

Leistungsbestimmung oder Produktneutralität – eine vergaberechtliche Handreichung

von Rechtsanwalt Dr. Matthias Krist, KDU Krist Deller & Partner Rechtsanwälte, Koblenz/Köln/Wiesbaden

Es gibt kaum eine andere vergaberechtliche Diskussion, die derart emotional geführt wird, wie diejenige über die Reichweite des Leistungsbestimmungsrechts der öffentlichen Auftraggeber. Dass es dieses Recht gibt, ist nicht mehr umstritten, dessen Bedeutung und Reichweite aber sehr wohl. Das verwundert nicht, denn es geht dabei um nicht weniger als um den Kern einer jeden Beschaffungsmaßnahme: darf der Staat völlig frei entscheiden, was er wie einkaufen möchte, hat er das freie inhaltliche Wahlrecht mit der Folge, dass das Vergabeverfahren nur noch dazu dient, im Wettbewerb den Leistungserbringer, den „Lieferanten“ zu finden?

Jedenfalls nach den insoweit grundlegenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus dem Jahre 2010 scheint dem so zu sein¹, wenn auch die Schwächen dieser Rechtsprechung bisweilen gezielt übergangen werden, um das gefundene Ergebnis nicht zu riskieren². Denn es klingt fast zu schön, um wahr zu sein: der öffentliche Auftraggeber ist danach völlig frei in der Entscheidung darüber, was er in welcher Beschaffenheit und Ausstattung einkaufen möchte. Er befindet alleine darüber, „was er haben will“, frei von wettbewerblichen Erwägungen und ohne Rücksicht darauf, ob ihm anschließend ein geeignetes Unternehmen die Wünsche zu angemessenen Preisen wird erfüllen können. Diese Leistungsbestimmung ist, so die zitierte Rechtsprechung weiter, denotwendig jedem Vergabeverfahren vorgelagert und daher auch von keinem Bieter zu beeinflussen. Der Wettbewerb findet erst statt um die festgelegte Leistung, nicht aber um deren Festlegung selbst.

So weit, so gut, könnte man meinen. Dass diese Sichtweise indessen dann, wenn sie ins Extreme kippt, ordnungsgemäße wettbewerbliche Vergabeverfahren mit all ihren auch mittelstandspolitischen Zielsetzungen geradezu überflüssig machen könnte, liegt auf der Hand. Das ist dann auch der Grund dafür, dass die Regelungen in der VOB/A die geschilderte, fast schon „totalitäre“ Sichtweise des alles überlagernden Leistungsbestimmungsrechts nicht in dieser Absolutheit zulassen:

Nach § 7 Abs. 8 VOB/A ist die produktspezifische Ausschreibung eine seltene Ausnahme, die nur statthaft ist, wenn die nachgefragte Leistung so speziell ist, dass sie nicht mehr anders beschrieben werden kann, als durch eine gezielte Produktvorgabe. Selbst in diesem Fall sind gleichwertige Lösungen zuzulassen und zu werten. Im normalen Baugeschehen gibt es daher für diese Regelung nur einen eng begrenzten Anwendungsbereich. Je standardisierter die nachgefragten Leistungen sind, desto weniger ist eine gezielte Produktvorgabe zulässig.

Unterstützt wird dies durch mehrere andere Regelungen in der VOB/A. § 7 Abs. 4 und Abs. 5 VOB/A zeigen, dass die Leistung möglichst neutral, nämlich anhand bestehender europäischer oder nationaler Regelwerke zu beschreiben ist, und eben nicht durch Produktvorgaben. Aus § 16 Abs. 6 Nr.3 VOB/A (betreffend die Wertung) folgt weiter, welche Aspekte allesamt eine Rolle bei der Zuschlagswertung spielen können und sollen, so z. B. Rentabilität, Kundendienst, Betriebs- und Folgekosten. Diese Vorgaben wären weitgehend überflüssig, wenn in jedem Falle bereits vorab eine Produktfestlegung erfolgen dürfte.

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 17.2.2010 (Verg 42/09), 3.3.2010 (Verg. 46/09) und 15.6.2010 (Verg 10/10)

² Vgl. dazu sehr instruktiv: OLG Jena, Beschluss vom 26.6.2006 (9 Verg 2/06)

Was also ist nun ist die richtige Vorgehensweise? Wie so oft, empfiehlt sich ein gesunder Mittelweg:

Wenn und soweit gute fachliche und sachliche Gründe dafür sprechen, Produktvorgaben zu machen, so sind diese zulässig. Begründung: Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers. Entscheidend ist, dass es die besagten guten fachlichen Gründe im einzelnen Fall tatsächlich gibt, dass diese dokumentiert sind und den Wettbewerbern möglichst frühzeitig, vorzugsweise in den Vergabeunterlagen, mitgeteilt werden. Dies zwingt den Auftraggeber zu einer sinnvollen Festlegung und erklärt den Wettbewerbern um einen Auftrag zugleich, weshalb der Auftraggeber sich vorab festlegt. Dies ist in jedem Einzelfall darzulegen und durch den Auftraggeber zu dokumentieren. Pauschale Produktfestlegungen mit ebenso pauschalen Begründungen (Textbausteine) genügen diesen Anforderungen oftmals nicht.

Auf den Sachbereich der passiven Schutzeinrichtungen bezogen, bedeutet dies: Im Ausgangspunkt kommen zahlreiche Kriterien in Betracht, die eine Produktvorgabe rechtfertigen können. Es ist jedoch entscheidend, dass dies im Einzelfall zu prüfen ist und nicht in allen Fällen sämtliche der genannten Kriterien abgefordert werden dürfen, sondern dass es jeweils der einsatzbezogenen Entscheidung bedarf, ob ein Kriterium einschlägig ist und gefordert werden kann. Aus der Vergabepaxis sind folgende Kriterien zu nennen, anhand derer, soweit einschlägig, eine Produktvorgabe im Sinne einer zulässigen Leistungsbestimmung orientiert werden kann:

- Einbindetiefe max. aufgrund der Örtlichkeit
- Anprallheftigkeit max. (aufgrund RPS und hohem PKW-Anteil)
- Erhöhtes Verkehrsaufkommen / Zunahme Schwerlastverkehr
- Anteil Schwerlastverkehr (H4b)
- Intensiv genutzte Aufenthaltsbereiche
- Akute Gefahrenstellen benennen (nur für diese Baustelle zutreffend)
- Unfallhäufigkeit
- Technische und gestalterische Anforderungen
- Holm A / Holm B (Unterhaltungsgründe/Optik)
- Bestandssituation (Vorhandene Systeme)
- Mögliche Durchgängigkeit eines modularen Systems innerhalb einer Strecke
- Bauliche Situation / Vervollständigung eines Gesamtsystems
- Minimierung unterschiedlicher Systeme aus Gründen der Verkehrssicherheit
- Kostenersparnis durch Wiederverwendung vorhandener Bauteile
- Gelände-, oder Untergrundbeschaffenheit (z.B. Gefälle, Kappenneigung)
- Mittelstreifenbreite/Bankettbreite
- Finanzielle und wartungstechnische Gründe
- Ausführung von Reparaturen durch alle Fachunternehmen mit Schutzplattenmontagefachmann
- Schnelle, langfristige und diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung von Ersatzteilen
- Verfügbarkeit der Ersatzteile über einen Zeitraum von 20 Jahren
- Vorhandensein mehrerer Herstellerfirmen (Patentfreie Systeme)
- Minimierung von Übergangskonstruktionen
- Minimale Aufbaulänge (Maximale Prüflänge)
- Mit Dilatation geprüft
- Nachweise einer Fremdüberwachung gem. TLP-FRS (bis zu deren Einführung nach TL-SP 99 oder nach RAL RG-620)
- Mindestzinkschichtdicken gem. TLP-FRS (bis zu deren Einführung nach TL-SP 99 oder nach RAL RG-620)

Mit diesem Raster lassen sich voraussichtlich gut begründbare Ergebnisse für einzelfallgerechte Produktvorgaben finden.