

Update Vergaberecht

Vorsicht vor verfrühten Nachprüfungsanträgen

VK Hessen, Beschluss vom 22.07.2022 - VK VOB-96 e 01.02/33-2022/1

Ein Auftraggeber (AG) schrieb Verträge für die Verwertung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch aus Bundesfern- sowie aus hessischen Landes- und Kreisstraßen aus. Ein Bieter rügte, dass ein bestimmtes Qualitätskriterium im Zuge der Angebotswertung nicht berücksichtigt worden sei. Ohne die Rügebeantwortung des AG abzuwarten, reichte der Bieter zwei Tage nach Erhebung seiner Rüge einen Nachprüfungsantrag bei der VK Hessen ein.

Ohne Erfolg! Die VK hält den Nachprüfungsantrag für (derzeit) offensichtlich unzulässig und hat diesen daher gemäß § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB bereits nicht an den AG zugestellt. Es fehle am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis, wenn ein Bieter bereits zwei Tage nach seiner Rüge ein Nachprüfungsverfahren einleitet, ohne die Entscheidung der Vergabestelle über eine etwaige Abhilfe abgewartet zu haben. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Vergabestelle angekündigt hat, ihre Vergabeentscheidung erneut zu überprüfen und nicht erkennbar ist, dass ein Zuschlag droht. Dann sei der Nachprüfungsantrag voreilig. Die Antragstellerin hätte abwarten müssen, entweder bis die Vergabestelle die von ihr angekündigte erneute Überprüfung ihrer Vergabeentscheidung durchgeführt und das Ergebnis der Antragstellerin mitgeteilt hätte, oder bis die Antragstellerin wegen Zeitablaufs die Erteilung des Zuschlags hätte befürchten müssen. Verneinte man in einer Situation wie der hiesigen eine Wartepflicht des rügenden Unternehmens, führte dies zu einer vollständigen Entwertung der Rügeobliegenheit. Denn der Vergabestelle würde dadurch die Möglichkeit genommen, noch im Vergabeverfahren die Rüge zu überprüfen und ihr ggf. abzuhelpfen. Der Antragstellerin sei ein Abwarten auch zumutbar, da nicht erkennbar sei, dass bereits ein Zuschlag drohe. Das Verfahren habe sich zur Zeit der Antragstellung noch nicht einmal im Stadium der Angebotsprüfung befunden.

Bedeutung für die Praxis

§ 160 Abs. 3 GWB verlangt nach seinem Wortlaut als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag nur eine vorherige Rüge bei der Vergabestelle, nicht hingegen das Vorliegen der Entscheidung des Auftraggebers über den Umgang mit dieser. Als ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung verlangt die überwiegende Rechtsprechung aber das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses. An letzterem soll es nach der VK Hessen bei einer noch ausstehenden Entscheidung des Auftraggebers über den Umgang mit einer erhobenen Rüge – jedenfalls solange der Zuschlag noch nicht droht – fehlen. Offenlassen konnte die VK die interessante Frage, ab wann ein Zuschlag hinreichend droht, sodass dem rügenden Unternehmen ein weiteres Abwarten nicht mehr zugemutet werden könnte, die Stellung eines Nachprüfungsantrags also auch ohne Vorliegen der Entscheidung der Vergabestelle ausnahmsweise zulässig wäre.