

Update Vergaberecht

Positive Kenntnis eines Rechtsverstoßes bei Mandatierung?

VK Bund, Beschluss vom 26.04.2022 – VK 2-34/22

Auftraggeberin A schrieb die Errichtung und den Betrieb von öffentlich zugänglicher Schnellladeinfrastruktur im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. B reichte einen Teilnahmeantrag ein. Ihr wurde am 27.01.2022 mitgeteilt, dass dieser auszuschließen sei, da die bisher durch B errichteten Ladepunkte nicht öffentlich zugänglich seien. Am 08.02.2022 beauftragte B daraufhin Rechtsanwältin C. Diese hatte bereits im Vorfeld der Ausschreibung ein Interview gegeben, in dem rechtliche Bedenken gegenüber der Ausschreibung sowie die Nichtberücksichtigung exklusiver Ladepunkte behandelt wurden. C erstellte zum Zweck der internen Beratung einen Vermerk, auf dessen Grundlage eine Rüge mit B abgestimmt wurde. Diese ging A am 23.02.2022 zu. A wies die Rüge als nicht fristgerecht und unbegründet zurück, woraufhin B einen Nachprüfungsantrag stellte.

Ohne Erfolg! Die Vergabekammer führt im Hinblick auf die Rügefrist aus, dass gesicherte Kenntnis des geltend gemachten Vergaberechtsverstoßes in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht jedenfalls zum Zeitpunkt der Mandatierung der C vorgelegen haben müsse. Denn die Verfahrensbevollmächtigte sei bereits konkret mit Rechtsfragen der in Rede stehenden Ausschreibung vorbefasst gewesen, wie sich aus dem geführten Interview ergebe. Es müsse daher jedenfalls zum Zeitpunkt der Mandatierung der C aufgrund deren rechtlicher Expertise und der Vorbefassung von positiver Kenntnis des vermeintlichen Verstoßes auch in rechtlicher Hinsicht ausgegangen werden. Diese Kenntnis der C sei der B zuzurechnen. Eine eigenmächtige Fristverlängerung zur Erstellung interner Berichtsvermerke sei gesetzlich nicht vorgesehen und habe bei der Fristberechnung außer Betracht zu bleiben.

Bedeutung für die Praxis

Die VK Bund begründet ihre Rechtsauffassung nicht. Die abstrakte Vorbefassung einer beauftragten Rechtsanwältin mit Rechtsfragen einer Ausschreibung vor Durchführung des Vergabeverfahrens kann unseres Erachtens aber nur im absoluten Ausnahmefall zur Kenntnis eines Rechtsverstoßes beim beauftragenden Bieter führen. Denn eine Rechtsanwältin muss sich auch bei (Vor-)kenntnis der Ausschreibung inhaltlich mit den konkreten Sachverhalts- und Rechtsfragen auseinandersetzen, um eine umfassende Prüfung vorzunehmen und eine angemessene Rechtsberatung zu gewährleisten, ehe sie ihrem Mandanten zur Erhebung einer Rüge raten kann. Ein solches Vorgehen gebieten ihre berufrechtlichen Pflichten zur Sachverhaltsaufklärung und rechtlichen Prüfung. Dementsprechend ist auch bei einer Zurechnung der Kenntnis einer Rechtsanwältin erst dann von positiver Kenntnis auszugehen, wenn diese ihre rechtliche Prüfung abgeschlossen hat, soweit sich diese in einem zeitlich angemessenen Rahmen bewegt. Gleichwohl besteht kein Verlass darauf, dass andere Vergabekammern und Gerichte ebenfalls zu dieser Einschätzung kommen. Vielmehr besteht das Risiko, dass sie der strengen Linie der VK Bund folgen.