

Beitrag (IBR 2006, 42)

Wirksamer Vertragsschluss auch bei mündlicher Vorabinformation möglich!

1. Wenn der Bieter schon unmissverständlich, eindeutig und abschließend mündlich informiert worden ist und er diese mündliche Information so ernst nimmt, dass er den vermeintlichen Vergabefehler formgerecht rügt, ist die Textform des § 13 VgV nicht mehr erforderlich, um den Primärrechtsschutz sicherzustellen.
2. Wenn Auftraggeber und Auftragnehmer über Einzelheiten des Vertrages und der Vergütung noch in Verhandlung stehen, liegt in der Entgegennahme von Teilleistungen, um "keine Zeit zu verlieren", nicht bereits die konkludente Vergabe aller Leistungsphasen.

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.11.2005 - **6 Verg 7/05**

BGB § 134; GWB § 115 Abs. 1, § 118 Abs. 1 Satz 3; VgV § 13

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schreibt Architektenleistungen (Leistungsphasen 1 bis 9 gemäß § 15 HOAI) europaweit im Wege der VOF aus. Nach Vorabinformation verhandelt der AG weiter über Einzelheiten der Vertragsgestaltung mit Bieter B. "Um keine Zeit zu verlieren", veranlasste der AG, dass B bereits mit der Leistungserbringung beginnt (Leistungsphasen 1 bis 4). Die Vertragsverhandlungen werden erfolglos abgebrochen. Zeitgleich teilt der AG B mit, dass Architekt X mit der Erbringung der Leistungsphasen 5 bis 9 beauftragt wird. Nach erfolgloser Rüge leitet B die Nachprüfung bei der Vergabekammer ein. Der AG schließt am selben Tag mit X den Vertrag; der Nachprüfungsantrag wird dem AG am darauf folgenden Tag zugestellt. B greift unter anderem den Vertragsschluss als unwirksam an.

Entscheidung

Die Nachprüfung ist insgesamt erfolglos. Vergabekammer und OLG stimmen überein, dass § 13 VgV dem wirksamen Vertragsschluss hier nicht entgegensteht. Die Vorschrift bezieht sich auf den Fall, dass noch kein Bieter weiß, wessen Angebot angenommen werden soll. Vorliegend wusste B zunächst von der Vergabeabsicht zu seinen Gunsten. Diese Absicht ließ der AG nach Abbruch der Vertragsverhandlungen fallen. Eine solche Konstellation ist dem Anwendungsbereich der Vorabinformation nicht mehr zuzuordnen. Diese erfasst die Phase vor Entstehung einer "Sonderbeziehung" und will eine verlässliche Vergabeinformation sichern. Ein vergleichbares Schutzbedürfnis besteht nicht mehr, wenn der - bereits informierte - Bieter in anderer, verlässlicher Weise erfährt, dass an der zuvor mitgeteilten Vergabeabsicht nicht festgehalten wird. In diesem Fall muss der AG die Kenntnis des Bieters nicht zusätzlich in Textform herstellen. In einer solchen Situation bedarf es des Schutzes der "harten" Nichtigkeitsfolge des § 13 VgV nicht mehr.

Praxishinweis

Der Beschluss sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheiten und widerspricht dem ausdrücklichen Wortlaut der Verordnungsvorgaben. Die Einhaltung der Bieterinformation in Textform ist dabei kein strenger Formalismus, sondern Instrument der Rechtssicherheit und der Gewährleistung des effektiven Primärrechtsschutzes. Sollte eine bloße mündliche Information über die Nichtberücksichtigung ausreichen, so erscheint dies ein Signal in die falsche Richtung. Bieter und Bewerber könnten sich bei ablehnenden Äußerungen seitens der Vergabestelle genötigt sehen, zur Wahrung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten frühzeitig Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

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

© id Verlag