

von **Angelika Barth**

Unterschiedliche Auffassungen über das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers in Deutschland

Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Sachen Leistungsbestimmungsrecht haben auf Beschaffenseite schon Jubel ausgelöst. Wird doch an mancher Stelle bereits angenommen, die Grundsätze des Vergaberechts ließen sich durch die Bestimmung der Leistung elegant umgehen. Dies trifft nur teilweise zu. Vor eine dem Vergaberecht entsprechende Leistungsbestimmung haben die Gerichte nämlich einige Hürden aufgebaut. Diese Hürden wenden die einzelnen Oberlandesgerichte zu allem Überfluss nicht einheitlich an.

A) Entscheidung über Ausschreibungsgegenstand

Die Oberlandesgerichte in Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Thüringen gehen einvernehmlich davon aus, dass der öffentliche Auftraggeber selbst vor Beginn des Vergabeverfahrens eigenständig über den Auftragsgegenstand entscheidet. Was der öffentliche Auftraggeber beschafft, bleibt ihm überlassen.

Er befindet allein darüber, welchen Umfang die zu vergebende Leistung im Einzelnen haben soll und ob gegebenenfalls mehrere Leistungseinheiten gebildet werden, die gesondert vergeben und vertraglich abzuwickeln sind.

Allerdings muss diese Leistungsbestimmung produkt- und verfahrensneutral sein, und damit tut sich hier ein problematisches Spannungsverhältnis zwischen dem Leistungsbestimmungsrecht einerseits, und dem Zwang, produkt- und verfahrensneutral zu sein, andererseits auf.

Die Freiheit des öffentlichen Auftraggebers wird ferner eingeschränkt durch die Verpflichtung zur Bildung von Teillosten, um mittelständische Interessen zu berücksichtigen (§ 97 Abs. 3 GWB).

B) Überprüfung des Leistungsbestimmungsrechts

Die Oberlandesgerichte in Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Thüringen sind sich darüber einig, dass das Leistungsbestimmungsrecht grundsätzlich der gerichtlichen Überprüfung unterliegt.

Dabei haben sie zu erforschen, ob der öffentliche Auftraggeber gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung und das Gebot der Verpflichtung zur Bildung von Teillosten verstoßen hat.

1.) Einhaltung des Gebotes der produktneutralen Ausschreibung

Hier hat sich das OLG Düsseldorf (Nordrhein-Westfalen) ausführlich dazu geäußert, inwiefern es die Leistungsbeschreibung in Bezug auf das Gebot der produktneutralen Ausschreibung kontrolliert. Es beschäftigte sich mit der Frage, wann eine Produkt-, Verfahrens-, Marken-, Patent-, Typen-, oder Ursprungsbenennung nach § 8 VII VOL-A EG gerechtfertigt ist. Das OLG Düsseldorf (Nordrhein-Westfalen) hat dabei überprüft, ob ein sachlich gerechtfertigter objektiver und plausibler Grund - z.B. in Form eines technischen oder wirtschaftlichen Grundes - vorliegt, um den Auftragsgegenstand nicht produktneutral auszuschreiben. Damit möchte das Gericht willkürliches und diskriminierendes Verhalten des öffentlichen Auftraggebers ausschließen.

Zudem muss die Begründung für die Forderung eines bestimmten Produktes, einer bestimmten Herkunft, einer Marke, eines Patents, eines Typs oder Verfahrens für das Gericht nachvollziehbar sein. Die Begründung ist in der Vergabeakte auszuführen, wobei das OLG Düsseldorf dem Auftraggeber in Zweifelsfragen einen gewissen Beurteilungsspielraum zugesteht.

Grundsätzlich prüft das OLG Düsseldorf nach folgenden Kriterien (Zitat aus dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 01.08.2012, VII Verg 10/12):

Die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers sind eingehalten, sofern:

- die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist,
- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind,
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert."

2.) Detaillierte Marktuntersuchungen und Negativbegründungen vor Bestimmung des Ausschreibungsgegenstandes

Die Oberlandesgerichte in Niedersachsen und Thüringen setzen zusätzlich voraus, dass der Auftraggeber vor Festlegung seines Bedarfs detaillierte Marktuntersuchungen durchführt, um sich einen möglichst breiten Überblick über die in Betracht kommenden Leistungen zu seiner Bedarfsdeckung zu verschaffen. Mangelt es dem Auftraggeber an eigener Sachkunde, hat er sachverständige Beratung in Anspruch zu nehmen, damit er einen umfassenden und objektiven Marktüberblick erhält. Das Ergebnis dieser Marktuntersuchung muss der öffentliche Auftraggeber in seiner Vergabeakte darlegen. Auch ist er im Rahmen seiner Vergabenederschrift verpflichtet zu erläutern, weshalb andere Auftragsgegenstände nicht in Betracht kommen (Negativbegründung).

Das OLG Düsseldorf (Nordrhein-Westfalen) hingegen fordert eine solche „Verobjektivierung“ nicht. Der öffentliche Auftraggeber muss nur sachorientiert und nachvollziehbar begründen, weshalb er sich bei

seinem Vergabeverfahren für den speziellen Auftragsgegenstand entschieden hat (Positivbegründung).

3.) WIKIDATA Einhaltung des Gebots zur Bildung von Teillosen

Die Oberlandesgerichte in Baden-Württemberg, Thüringen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen gehen davon aus, dass auch hier der öffentliche Auftraggeber selbst bestimmen kann, ob und inwiefern er Lose vergibt.

Hierbei muss der Auftraggeber abwägen, ob nach § 97 Abs.3 S.3 GWB wirtschaftliche oder technische Gründe der Losbildung insgesamt entgegenstehen.

Im Rahmen der dem öffentlichen Auftraggeber obliegenden Ermessensentscheidung bedarf es einer umfassenden Abwägung der Gründe für oder gegen eine Losaufteilung, wobei hier zu berücksichtigen ist, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine zusammenfassende Vergabe ohne Losaufteilung den gesetzlichen Ausnahmefall darstellt. Dabei hat sich der Auftraggeber bei der Entscheidung für einen bestimmten Auftragsgegenstand grundsätzlich an die bereits oben genannten Ausführungen zu halten.

Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber für eine Losvergabe, muss er sich auch noch über den Zuschnitt der Lose Gedanken machen. Sowohl das Oberlandesgericht in Nordrhein-Westfalen als auch der Bundesgerichtshof in Karlsruhe bestehen auf einen vom öffentlichen Auftraggeber zu bestimmenden Loszuschnitt, der die konkreten Marktverhältnisse berücksichtigt und den Wettbewerb nicht beschränkt oder verhindert. Nur dann wird § 97 Abs. 1 GWB bei Vollzug des jeweiligen Vergabeverfahrens nicht verletzt.

Der öffentliche Auftraggeber hat sich mit der Losvergabe auseinanderzusetzen und das Ergebnis seiner Erwägungen in der Vergabeakte festzuhalten.

Zitat aus dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 25.11.2009, VII Verg 27/09:

“

"Die Ermessensentscheidung des Auftraggebers ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung, namentlich auf Willkür, beruht."

”

C) WIKIDATA Fazit

In Nordrhein-Westfalen gilt:

Der Bedarf des öffentlichen Auftraggebers an sich und dessen Losaufteilungsmöglichkeiten kann allein vom öffentlichen Auftraggeber selbst erkannt und festgelegt werden.

Weder die Bewerber bzw. Bieter noch die Nachprüfungsinstanzen dürfen dem öffentlichen Auftraggeber vorschreiben, nach welchen sachbezogenen Kriterien die Beschaffungsentscheidung auszurichten ist. Allerdings hat der öffentliche Auftraggeber seinen Bedarf und seine Losaufteilung so zu gestalten, dass der Wettbewerb ab Beginn der jeweiligen Ausschreibung nicht beschränkt oder verhindert wird.

Der öffentliche Auftraggeber hat seine Entscheidung in der Vergabeakte zu dokumentieren, wobei das OLG Düsseldorf dabei keine allzu hohen Anforderungen stellt.

In Bayern, Baden-Württemberg, Niedersachsen und Thüringen gilt:

Auch hier darf der öffentliche Auftraggeber frei über seinen Bedarf und dessen Losaufteilung entscheiden.

Die Oberlandesgerichte in Niedersachsen und Thüringen fordern aber zudem vom öffentlichen Auftraggeber, dass dieser vor Festlegung seines Bedarfes detaillierte Marktuntersuchungen betreibt, um einen etwaigen alternativen Bedarf ausschließen zu können.

Als Nachweis für die Überlegungen des Auftraggebers zu seinem Bedarf dient die Vergabeakte.

Es ist dem öffentlichen Auftraggeber auch innerhalb der restlichen Bundesländer zu raten:

Der öffentliche Auftraggeber hat seine Entscheidungen zu dem getroffenen Bedarf sach- und wettbewerbsorientiert zu treffen und detailliert in der Vergabeakte darzulegen. Nur so können die Nachprüfungsinstanzen kontrollieren, ob der öffentliche Auftraggeber das Gebot der produktneutralen Ausschreibung und das Gebot zur Bildung von Teillosen berücksichtigt hat und welche Rückschlüsse er daraus bezogen auf seinen Bedarf ziehen durfte

Autor:

Angelika Barth

(freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei)