

Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers

von Hanna Fischer

Was ist das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers und wie weit reicht es? Geht seine Freiheit so weit, dass er ein konkretes Produkt bestellen darf? Diese Fragen betreffen im Kern den Umfang und die Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts.

Grundsatz

Grundsätzlich gibt es keine Vorgaben, was der öffentliche Auftraggeber beschaffen muss. Er ist prinzipiell ungebunden in der Bestimmung des Auftragsgegenstands. Diese weite Auslegung resultiert aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Die Festlegung der zu beschaffenden Leistung ist dem Vergabeverfahren vorgelagert und nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Das Vergaberecht regelt ausschließlich die Art und Weise, also das Wie, nicht aber das Ob bzw. Was der Beschaffung.

Indessen folgt aus dem Wettbewerbsgrundsatz das Gebot einer produktneutralen Ausschreibung. Entsprechend darf in der Ausschreibung nicht auf ein konkretes Produkt verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden – es sei denn, es ist sachlich durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Allerdings ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die Ausschreibung so zu gestalten, dass sich

bestimmte Unternehmen daran beteiligen können oder ihre Zuschlagschancen aufgrund eines bestimmten Zuschnitts der Ausschreibung erhöht werden (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25. April 2012, VII-Verg 100/11). Eine exakte Abgrenzung ist hier schwierig.

Grenzen

Die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers konkretisiert das OLG Düsseldorf (Beschluss v. 1. Aug. 2012, VII-Verg 10/12) daher wie folgt: Sie sind eingehalten, sofern

- die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind (Willkürverbot),
- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Innerhalb dieser Grenzen gilt der Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung nicht mehr uneingeschränkt. Es findet daher keine vollumfängliche gerichtliche Überprüfung der Beschaf-



Hanna Fischer
Rechtsanwältin
mit Schwerpunkt Vergaberecht

fungsentscheidung statt, sondern es wird lediglich geprüft, ob die genannten Grenzen eingehalten worden sind. Soweit die Festlegung des Beschaffungsbedarfs rechtmäßig erfolgt, ist eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hinzunehmen. Abgestellt wird dabei auf den Erkenntnishorizont des Auftraggebers im Zeitpunkt der Beschaffungsentscheidung anhand des Vergabevermerks. Dabei müssen die Gründe bereits bei der Entscheidungsfindung vorliegen, die Dokumentation kann jedoch nach Ansicht des OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13. April 2016, VII-Verg 47/15) auch im Nachprüfungsverfahren nachgereicht werden.

Folgende Gründe wurden beispielsweise als sachlich gerechtfertigt angenommen: die Verringerung von Risikopotenzialen (Fehlfunktionen, Kompatibilitätsprobleme, Umstellungsaufwand) oder der Schutz von in der Vergangenheit getätigten Investitionen und die damit einhergehende Erweiterung der bereits vorhandenen Technologien.

Ausblick

Diese Kriterien dienen zwar als Richtlinie, sind im gewissen Maße jedoch davon abhängig, wie weit sie durch die jeweilige Entscheidungsinstanz ausgelegt werden. Zudem besteht Uneinigkeit darüber, ob vor der Festlegung der Ausschreibungsbedingungen eine Markterkundung notwendig ist: So wird teilweise vertreten (OLG Jena und OLG Celle), dass sich der

öffentliche Auftraggeber einen breiten Marktüberblick verschaffen und begründen müsse, warum nur seine ausgewählte Lösung und keine andere in Betracht komme. Infolge dieser wettbewerbsbetonten Auslegung ist eine spätere gerichtliche Überprüfung der Beschaffungsentscheidung anhand objektiver Kriterien stets unerlässlich. Hierdurch wird das Vergabeverfahren unnötig erschwert, und ein größerer Zeitaufwand und höhere Transaktionskosten werden verursacht. Zu Recht wird daher nach überwiegender Auffassung (OLG Düsseldorf, OLG Dresden, OLG Koblenz) dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers größere Bedeutung zugeschrieben und die Effektivität der Beschaffung in den Vordergrund gestellt.

Aufgrund dieser unterschiedlichen Rechtsprechung variiert das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers teilweise stark – abhängig davon, welche Kammer bzw. welches Gericht über den Nachprüfungsantrag entscheidet.

In der Konsequenz kann unter bestimmten Voraussetzungen die Leistungsbestimmungsfreiheit mithin so weit gehen, dass ein bestimmtes Produkt beschafft werden darf. Es handelt sich jedoch stets um eine Einzelfallentscheidung, die anhand ihrer besonderen Umstände zu beurteilen ist. ■