



ZIRNGIBL

LANGWIESER

## ZL Aktuell Vergaberecht 04/2010

---

Zusatz „oder gleichwertig“ schützt nicht vor vergaberechtswidriger Ausschreibung bei unzulässiger Vorgabe von Leitfabrikaten!

Das OLG Düsseldorf hat in seiner jüngsten vergaberechtliche Entscheidung vom 23.03.2010 erneut zur Unzulässigkeit der Ausschreibung von Leitfabrikaten Stellung bezogen und wiederholt, dass auch der Zusatz „oder gleichwertig“ nicht aus dem Verstoß gegen die produktneutrale Ausschreibung führt. Folge eines Verstoßes gegen die Produktneutralität ist – im Fall einer Rüge – die Aufhebung und Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens, mit den entsprechenden zeitlichen und finanziellen Auswirkungen. Im Hinblick auf diese erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen folgen sollte von der Angabe von Leitfabrikaten in den Ausschreibungsunterlagen im Zweifel abgesehen werden!

Die Vorgabe von Leitfabrikaten in den Ausschreibungsunterlagen ist nur in äußerst eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig: nämlich wenn entweder ein legitimes Interesse an genau diesem Produkt oder der vorgegebenen Ausführung besteht oder wenn eine Beschreibung des Auftragsgegenstandes durch genaue und allgemein verständliche Bezeichnungen nicht möglich ist. Dies dürfte wohl in den seltensten Fällen der Fall sein.

Die Vergabepaxis zeigt bislang allerdings, dass sich die öffentlichen Auftraggeber, ob mit oder ohne Unterstützung durch Planungsbüros, bereits vor der Ausschreibung für ein bestimmtes Produkt oder System entschieden haben. Gelingt es dem Auftraggeber dann nicht, einen der beiden beschriebenen Ausnahmefälle darzulegen, kann dies zu der weitreichenden Konsequenz der Wiederholung des Vergabeverfahrens führen.

Das OLG Düsseldorf hat im Rahmen der genannten Entscheidung noch zu zwei weiteren erwähnenswerten vergaberelevanten Punkten Stellung genommen:

Zum einen hat das OLG ausgeführt, dass ein Bieter, der entgegen den formulierten Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen den Geeignetheitsnachweis eines angebotenen Alternativfabrikats nicht mit der Abgabe des Angebotes führt, aus diesem Grund nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden kann. Denn eine derartige Anforderung führt zu Erschwernissen bei dem Angebot anderweitiger Fabrikate und ist nicht mit den Vergabevorschriften (§ 9 Nr. 10 S. 2 VOB/A) vereinbar.

Des weiteren hat das OLG einen Hinweis zu der bislang in der Rechtsprechung noch nicht behandelten Frage gegeben, ob ein Bieter mehrere, technisch nicht identische, aber den Ausschreibungsunterlagen ansonsten entsprechende, Hauptangebote abgeben dürfe. Es hat ausgeführt, dass aus Sicht des Bieters geradezu ein Bedürfnis bestehen könne, durch mehrere Hauptangebote verschiedene gleichwertige Alternativprodukte anzubieten. Deshalb sei die Abgabe mehrerer solcher Hauptangebote nach Ansicht des OLG Düsseldorf als zulässig anzusehen.

Die aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf bedeutet für alle Auftraggeber im Hinblick auf die wirtschaftlich weitreichenden Folgen zwingend, die Ausschreibungsunterlagen auf die unzulässige Vorgabe von Leitfabrikaten zu untersuchen und solche durch produktneutrale genaue und allgemein verständliche Beschreibung zu ersetzen.

Als erstes Oberlandesgericht hat sich das OLG Dresden im Anschluss an die Entscheidungen des EuGH vom 28.01.2010 (C-406/08 und C-456/08) zur Europarechtskonformität der „unverzüglichen“ Rügefrist gem. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB geäußert.

Der EuGH hat entschieden, dass Fristen für die Verfahrenseinleitung zur wirksamen Überprüfung von Vergabeentscheidungen hinreichend genau, klar und vorhersehbar sein müssen. Das OLG Dresden ist der Ansicht, dass der Begriff „unverzüglich“ in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB zum einen keine Frist und zum anderen gesetzlich definiert ist und die EuGH-Entscheidungen für § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB nicht gelten.

Diese Sichtweise überzeugt im Ergebnis nicht. Zwar ist die deutsche Regelung keine Frist im Rechtsinn und der Begriff der „Unverzüglichkeit“ gesetzlich definiert, jedoch wird der Begriff von der Rechtsprechung wie folgt verstanden. Unverzüglich ist ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern, d. h. ein solches innerhalb einer nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessenden Prüfungs- und Überlegungsfrist. Zwar gibt es eine Obergrenze von zwei Wochen, der Zeitraum kann aber auch geringer sein. Eben die Möglichkeit der gerichtlichen Festlegung eines geringeren Zeitraums im Einzelfall hat der EuGH aber als vergaberechtswidrig bezeichnet. Warum sich das OLG Dresden dieser Erkenntnis verschließt, bleibt sein Geheimnis.

Im Ergebnis ist Bietern aufgrund der unsicheren (widersprüchlichen) Rechtslage zu raten, so schnell wie möglich Verfahrensverstöße zu rügen, um einer Diskussion über die Verfristung möglichst aus dem Weg zu gehen.

---

---

Fragen können Sie gerne an die folgenden Ansprechpartner des Teams Vergaberecht richten:

Lars Robbe, Berlin  
Alexander Reimann, München  
John Richard Eydner, Berlin  
Silke Maria Schwenk, LL.M., Berlin  
Sven Beaujean, Berlin

ZIRNGIBL LANGWIESER Rechtsanwälte Partnerschaft, Partnerschaftsregister AG München PR 579

Weitere Pflichtangaben finden Sie auf der Webseite der ZIRNGIBL LANGWIESER Rechtsanwälte Partnerschaft unter <http://zl-legal.de/footer/impressum/>. Der Newsletter richtet sich an Geschäftsfreunde und Bekannte der ZIRNGIBL LANGWIESER Rechtsanwälte Partnerschaft. Sein Inhalt ist nicht als Rechtsrat zu verstehen und ohne vorherige Beratung auch nicht als Entscheidungsgrundlage geeignet. Eine Haftung für den Inhalt der Beiträge kann trotz gewissenhafter Bearbeitung nicht übernommen werden. Sofern der Newsletter Links zu fremden Angeboten enthält, macht sich ZIRNGIBL LANGWIESER diese fremden Seiteninhalte nicht zu Eigen. ZIRNGIBL LANGWIESER hat keinen Einfluss auf die fremden Seiteninhalte, übernimmt dafür keinerlei Verantwortung und distanziert sich ausdrücklich davon. Sollten durch die fremden Inhalte Rechte oder gesetzliche Vorschriften verletzt werden, wird ZIRNGIBL LANGWIESER den Link unverzüglich beseitigen, sobald ihr die Rechtsverletzung bekannt gemacht wurde.

Wenn Sie unseren Newsletter ZL Aktuell nicht mehr erhalten möchten, können Sie ihn unter [berlin@zl-legal.de](mailto:berlin@zl-legal.de) abbestellen.

---

Büro München  
Brienner Straße 9  
D-80333 München  
Tel: +49 (89) 2 90 50 – 0  
[munich@zl-legal.de](mailto:munich@zl-legal.de)

Büro Berlin  
Kurfürstendamm 54/55  
D-10707 Berlin  
Tel: +49 (30) 88 03 31 – 0  
[berlin@zl-legal.de](mailto:berlin@zl-legal.de)

Büro Frankfurt am Main  
Platz der Republik 6  
D-60325 Frankfurt/Main  
Tel: +49 (69) 5 89 99 58 – 0  
[frankfurt@zl-legal.de](mailto:frankfurt@zl-legal.de)

Büro Wien  
Esslinggasse 9  
A-1010 Wien  
Tel: +43 (1) 90 10 10  
[vienna@zl-legal.at](mailto:vienna@zl-legal.at)