

Beitrag (IBR 2007, 584)

---

## Rüge: Kenntnis vom Verstoß bei schwieriger Rechtslage

**Voraussetzung für eine Verletzung der Rügeobliegenheit aus § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist nicht nur die Kenntnis der Tatsachen, die einen Verstoß gegen das Vergabeverfahren bedeuten könnten, sondern auch die Kenntnis der rechtlichen Relevanz dieser Tatsachen. An dieser fehlt es insbesondere dann, wenn die Rechtslage schwierig ist.**

OLG Bremen, Beschluss vom 03.04.2007 - **Verg 2/07** (VergabeR 2007, 517)

GWB § 107 Abs. 3; Richtlinie 2004/18/EG Art. 30 Abs. 1 a UAbs. 2; VOB/A § 3a Nr. 6 a

### Problem/Sachverhalt

---

Der Auftraggeber schrieb Stahl- und Metallbauarbeiten im Wege des Nichtoffenen Verfahrens nach VOB/A aus. Einem Unternehmen wurde wegen Versäumung der Bewerbungsfrist eine Absage erteilt. Die Ausschreibung wurde aufgehoben, weil alle eingegangenen Angebote über der Kostenschätzung und den Finanzmitteln lagen. Im danach eingeleiteten Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung wurde auch das wegen Versäumung der Bewerbungsfrist im aufgehobenen Verfahren nicht berücksichtigte Unternehmen beteiligt. Am 04.10.2006 wurden die eingegangenen Angebote in einem Submissionstermin geöffnet. Auf die Mitteilung des Auftraggebers vom 16.11.2006, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot des Unternehmens zu erteilen, das im aufgehobenen Verfahren die Bewerbungsfrist versäumt hatte, erhob ein Konkurrent innerhalb eines Tages Rüge. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag des Konkurrenten zurück, weil die Rüge verspätet sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Konkurrenten.

### Entscheidung

---

Mit Erfolg! Der Konkurrent ist mit seiner Rüge nicht ausgeschlossen. Er konnte aus dem aufgehobenen Verfahren nicht erkennen, ob das nun für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen im Nichtoffenen Verfahren ein Angebot abgegeben hatte, aber aus formalen Gründen ausgeschlossen worden war. Nach bisheriger Meinung sind aber am Verhandlungsverfahren auch die Bieter zu beteiligen, die im vorangegangenen Verfahren aus anderen Gründen als der fehlenden Eignung ausgeschlossen wurden. Der Konkurrent konnte daher nicht allein aus einem Vergleich des Submissionsergebnisses des Nichtoffenen Verfahrens mit dem des Verhandlungsverfahrens darauf schließen, dass der Auftraggeber neue Bieter in das Verhandlungsverfahren einbezogen hatte. Nach Art. 30 Abs. 1 a UAbs. 2 Richtlinie 2004/18/EG sind an Verhandlungsverfahren wie dem vorliegenden nur Bieter einzubeziehen, deren Angebote auch den formalen Voraussetzungen des vorangegangenen Verfahrens entsprachen. Eine exakte Rechtskenntnis der EU-Vergaberichtlinie ist von dem Konkurrenten nicht zu erwarten. Voraussetzung für eine **Verletzung der Rügeobliegenheit** ist nicht nur die Kenntnis der Tatsachen, die einen Vergabeverstoß begründen, sondern auch die **Kenntnis der rechtlichen Relevanz** dieser Tatsachen. An dieser fehlt es, wenn die Rechtslage - wie hier - schwierig ist.

### Praxishinweis

---

Eine bieterfreundliche Entscheidung, die aufgrund hier vorliegender Besonderheit als Einzelfall zu qualifizieren ist. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts zu einem rechtlich bislang anders beurteilten Ergebnis führte. Von Bietern kann nach der vorliegenden Entscheidung eine exakte Rechtskenntnis der Richtlinienbestimmungen nicht verlangt werden. Sehr wohl müssen sich Bieter jedoch regelmäßig die Kenntnis von Tatsachen entgegenhalten lassen. Sobald Kenntnis von einem Vergabeverstoß begründenden Tatsachen vorliegt, haben Bieter zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes unverzüglich, das heißt binnen weniger Tage, den Verstoß zu rügen.

***RA Prof. Horst Franke, Frankfurt a.M.*** 

© id Verlag