

Beitrag (IBR 2006, 1145)

## Unsichere CE-Kennzeichnung: Ausschluss

1. Sind Wahlpositionen ausgeschrieben, müssen auch diese entsprechend der Leistungsbeschreibung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe die technischen Mindestbedingungen erfüllen, die für das Standardangebot verlangt werden (hier: Vorliegen einer CE-Zertifizierung).\*)
2. Können Wahlpositionen wegen einer hierfür von der Vergabestelle nicht erstellten Bewertungsmatrix nicht gewertet werden, liegt hierin kein schwerwiegender Grund, der eine Aufhebung der Ausschreibung erfordert.)\*

OLG München, Beschluss vom 27.01.2006 - **Verg 1/06** (ZfBR 2006, 301 (Ls.))

VOL/A § 21 Nr. 1 Abs. 3, § 25 Nr. 1 Abs. 1 d, § 26 Nr. 1 d

### Problem/Sachverhalt

Ein Klinikum schreibt die Lieferung eines Strahlentherapiesystems mit sog. Multileaf-Kollimatoren (MLC) aus. Ein MLC soll in einer Standard- und einer höherwertigen optionalen Version als Wahlposition für den Auftraggeber (AG) angeboten werden. Der AG wertet den optionalen MLC 160 mit einer Matrix, die nicht alle relevanten technischen Merkmale berücksichtigt. Der AG will ein Angebot mit dem optionalen MLC 160 beauftragen, obwohl die nach seiner Vorgabe mit dem Angebot nachzuweisende CE-Kennzeichnung erst für Mitte 2006 angekündigt ist. Ein nicht berücksichtigter Bieter greift dies an.

### Entscheidung

Das OLG lehnt zwar den Zuschlag auf den optionalen MLC 160 ab, lässt aber die Beauftragung des vorgesehenen Bieters mit dem Standard-MLC zu. Nach den Angebotsbedingungen muss eine CE-Kennzeichnung "nachgewiesen" werden. Deswegen hätte das CE-Zeichen des MLC 160 bereits zum **Angebotszeitpunkt** vorliegen müssen. Der (noch) nicht zur Auslieferung zugelassene MLC 160 darf nicht beauftragt werden. Der Wegfall des optionalen MLC 160 führt nach der Wertungsmatrix dazu, dass zusätzliche Wertungspunkte entfallen. Weil der vorgesehene Bieter aber mit dem Standard-MLC immer noch die höchste Punktzahl aufweist, bleibt es bei der Vergabeentscheidung zu seinen Gunsten. Die Matrix ist zwar fehlerhaft, weil bis auf die Lamellenzahl keine technischen Unterschiede der optionalen MLCs berücksichtigt werden. Doch verhindert dies lediglich die **Wertung der Wahlposition**, die im Rahmen der umfangreichen Ausschreibung nur von **untergeordneter Bedeutung** ist. Weil die Standard-MLCs weiter wertbar sind, stellt die hinsichtlich des optionalen MLC unzulängliche Wertungsmatrix keinen wesentlichen Grund zur **Ausschreibungsaufhebung** gemäß § 26 VOL/A dar.

### Praxishinweis

Es gab keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass die CE-Kennzeichnung für den MLC 160 gefährdet war. Das OLG sieht eine nicht hinnehmbare Unsicherheit darin, dass überhaupt noch die nicht beeinflussbare behördliche Entscheidung über die CE-Kennzeichnung aussteht (andererseits zur gegebenen Ausschreibungsreife bei fehlender immissionsschutzrechtlicher Genehmigung: VK Lüneburg, Beschluss vom 10.03.2005 - VgK-04/2005, ibr-online). Keine für den Bieter verhängnisvolle Unsicherheit besteht dagegen, wenn noch Personal eingestellt werden muss (OLG München, **IBR 2005, 569**) oder wenn die Lieferung eines entwickelten, aber noch nicht im Markt eingeführten Produktes vom Hersteller zugesagt wurde (BayObLG, **IBR 2003, 99**). Vergaberechtlich konsequenter wäre der Ausschluss des vorgesehenen Bieters gewesen, weil dieser den für den Bedarf des Auftraggebers weiterhin in Betracht kommenden optionalen MLC nicht ausschreibungsgemäß angeboten hat. Auch eine Wahlposition gehört zum Hauptangebot, so dass ein insoweit fehlerhaftes Angebot in vollem Umfang auszuschließen ist (vgl. OLG Naumburg, **IBR 2004, 536**).

**RA Prof. Horst Franke, Frankfurt a.M.** 

© id Verlag