

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Urteil des EuGH: Lässt Zweifel über Rügefristen aufkommen

Gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn ein Bieter den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften nicht unverzüglich rügt nachdem er ihn im Vergabeverfahren erkannt hat. Unter unverzüglich wird eine Zeitspanne von 1 - 14 Tagen verstanden, je nach Vergabekammer und Komplexität des Vergabeverstößes. Nun hat der der EuGH in seinem Urteil vom 28.01.2010 - Rs. C-406/08 Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit der Richtlinie 89/665 geschürt.

1. Hintergrund

Die Entscheidung erging auf Grund eines englischen Vorabentscheidungsersuches. Hintergrund war ein Rechtsstreit über die Lieferung von Hämostatika, die im nicht offenen Vergabeverfahren ausgeschrieben wurde. Nach Regulation 47(7)(b) der englischen Public Contracts Regulations 2006 (PCR) ist die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nur zulässig ist, „wenn [...] das Verfahren unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten nach dem ersten Eintreten eines Grundes für die Einleitung des Verfahrens eingeleitet wird, es sei denn, der [Court hält eine Verlängerung der Frist für die Einleitung des Verfahrens für gerechtfertigt.“

Der High Court of Justice (England & Wales), der mit einem Verlängerungsgesuch konfrontiert wurde, war im Zweifel, ob er von seinem Ermessen Gebrauch machen sollte, die Klagefrist nach Art. 47 Abs. 7 lit. B PCR 2006 zu verlängern und beschloss, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Im Wesentlichen handelt es sich dabei um folgende Fragen:

Frage 1:

Kommt es nach Art. 1 der Richtlinie 89/665 für den Beginn der Frist für die Einleitung eines Vergabeverfahrens auf den Zeitpunkt des Vergabeverstößes oder auf den Zeitpunkt an, zu dem der Bieter von dem Verstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

Frage 2:

Ist die Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass sie einer Bestimmung entgegensteht, nach der ein Verfahren unverzüglich eingeleitet werden muss.

2. Entscheidung des Gerichts

Zu Frage 1:

Der EuGH stellt zunächst fest, dass der Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Vergabeverstoßes maßgeblich sei. Ein Bieter könne sich erst dann darüber klar werden, ob ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliege und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angebracht sei, nachdem er Kenntnis von den Gründen erlangt habe, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot um einen öffentlichen Auftrag abgelehnt worden sei.

Zu Frage 2:

Der EuGH entschied hier, dass es den Mitgliedstaaten zur Gewährleistung einer zeitnahen Nachprüfung von Vergabeentscheidungen grundsätzlich freistehe, Regelungen über Fristen für die Verfahrenseinleitung zu treffen.

Aus Gründen der Rechtsicherheit bestehe aber eine Verpflichtung, diese Fristenregelung hinreichend genau, klar und vorhersehbar zu gestalten, um die Überprüfungsrechte der Bieter nicht unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.

Diese Anspruch erfüllt nach der Prüfung des EuGH die englische Vorschrift nicht. Hier war postuliert, dass „das Verfahren unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten nach dem ersten Eintreten eines Grundes eingeleitet wird“. Die Vorschrift enthalte damit eine Unsicherheit. Denn damit werde nach dem Verständnis des EuGH die Dauer einer Ausschlussfrist in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt und sei somit nicht mehr vorhersehbar. Ein Richter könne nach Ausübung seines Ermessens den Nachprüfungsantrag durchaus bereits vor Ablauf der dreimonatigen Frist zurückweisen, weil er zu der Auffassung gelange, dass der Antrag nicht „unverzüglich“ im Sinne dieser Bestimmung gestellt worden sei.

Die Frage liegt auf der Hand, ob diese EuGH-Rechtsprechung auch die Wirksamkeit des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB berührt. Diese Regelung unterscheidet sich von ihrer englischen Schwester zwar dahin gehend, dass auf die Kenntnis des Antragstellers abgehoben wird. Damit wird sichergestellt, dass die Frist nicht schon dann läuft, wenn der Bieter von dem Vergabeverstoß noch gar nichts weiß. Aber auch nach dieser Vorschrift muss unverzüglich gerügt werden. Die Feststellung dieser Unverzüglichkeit stellt der zuständige Richter durch Bewertung aller Umstände des Einzelfalls fest.

Die Regelung ist daher möglicherweise nicht so hinreichend genau, klar und vorhersehbar, wie vom EuGH gefordert. Aber andererseits erscheint diese Forderung auch nicht dadurch erfüllbar, dass das

Gesetz eine durch Zeiteinheiten umrissene „harte“ Frist für die Antragsfrist vorsieht. Eine solche Regelung würde die Bieter benachteiligen, die tatsächlich wegen der Schwierigkeit der Materie viel Vorbereitungszeit für ihren Antrag benötigen und die Bieter bevorzugen, die auf Grund der Eindeutigkeit eines Verstoßes innerhalb kürzester Zeit rügen könnten.

Der unbestimmte Rechtsbegriff „unverzüglich“ soll aber gerade die Möglichkeit eröffnen, eine zeitliche Grenze zu setzen, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist und die besondere Situation des Bieters berücksichtigt. Die deutsche Vorschrift scheint daher so gestaltet, dass sie die Überprüfungsrechte der Bieter nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert.

Fazit

Die deutsche Regelung scheint, anders als die englische Regelung, nicht gegen die Richtlinie 89/665 zu verstoßen. Aber Zweifel sind geweckt. Es ist nur eine Frage der Zeit, dass sich der EuGH auch mit der deutschen Regelung befassen wird, es sei denn der Gesetzgeber ändert sie.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin