



**Autor:** Schröder, Holger  
**Seite:** 32  
**Ressort:** Ausschreibung und Vergabe

**Jahrgang:** 2021  
**Nummer:** 45  
**Auflage:** 11.796 (gedruckt)<sup>1</sup> 11.045 (verkauft)<sup>1</sup>  
 11.669 (verbreitet)<sup>1</sup>

**Mediengattung:** Wochenzeitung

<sup>1</sup> IVW 1/2019

# Verhandeln ohne einen Wettbewerb der Teilnehmer

## Expertenbeitrag: Entwicklungsauftrag

**Werden Gegenstände zu Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt, können öffentliche Auftraggeber die Waren ausnahmsweise in einem Verhandlungsverfahren ohne zuvor veröffentlichten Teilnahmewettbewerb beschaffen. In solchen Fällen muss der öffentliche Auftraggeber jedoch einiges beachten.**

Nürnberg. Das Grundgesetz gewährleistet die Freiheit in Forschung und Wissenschaft. Die dafür nötigen Beschaffungen werden durch das Vergaberecht reglementiert. Zur Erleichterung des Einkaufs können öffentliche Auftraggeber aber ausnahmsweise Waren im sogenannten Verhandlungsverfahren ohne zuvor veröffentlichten Teilnahmewettbewerb beschaffen, wenn die Gegenstände zu Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt wurden. Das regelt Paragraph 14 Absatz 4 Nummer 4 der Vergabeverordnung (VgV).

### Unterschiedliche Begrifflichkeiten

Die Vorschrift erfasst jedoch keine Bau- und Dienstleistungen, sondern nur Lieferleistungen. Hierunter fallen grundsätzlich alle Waren, die beispielsweise im Wege eines entgeltlichen Kauf-, Leasing- oder Mietvertrages beschafft werden. In Abgrenzung zu Bauleistungen fallen unter Lieferleistungen regelmäßig bewegliche Gegenstände, wie etwa Multifunktionsmessgeräte oder Mikroskope. Solche Waren müssen ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt worden sein.

Die Begriffe „Forschung“, „Versuch“, „Untersuchung“ und „Entwicklung“ sind nicht näher rechtlich definiert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 3. März 2010, Aktenzeichen: VII-Verg 46/09) setzt insoweit

voraus, dass die zu liefernde Ware selbst Gegenstand der beabsichtigten Forschung, Entwicklung, Versuch oder Untersuchung sein muss. Der Liefergegenstand selbst muss somit als Lösungs- erkundung, Lösungsentwurf, Prototyp- entwicklung oder als eine begrenzte Neuentwicklung eines ersten Produkts gefertigt beziehungsweise produziert, das heißt hergestellt worden sein. Die Beschaffung von Produkten, die lediglich benötigt werden, um Forschungen, Entwicklungen, Versuche und Untersuchungen erst durchführen zu können, soll hingegen nicht unter die Vorschrift fallen.

Bei Forschung und Entwicklung sowie bei Versuchen ist die von der Rechtsprechung vorgenommene Auslegung zwar nachvollziehbar, nicht aber bei Untersuchungen. Bei Letzteren können die zu beschaffenden Waren nicht Gegenstand einer Untersuchung sein, also von Analysen und Studien, sondern sind nötig, um solche überhaupt erst erstellen zu können. Anders als bei Forschung, Entwicklung und Versuch kann kein neues Produkt das Ergebnis einer Untersuchung sein, weil lediglich bereits vorhandene Gegenstände untersucht werden können, um entsprechende Feststellungen treffen zu können.

### Beschaffte Waren dürfen kein Serienprodukt sein

Weitere Voraussetzung ist, dass die Waren ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt wurden. Dadurch wird klargestellt, dass rein kommerzielle Zwecke nicht genügen. Es ist auch nicht ausreichend, wenn es sich um Gegenstände handelt, die für eine der vier oben genannten Zwecke lediglich geeignet sind. Dies kann etwa bei der Beschaffung von Farbmischgeräten

oder Spülmaschinen der Fall sein, die für rein kommerzielle oder private Zwecke gedacht sind (also zum Mischen von Farben oder Spülen von Geschirr). Überdies ist fraglich, ob auch bloße individuelle Anpassungen oder Verbesserungen bestehender Produkte ausreichend sein können, um eine ausschließliche Herstellung annehmen zu können. Es sprechen gute Gründe dafür, die Verbesserung von im Wesentlichen noch nicht ausgereiften Produkten als experimentelle Entwicklung anzuerkennen, soweit sie keine routinemäßige Änderung darstellt.

Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Lieferauftrag eine Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Produkts oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten umfasst. Die Serienfertigung und der Absatz zum Nachweis der Marktfähigkeit oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten bezeichnen kommerzielle Entwicklungstätigkeiten, die nicht unter den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen.

Unter Serienfertigung wird zu verstehen sein, dass sie die in sich wiederholende und zielführende Produktion eines jeweils gleichbleibenden Produkts in großer Anzahl darstellt. Davon abzugrenzen ist der Prototyp als Erstanfertigung einer geplanten Serienproduktion oder Pilotprodukte, die nach ihrer Anzahl und Menge keine kommerzielle Verwertung gestatten.

Holger Schröder,  
 Fachanwalt für Vergaberecht, Rödl und Partner, Nürnberg

