

UPDATE VERGABERECHT

ERST NACHPRÜFUNGSANTRAG, DANN RÜGE?

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.01.2021 - 15 Verg 11/20

Auftraggeber (A) teilte Bieter (B) mit Schreiben vom 18.09. mit, dass er beabsichtige, das Angebot des Konkurrenten (K) zu bezuschlagen; dieses sei hinsichtlich bestimmter Wertungskriterien besser bewertet worden. Als frühester Zuschlagstermin sei der 29.09. vorgesehen. Am Nachmittag des 28.09. reichte B bei der Vergabekammer (VK) Nachprüfungsantrag ein, in dem B v.a. eine fehlerhafte Wertung durch A geltend machte. Eine halbe Stunde später übersandte B dem A ein Schreiben, in dem er eine Bezuschlagung seines Angebots begehrte und zur Begründung auf den dem Schreiben beigefügten Nachprüfungsantrag verwies. Die VK hielt diesen bereits für unzulässig. Zur Begründung führte sie v.a. aus, dass eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber **vor** Einreichen des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung sei; dies wäre B hier ohne weiteres möglich gewesen.

Das OLG hält den Nachprüfungsantrag hingegen für zulässig. B habe mit dem Schreiben an A die 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB eingehalten, welche erst mit Ablauf des 28.09. geendet habe. Dass ein Bieter in jedem Fall eine Rüge vor dem Nachprüfungsantrag erheben müsse, lasse sich der Norm nicht entnehmen. Zwar diene die Rüge dem Zweck, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu geben, etwaige Vergabeverstöße selbst auszuräumen; dies müsse aber in Fällen zurückstehen, in denen anderenfalls effektiver Rechtsschutz für den Bieter nicht gewährleistet sei. An dem Erfordernis einer vorgelegten Rüge könne jedenfalls dann nicht festgehalten werden, wenn der Antragsteller von dem Vergabefehler so spät erfährt, dass zu befürchten ist, dass er seine Rechte infolge des bevorstehenden Zuschlags nicht mehr geltend machen kann. Da die verkürzte Wartezeit für den Auftraggeber nach einer Vorinformation gemäß § 134 GWB ebenfalls 10 Tage betrage, könnte ein Bieter in Fällen wie diesem anderenfalls entweder die ihm zugestandene Rügefrist nicht ausschöpfen oder er würde Gefahr laufen, dass der Auftrag erteilt wird und damit keine effektive Überprüfung mehr möglich sei. Eine z. B. nur wenige Minuten vor dem Nachprüfungsantrag erfolgende Rüge wäre reine Förmerei, da nicht zu erwarten sei, dass ein Auftraggeber hierauf sachgerecht reagieren könne.

Bedeutung für die Praxis

Ob erst aus der Vorinformation hervortretende Rechtsverstöße tatsächlich noch „nachträglich“ gerügt werden können, erscheint fraglich, u.a. auch, weil nach § 161 Abs. 2 GWB in der Begründung des Nachprüfungsantrags dargelegt werden muss, dass die Rüge erfolgt ist. Rechtssicherer dürfte es daher auch in solchen „Eilfällen“ sein, wenn ein Bieter seine Rechte zunächst per Rüge und erst danach per Nachprüfungsantrag geltend macht.