

## Update Vergaberecht

### „Dienstfrei“ hat nur die Vergabekammer

#### **VK Südbayern, Beschluss vom 04.08.2022 – 3194.Z3-3 01-22-1**

Auftraggeber A schrieb eine Lieferleistung im offenen Verfahren aus. Sowohl B als auch C gaben ein Angebot ab. Am 23.12.2021 teilte A der B mit, dass C für den Zuschlag vorgesehen sei und eine Zuschlagserteilung frühestens am 03.01.2022 erfolgen werde. Das Schreiben wurde an die allgemeine E-Mailadresse der B übermittelt und intern erst am Mittag des 27.12.2021 in das Postfach des zuständigen Bearbeiters weitergeleitet. Dieser befand sich vom 23.12.2021 nachmittags bis einschließlich 02.01.2022 im Weihnachtsurlaub. Die Rüge der B vom 03.01.2022 wies A mit Schreiben vom 04.01.2022 zurück und erklärte, der Zuschlag sei am Vortag an C erteilt worden. B stellte daraufhin Nachprüfungsantrag, unter anderem mit der Begründung, A habe die Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB nicht eingehalten.

Ohne Erfolg! Obwohl der Zeitraum faktisch verkürzt wurde, der den Bietern dafür zur Verfügung stand, die Entscheidung des Auftraggebers zu überprüfen und einen Nachprüfungsantrag zu erstellen, sei die Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB in Gang gesetzt und der Zuschlag wirksam erteilt worden. Zunächst stellt die VK fest, dass eine faktische Verkürzung auch dadurch eintreten könne, dass der Auftraggeber jene einzigen beiden Werktage in die Wartefrist einbezieht, an denen die VK dienstfrei habe (24.12. und 31.12.). Vorliegend wirke sich neben den Wochenenden vom 25.12. / 26.12. und 01.01. / 02.01. aber nur die Einbeziehung des 31.12. verkürzend aus. Denn kein Bieter hätte realistischere bereits am 24.12. einen Nachprüfungsantrag stellen können. Sodann habe der 30.12. den Bietern nur bis zur Mittagszeit zur Verfügung gestanden, da die VK einen etwaigen Nachprüfungsantrag noch am selben Tag auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit hätte prüfen und A informieren müssen. Damit standen B nach Berechnung der VK etwa 4,5 Arbeitstage zur Verfügung. Dies sei nach Ansicht der VK für das Ingangsetzen der Wartefrist jedoch unschädlich. Denn B sei primär aufgrund interner Organisationsfehler an einem rechtzeitigen Nachprüfungsantrag gehindert gewesen, insbesondere wegen der defizitären Stellvertretung des zuständigen Bearbeiters. Ferner zeige sich an der kurzen Reaktionszeit der B, dass es keines längeren Zeitraums bedürfte.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidung gibt leider keine eindeutige Antwort auf die seit der „Karfreitags-Rechtssprechung“ des OLG Düsseldorf relevante Frage, ob bei der Bemessung der Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB allein auf Kalendertage abzustellen ist, oder ob besondere Feiertags-Konstellationen über Ostern und Weihnachten zu berücksichtigen sind. Der Ansatz der VK, hierfür die Umstände des Einzelfalls heranzuziehen, löst diese Frage leider nicht. Öffentlichen Auftraggebern ist daher zur Sicherheit anzuraten, den Bietern in derartigen Konstellationen einen großzügigen Zeitraum zur Verfügung zu stellen, auch wenn dies nach dem Wortlaut des § 134 Abs. 1 GWB nicht vorgesehen ist. Bieter sollten auch über die Feiertage verlässliche Vertretungsregelungen vorsehen.