



# Bericht vom Vergaberechtsforum West und Südwest des vhw am 13. und 14. Dezember 2012 in Bonn – Teil 3

Sowohl der erste als auch der zweite Teil des Berichts vom 6. Vergaberechtsforum in den Ausgaben 1/2013 und 2/2013 dieser Zeitschrift haben die Relevanz des Vergaberechts unterstrichen. Die Teilnehmer der Veranstaltung in Bonn haben sich durch die Vorträge von insgesamt elf Referenten über die aktuellen Neuerungen im Vergaberecht und die aktuelle Rechtsprechung informieren können. Nach Berichten von Dr. Lutz Horn, Heinz-Peter Dicks, Norbert Portz, Hermann Summa sowie Dr. Florian Hartmann, Bernd Düsterdiek und Gerald Webeler folgt hier nun Teil 3 des Berichts vom Vergaberechtsforum des vhw zu den Themen „Nachfordern von Erklärungen“ (Ingeborg Diemon-Wies) und „Leistungsbestimmungsrecht versus Produktneutralität“ (Brigitta Trutzel).

## Nachfordern von Erklärungen – aktuelle Entwicklungen

Von Ingeborg Diemon-Wies



Ingeborg Diemon-Wies  
Vorsitzende der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Der BGH hat wiederholt entschieden, dass ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren nur zu erreichen ist, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden. Das Fehlen einzelner Erklärungen, die mit dem Angebot abzugeben waren, führte zwingend zum Ausschluss des Angebots, wobei eine Vervollständigung nicht zulässig war.

Diese Rechtsprechung nahm der Gesetzgeber zum Anlass, in die VOB/A und die EG VOL/A Regelungen zu implementieren, die das Nachfordern von Erklärungen und Nachweisen auch noch nach Abgabe der Angebote ermöglichen sollten. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wurden die Vergabestellen zur Nachforderung verpflichtet, während gemäß § 19 Abs. 2 EG VOL/A die Nachforderung im Ermessen des Auftraggebers steht. In § 19 Abs. 3 SektVO hat der Gesetzgeber dann nachträglich auch noch den Bereich des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs berücksichtigt, was leider in den Vorschriften in der VOB/A und EG VOL/A unberücksichtigt blieb. Bei der konkreten Rechtsanwendung führen diese Bestimmungen wiederholt zu Problemen.

### Fallbeispiel

Der VK Münster, 21.7.2011, VK 9/11, lag ein Fall vor, in dem es um den Einbau von WC-Trennwänden ging, die laut Leistungsverzeichnis TÜV-geprüft sein sollten. Ob und wann der

Bieter ein solches GS-Zeichen vorzulegen hatte, bestimmte die Vergabestelle in der konkreten Position nicht, sondern verwies in einem Vordruck darauf, dass ggf. Zertifikate und andere Nachweise auf Verlangen vorzulegen seien. Der Zuschlag sollte auf ein Angebot erteilt werden, dem kein GS-Zeichen beilag. Auf Betreiben eines Bieters forderte die Vergabestelle aber vor Zuschlagserteilung diesen Nachweis von allen Bietern und berief sich dabei auf § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Der für den Zuschlag vorgesehene Unternehmer teilte umgehend mit, dass der Termin für die TÜV-Prüfung für sein Produkt schon feststehe, diese aber nicht innerhalb der 6-Tages-Frist möglich sei. Daraufhin schloss die Vergabestelle dieses Angebot aus. Der dagegen gerichtete Antrag des Unternehmers auf Nachprüfung war erfolgreich. Die Vergabestelle hatte sich nach Auffassung der VK Münster zu Unrecht auf § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A berufen.

Die VK Münster vertrat die Auffassung, dass sich – ausgehend von der BGH-Rechtsprechung – die Bestimmung in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur auf Erklärungen und Nachweise bezieht, die bereits mit dem Angebot gefordert werden. Verfügt eine Vergabestelle in den Vergabeunterlagen hingegen, dass Nachweise erst auf Verlangen von den Bietern vorzulegen sind, dann gelte eher § 15 Abs. 2 VOB/A. Im Rahmen der Aufklärung nach § 15 Abs. 2 VOB/A kann eine Vergabestelle „angemessene Fristen“ für das Nachreichen der Unterlagen setzen und sie hat im Übrigen auch bei der Beurteilung dieser nachgereichten Unterlagen einen Ermessensspielraum, wobei allerdings Veränderungen am Angebot unzulässig sind.

Die gleiche Auffassung vertrat auch das OLG Naumburg, 23.2.2012, 2 Verg 15/11, mit folgender Begründung: „Aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen, insbesondere §§ 10 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1 Nr. 4, 14 Abs. 2 VOB/A und in Abgrenzung zu § 15 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 VOB/A, ergibt sich weiter, dass die in § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A erfassten

Erklärungen und Nachweise nur solche sind, deren Vorlage zugleich mit dem Angebot, d.h. innerhalb der Angebotsfrist verlangt worden ist.“ Demgegenüber meinte das OLG Frankfurt, 21.2.2012, 11 Verg 11/11, ohne weitere Begründung, dass § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A analog auf den Fall anzuwenden sei, dass die Eignungsnachweise nicht bereits mit dem Angebot vorzulegen sind, sondern erst nach Angebotsabgabe von der Vergabestelle angefordert werden. Anwendungsprobleme bereitet auch die Beurteilung der nachgereichten Erklärungen auf Vollständigkeit. Mit dem Angebot bereits abgegebene Erklärungen, die unvollständig sind, können zwar nachgefordert werden, aber diese Nachforderung darf nicht zu einer Änderung des Angebots führen.

## Fallbeispiel

Dem OLG Düsseldorf, 12.9.2012, Verg 108/11, lag ein Fall vor, in dem es um die Vergabe von Briefdienstleistungen ging. Die Bieter sollten 3 vergleichbare Referenzen vorlegen. Die Referenz eines Bieters genügte der Vergabestelle wohl nicht, so dass sie den Bieter gemäß § 19 Abs. 2 EG VOL/A aufforderte, eine weitere Referenz vorzulegen. Das OLG Düsseldorf beanstandete diese Verfahrensweise der Vergabestelle als unzulässig und meinte, dass überhaupt kein Fall des § 19 Abs. 2 EG VOL/A vorliege.

Das OLG Düsseldorf führte aus: „Nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 1 VOL/A EG gilt die Nachforderungsmöglichkeit nur für fehlende, auf Aufforderung des Auftraggebers bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegte Erklärungen und Nachweise, nicht aber für nicht den Vorgaben des Auftraggebers entsprechende Erklärungen und Nachweise. Ein Nachweis fehlt, wenn er entweder nicht vorgelegt worden ist oder formale Mängel aufweist. Der Auftraggeber ist nicht gefordert, im Rahmen der Prüfung, ob die Angebote formal vollständig sind, eine materiell-rechtliche Prüfung der mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen vorzunehmen. Daraus folgt, dass eine Nachforderungspflicht – und folglich auch ein Nachforderungsrecht – des Auftraggebers im Hinblick auf körperlich vorhandene Erklärungen oder Nachweise nur besteht, wenn sie in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen.“

Dahinter steht der Gedanke, dass durch das „Nachreichen“ von Erklärungen und Nachweisen nicht das Angebot an sich verändert werden darf. Tauscht man nicht hinreichende Referenzen gegen „bessere“ aus, dann verändert man damit die Aussagekraft und den Inhalt des zuvor abgegebenen Angebots, was unzulässig ist. Deshalb können die Bestimmungen zum Nachreichen von Erklärungen in diesen Fällen auch nicht zur Anwendung kommen. Beim Nachfordern kommt es somit darauf an, dass tatsächlich keine Angebotsinhalte im Nachhinein verändert oder erst verständlich für die Vergabestelle gemacht werden.

Das ist zugegebenermaßen bislang noch eine Gratwanderung für die Vergabestellen. So hat auch das OLG Brandenburg,

7.8.2012, Verg W 5/12, geurteilt: „Eindeutige Abgrenzungskriterien, wann eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorliegt, sind in der Rechtsprechung noch nicht herausgearbeitet worden.“ Letztlich kann man solche Abgrenzungen wohl immer nur anhand der Umstände des Einzelfalls vornehmen. Im Ergebnis ist die Rechtsprechung zu den neu eingefügten Bestimmungen noch nicht einheitlich und gefestigt, so dass weitere Entwicklungen in diesem Bereich sorgfältig beobachtet werden sollten.

## Wenn das Leitprodukt zum Feigenblatt mutiert ... – Leistungsbestimmungsrecht versus Produktneutralität

Von Brigitta Trutzel



Brigitta Trutzel  
Rechtsanwältin,  
Geschäftsführerin  
Auftragsberatungsstelle  
Hessen e.V., Wiesbaden

Schon der Titel verheißt nichts Gutes, vereint er doch die zwei häufigsten der leicht vermeidbaren Fehler, die im Zusammenhang mit dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung gemacht werden. Jeder kennt das Gebot, nur wenige beherzigen es richtig – bewusst oder unbewusst. Umso wichtiger ist es, die Grundsätze aufzufrischen.

Zunächst zwei typische Situationen in der Beratung:

- Die Vergabestelle ist der Überzeugung, dem Gebot der Produktneutralität durch Bezeichnung eines Leitprodukts mit dem Zusatz gleichwertig nachzukommen. Zur Begründung wird angeführt, dass der Bieter ja jederzeit ein anderes, gleichwertiges Produkt anbieten könne.
- Die Vergabestelle hat objektiv einen sachlichen Rechtfertigungsgrund, ausnahmsweise produktspezifisch auszuschreiben. Dennoch fügt sie den Zusatz „oder gleichwertig“ an, weil sie sich unsicher ist und keinesfalls das Gebot verletzen will.

In beiden Fällen ist das Chaos vorprogrammiert. Das Gebot der Produktneutralität findet man in Art. 23 Abs. 8 RL2004/18/EG, weitgehend gleichlautende Formulierungen in den Vergabeordnungen:

- Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nach den Absätzen 3 und 4 nicht hinreichend genau und allgemein verständlich



beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Dieses Gebot ist Ausfluss des Wettbewerbsgrundsatzes und des Verbot der Diskriminierung. Nicht weniger unbedeutend ist der Grundsatz, dass der Auftraggeber den Leistungsgegenstand zu bestimmen hat, denn er weiß am besten, was er braucht. Die ist zugleich Recht und Pflicht des Auftraggebers. Das OLG Düsseldorf weist in einer Vielzahl von im Tenor gleichlautenden Entscheidungen darauf hin (zuletzt 1.8.2012 Verg 10/12 „Warnsystem“), dass die Phase der Leistungsbestimmung dem Vergabeverfahren zeitlich vorgelagert ist. Folglich hat es Priorität. Man könnte nun meinen, beide Grundsätze sind folglich nicht miteinander zu vereinbaren.

Eine Unvereinbarkeit liegt nach Auffassung des Gerichts keineswegs vor. Die Lösung liegt in der Schlussfolgerung, dass die Beschaffungsfreiheit bei Durchführung des Vergabeverfahrens durch das Gebot der Produktneutralität begrenzt wird. Es gibt allerdings Gründe, die eine Ausnahme von dem Gebot der Produktneutralität rechtfertigen können und die die Definition des Art. 23 RL bereits enthält:

- Die Rechtfertigung aus dem Auftragsgegenstand heraus (1. HS) oder
- der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden (Satz 2). Nur in diesem Fall darf ein Leitprodukt mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ ausgeschrieben werden!

In der Entscheidung von 27.06.2012 zum Thema „Fertigspritzen mit abnehmbarer Kanüle“ stärkt das OLG Düsseldorf diese Autonomie des Auftraggebers erneut (VII Verg 7/12). Der Auftraggeber hatte sich entschieden, Fertigspritzen auszusprechen, für die er die technische Anforderung festlegte, dass die Spritzen zwingend mit abnehmbarer Kanüle oder ohne zu liefern sind. Seine Rechtfertigung waren medizinische Erwägungen, insbesondere die notwendige Entscheidungsfreiheit des Arztes, das richtige Spritzenbesteck für den jeweiligen Patienten zu wählen. Das hat das OLG Düsseldorf als sachlichen Rechtfertigungsgrund gelten lassen und die Beschwerde eines Unternehmens abgewiesen, das darin die Verletzung der Produktneutralität und eine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs rügte.

Das Gericht weist erneut darauf hin, dass der Auftraggeber ein Leistungsbestimmungsrecht habe, das der eigentlichen Ausschreibung vorgelagert ist. Bemerkenswert ist auch die Bekräftigung, dass daher auch keine Pflicht zur Markterkundung besteht, solange die Leistungsanforderungen nicht auf ein bestimmtes Produkt zugeschnitten sind. Die Ausschreibung muss auch nicht das Leistungsspektrum aller Bieter treffen, solange der Wettbewerb noch garantiert ist. Zwingend fordert das OLG Düsseldorf allerdings, dass die sachlichen Erwägungen auftragsbezogen sind.

Unterstrichen wird diese Haltung durch eine Äußerung der EU-Kommission von 2001 (ABIEG Nr. C 333 v. 28.11.2001, S. 8), die ebenfalls streng differenziert zwischen der Ermittlung des Auftragsgegenstandes, die dem Vergabeverfahren vorgelagert ist – dem „was“ beschafft werden soll – und dem „wie“ im Verfahren beschafft wird, bei dem die Grundsätze Wettbewerb und Gleichbehandlung zu beachten sind.

Es lässt sich mithin festhalten, dass die Grenze der Beschaffungsfreiheit durch den Grundsatz der Produktneutralität markiert wird. Dieser Grundsatz kennt allerdings zwei Ausnahmegruppen:

- Sachliche Rechtfertigungsgründe aus der Nutzung der Sache, aus technischen Zwängen, gestalterische Anforderungen auf Basis von Konzepten, Innovationsbeschaffungen, Inkompatibilitätsprobleme bei technischen Systemen, aber auch wirtschaftliche Aspekte wie unverhältnismäßig höhere Kosten für die Ersatzteilverhaltung, Wartungsaufwand, Schulungsaufwand bei produktneutraler Beschaffung. Oftmals sind dies Fälle, in denen Leistungen zu vorhandenem Bestand beschafft werden. Allen Fällen ist gemeinsam, dass der Zusatz „oder gleichwertig“ nicht nur überflüssig, sondern geradezu irreführende Spielräume bei den Bietern suggeriert und zu Angeboten führen könnte, die wegen unzulässiger Änderung am Leistungsverzeichnis aus formalen Gründen ausgeschlossen werden müssten. Der Zusatz ist daher in diesen Fällen unzulässig.
- Ein sog. „Leitprodukt“ darf benannt werden, wenn der deutsche Wortschatz, europäische/nationale Normen u.Ä. nicht ausreichen würde, mit allgemein verständlichen Worten den Leistungsgegenstand eindeutig und umfassend zu beschreiben. Um es vorweg zu nehmen: Das kommt so gut wie nie vor! Sollte aber dennoch einer der seltenen Fälle vorliegen, ist zwingend – und zwar nur dann – der Zusatz „oder gleichwertig“ anzufügen. In diesen Fällen trägt der Bieter die Beweislast für die Gleichwertigkeit seines Produkts und der Auftraggeber für die fehlende Gleichwertigkeit.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass der Zusatz „oder gleichwertig“ niemals die fehlende Produktneutralität retten kann. Damit sind wir bei der eingangs geschilderten Situation, dass der Auftraggeber sich im vermeintlich zulässigen Rahmen des Gebotes wähnt, ohne sich darüber im Klaren zu sein, dass der Zusatz nur im krassen Ausnahmefall – mangels ausreichendem Wortschatz – zur Verfügung steht.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere zwei Gerichte (OLG Jena Verg 2/06 „Brandlöschsystem für Anna-Amalia-Bibliothek“ und OLG Celle Verg 13 Verg 1/08 „Ultra-Schall-Farbdoppler-System“) durch eine vom OLG Düsseldorf abweichende Rechtsprechung auffallen. Sie halten eine Markterkundung für weiterhin unerlässlich und geben dem Auftraggeber auf, im Rahmen der Ausübung seines Beurteilungsspielraums inzident andere Lösungsvarianten als

nicht geeignet ausschließen (und zu dokumentieren). Danach muss sich der Auftraggeber einen möglichst breiten Überblick über den Markt zu verschaffen.

Die Vergabekammern und OLGs sind sich dagegen einig, dass sie keine Nachprüfungsinstanz für die Sinnhaftigkeit der Entscheidung des Auftraggebers sind (VK Sachsen SVK/004-11 v. 22.03.2011 nachfolgend OLG Dresden WVerG 0003/11 v. 17.05.2011). Ein Mitbewerber kann daher nicht geltend machen, die Beschaffung sei letztlich unsinnig formuliert, führe zu technischen Mängeln am Werk oder verstoße gar gegen die anerkannten Regeln der Technik. Dieses Risiko trägt allein der Auftraggeber, er kann nur auf die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung bestehen und darüber keine Rechte gegenüber dem Bieter geltend machen. Dieser muss nur seiner Hinweispflicht genügen. Der Vorteil im Verfahren liegt auf der Hand: Die Angebote bleiben vergleichbar!

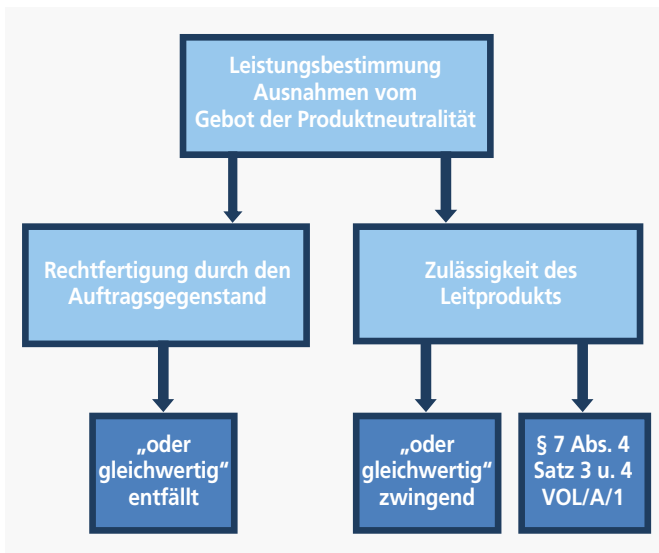


Abb. 1: Ausnahmen vom Gebot der Produktneutralität

Abschließend ist ein weiteres Phänomen zu erläutern, das aus der vergabekonformen Absicht, produktneutral auszuschreiben, unversehens eine produktspezifische und unzulässige Ausschreibung macht: Die Leistung wird zunächst produktneutral formuliert, weil es keine sachlichen Rechtfertigungsgründe gibt, davon abzuweichen. Durch ein den Vergabeunterlagen beigefügtes Produktdatenblatt, das nichts anderes ist als ein neutralisiertes Datenblatt des sog. „Wunschprodukts“, werden die Spezifikationen derart genau gefasst, dass nur ein einziges Produkt angeboten werden kann. Gleiches gilt, wenn das Leistungsverzeichnis nach Form, Stofflichkeit, Aussehen oder technischen Merkmalen so präzise formuliert wird, dass nur ein Produkt/Verfahren die Anforderungen erfüllen kann.

Oft findet man in diesen Fällen auch Indizien, die eine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs unterstreichen: Es geht nur ein Angebot ein, Nebenangebote sind ausgeschlossen, nur ein Bieter kann das Produkt anbieten oder es gibt keine Ausweichmöglichkeit, die Leistung anders anzubieten.

Wenn diese Umgehungstatbestände vorliegen, ist das Gebot der Produktneutralität verletzt.

## Fazit

Gibt es gute Gründe, produktspezifisch auszuschreiben. Dies wird rechtssicher umgesetzt, wenn es richtig vorbereitet wird sowie die Gründe herausgearbeitet und dokumentiert werden. Auf den Zusatz „oder gleichwertig“ ist in der Regel zu verzichten.

- Eine Produktvorgabe mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ ist so gut wie nie zulässig.
- Eine produktspezifische Ausschreibung setzt auftragsbezogene Rechtfertigungsgründe voraus und eine ausführliche Dokumentation. Es ist dabei zu gewährleisten, dass der Wettbewerb unter Bietern nicht auf wenige beschränkt wird. Auf den Zusatz „oder gleichwertig“ muss verzichtet werden.
- Markterkundung ist im Vorfeld ausnahmsweise erforderlich, wenn der Wettbewerb auf einen oder wenige Bieter beschränkt ist.
- Nachprüfungen können nicht dem Zweck dienen, die Sinnhaftigkeit der ausgeschriebenen Leistungen zu überprüfen.

## 7. Vergaberechtsforum 2013 des vhw West und Südwest am 4./5. September 2013 in Köln

Auch in diesem Jahr werden namhafte Referenten – unter anderem der Vorsitzende Richter des Vergabesenats am OLG Düsseldorf Heinz-Peter Dicks und der Leiter des Vergabedezernats beim Deutschen Städte- und Gemeindebund Norbert Portz – aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht aufzeigen und die daraus zu ziehenden Konsequenzen mit den Teilnehmern diskutieren. Die Lage des Tagungshauses gegenüber dem Kölner Dom und neben dem traditionellen Brauhaus FRÜH sind Garantien für ein in jeder Hinsicht ansprechendes Programm!

### Tagungsort:

Hotel Eden Hotel Früh am Dom (in fußläufiger Entfernung vom Kölner Hauptbahnhof)

### Tagungsgebühren:

610,- Euro für Mitglieder des vhw  
690,- Euro für Nichtmitglieder des vhw

### Anmeldung und weitere Informationen:

www.vhw.de/Seminare/  
vhw e. V., Geschäftsstelle Nordrhein-Westfalen  
Hinter Hoben 149, 53129 Bonn  
Telefon: 0228/725 99 44 · Fax: 0228/725 99 49