

UPDATE VERGABERECHT

PRÄKLUSION DURCH ALS RÜGE ZU VERSTEHENDE RÜCKFRAGE

VK Bund, Beschluss vom 28.05.2020, VK 1-34/20

Auftraggeber A zitierte in der Bekanntmachung den Wortlaut des § 160 GWB zur Rügepräklusion. Während der Angebotsfrist übersandte Bieter B dem A unter Bezugnahme auf konkrete Vorgaben zum Verfahren und des zu vergebenden Vertrags diverse als Frage formulierte Eingaben. Hierbei benannte B zunächst entsprechende Passagen der Vergabeunterlagen (etwa die vorgesehenen Fristen für die Angebotserstellung oder die Auftragsdurchführung), legte sodann konkrete aus seiner Sicht daraus als problematisch abzuleitende Erkenntnisse dar (z. B. die fehlende Einhaltung der Fristen) und formulierte schließlich hierauf bezogene Fragen (mit Wendungen wie „Wie stellt sich [A] im Wettbewerbsverfahren verantwortlich zu dieser Problematik?“ oder „Warum exponiert [A] durch kurze Fristsetzungen [...] [das] Verfahren [...] dem Risiko einer ggf. erforderlichen Überprüfung des Vergabeverfahrens?“). A beantwortete die Fragen und erklärte dabei, dass er die fraglichen Teile der Vergabeunterlagen nicht ändern werde; hierbei nutzte A u.a. Formulierungen, dass eine „Abhilfe“ nicht erfolge oder er „das monierte Verfahren“ so wünsche. Nachdem B einige Wochen nach Angebotsabgabe von A die Mitteilung erhalten hatte, dass ein anderes Angebot bezuschlagt werden solle, reichte B Rügen ein, die sich allein auf die bereits in seinen Fragen thematisierten Punkte bezogen. A half den Rügen nicht ab, woraufhin B diese per Nachprüfungsverfahren weiterverfolgte.

Ohne Erfolg! Die VK verwirft den Nachprüfungsantrag, da das Vorbringen von B schon auf der Grundlage des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB präkludiert sei. Hiernach ist ein Nachprüfungsbegehren unzulässig, wenn nach dem Eingang der Mitteilung eines Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, mehr als 15 Tage vergangen sind. Ob ein Verhalten als Rüge zu verstehen ist, bestimme sich objektiv und stehe nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten. Auch komme es für den Beginn der 15-Tagefrist nicht darauf an, ob dem Bieter bewusst sei, dass er eine Rüge erhoben respektive eine Nichtabhilfemitteilung erhalten habe; die Frist setze allein eine entsprechende Rechtsbehelfsbelehrung voraus. Vorliegend seien bereits die von B im Verfahren gestellten „Fragen“ als Rüge und die Antworten von A als Nichtabhilfe auszulegen; B hätte daher – auch vor dem Hintergrund der bekanntgemachten Rechtsbehelfsbelehrung – viel früher Nachprüfung begehren müssen.

Bedeutung für die Praxis

Soweit ein Bieter zum Ausdruck bringt, dass er ein bestimmtes Vorgehen als Vergaberechtsverstoß ansieht und dessen Beseitigung anstrebt, sollten alle Beteiligten die Äußerung als Rüge behandeln und entsprechend disponieren; insbesondere sollte das ggf. bereits frühzeitige Herbeiführen einer „Nachprüfungsobliegenheit“ bedacht werden.