

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 7 vom 16.2.2012

## Vergaberecht

Eine produktspezifische Ausschreibung ist nur zulässig, wenn der Auftraggeber nachweist, dass europaweit kein anderes Unternehmen/Produkt existiert, das den Bedarf zu erfüllen in der Lage ist.

VK Niedersachsen vom 27. September 2011, Az. VgK-40/2011

Rechtsanwalt  
Dr. Martin  
Schellenberg von  
Heuking Kühn Lüer  
Wojtek, Hamburg



### Der Fall

Die Straßenbehörde schreibt Autobahnleitplanken nach VOB/A aus. Zugelassen sind nur Produkte, die von der Bundesanstalt für Straßenbau („BASt“) geprüft und in eine entsprechende Liste aufgenommen sind. Hiergegen wehrt sich ein Bieter, dessen Produkt in der Liste nicht enthalten ist. Die Liste sei unvollständig, weil die BASt nur auf Antrag Produkte prüfe und dies erhebliche Zeit in Anspruch nehme. Die Vergabestelle wehrt sich mit dem Argument, sie müsse sich auf die Produktliste verlassen können, da sie keine eigenen Prüfkapazitäten vorhalte. Die VK gibt dem Bieter recht. Bei der

Prüfliste handele es sich um keine allgemein verbindliche Norm, die vorgegeben werden darf. Verlässt sich die Vergabestelle auf die Prüfliste, so verletzt sie ihre Ermessensausübungspflicht. Vergabestellen sind selbst verpflichtet, im Vorfeld einer Vergabe zu prüfen, welche Produkte im Markt erhältlich sind. Sie darf sich auf bestimmte Produkte nur dann festlegen, wenn „auf der Basis gesicherter Erkenntnis“ feststeht, dass „europaweit kein anderes Unternehmen/Produkt existiert“, das die Anforderungen erfüllen kann. Hierfür „trägt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast“.

### Die Folgen

Damit stellt sich die VK Niedersachsen gegen das OLG Düsseldorf. Das OLG Düsseldorf hält eine Markterkundung vor Vergabe nicht für erforderlich. Deshalb sei auch keine ausführliche Dokumentation im Vergabevermerk darüber erforderlich, wie sich die Vergabestelle Marktkenntnis verschafft hat (OLG Düsseldorf vom 17. Februar 2010, Az. Verg 42/09). Eine derartige Dokumentation ist jedoch aus Sicht der VK Niedersachsen Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung.

Ist eine europaweite Markterkundung nicht dokumentiert, so ist die Entscheidung bereits deshalb rechtswidrig. Es scheint sich herauszukristallisieren, dass die extrem auftraggeberfreundliche Auffassung des OLG Düsseldorf nicht überall unkritisch übernommen wird. Auch das OLG Karlsruhe hat in einer Entscheidung vom 21. Juli 2010 (Az. 15 Verg 6/10) eine europaweite Marktuntersuchung gefordert, bevor sich der Auftraggeber auf ein bestimmtes Produkt festlegen darf.

### Was ist zu tun?

Für die Praxis bedeutet dies: Die Unsicherheit im Markt bleibt bestehen, inwiefern öffentliche Auftraggeber berechtigt sind, Produktspezifika oder gar konkrete Produkte vorzugeben und welche Dokumentationsanforderungen sie hierfür erfüllen müssen. Öffentliche Auftraggeber sind vor der Vergabe von Aufträgen gleich welcher

Art gut beraten, vor einer produktspezifischen Entscheidung eine europaweite Markterkundung ausführlich zu dokumentieren. Für Bieter, die eine Entscheidung der Vergabestelle angreifen wollen, lohnt es sich, im Nachprüfungsverfahren im Wege der Akteneinsicht zu überprüfen, ob die Dokumentation ausreichend ist. (law)