

17. Juni 2010 in Bonn



Dr. Heike Glahs

Nachfrageautonomie des AG und Ausschließlichkeitsrechte

REDEKER | SELLNER | DAHS



§ 8 Abs. 7 VOL/A EG 2009 (§ 7 Abs. 4 VOL/A 2009 inhaltlich nahezu identisch)

- „Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in den technischen Anforderungen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft ... verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen ... begünstigt oder ausgeschlossen werden.“
- „Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.“



Kernaussagen „produktneutrale Ausschreibung“ - Grundsatz 1

- **Grundsatz:** Auftraggeber darf sich bei der Beschaffung nicht auf ein bestimmtes Produkt/eine bestimmte Marke beschränken.
- **Ausnahme:** Auftragsgegenstand rechtfertigt Beschränkung auf ein bestimmtes Produkt.



Kernaussagen „produktneutrale Ausschreibung“ - Grundsatz 2

- **Grundsatz:** Auftraggeber darf zur Beschreibung der nachgefragten Leistung nicht auf ein bestimmtes Produkt verweisen, auch nicht mit dem Zusatz „oder gleichwertig“. Zu verwenden sind die allgemeinen technischen Spezifikationen.
- **Ausnahme:** Beschreibung durch allgemeine technische Spezifikationen führt zu Unklarheiten, dann ist es zulässig, ein bestimmtes Produkt mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu verwenden.



Grundsatz und Ausnahme 1



Zurück zu Grundsatz und Ausnahme 1

- Keine produktneutrale Ausschreibung, wenn Auftragsgegenstand Beschränkung auf ein bestimmtes Produkt rechtfertigt.
- Wann ist dies der Fall?
 - OLG Jena/OLG Celle: Markterkundung und Dokumentation, dass andere denkbare Produkte und Verfahren dem Ausschreibungsgegenstand nicht genügen.
 - OLG Düsseldorf: Markterkundung und dokumentierter Ausschluss anderer Produkte nicht erforderlich. Ausreichend, dass sich die Forderung besonderer Merkmale im Hinblick auf den Vergabegegenstand rechtfertigen lässt.



Zurück zu Grundsatz und Ausnahme 1

OLG Düsseldorf (B.v. 17.02.2010, Verg 42/09) Dort heißt es:

Dann bliebe unbeachtet, dass die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes der ausschließlichen Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber unterworfen ist, Entschließt er sich zur Beschaffung, ist er frei in seiner Entscheidung, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert hält. Die Bestimmung ist einer etwaigen Ausschreibung und Vergabe vorgelagert und muss vom öffentlichen Auftraggeber erst einmal in einer zu einer Nachfrage führenden Weise getroffen werden, bevor die Vergabe und das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein können. Dagegen können Bieter nicht mit Erfolg beanspruchen, dem Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften, als von ihm in den Verdingungsunterlagen festgelegt worden ist, anzudienen (vgl. auch Scharen, GRUR 2009, 345, 346).



Zurück zu Grundsatz und Ausnahme 1

- Die Nachfrageautonomie berechtigt zur Einschränkung des Wettbewerbs, sie berechtigt grundsätzlich nicht dazu, ein Verhandlungsverfahren wegen eines Ausschließlichkeitsrechts durchzuführen.
- Dies ist nur zulässig, wenn aufgrund einer europaweiten Markterkundung feststeht, dass es nur ein Unternehmen gibt, das diese Leistung anbieten kann.
- vgl. insoweit VK BW, B.v. 20.05.2010, 1 VK 18/10 (nicht bestandskräftig)



Grundsatz und Ausnahme 2



Zurück zu Grundsatz und Ausnahme 2

- Produktneutrale Ausschreibung = keine Verwendung von Produktnamen (auch nicht mit dem Grundsatz „oder gleichwertig“)
- Ausnahme: ohne Produktnamen keine hinreichende Beschreibung der Leistung
- falls Ausnahme greift: Bieter muss innerhalb der Angebotsfrist und ohne Aufforderung nachweisen, dass Gleichwertigkeit zu bejahen ist



Anwendungsbereich der VOL/A

- VOL-Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte (Euro 193.000,00 netto) gemäß §§ 97 ff. GWB
- VOL-Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, wenn Auftraggeber an die VOL/A gebunden
 - Haushaltsrecht + Erlasse
 - in NRW nicht gebunden
 - kommunale GmbH und Eigenbetriebe
 - an die VOL/A ebenfalls nicht gebunden: Gemeinden, Städte, Kreise, Länder, Bund
 - Ausnahme: interne Vorgaben in der Gemeinde



Alternative: „Werben für eine produktneutrale Ausschreibung“

- Für alle öffentlichen Auftraggeber gilt der Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung
- Wiederum:
 - Nachweise/Belege, dass das Produkt gleichwertig ist
 - Angabe von Referenzen



Vielen Dank!