

Newsletter, 7. September 2012

# Vergaberecht

## OLG Düsseldorf zur Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers bei Auswahl des Beschaffungsgegenstandes

*Ulf-Dieter Pape / Dr. Henning Holz, LL.M.*

Das OLG Düsseldorf hat sich in einem jüngst veröffentlichten Beschluss vom 01.08.2012 (VII-Verg 10/12) u. a. zur Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers bei der Auswahl des Beschaffungsgegenstandes geäußert und hierzu vergaberechtliche Grenzen definiert. Im konkreten Fall hat es die Direktvergabe eines Millionen-Auftrags über ein Satellitenkommunikationssystem für zulässig gehalten.

### I. Der Fall

Die Vergabestelle schloss mit einem auf Informationstechnik spezialisierten Unternehmen einen Vertrag über die Modifizierung des von diesem Unternehmen bereits betriebenen satellitengestützten Warnsystems (SatWaS) zu einem modularen Warnsystem (MoWaS) ab. So sollten u. a. kommunale Leitstellen und der lokale Katastrophenschutz in das Warnsystem einbezogen werden.

Die Vergabe des Millionen-Auftrags wurde nicht bekannt gemacht.

Die Antragstellerin, ein ebenfalls auf Satellitentechnik spezialisiertes Unternehmen, ist durch die nachträgliche Bekanntgabe der Auftragsvergabe im Amtsblatt der EU auf den MoWaS-Abschluss aufmerksam geworden und hat diese Direktvergabe zur Überprüfung der Vergabekammer des Bundes (Az. VK 2-14/12) gestellt. Die Antragstellerin macht geltend, sie könne MoWAS preisgünstiger anbieten und verwirklichen, was im Wettbewerb zu ermitteln gewesen sei. Davon abgesehen habe die Vergabestelle abtrennbare Teile der Leistungen als Fachlose ausschreiben müssen.

Die VK Bund hat den Nachprüfungsantrag als unbegründet zugewiesen. Die Vergabestelle habe nach § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG diskriminierungs- und willkürfrei ausschließlich mit dem Unternehmen verhandeln dürfen. Dagegen richtet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde.

### II. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Ohne Erfolg! Das OLG bestätigt die Entscheidung der VK Bund und damit die Zulässigkeit der Direktvergabe.

#### 1. Grundsatz der freien Wahl des Beschaffungsgegenstandes

Vom Grundsatz geht das OLG Düsseldorf davon aus, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen ungebunden ist. Die Wahl unterliege der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung.



## 2. Grenzen der Bestimmungsfreiheit

Weiter entschied das OLG Düsseldorf, dass die grundsätzlich gegebene Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers beim Beschaffungsgegenstand im Interesse der angestrebten Öffnung des Beschaffungswesens der öffentlichen Hand für den Wettbewerb bestimmten, durch das Vergaberecht gezogenen Grenzen unterliege. Für den Streitfall bedeutsam sei insbesondere die Vorschrift des § 8 Abs. 7 VOL/A-EG, wonach der Auftraggeber in technischen Anforderungen (in einem weit zu verstehenden Sinn) nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren verweisen darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder begünstigt werden (gleichlautend u. a. § 7 Abs. 8 VOB/A). Nach der dazu ergangenen Rechtsprechung des Senats sind die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers indes eingehalten, sofern

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

Bewegt sich die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes in diesen Grenzen, gelte der in § 8 Abs. 7 VOL/A EG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung nicht mehr uneingeschränkt.

Im konkreten Fall entschied das OLG Düsseldorf, dass der Auftraggeber nicht verpflichtet gewesen sei, die Vergabe des MoWaS-Auftrags für den Wettbewerb zu öffnen. Hierzu wäre eine Neuentwicklung und Nachbildung des SatWaS-Systems erforderlich gewesen, mithin ein Auswechseln der Datenübertragungstechnik einschließlich potentieller Medienbetreiber, dieses verbunden mit einem – auf Seiten der Vergabestelle festzustellenden – bedeutend höheren Aufwand an Personal, Zeit und Kosten bei der Planung, Ausschreibung, Ausführ-

ung, Projektüberwachung sowie bei der Betriebsaufnahme. Ferner sei nach Ansicht des Senats zu berücksichtigen, dass bei einer vollkommenen neuen Installation mit anfänglichen Mängeln (z. B. Fehlfunktionen) und deren aufwändiger Behebung zu rechnen sei. Ein Haushaltsbudget war dafür unstrittig nicht vorhanden. Zudem sei es unwahrscheinlich, dass die Antragstellerin MoWaS preiswerter hätte errichten können, weil sie hierzu zunächst einmal das gesamte SatWaS-System funktionsfähig und fehlerfrei vollständig neu hätte beschaffen müssen, dessen Systemtechnik insoweit lediglich bruchstückhaft bei der Antragstellerin vorhanden war.

## 3. Keine unbegrenzte Prüfungs- und Untersuchungspflichten des Auftraggebers

Ferner entschied das OLG Düsseldorf, dass die vergaberechtlichen Prüfungs- und Untersuchungspflichten des Auftraggebers, ob ein Beschaffungsgegenstand dem Wettbewerb geöffnet werden könne, Zumutbarkeitsgrenzen unterliegen. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, die Beschaffungsentscheidung daran auszurichten, ob sie zum Unternehmenskonzept und zur Leistungsfähigkeit jedes potentiell am Auftrag interessierten Unternehmens passe. Abgesehen von der normal üblichen und in der Regel ausreichenden Marktforschung vor einer Beschaffungsentscheidung sei der Auftraggeber nicht verpflichtet, sich einen möglichst breiten Überblick über die in Betracht kommenden Leistungen zu verschaffen, um die Beschaffungsentscheidung durch weitergehende Marktuntersuchung, noch dazu – wenn es an eigener Sachkunde mangelt – unter sachverständiger Hilfe, zu „verobjektivieren“, dies mit dem Ziel, eine möglichst produkt- oder technikoffene Leistungsbeschreibung zu erreichen.

## 4. Keine Verpflichtung zur Fachlosvergabe

Auch zu einer Fachlosvergabe, z. B. mit Blick auf ein zu schaffendes Redundanz-System, sah das OLG Düsseldorf die Vergabestelle im Hinblick auf das grundsätzlich bestehende Gebot zur Losvergabe gemäß § 97 Abs. 3 GWB nicht verpflichtet. Mehrere denkbare Teil- oder Fachlose dürften zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erforderten. Dabei stehe dem Auftraggeber eine Einschätzungsprärogative zu. Zu beanstanden seien lediglich Festlegungen, mithin Gesamtvergaben, die ohne Vornahme der

gebotenen Abwägungen nicht mehr vertretbar sind und auf einer groben Fehleinschätzung beruhen.

### 5. Zulässige Heilung von Dokumentationsmängeln

Schließlich entschied das OLG Düsseldorf, dass die teilweise unvollständige Dokumentation des Vergabeverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durch das Nachtragen von Gründen in zulässiger Weise bereinigt worden ist (so auch BGH, Beschl. V. 8.2.2011, X ZB 4/10 Rn. 73).

### III. Bewertung und Praxishinweise

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist insgesamt als „Auftraggeber-freundlich“ zu bewerten. Im Unterschied zu anderen Vergabesenaten (vgl. OLG Jena, Beschl. v. 26.06.2006, 9 Verg 2/06 – „Anna-Amalia-Bibliothek“; OLG Celle, Beschl. v. 22.05.2008, 13 Verg 1/08 – „Ultraschallsystem“) akzentuiert das OLG Düsseldorf die vergaberechtliche Überprüfung der Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers anders. Es macht deutlich, dass eine effektive Beschaffung vom Vergaberecht ebenfalls bezweckt sei und nicht vollständig verdrängt werden dürfe. Die Beschaffungsentscheidung muss

also vom Auftraggeber mit einem vertretbaren Aufwand zu treffen sein. Diese neue Akzentsetzung des OLG Düsseldorf wird seitens der Auftraggeber gerade im Hinblick auf technische Beschaffungen mit Sicherheit begrüßt werden.

Auftraggebern ist anzuraten, die vom OLG Düsseldorf definierten vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit sorgfältig zu prüfen, um im Streitfall deren Einhaltung im Einzelnen darlegen zu können. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG zur Rechtfertigung einer Direktvergabe liegen zwar nur in eher seltenen Fallkonstellationen vor, jedoch zeigt die Entscheidung einen möglichen Weg auf.

## OLG Düsseldorf zur bieterschützenden Wirkung der Energieeffizienz-Regeln und zur inzidenten Überprüfung außervergaberechtlicher Vorschriften

*Ulf-Dieter Pape / Dr. Henning Holz, LL.M.*

**Das OLG Düsseldorf hat in einer weiteren Entscheidung vom 01.08.2012 (VII-Verg 105/11) die in der Praxis vielfach diskutierte Streitfrage entschieden, dass den in § 4 Abs. 5 und 6 VgV umgesetzten Vorschriften zur Energieeffizienz ein bieterschützender Charakter zukommt. Zudem hat es die Überprüfbarkeit außervergaberechtlicher Vorschriften im Nachprüfungsverfahren bejaht.**

### I. Der Fall

Die Vergabestelle schrieb den Transport und die Entsorgung von Restabfällen und Sperrmüll europaweit im offenen Verfahren aus. Nach den Vergabeunterlagen sollten grundsätzlich verschiedene Entsorgungskonzepte in Betracht kommen. Die

Antragstellerin rügte innerhalb der Angebotsfrist mehrere Rechtsverstöße, u.a. solche gegen abfallrechtliche Bestimmungen, welche der Auftraggeber zurückwies. Dagegen richtete sich die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag, den die VK Köln (Beschl. v. 01.12.2011, VK VOL 29/2011) ablehnte. Hinsichtlich der von der Antragstellerin gerügten

Verstöße gegen abfallrechtliche Vorschriften hat die VK eine Antragsbefugnis verneint.

## II. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Die gegen die Entscheidung der VK eingelegte sofortige Beschwerde blieb im Ergebnis ohne Erfolg. Im Unterschied zur VK bejahte der Vergabesenat allerdings die Antragsbefugnis, weil es keinen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts gebe, dass außervergaberechtliche, u.a. abfallrechtliche, Normen im Vergabenaachprüfungsverfahren nicht zu prüfen sind. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist der Nachprüfungsantrag indes unbegründet. Auch hier wies der Vergabesenat auf die grundsätzlich bestehende Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers im Hinblick auf die Festlegung des Beschaffungs- oder Leistungsgegenstands hin. Der europäische Gesetzgeber und die Mitgliedsstaaten seien allerdings berechtigt, die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers einzuschränken und ihr in diesem Zusammenhang verbindliche rechtliche Vorgaben und Grenzen zu setzen. Beispielhaft verweist das OLG Düsseldorf insoweit u. a. auf die seit dem 20.08.2011 wirksamen Energieeffizienz-Regeln gemäß § 4 Abs. 5 und Abs. 6 VgV hin. Danach sind bei der Vergabe von energieverbrauchsrelevanten Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen in der Leistungsbeschreibung bestimmte Anforderungen im Hinblick auf die Energieeffizienz zu stellen (Forderung des höchsten Leistungsniveaus an Energieeffizienz und - soweit vorhanden - der höchsten Energieeffizienzklasse).

In diesem Zusammenhang führt das OLG Düsseldorf wörtlich aus:

*„Solche normativen Grenzen und Vorgaben sind gleichviel, ob sie die Festlegung des Beschaffungsgegenstands (im weiteren Sinn auch die Leistungsbeschreibung), Bedingungen für die Auftragsausführungen oder Zuschlagskriterien betreffen, Bestimmungen über das Vergabeverfahren, und zwar entweder unmittelbar (so z. B. § 8 Abs. 7 VOL/A-EG, § 4 Abs. 5 und 6 VgV) oder in Verbindung mit entsprechenden vergaberechtlichen Anknüpfungsnormen (z. B. Vorschriften über die Leistungsbeschreibung oder Zuschlagskriterien) und § 97 Abs. 7 GWB. In aller Regel wird solchen (materiell) gesetzlichen Vorschriften ein bieterschützender Charakter nicht abzusprechen sein (...).“*

Damit widerspricht das OLG Düsseldorf ausdrücklich einer teilweise im Schrifttum (Zeiss, NZBau

2012, 201, 204 f.) vertretenen Ansicht, wonach ein bieterschützender Charakter der Energieeffizienz-Regeln zu verneinen sei, weil es sich dabei lediglich um Vorgaben für die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes handele und dies eine dem Vergabeverfahren vorgelagerte Phase betreffe.

In Bezug auf die im Streitfall zu beantwortende Rechtsfrage entschied das OLG Düsseldorf, dass die Leistungsbeschreibung den hier relevanten gesetzlichen Vorgaben des Abfallrechts Rechnung zu tragen habe. Im Hinblick auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben habe sich die vergaberechtliche Nachprüfung in der Art einer Ermessens- oder Beurteilungskontrolle darauf zu beschränken, ob der Auftraggeber von seinem Recht auf Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes einen bestimmungsgemäßen Gebrauch gemacht habe und er bei seinen Festlegungen den zu beachtenden gesetzlichen Erfordernissen auch mit Blick auf die zu gewährleistende Effektivität vertretbar entsprochen habe. Dies war im Streitfall nach eingehender Prüfung der insoweit einschlägigen abfallrechtlichen Vorschriften zu bejahen.

## III. Bewertung und Praxishinweise

Ein Vergabeverstoß kann nur dann im Wege eines Nachprüfungsverfahrens beanstandet werden, wenn die von einem Bieter geltend gemachte verletzte Regelung gerade auch seinem Schutz dienen soll (§ 97 Abs. 7 GWB). Nunmehr liegt mit dem Beschluss des OLG Düsseldorf erstmals eine obergerichtliche Entscheidung zur bieterschützenden Wirkung der Energieeffizienzregeln gem. § 4 Abs. 5 und 6 VgV vor. Damit ist die Einhaltung der Energieeffizienz-Regeln für Bieter im Wege eines Nachprüfungsverfahrens überprüfbar. Unter Berufung auf diese Entscheidung könnten Anbieter besonders energieeffizienter Produkte künftig die Leistungsbeschreibung eines öffentlichen Auftraggebers rügen, wenn dieser nicht das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz gefordert hat. Hierauf müssen sich Auftraggeber bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Waren, technischen Geräten oder Ausrüstungen künftig einstellen.

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Entscheidung ist darin zu sehen, dass im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens auch außervergaberechtliche Normen zu prüfen sind. In diese Richtung geht auch eine aktuelle Entscheidung des OLG Brandenburg (Beschl. v. 28.08.2012, Verg W 19/11), welches im konkreten Fall die fachrechtliche Rechtmäßigkeit

einer Dienstleistungskonzession im Bereich der Abwasserentsorgung inzident anhand der Vorschriften des Wasser- und Kommunalabgabenrechts überprüft und letztlich – unter Ablehnung anderslautender verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen – verneint hat. Auftraggeber müssen sich somit künftig darauf einstellen, dass im Wege eines Nachprüfungsverfahrens inzident auch die fachrechtliche Rechtmäßigkeit der Vergabe überprüft werden kann.

## Ansprechpartner



**Ulf-Dieter Pape**  
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berliner Allee 26  
30175 Hannover

Telefon +49 511 5458 0  
Telefax +49 511 5458 110



**Dr. Henning Holz, LL.M.**  
henning.holz@luther-lawfirm.com

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berliner Allee 26  
30175 Hannover

Telefon +49 511 5458 0  
Telefax +49 511 5458 110

## Weitere regionale Ansprechpartner zum Vergaberecht

### Essen

**Achim Meier**  
achim.meier@luther-lawfirm.com

**Henner Puppel**  
henner.puppel@luther-lawfirm.com

**Martin Steuber, LL.M.**  
martin.steuber@luther-lawfirm.com

Telefon +49 201 9220 0

### Hamburg / Berlin

**Dr. Bernhardine Kleinhenz**  
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com

Telefon +49 40 18067 0

### Leipzig

**Dr. Thomas Gohrke**  
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com

**Karsten Köhler**  
karsten.koehler@luther-lawfirm.com

**Sebastian Schäller**  
Sebastian.schaeller@luther-lawfirm.com

Telefon +49 341 5299 0

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Vergaberecht steht Ihnen Herr Ulf-Dieter Pape unter den o.g. Kontaktdaten zur Verfügung.

## Aktuelle Veranstaltungen zum Vergaberecht

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
15.10.2012	IT-Einkauf in der öffentlichen Verwaltung (Ulf-Dieter Pape, Dr. Michael Rath)	Management Circle München
02.11.2012	Einstieg in das Vergaberecht und die VOL (Dr. Henning Holz, LL.M.)	IHK Hannover
06.11.2012	VOF-Vergaben (Dr. Bernhardine Kleinhenz, Ulf-Dieter Pape)	Luther Büro Hamburg
13.11.2012	VOF-Vergaben (Dr. Bernhardine Kleinhenz, Dr. Henning Holz, LL.M.)	Luther Büro Hannover

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

### Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

### Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0, Telefax +49 221 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)  
V.i.S.d.P.: Ulf-Dieter Pape, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Berliner Allee 26, 30175 Hannover, Telefon +49 511 5458 0, Telefax +49 511 5458 110, [ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com](mailto:ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com)

### Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur

