

Update Vergaberecht

Rügeobliegenheiten auch im Unterschwellenbereich

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.10.2021 – 1 U 93/20

Ein Auftraggeber (A) führte im Rahmen einer Ausschreibung von Straßenbauleistungen im Unterschwellenbereich mit dem Bestbieter (B) am 03.12.2019 ein Aufklärungsgespräch durch, in welchem B Gelegenheit gegeben wurde, zum Verdacht einer unzulässigen Mischkalkulation Stellung zu nehmen. Nachdem B die diesbezüglichen Bedenken des A nicht ausräumen konnte, schloss A das Angebot des B am 05.12.2019 aus. B rügte dies am 12.12.2019 und beantragte nach Nichtabhilfe eine einstweilige Verfügung, mit der A untersagt werden sollte, den Zuschlag auf das Angebot des Zweitplatzierten zu erteilen.

In zweiter Instanz wies das OLG Zweibrücken den Antrag von B zurück. Dieser habe den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß nicht rechtzeitig gerügt. Sein auf primären Rechtsschutz gerichteter Antrag sei daher unzulässig. Auch bei Vergaben im sog. Unterschwellenbereich müssten Bieter von ihnen erkannte oder für sie erkennbare Vergaberechtsverstöße rechtzeitig rügen. Dies folge aus dem Umstand, dass auch im Unterschwellenbereich durch die Teilnahme am Vergabeverfahren ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis mit gegenseitigen Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten zwischen Auftraggebern und Bietern bestehe. Die maßgeblichen Erwägungen, die der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB zugrunde liegen, gälten auch bei Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich. Die am 12.12.2019 erhobene Rüge sei aber zu spät erhoben worden. §§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 3 Nr. 1 der rheinland-pfälzischen Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen statuiere eine Frist von 7 Kalendertagen ab positiver Kenntnis vom vermeintlichen Vergaberechtsverstoß. Diese Frist habe vorliegend mit Ablauf des 03.12.2019 begonnen. Denn spätestens durch das Aufklärungsgespräch sei B in Kenntnis aller maßgeblichen Umstände gewesen.

Bedeutung für die Praxis

Es entspricht inzwischen gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung, dass Bieter auch bei Auftragsvergaben außerhalb der §§ 97 ff. GWB gehalten sind, erkannte oder erkennbare Vergaberechtsverstöße zu rügen (vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.03.2020 – 2 U 1/18 [Kart]). Um eine Präklusion der Rügen zu vermeiden, ist Bietern dringend zu raten, etwaige landesrechtliche Vorgaben an die einzuhaltenden Rügefristen genau im Blick zu behalten. Diese können, wie das Beispiel der rheinland-pfälzischen Landesverordnung zeigt, zu im Vergleich zur Rechtslage für den Oberschwellenbereich nach § 160 Abs. 3 GWB kürzeren Rügefristen führen. Ohne weitere Kenntnis des Sachverhalts nicht nachvollziehbar ist aber, warum das OLG für den Beginn der Rügefrist auf das Datum des Aufklärungsgesprächs und nicht auf das Datum des Ausschlusses abstellt.