

DIE PRODUKTBEZOGENE AUSSCHREIBUNG

KOMMUNALE BESCHAFFUNG – RECHTSTIPP



Foto: Shutterstock/Pakhnyushchy

Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich zur produktneutralen Ausschreibung verpflichtet. Sie stehen allerdings regelmäßig vor der Herausforderung, dass Beschaffungen erforderlich sind, die zur Ergänzung und Erweiterung des vorhandenen Bestands dienen. In solchen Fällen können sie unter Umständen von der Verpflichtung abweichen und produktbezogen ausschreiben.

Häufig gibt es gute Gründe, die dafür sprechen, bei einer Beschaffung von dem Erfordernis einer produktneutralen Ausschreibung abzuweichen – der Alt- und Neubestand, etwa bei der IT-Architektur, sollte ja zusammenpassen. Der nachfolgende Artikel stellt die relevanten rechtlichen Rahmenbedingungen dar und befasst sich anhand des Beispiels einer Beschaffung im Zusammenhang mit Straßenleuchten mit der Zulässigkeit einer produktbezogenen Ausschreibung.

RECHTLICHER HINTERGRUND

Im Vergaberecht (sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich) herrscht der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung: Es dürfen keine bestimmten Erzeugnisse, Verfahren, Ursprungsorte, Patente oder Typen bzw. eine bestimmte Bezugsquelle, Produktion, Herkunft oder Marke durch den Auftraggeber vorgeben werden. Hierdurch soll der freie Wettbewerb sowie die diskriminierungsfreie Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet werden. Zu diesem Zweck enthalten sowohl die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeordnung – VgV), die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und die Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vergleichbare Regelungen. Welches die für die Beschaffung beispielsweise von Straßenleuchten einschlägige Verfahrensordnung ist, hängt davon ab, ob diese als Bau- oder Lieferleistung zu qualifizieren ist. Hierfür ist grundsätzlich der Schwerpunkt der Leistung maßgeblich. Hier kommt es auf den Einzelfall und auf die konkrete Ausgestaltung der Beschaffung an: Die Rechtsprechung differenziert im Rahmen von Erneuerungen

von Straßenleuchten danach, ob ausschließlich die Lieferung der Straßenleuchten Gegenstand der Beschaffung ist oder ob auch nicht unerhebliche technische und gestalterische Veränderungen am Baukörper der Straßenleuchten erforderlich sind. Selbst wenn die Änderungen einen geringeren Wert als die Straßenleuchten selbst haben und nicht nur eine Nebenarbeit sind, ist die Beschaffung insgesamt als Bauleistung zu qualifizieren.

PRODUKTBEZOGENE AUSSCHREIBUNG

Dem Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung steht das Beschaffungs- und Leistungsbestimmungsrecht eines öffentlichen Auftraggebers gegenüber. Um diesem im begründeten Einzelfall gerecht zu werden, darf neben der Ausnahme aufgrund mangelnder Beschreibbarkeit – hier ist gestattet zur Leistungsbeschreibung des Beschaffungsgegenstandes auf ein sogenanntes Leitfabrikat zu verweisen – vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung abgewichen werden, wenn dies durch den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist. Die vorhandenen Regelungen in VgV, VOB/A und UVgO sind zwar nicht augenscheinlich identisch, beinhalten jedoch im Kern dieselbe Anforderung: eine sachliche Rechtfertigung, die sich aus objektiven, sach- und auftragsbezogenen Aspekten ableiten lässt. Subjektive Erwägungen und Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers dürfen dagegen für die Rechtfertigung nicht herangezogen werden.

Hierzu hat die Rechtsprechung bereits vor längerer Zeit herausgearbeitet, dass eine Produktvorgabe zulässig ist, um hierdurch den mit der Beschaffung verbundenen Aufwand in Bezug auf Ersatz-



Foto: Shutterstock/Vasava Sur

teilhaltung, Mitarbeiterschulung und Wartungsarbeiten in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen zu halten um der gebotenen wirtschaftlichen Beschaffung gerecht zu werden. Dies wurde zuletzt durch die Vergabekammer des Bundes bestätigt und dadurch erweitert, dass Aspekte im Zusammenhang mit der Kompatibilität und den Schnittstellen zu bereits vorhandenen Gegenständen herangezogen werden können.

Im Rahmen der Beschaffung von Straßenleuchten können die vorgenannten Punkte regelmäßig einschlägig sein und eine produktbezogene Ausschreibung, unter der konkreten Nennung eines Herstellers, von dem bereits Straßenleuchten installiert sind, zulässig sein. Insbesondere bei kleineren Gemeinden kann der Aufwand, der durch die Lagerhaltung eines Zweitfabrikats inklusive der hierfür erforderlichen Ersatzteile entstehen würde, zu einer logistisch und finanziell unverhältnismäßigen Mehrbelastung führen. Angesichts der Tatsache, dass heutzutage eine Beschaffung von Straßenleuchten im Rahmen einer Umstellung auf eine sparsamere LED-Straßenbeleuchtung erfolgt, droht das unmittelbare Wegfallen der dadurch erhofften Einsparung. Ebenso kann ein Zweitfabrikat die Koordination von den erforderlichen Wartungsintervallen zusätzlich erschweren, was die Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Wartung konterkariert.

PRAXISTIPP

Da sich der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung und die produktbezogene Ausschreibung im Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander befinden, kann eine pauschale Aussage nicht getroffen werden. Es ist stets eine Abwägung im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung anzustellen und hierfür sämtliche, tatsächlich vorhandenen Gegebenheiten einzubeziehen. Um der dem Vergaberecht immanenten Dokumentationspflicht gerecht zu werden, ist die Abwägung sowie insbesondere die sachlichen Gründe, die eine Ausnahme vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung rechtfertigen,

in der Vergabeakte zu vermerken. Schließlich ist eine sorgfältige Abwägung vor dem Hintergrund der – zumindest im Oberschwellenbereich – drohenden Sanktionen geboten. Wird ein Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung bejaht, drohen die Zurückversetzung oder schlimmstenfalls auch die Aufhebung des Vergabeverfahrens. ■



ZUM AUTOR

Johannes Büscher ist Rechtsanwalt bei dem interdisziplinären Beratungsunternehmen STERR-KÖLLN & PARTNER. Das Unternehmen hat sich auf erneuerbare Energien und Nachhaltigkeit spezialisiert und beschäftigt Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberater.

Sterr-Köln & Partner unterhält neben Freiburg und Berlin Büros in Paris und Straßburg und beschäftigt rund 60 Mitarbeiter.

Weitere Informationen:

STERR-KÖLLN & PARTNER
Tel.: +49 761 490540
info@sterr-koelln.com
www.sterr-koelln.com