

Beitrag (IBR 2007, 149)

## De-facto-Vergabe: Auftraggeber müssen informieren, Bieter nicht zwingend rügen!

1. § 13 VgV gilt analog bei de-facto-Vergaben, die zur Beteiligung mehrerer Unternehmen und zu einer Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber geführt haben.
2. Die Rügepflicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist auf de-facto-Vergaben nicht anzuwenden.
3. Ein Bieter, der sich in Kenntnis der Erforderlichkeit eines regulären Vergabeverfahrens an einer de-facto-Vergabe beteiligt, ohne den Auftraggeber auf den Rechtsverstoß hinzuweisen, handelt nicht rechtsmissbräuchlich.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006 - Verg 26/06

GWB § 107 Abs. 3; VgV 13

### Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) fordert im Hinblick auf den Ablauf des bestehenden Vertrags mit der Antragstellerin (AST) ohne förmliches Vergabeverfahren fünf Unternehmen auf, ein Angebot für Wäschedienstleistungen abzugeben. Nach Auswertung der Angebote, die alle den Schwellenwert erheblich überschreiten, erteilt er der Beigeladenen den Zuschlag. Nach fristgemäßer Kündigung des bestehenden Vertrags unterzeichnet der AG den neuen Vertrag mit der Beigeladenen. Die AST, die ebenfalls aufgrund der Aufforderung ein Angebot abgegeben hat, rügt erst dann unter Hinweis auf das Erfordernis einer europaweiten Ausschreibung das Vorgehen und leitet ein Nachprüfungsverfahren ein.

### Entscheidung

Das Nachprüfungsverfahren ist bei **de-facto-Vergaben**, bei denen kein förmliches Vergabeverfahren stattgefunden hat, eröffnet. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Der mit der Beigeladenen bereits abgeschlossene Vertrag steht der Zulässigkeit des Antrags nicht entgegen, da der Vertrag in analoger Anwendung von § 13 Satz 6 VgV **nichtig** ist. Der AG hat die nicht berücksichtigten Bieter über die anderweitige Zuschlagserteilung und über die Gründe der Nichtberücksichtigung nicht informiert sowie die 14-tägige Frist nicht abgewartet. Die AST braucht den Verstoß gegen das Erfordernis einer europaweiten Ausschreibung nicht zu rügen, denn § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist auf de-facto-Vergaben nicht anzuwenden. Auch hat die AST ihr Antragsrecht nicht verwirkt, selbst wenn sie bei Angebotsabgabe gewusst hat, dass der AG bei der Beschaffung der Wäschedienstleistung ein reguläres Vergabeverfahren hätte durchführen müssen und ihn hierauf nicht hingewiesen hat. Allein die Kenntnis vermag ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht den Vorwurf der Treuwidrigkeit zu begründen.

### Praxishinweis

Die Entscheidung reiht sich in die Entscheidungspraxis ein, dass der Auftraggeber die Bieter auch außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens über die beabsichtigte Zuschlagserteilung und die Gründe für die Nichtberücksichtigung informieren muss (BGH, IBR 2005, 1116 - nur online). Vorausgesetzt wird dabei, dass er über eine bloße Vorstudie des Marktes hinaus bei der Beschaffung mehrere Unternehmen beteiligt hat, die Angebote abgegeben haben, und er unter diesen Unternehmen eine Auswahl trifft. In diesen Fällen sieht sich der Auftraggeber nicht einem unbekanntem Kreis von Interessenten gegenüber und muss daher seiner Vorabinformationspflicht nachkommen. Darüber hinaus folgt das OLG Düsseldorf der Ansicht, dass die Rügepflicht bei unterlassener Ausschreibung generell entfällt, da § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB weder seinem Wortlaut nach noch aus Wertungsgesichtspunkten auf de-facto-Vergaben anwendbar ist. Allein die Kenntnis der Erforderlichkeit eines regulären Vergabeverfahrens vermag nicht eine Rügepflicht des Bieters zu begründen. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, um dem Bieter treuwidriges Handeln vorzuwerfen, wenn er sich dennoch an einer de-facto-Vergabe beteiligt hat.

RA Prof. Horst Franke, Frankfurt a.M. 

© id Verlag