

Beitrag (IBR 2006, 1020)

Widerspruch gegen Rechtsauffassung ist noch keine Rüge!

1. Eine Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB liegt nur vor, wenn der Bieter der Vergabestelle eindeutig zu verstehen gibt, dass ihr die letzte Chance gegeben wird, den beanstandeten Verstoß zu korrigieren, bevor ein Nachprüfungsverfahren beantragt wird.
2. Eine Erklärung, mit der zum Ausdruck gebracht wird, dass der Bieter die Rechtsauffassung der Vergabestelle nicht teilt, genügt dem nicht.
3. Bei überschaubaren und einfach zu bewertenden Sachverhalten kann im Einzelfall auch eine Rügefrist von ein bis drei Tagen in Betracht kommen.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.02.2005 - Verg W 11/04

BGB § 121; GWB § 107 Abs. 3; VOL/A § 3a Nr. 1, 2, §§ 9a, 25 Nr. 3, § 26

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schrieb die Lieferung von medizinischen Geräten europaweit im Offenen Verfahren aus. Im Leistungsverzeichnis forderte er u. a. "von der Untersuchungs- und Auswertekonsole soll der Zugriff auf die Rohdaten gewährleistet sein". Da keines der eingegangenen Angebote den Ausschreibungsbedingungen entsprach, hob der AG das Verfahren auf und ging gemäß § 3a Nr. 2 a VOL/A in das Verhandlungsverfahren über. Bieter B widersprach mündlich der Auffassung, dass sein Angebot Änderungen der Verdingungsunterlagen enthalte. Nach Erhalt der negativen Vorabinformation im Verhandlungsverfahren rügte B die Aufhebung der Ausschreibung als rechtswidrig und gab an, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot des Konkurrenten erteilt werden könne, weil dessen Angebot das Leistungsmerkmal des zeitgleichen Zugriffs nicht erfülle. Er beruft sich dazu auf allgemein zugängliche Produktinformationen.

Entscheidung

Im anschließenden Nachprüfungsverfahren unterliegt B bereits maßgeblich mangels ordnungsgemäßer Rüge. Der Widerspruch gegen die Rechtsauffassung des AG stellt keine Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB dar. Die Rüge muss den vermeintlichen Vergabeverstoß **bezeichnen** und die **Aufforderung** an den AG enthalten, den Verstoß zu beseitigen. Dazu muss die verletzte Norm nicht im Einzelnen angegeben werden. Erforderlich ist jedoch, dass der AG in die Lage versetzt wird, den beanstandeten Fehler zu erkennen und zu beheben. Unabdingbar ist, dass der Bieter dem AG gegenüber unmissverständlich deutlich macht, dass ihm mit der Rüge die **letzte Chance** gegeben wird, den Verstoß zu korrigieren, bevor der Bieter den Rechtsweg beschreitet. Die Rüge ist nur dann unverzüglich, wenn sie bei überschaubaren und einfach zu bewertenden Sachverhalten innerhalb von **ein bis drei Tagen** nach Kenntnis erfolgt. Bei komplexeren Vergaben kann dem Bieter ein angemessener Zeitraum von **mindestens drei bis vier Tagen** für die Prüfung der Sach- und Rechtslage und die Einschaltung eines Rechtsbeistandes zugebilligt werden. Hingegen liegt eine **unzulässige Verdachtsrüge** nicht vor, wenn B die Rüge, dass ein Konkurrenzangebot die ausgeschriebenen Leistungsparameter nicht erfüllt und damit nicht zuschlagsfähig ist, auf allgemein zugängliche Produktinformationen stützt. Aus dieser Kenntnis heraus kann B durchaus zulässig die Nichterfüllung der Anforderungen rügen. Die Erlangung der Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß setzt danach nicht die Einsichtnahme in das Angebot des Konkurrenten voraus. In der Sache konnte B jedoch auch mit dieser Rüge nicht durchdringen.

Praxishinweis

Auf dem Weg in die vergaberechtliche Nachprüfung beschreiten Unternehmen einen schmalen Pfad der Zulässigkeit zwischen unzulässiger Pauschal- oder Verdachtsrüge und verspäteter Fehleranzeige. Das OLG Brandenburg fordert neben den ohnehin strengen Voraussetzungen an die Erfüllung der Rügepflicht, dass der Vergabestelle deutlich aufgezeigt wird, dass ihr die letzte Chance gegeben wird, den gerügten Verstoß zu korrigieren. Bereits in einer früheren Entscheidung hat das Gericht (Beschluss vom 11.05.2000 - Verg 1/00, ibr-online) deutlich auf die Parallelen zur Rüge im Handelskauf hingewiesen. Danach muss sich der Unternehmer zwar nicht ausdrücklich vorbehalten, ein Rechtsschutzverfahren einzuleiten. Er muss aber erkennen lassen, dass er von den sich aus dem Fehler ergebenden Rechten durchaus Gebrauch machen will.

RAin Dr. Susanne Mertens, LL.M., Berlin

© id Verlag