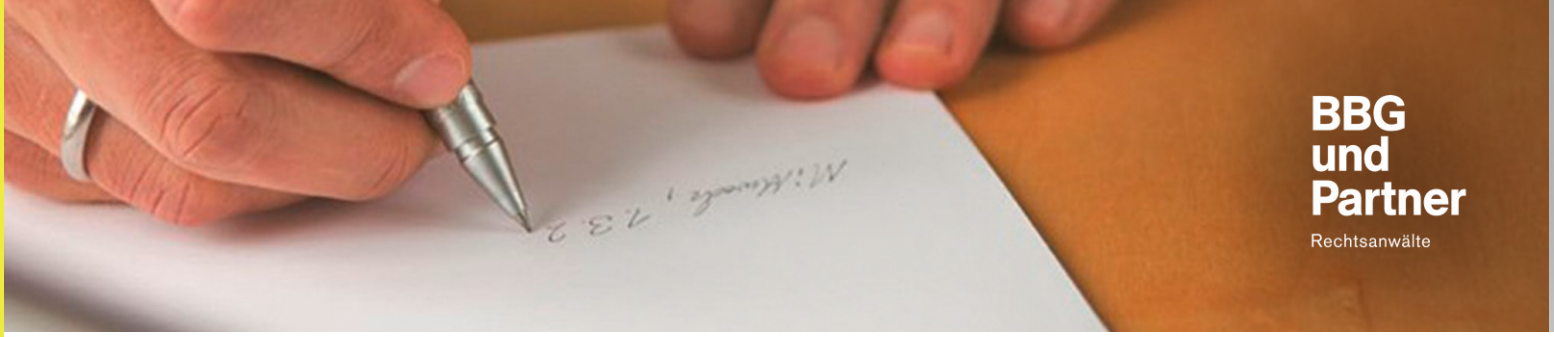

Update Vergaberecht

Rechtliche Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes

OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.12.2023 – 11 Verg 5/23

Auftraggeberin A schrieb die Durchführung von Reinigungsdienstleistungen aus. Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit waren Bieter ausweislich der Auftragsbekanntmachung aufgefordert, zwei Referenzprojekte anzugeben. In der Bekanntmachung hieß es bezugnehmend auf diese Referenzen zudem, dass die bloße Vorlage der erforderlichen Referenzen als Zuschlagskriterium mit fünf Prozent in die Wertung einfließe. Diese Vorgabe rügte Antragstellerin B - nach Mitteilung gemäß § 134 GWB - im Rahmen eines Nachprüfungsantrags als vergaberechtswidrig. B monierte, A habe gegen das vergaberechtliche Doppelverwertungsverbot verstoßen, da die geforderten Referenzen nicht nur als Eignungs-, sondern auch als Zuschlagskriterium herangezogen würden. Dem entgegnete A, die Rüge des B sei bereits nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert, da der von B gerügte Vergaberechtsverstoß erkennbar gewesen, aber nicht fristgerecht gerügt worden sei. Nachdem die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hatte, erhob B hiergegen eine sofortige Beschwerde beim OLG Frankfurt.

Ohne Erfolg! Das OLG Frankfurt wies den Antrag des B als unzulässig zurück. Der von B gerügte Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot sei nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB wegen Erkennbarkeit präkludiert. Ein durchschnittlicher Bieter - auf den als Maßstab für die Erkennbarkeit abzustellen sei - kenne die Grundstrukturen eines Vergabeverfahrens und daher auch die grundsätzliche Unterscheidung von Eignungs- und Wertungskriterien. Ein solcher Bieter wisse zudem, dass es kein Mehr oder Weniger an Eignung gebe und Eignungs- von Zuschlagskriterien voneinander zu trennen seien. Ein Verstoß hiergegen sei vorliegend erkennbar gewesen. So seien die Referenzen in den Zuschlagskriterien zum einen als erforderlich bezeichnet und zum anderen allein deren Vorliegen im Wege einer nicht abgestuften Prüfung der Qualität bewertet worden. Für die Erkennbarkeit eines solchen Vergaberechtsverstoßes in rechtlicher Hinsicht sei ausreichend, dass für einen Bieter - nach dessen laienhafter rechtlicher Wertungsmöglichkeit - erkennbar sei, „*dass es so nicht geht*“. Der Rügepräklusion könne sich ein Bieter schließlich nicht dadurch entziehen, dass er einen Vergaberechtsverstoß erst im Nachprüfungsverfahren und mit Unterstützung eines Rechtsanwaltes einer klareren juristischen Zuordnung unterzieht.

Bedeutung für die Praxis

In seinem Beschluss begründet das OLG Frankfurt unter Ansehung des Präklusionstatbestandes nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB strenge Anforderungen an die Rügeobliegenheit. Das OLG Frankfurt unterstellt Bietern nicht nur grundlegende vergaberechtliche Kenntnisse wie die Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, sondern hält es im Rahmen der rechtlichen Erkennbarkeit eines Vergaberechtsstoßes schon für ausreichend, wenn erkennbar ist, „*dass es so nicht geht*“. Einer hinreichend konkreten vergaberechtlichen Expertise und der Benennung spezifischer Vergaberechtsverstöße bedarf es demnach nicht. Dieses Präklusionsrisikos sollten sich im Besonderen Bieter bewusst sein.