

UPDATE VERGABERECHT

AUCH VERDECKTE PRODUKTVORGABE MUSS BEGRÜNDET SEIN

OLG München, Beschluss vom 26.03.2020, Verg 22/19

Auftraggeber A schrieb die Lieferung und Montage verschiedener IT-Geräte in größerer Anzahl aus. Die Leistungsbeschreibung enthielt für zwei Positionen sehr detaillierte technische Vorgaben, die Bieter B als verdeckte Produktvorgaben rügte. Die Vielzahl der Mindestvorgaben führe in der Gesamtheit dazu, dass nur Produkte des Herstellers H sie erfüllten. Dies legte B in dem von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahren in einer Auswertung anhand von auf dem Markt vorhandenen Produkten (zuletzt mit einer Liste von 41 Vergleichsprodukten) umfangreich dar.

Der Nachprüfungsantrag des B hatte in zweiter Instanz Erfolg. Das OLG stellte klar, dass die durch § 31 Abs. 6 VgV geregelte Begrenzung des Leistungsbestimmungsrechts auch greife, wenn die Produktvorgabe ohne Nennung des Produktes allein durch die Gesamtschau der aufgestellten Anforderungen erfolge. A habe hier den substantiierten Vortrag des B nicht entkräften und nicht nachweisen können, dass auch Produkte anderer Hersteller erfüllungstauglich wären. Das OLG sah nach dem umfassenden Vortrag des B die Darlegungslast bei A und hielt es für erforderlich und für A auch zumutbar, konkrete Alternativen zu benennen. A habe auch nicht hinreichend sachlich begründen können, warum nur die bestimmten Leistungsmerkmale und damit nur die Produkte des H die für den vorgesehenen Betrieb notwendigen Anforderungen erfüllten. Da die produktspezifische Ausschreibung der Ausnahmefall sei, seien auch strenge Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit der nach § 31 Abs. 6 VgV erforderlichen Rechtfertigung zu stellen. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Begründung erst nachträglich erfolge. Die Vorinstanz hatte A noch einen nur beschränkt kontrollierbaren Beurteilungsspielraum zugebilligt und deren Begründung für sachlich vertretbar gehalten.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung zeigt, dass Auftraggeber mit Umsicht handeln sollten, wenn sie Leistungsmerkmale bestimmter Produkte übernehmen. Denn dies birgt neben der Angreifbarkeit des Verfahrens auch die Gefahr, dass der Wettbewerb und das Angebotsspektrum durch verdeckte Produktvorgaben unnötig eingeschränkt werden. Die Vergabestelle muss bei der Aufstellung von produktspezifischen Vorgaben außerdem sehr gut begründen können, warum genau diese notwendig sind.

Bieter hingegen können solche Leistungsvorgaben unverzüglich rügen und auf die fehlende Produktneutralität sowie auf Alternativen hinweisen. Außerdem sollten sie um Aufklärung bitten, weshalb für den Auftrag genau diese Spezifikationen erforderlich sind.