



UPDATE VERGABERECHT

UNZULÄSSIGE VORGABEN AN DIE ART DER AUSFÜHRUNG

VK Südbayern, Beschluss vom 28.01.2019 – Z3-3-3194-1-35-10/18

Auftraggeber A schrieb den Neubau einer Kabelschutzrohranlage an einer Autobahn aus. Hierfür war der Einsatz eines sogenannten Kabelpflugs erforderlich. A legte zwei bestimmte Bauverfahren fest, die jeweils einen selbstfahrenden Pflug vorsahen. Die Verwendung eines Pflugs ohne Eigenantrieb war ausdrücklich ausgeschlossen. A hatte mit dieser Methode schlechte Erfahrungen gemacht, als Bieter B dieses Verfahren bei einem vergleichbaren Auftrag angewandt hatte. Insbesondere befürchtete A aufgrund der unpräzisen Steuerung eines Pflugs ohne Eigenantrieb Flurschäden sowie Schäden an im Erdreich bereits verlegten Kabeln. B griff die Vorgabe an und ließ im Nachprüfungsverfahren umfangreich gutachterlich darlegen, dass A's Bedenken gegen die von ihm vorgesehene Technik nicht begründet seien.

Die VK gab B Recht. A habe durch die Beschränkung auf die beiden Ausführungsmethoden die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit verletzt. Bei Anforderungen an die Ausführung der Leistung müssten die Vorgaben nichtdiskriminierend, notwendig und verhältnismäßig sein. A habe hier nicht überzeugend dokumentiert, warum Pflüge ohne Eigenantrieb nachteilhaft seien. Auf die Mängel bei der Durchführung des Vorauftrags könne er sich nicht berufen. Denn es sei nicht klar, ob dies an der Verfahrensart selbst oder an der mangelhaften Ausführung durch B gelegen habe.

Bedeutung für die Praxis

Die VK legt einen strengen Maßstab an das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers an. Dass der Ausschluss einer bestimmten Technik nicht dazu dienen darf, ein Unternehmen gezielt auszuschließen, ist zwar selbstverständlich. Die VK erwartet jedoch darüber hinaus, dass Auftraggeber sich in großer Detailtiefe mit allen in Betracht kommenden Ausführungstechniken auseinandersetzen, bevor sie sich auf eine oder mehrere festlegen. Schlechte Erfahrungen mit einer bestimmten Technik reichten hierbei nicht zwingend aus, um diese auszuschließen. Vielmehr muss nach Ansicht der VK auch zweifelsfrei feststehen, dass dies nur an der Technik selbst und nicht an der Qualität der Ausführung gelegen hat. Dies ist im Einzelfall schwer nachzuweisen. Auftraggeber sind daher gut beraten, sich mindestens bei einer Rüge mit den verschiedenen Ausführungsarten intensiv in technischer Hinsicht auseinanderzusetzen und ausführlich zu dokumentieren, warum eine bestimmte Methode bevorzugt wird. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers allein reicht zur Rechtfertigung jedenfalls nicht aus.