§RECHTSTICKER

An dieser Stelle informiert Rechtsanwalt Dr. Daniel Soudry über aktuelle Entscheidungen und Gesetzesvorhaben zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge.

Der öffentliche Auftraggeber bestimmt, was er haben will – oder doch nicht?

„Wer die Kapelle bezahlt, bestimmt die Musik". In der Privatwirtschaft ist das eine Selbstverständlichkeit. So einfach ist es im Vergaberecht nicht. Hier muss der öffentliche Auftraggeber den Beschaffungsbedarf grundsätzlich so definieren, dass ein transparenter und fairer Wettbewerb unter den Anbietern möglich ist. Die Frage, wie groß seine Spielräume bei der Festlegung des Auftragsgegenstands sind, war in der Vergangenheit häufiger Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. Dabei lassen sich einige Änderungen beobachten.

Dabei ging es um Aufträge, bei denen der öffentliche Auftraggeber aus technischen Gründen ein bestimmtes Produkt erwerben wollte. In einem Fall wollte er ein satellitengestütztes Katastrophenwarnsystem auf ein modulares Warnsystem umstellen (OLG Düsseldorf, 1.8.2012, VII-Verg 10/12). Ein anderer Fall betraf die Beschaffung bewaffnungsfähiger Drohnen der sog. MALE-Klasse. Hier sollte auf das Modell des bisherigen Auftragnehmers aufgebaut werden, ohne Mitbewerber zu beteiligen (OLG Düsseldorf, 31.5.2017, VII-Verg 36/16).

Grundsatz: Weites Leistungsbestimmungsrecht

Im Grundsatz gehen die Gerichte davon aus, dass der öffentliche Auftraggeber frei in seiner Beschaffungsentscheidung ist (OLG Düsseldorf, 17.2.2010, VII-Verg 42/09). Legt er sich auf ein bestimmtes Produkt fest und schließt er damit jeden Wettbewerb aus, ist das aber nur zulässig, wenn

- die Bestimmung durch den Auftragsgenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- der Auftraggeber hierfür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe angibt,
- er die Entscheidung willkürfrei getroffen hat,
- die Gründe auch tatsächlich vorliegen und
- die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Eine inhaltliche Überprüfung der Gründe für die Auswahl einer bestimmten Lösung erfolgt unter diesen Voraussetzungen bisher nicht. So kann es etwa bei sicherheitsrelevanten Maßnahmen, die wichtige Rechtsgüter, wie den Schutz der Bevölkerung betreffen, gerechtfertigt sein, jegliche Risikopotenziale auszuschließen und den sichersten Weg zu wählen (OLG Düsseldorf, 1.8.2012, VII-Verg 10/12). Danach war die Wahl einer bestimmten Lösung zulässig, da mit ihr das Risiko von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen und höherem Zeitbedarf verringert und das Warnsystem für die Bevölkerung erweitert und effektiviert werden konnte.

Genauere Prüfung als früher

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat diese Kriterien nun jüngst weiter konkretisiert. Auch in der „Drohnen-Entscheidung" (31.5.2017, VII-Verg 36/16) entschied er zugunsten des öffentlichen Auftraggebers. Dieser war berechtigt, ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur mit dem Lieferanten der schon bisher eingesetzten, aber (noch) nicht bewaffnungsfähigen Drohnen durchzuführen. Das Gericht bezog sich ausdrücklich auf oben genannte Kriterien. Die Festlegung auf den bisherigen Hersteller war aus technischen Gründen gerechtfertigt, weil im Interesse der Systemsicherheit und Funktion Risikopotenziale verringert wurden. Risikopotenziale sah das Gericht hier abermals in Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen und einem höheren Umstellungsaufwand. Nach Auffassung des Gerichts wurden sie dadurch minimiert, dass die Produkte des bisherigen Herstellers schneller verfügbar und einsatzfähig waren und Vorteile bei der Bewaffnungsfähigkeit bestanden. Unabhängig davon ging das Gericht davon aus, dass sich die Produkte des Konkurrenten im Gegensatz zu dem bisherigen Lieferanten noch in der Erprobungsphase befanden.

Neu ist aber, dass der für Aufträge der Bundeswehr zuständige Vergabesenat des OLG Düsseldorf dessen Auswahlentscheidungen deutlich ausführlicher als bisher prüft. Lehnte er es früher ab, diese auf ihre Nachvollziehbarkeit oder Richtigkeit hin zu kontrollieren, prüft er mittlerweile dezidiert, ob die geltend gemachten Gründe tatsächlich ausreichen, um die Festlegung auf ein bestimmtes Produkt zu rechtfertigen. Unklar bleibt dabei aber, ob er auf den Zeitpunkt der Markterkundung oder der Verfahrenswahl oder auf den Beginn des Vergabeverfahrens abstellen will.

Fazit

Die Vorgabe bestimmter Produkte bedarf stets der Rechtfertigung seitens des öffentlichen Auftraggebers, der im Zweifel die Beweislast für die Notwendigkeit trägt. Besonders hohe Anforderungen gelten, wenn die Festlegung dazu führt, dass nur ein einziges Unternehmen für den Auftrag in Frage kommt. Im Ergebnis erkennt das OLG Düsseldorf weiterhin einen weiten Spielraum des öffentlichen Auftraggebers an. Anders als bisher, prüft es aber sehr genau, ob die geltend gemachten Besonderheiten tatsächlich ausreichen, um den Wettbewerb einzuschränken. Betrifft der Auftrag eine zivile Beschaffung, ist zusätzlich erforderlich, dass es auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung am Markt gibt. Das sind gute Nachrichten für Wettbewerber, die eine echte Chance haben wollen, mit ihren Lösungen zum Zug zu kommen. Für den öffentlichen Auftraggeber steigt hingegen der Rechtfertigungsdruck, wenn er keinen Wettbewerb eröffnen möchte, sondern auf ein bestimmtes Produkt abzielt.

▶ **Dr. Daniel Soudry, LL.M.** ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte, Berlin. Er berät Unternehmen der Verteidigungs- und Sicherheitswirtschaft bei der rechtssicheren Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen und in Nachprüfungsverfahren. Herr Dr. Soudry tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen. SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte werden von Who´s Who Legal und JUVE als Kanzlei für Vergaberecht empfohlen. Dr. Soudry bloggt laufend zum VS-Vergaberecht unter www.vsvgv.de