, dass eine Überbetonung des Leistungsbestimmungsrechts vergaberechtliche Schutzmechanismen leerlaufen lasse. Je nach

dem wie der Vergabegegenstand gefasst werde, könne der Wettbewerb beliebig beschränkt oder ausgeschlossen werden. Das Korrektiv willkürlicher Diskriminierung ohne sachlichen Grund sei zu schwach, um Fehlentwicklungen zu vermeiden (Probst/von Holleben, Antweiler a. a. O.).

Ein Blick in die vergaberechtliche Praxis zeigt, dass die Kritik nicht von der Hand zu weisen ist: Jedenfalls größere öffentliche Einrichtungen verfügen über eigene Beschaffungsabteilungen. Sie erhalten von der „Nutzerseite“, also die Personen, die den entsprechenden Bedarf anmelden, in aller Regel sehr konkrete Vorschläge, was zu beschaffen ist.

Dies hängt zum einen damit zusammen, dass sich kompetente Nutzer am Markt auskennen und deshalb schnell konkrete Vorstellungen über den Beschaffungsbedarf entwickeln. Zum anderen liegt dies jedoch auch daran, dass Nutzer gerade auch bei der öffentlichen Hand regelmäßig umfangreichen Vertriebsaktivitäten des Marktes ausgesetzt sind. Ein professioneller Vertrieb zeichnet sich dabei zum einen durch umfangreiche Informationsvermittlung über das zu vertreibende Produkt aus. Insoweit ist die Entgegennahme von Vertriebsmaterial und das Führen entsprechender Gespräche im Vorfeld einer Ausschreibung nicht nur ein unvermeidbarer sondern geradezu ein wünschenswerter Bestandteil der Kompetenzerweiterung bei öffentlichen Auftraggebern. Ebenso wie private Unternehmen müssen auch öffentliche Auftraggeber das Ohr am Markt haben und sollten sich über aktuelle Entwicklungen regelmäßig informieren.

Die Kehrseite der Medaille: Jeder professionelle Vertrieb wird bemüht sein, über die reine Informationsvermittlung hinaus den Eindruck zu vermitteln, dass sein Produkt einzigartig im Markt sei. Der Vertrieb wird Eigenschaften des Produktes herausstreichen, die konkurrierende Anbieter nicht vorweisen können und er wird versuchen, den Eindruck zu vermitteln, dass es gerade auf diese Eigenschaften zentral ankommt.

Kurz: Ein professioneller Vertrieb wird versuchen, den Eindruck zu erwecken, dass sein Produkt einen eigenständigen Markt bildet, auf dem nur dieses Produkt erhältlich ist. Er wird also versuchen, darzustellen, dass es sich bei seinem Produkt um den „Apfel“ handelt, während alle anderen Mitbewerber „Birnen“ verkaufen.

Gelingt es dem Vertrieb, bei der Nutzerseite diesen Eindruck zu erwecken, so

wird sich der Nutzer an die Beschaffungsabteilung mit der Aussage wenden, der Beschaffungsgegenstand sei definiert und Produkt XY bilde als einziges diesen Beschaffungsgegenstand ab.

Aufgabe der Beschaffungsabteilung ist es jedoch, unter Berücksichtigung des Gebots der Wirtschaftlichkeit aus § 7 BHO/LHO und des vergaberechtlichen Wettbewerbs-, Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots eine Entscheidung über die Ausschreibungspflicht herbeizuführen. Der Einkaufsabteilung obliegt die Aufgabe, ein Korrektiv zu einem möglicherweise stark emotional für einen bestimmten Anbieter oder ein bestimmtes Produkt eingekommenen Nutzer zu bilden.

Es bedarf wenig Phantasie, dass die oben beschriebenen unterschiedlichen Ausrichtungen zwischen Bedarfsträger/Nutzer und Bedarfsdecker/Einkaufsabteilung konfliktträchtig sind. Der Bedarfsträger wird den Bedarfsdecker leicht als Hindernis auf dem Weg zum gewünschten Produkt sehen. Der Bedarfsdecker hat hingegen die Aufgabe, die Produktentscheidung des Nutzers zu hinterfragen und nach Möglichkeit den Vergabegegenstand weiter zu definieren, um ihn für den Wettbewerb zu öffnen und damit wirtschaftlich bessere Ergebnisse zu erzielen.

Vor dem Hintergrund dieses immanenten Konflikts ist nun die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu bewerten: Mit seiner Reduktion auf auftragsbezogene und sachliche Gründe sowie dem Verzicht auf das Anfordernis einer Markterkundung schwächt das OLG Düsseldorf diejenigen Beschaffer, die bisher die Fahne des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit hochgehalten haben und diese Grundsätze auch gegenüber stark emotional festgelegten Nutzern durchzusetzen vermochten.

Ausgestattet mit den einschlägigen Formulierungen des OLG Düsseldorf können Vertriebsmitarbeiter nun von ihrem Produkt überzeugte Nutzer „aufmunitionieren“, damit sich diese gegenüber den Beschaffungsabteilungen durchsetzen können. Wenn lediglich sachbezogene Gründe für eine Produktfestlegung erforderlich sind und eine Markterkundung explizit entbehrlich ist, so haben wettbewerbsfreundlich ausgerichtete Beschaffungsabteilungen produktbezogenen Nutzerwünschen kaum mehr etwas entgegenzusetzen.

Das OLG Düsseldorf ist also dabei, öffentlichen Auftraggebern mit seiner angeblich auftraggeberfreundlichen Rechtsprechung (Interview Vorsitzender Rich-

ter OLG Düsseldorf Hans-Peter Dix in vergabeblog vom 18.11.2011) einen Bärendienst zu erweisen. Es handelt sich dabei zwar auf den ersten Blick um einen Auftraggeberfreiraum. In Wahrheit verunsichert die Rechtsprechung jedoch öffentliche Auftraggeber: Durch die künstliche Trennung zwischen der Phase der Bedarfsdefinition und der Leistungsbeschreibung wissen die Einkaufsabteilungen nun nicht mehr, wie weit sie bei der produktpezifischen Definition von Leistungen gehen dürfen.

Gegenströmungen sind bereits sichtbar: Die VK Niedersachsen hat jüngst entschieden, dass produktspezifische Ausschreibungen nur nach einer europaweiten Markterkundung zulässig sind, die sicherstellt, dass europaweit kein anderes Produkt in der Lage ist, die entsprechenden Anforderungen zu erfüllen (VK Niedersachsen, Beschluss vom 27.09.2011, VgK 40/2011). Entsprechend hat auch der EuGH das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur dann für zulässig gehalten, wenn europaweit feststeht, dass kein anderes Unternehmen den Auftrag zu erfüllen in der Lage ist (EuGH vom 15.10.2009, Rs. 275/08; vgl. auch OLG Karlsruhe Beschluss vom 21.07.2010, Az.:15 Verg 6/10).

Fazit: Die Unterscheidung zwischen der Definition des Vergabegegenstandes und der Beschreibung der Leistung, wie sie das OLG Düsseldorf vornimmt, ist bedenklich: Sie kann dahin führen, dass produktspezifische Merkmale sanktionslos im Rahmen der Definition des Beschaffungsgegenstandes eingeführt werden, während sie bei der Leistungsbeschreibung gegen das Gebot der Produktneutralität verstoßen. Die Unterscheidung ist aufzugeben. Nur so ist zu verhindern, dass beliebig zwischen Beschaffungsgegenstand und Leistungsbeschreibung hin- und her jongliert wird.

Das Gebot der Produktneutralität in § 8 Abs. 7 EG VOL/A bzw. § 7 Abs. 8 VOB/A markiert die Grenze der Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand. Zwar schreibt das Vergaberecht dem öffentlichen Auftraggeber nicht vor, was er zu beschaffen hat. Es ist jedoch sehr wohl erforderlich, dass öffentliche Auftraggeber vor Beginn eines Vergabeverfahrens eine Markterkundung durchführen. Diese Markterkundung muss das Ziel haben, möglichst so auszuschreiben, dass Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern möglich ist. Wettbewerb ist nicht umsonst das Grundprinzip der öffentlichen Auftragsvergabe: Es sichert die Integrität von Verfahren und fördert Wirtschaftlichkeit und Innovation. Durch eine frühzeitige Festlegung auf bestimmte Produkte werden diese Ziele konter-

kariert.