

Beitrag (IBR 2005, 1041)

Rechtzeitige Rüge nach acht Tagen

1. Eine Rüge acht Tage nach Zugang des Schreibens gemäß § 13 VgV kann noch unverzüglich sein, wenn der Bieter in der Zwischenzeit Ermittlungen tatsächlicher Art vornimmt und, um eine ausreichend sichere rechtliche Schlussfolgerung ziehen zu können, auch rechtlichen Rat einholen muss.*)
2. Der Mietkauf eines nach den Vorgaben des Auftraggebers zu errichtenden Gebäudes, für das der Bieter Grundstück, Baugenehmigung und Finanzierung sicher zu stellen hat, stellt einen Bauauftrag im Sinne des § 99 GWB dar.

BayObLG, Beschluss vom 29.09.2004 - Verg 22/04

GWB § 107 Abs. 3 Satz 1

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG), eine juristische Person des privaten Rechts, schrieb den 100%-ig öffentlich geförderten Mietkauf eines Schulgebäudes europaweit aus. Von den Bietern war die Errichtung nach Vorgaben des AG auf einem bieterseitig zu beschaffenden Grundstück nebst Sicherstellung der Baugenehmigung und Finanzierung gefordert. Bereits in der Bekanntmachung gab der AG an, das Gebäude müsse bei Fertigstellung mittels öffentlicher Verkehrsmittel binnen 15 min vom Hauptbahnhof erreichbar sein. Acht Tage nach Erhalt der Vorabinformation rügte Bieter X die Verfahrensfehlerhaftigkeit, denn das Angebot des Beigeladenen erfülle die Anforderung an den Standort nicht. Der Rüge gingen umfangreiche Erkundigungen hinsichtlich des Standortes sowie daran anschließend die Einholung qualifizierten Rechtsrates voraus. Nachdem der Rüge nicht abgeholfen wurde, wandte sich X an die Vergabekammer. Gegen die ablehnende Entscheidung wendet er sich mit der sofortigen Beschwerde.

Entscheidung

Mit Erfolg. Der ausgeschriebene Mietkauf eines nach Auftraggebervorgaben zu errichtenden Gebäudes, für das der Bieter auch das Gelände, die Baugenehmigung und die Finanzierung sicherzustellen hat, stellt einen Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB dar. Die Ausschreibungspflicht des an sich privaten AG ergibt sich aus der überwiegenden öffentlichen Förderung des Schulbauprojekts (GWB § 98 Nr. 5). X ist mit seiner Rüge auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 GWB ausgeschlossen (präkludiert). Zwar ergaben sich die Standortanforderungen bereits aus der Bekanntmachung. Dass das Angebot der Beigeladenen trotz Nichterfüllen der Vorgaben als zuschlagsfähig angesehen wird, konnte X erst aus der Vorabinformation ersehen. Zuvor bestand für X auch kein Anlass, sich über die Lage des Geländes seines Konkurrenten zu informieren. Er hatte sich sodann noch qualifizierten Rechtsrat eingeholt. Dies spricht dafür, dass X zu diesem Zeitpunkt zwar den die Rügeobliegenheit begründenden Sachverhalt kannte, eine ausreichend sichere rechtliche Schlussfolgerung daraus aber noch nicht ziehen konnte. Die bloße Vermutung eines Vergabeverstößes reicht aber nicht aus. Selbst wenn der Bieter aus grober Fahrlässigkeit den Rechtsverstoß nicht erkennt, bedingt dies nicht den Rügeausschluss. Die am achten Tag nach Zugang der Vorabinformation angebrachte Rüge ist noch unverzüglich im Sinn von § 121 BGB.

Praxishinweis

Die Entscheidung rückt die an die Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu stellenden Anforderungen erneut in ein angemesseneres Licht. Der Gesetzgeber hat von Anfang an gefordert, dass allein dem Bieter, der trotz positiver Kenntnis eines Vergabeverstößes keine Rüge gegenüber dem AG erhebt, Rechtsschutz verwehrt bleiben soll. Bieter haben erkannte Verstöße unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, anzuzeigen. Für positive Kenntnis ist sowohl Wissen um den Sachverhalt als auch die Kenntnis, dass es sich dabei um einen Verstoß gegen die Vergaberegeln handelt, erforderlich. Darüber hinaus ist dem Unternehmer bei aller notwendiger Beschleunigung auch ein angemessener Entscheidungszeitraum darüber, ob er zum Angriff übergehen will, zuzubilligen.

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

© id Verlag