

Oberlandesgericht Brandenburg zur produktspezifischen Ausschreibung

Entscheidung des Auftraggebers ist gerechtfertigt

In dem Verfahren vor dem OLG Brandenburg (19 Verg 2/21 vom 8. Juli 2021) ging es um die Frage, ob eine produktspezifische Beschaffung zulässig war. Der Auftraggeber schrieb die Lieferung mobiler Endgeräte und Zubehör (iPads, Apple Pencil und Tastatur Cases) für Schulen in seiner Trägerschaft im Offenen Verfahren aus. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Nebenangebote waren nicht zugelassen. In einem Vergabevermerk hatte der Auftraggeber die spezifische Beschaffung von iPads unter anderem mit einem im Jahr 2017 begonnenen Pilotversuch begründet, in welchem zunächst 200 iPads für vier Schulen in seiner Trägerschaft angeschafft wurden, später erweitert auf neun Schulen. Die Antragstellerin, die Tablets mit dem Betriebssystem Android vertreibt, rügte, die Ausschreibung verstoße mit der Beschränkung auf iOS-basierte iPads nebst Zubehör gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung und verletze den Wettbewerbsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 1, 2 und 6 GWB. Der Auftraggeber wies die Rüge zurück, weil die Voraussetzungen des § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV für eine zulässige produktspezifische Ausschreibung erfüllt seien.



Um die Beschaffung von iPads für Schulen gab es Streit.

FOTO: DPA/GUIDO KIRCHNER

Sofortige Beschwerde

Nachdem die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurückgewiesen hatte, wendete sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen diesen Beschluss. Den Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde hält das OLG für unbegründet, weil die sofortige Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg habe und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nicht bestehe, § 173 Abs. 2 GWB. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin sei voraussichtlich unbegründet. Es sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin durch die produktspezifische Ausschreibung von iPads nicht in ihren Rechten verletzt sei, sondern die Ausschreibung aufgrund besonderer Umstände gerechtfertigt sei.

Zur Sicherstellung eines breiten Wettbewerbs bei Beschaffungen der öffentlichen Hand müssten öffentliche Auftraggeber das Gebot der produktneutralen Ausschreibung beachten. Dies stehe allerdings in einem Spannungsverhältnis zum Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, der grundsätzlich selbst bestimmen dürfe,

was er beschaffen möchte. Das Bestimmungsrecht des Auftraggebers sei aber nicht grenzenlos, und es gelte das Gebot der produktneutralen Ausschreibung als konkrete Ausformung des allgemeinen Wettbewerbsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 GWB. Der Auftraggeber habe nach § 31 Abs. 1 VgV die Leistungsbeschreibung in einer Weise zu fassen, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt. Ergänzend bestimme § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV, dass in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichne, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden dürfe, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen würden, es sei denn, dieser Verweis sei durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt (§ 31 Abs. 6 Satz 1 letzter HS VgV) oder der Auftragsgegenstand könne nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden (§ 31 Abs. 6 Satz 2 VgV).

Eine produktspezifische Ausschreibung sei nur dann gerechtfertigt, wenn der Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angege-

ben habe, solche Gründe tatsächlich vorhanden seien und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiere. Der Auftraggeber habe bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt sei, einen Beurteilungsspielraum und trage die Darlegungslast. Ausgehend von diesen Grundsätzen sieht das OLG die produktspezifische Ausschreibung von iPads unter den vorliegenden Bedingungen voraussichtlich als gerechtfertigt an. Die vom Auftraggeber dokumentierten Gründe seien nachvollziehbar und auftragsbezogen und genügten den weiteren vorgeannten Anforderungen. Die Tablets hätten in eine bereits geschaffene, mehrjährig erprobte und bewährte Systemarchitektur integriert werden sollen und verfügten – anders als das Konkurrenzprodukt – zudem über Funktionalitäten, die der Auftraggeber als wesentlich erachte. Die Geräte sollten im Schulbetrieb eingesetzt werden und damit in einem durch eine Vielzahl von Nutzer*innen mit sehr unterschiedlichem technischem Verständnis geprägten Umfeld. Zugleich sei für die Umsetzung des Bildungsauftrags die gleichförmige komplikationslose und zuverlässige Bedienbarkeit der im Unterricht verwendeten Geräte von zentraler Bedeutung.

Dass der Vergabevermerk keinen Vergleich der von ihr angebo-

tenen Geräte und der ausgeschriebenen iPads enthalte, sei kein formeller Fehler. Vielmehr ergebe sich aus dem Umstand, dass im Wesentlichen diese beiden Konkurrenzprodukte auf dem Markt vertrieben würden, dass die besonderen Eigenschaften, die als Vorteile einem Produkt zugesprochen werden, bei dem anderen Produkt nicht vorhanden seien. Zu einer Markterkundung sei der Auftraggeber nicht verpflichtet.

IT-Struktur nutzen

Nach Angaben des Auftraggebers solle sich die zu beschaffende Ausstattung mit weiteren Endgeräten technisch und organisatorisch nahtlos in die seit Jahren implementierte, erprobte, bedarfsgerecht weiterentwickelte und speziell auf die Nutzungsanforderungen der Schulen ausgerichtete IT-Infrastruktur einfügen. Aus organisatorischen und wirtschaftlichen Gründen solle die vorhandene IT-Struktur ohne größeren Investitions- und Verwaltungsaufwand genutzt werden können. Dieser Ansatz sei nachvollziehbar, diskriminierungsfrei und beachte den Grundsatz der Sparsamkeit der Verwaltung.

Auch die Annahme des Auftraggebers, die Anschaffung von Tablets mit dem Betriebssystem An-

droid führe zu einem Mischbetrieb von Endgeräten mit unterschiedlichen Betriebssystemen, der die Fehlerquellen deutlich erhöhe, sei nicht zu beanstanden. Beide Betriebssysteme beinhalteten jeweils unterschiedliche Fehlerquellen (Betriebssystem, Sicherheitslücken, Schnittstellenprobleme), sodass sich die Gefahr von Fehlern bei paralleler Verwendung mehrerer Betriebssysteme vervielfache. Im Bereich der EDV sei es grundsätzlich gerechtfertigt, im Interesse der Systemsicherheit und -funktion das Risikopotential für Fehlerfunktionen oder Kompatibilitätsprobleme zu verringern. Dies gelte nicht nur für komplexe IT-Komponenten oder in sicherheitsrelevanten Bereichen, sondern auch im schulischen Umfeld, dem die Verwendung im Unterricht die zuverlässige und gleichförmige Funktion einer Vielzahl von Endgeräten bei der Nutzung durch unterschiedlichste Schülergruppen voraussetzt.

Der Auftraggeber habe weiter nachvollziehbar darauf abgestellt, dass ein zusätzlicher Aufwand in zeitlicher und finanzieller Hinsicht dadurch entstehe, dass die System- und Netzwerkadministratoren den Betrieb mit iPads langjährig erprobt, aber keine Kenntnisse zu dem von der Antragstellerin verwendeten Android-Betriebssystem hätten und sich erst einarbeiten beziehungsweise ge-

schult werden müssen. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass ein Wechsel des Betriebssystems auch auf Ebene der Technik betreuenden Fachleute mit Neuerungen verbunden sei, die gelernt, verstanden und umgesetzt werden müsse. Weiterer Aufwand entstehe für die Schulung der Lehrkräfte, denen im Falle eines Mischbetriebs Schulungen für beide Systeme angeboten werden müssten.

Auch die Begründung des Auftraggebers, der Einsatz eines zweiten Betriebssystems erhöhe den administrativen Aufwand, sei nachvollziehbar und gerechtfertigt. Zwar unterstütze die vom Auftraggeber verwendete MDM-Software der Firma R. prinzipiell auch androidbasierte Endgeräte. Bestimmte Funktionen biete sie allerdings nur für iOS-gestützte Geräte an, sodass für die Anschaffung androidbasierter Endgeräte ein weiteres MDM-System für deren Verwaltung angeschafft und betrieben werden müsse, mit entsprechendem zeitlichem, finanziellem und ressourcenbindendem Aufwand. Der Senat geht davon aus, dass das vom Auftraggeber verwendete MDM jedenfalls zum Zeitpunkt der Ausschreibung für iOS-Geräte ein gegenüber androidbasierten Geräten erweitertes Funktionsspektrum angeboten habe.

Unterschiede antizipieren

Schließlich sei auch nachvollziehbar, dass der Auftraggeber einen erheblichen Mehraufwand im Zusammenhang mit den an das jeweilige Betriebssystem gekoppelten Apps befürchte. Für die Benutzung unter Android macht der Auftraggeber nachvollziehbar geltend, dass diese Alternativen zu den bewährten IOS-Apps mit entsprechendem finanziellem und zeitlichem Aufwand erprobt beziehungsweise weitere ermittelt, die entsprechenden Lizenzen erworben und die Apps im Unterricht versuchsweise eingesetzt werden müssten, um die Unterschiede in der Bedienung für die Schüler zu antizipieren. Dies ginge zulasten der Unterrichtszeit.

In der Gesamtschau genügen die vom Auftraggeber angeführten Gründe aller Voraussicht nach zur Rechtfertigung der produktspezifischen Ausschreibung der iPads. Die Gründe diskriminierten die Antragstellerin nicht, sondern resultierten daraus, dass für das Pilotprojekt iPads beschafft, die erforderliche IT-Infrastruktur hierauf ausgerichtet worden sei und sich die Geräte nach Einschätzung des Auftraggebers im langjährigen Probetrieb bewährt hätten. > **RV**

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag **online** finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter www.bs2.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf