

von Rechtsanwalt **Mark Münch**, LL.M.

Muss eine Rüge zukünftig nicht mehr „unverzüglich“ erhoben werden?

Das Oberlandesgericht in München lockert vor dem Hintergrund der EuGH Entscheidung in der Rechtssache Uniplex die Anforderungen an eine unverzügliche Rüge nach §107 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1. (OLG München, Beschluss vom 15.03.2012, Verg 2/12)

Die EuGH Entscheidung

Die Entscheidung des EuGH vom 28.10. 2010 – C-406/08 ist bislang in der deutsche Vergaberechts-Rechtsprechung so gut wie ungehört verhallt. Der EuGH hatte damals entschieden, dass eine Ausschlussfrist, deren Länge in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt ist, in ihrer Dauer nicht vorhersehbar sei. Daher verstößt eine Vorschrift auf deren Grundlage ein nationales Gericht einen Nachprüfungsantrag in Anwendung des nach Ermessen beurteilten Kriteriums der Unverzüglichkeit der Verfahrenseinleitung wegen Fristversäumnis zurückweisen kann, gegen europäisches Recht.

Fast unisono haben die Vergabekammern (z. B. VK Bund v. 05.03.2010, VK 1 - 16/10) und Oberlandesgerichte (OLG Dresden v. 07.05.2010, WVerg 6/10 und OLG Rostock v. 20.10.2010, Verg 5/10) dem EuGH widersprochen und eine Unschärfe in dem Begriff „unverzüglich“ zurückgewiesen. Der Begriff „Unverzüglich“ sei in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“ legal definiert und durch eine ausgeprägte, langjährige Rechtsprechung zu §107 GWB so weitgehend konkretisiert, dass es gerade nicht im Ermessen der Nachprüfungsinstanz stünde, ob eine Rüge unverzüglich vorgenommen wurde oder nicht. Lediglich das OLG Celle (Beschluss v. 26.04.2010, 13 Verg 4/10) nahm an, dass eine Rügepräklusion gem. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB aufgrund der Vorgaben des EuGH mangels hinreichender Transparenz des Begriffes „unverzüglich“ von vornherein nicht mehr in Betracht kommen dürfte. Wies den Nachprüfungsantrag aber dann als unbegründet zurück.

Die OLG München Entscheidung

Jetzt kommt wohl doch noch Bewegung in die Sache. Eine Autobahndirektion schrieb europaweit Baumaßnahmen im Rahmen des Baus einer Bundesstraße im Offenen Verfahren nach VOB/A aus. Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit war ein Mindestumsatz der letzten drei Jahre von mehr als 10 Mio. € gefordert. Obwohl das wirtschaftlichste Angebot diesen Nachweis nicht führen konnte, sollte auf dieses Angebot der Zuschlag erteilt werden. Über diese Zuschlagsabsicht hat die Autobahndirektion die Antragstellerin gemäß §101a GWB per Mail an den ihr benannten Ansprechpartner am 07.11.2011 informiert. Der Empfänger dieser Mail war jedoch zu diesem Zeitpunkt im Urlaub und hatte auch pflichtgemäß eine automatische Abwesenheitsnotiz aktiviert, er sei bis zum 14.11.2011 nicht im Büro und die Mail könne bis dahin nicht bearbeitet werden. In dringenden Fällen

könnte sich der Absender an seine Vertreterin wenden. Eine entsprechende Abwesenheitsnotiz hat die Autobahndirektion auch erhalten. Es kam, wie es kommen musste: Die Antragstellerin hat die Mail erst am 14.11.2011 gelesen und am 15.11.2011 den Zuschlag an den Wettbewerber gerügt.

„Unverzüglich“ wie das Oberlandesgericht meint. Obwohl seit dem Zugang der §101a Mitteilung und der Rüge ganze acht Tage lagen, was nach aktuell herrschender Meinung eindeutig zu spät, weil nicht unverzüglich ist. Der Autobahndirektion sein es nämlich nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Zugang der §101a Mitteilung bereits am 07.11.2011 zu berufen. Mit dem Eingang der Abwesenheitsnotiz wäre der Vergabestelle positiv bekannt, dass die Antragstellerin am 07.11.2011 und in den Folgetagen vom Absageschreiben keine Kenntnis nehmen könne. Das im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens bestehende vorvertragliche Vertrauensverhältnis verbiete diese Berufung auf die verspätete Rüge, weil der Autobahndirektion doch bekannt war, dass die Antragstellerin die Mail nicht rechtzeitig lesen würde.

“

Es kommt im Übrigen die grundsätzliche Überlegung hinzu, dass nach der Entscheidung des EuGH vom 28.1.2010 – C-406/08 und C-456/08, welcher klare Fristen für die Ausübung und Gewährung des Primärrechtsschutzes verlangt, eine großzügigere Handhabung bei der Auslegung des Begriffes „unverzüglich“ angezeigt erscheint.

”

Das Gericht macht damit klar deutlich, dass der Begriff „unverzüglich“ zugunsten der Auftragnehmer weniger restriktiv ausgelegt werden soll. Und wird dabei zum Wiederholungstäter. Bereits mit Beschluss vom 03. November 2011 (Verg 14/11) hat das Oberlandesgericht München festgestellt, dass der EuGH Entscheidung zu entnehmen sei, dass der Primärrechtsschutz nicht durch zu unklare Anforderungen verhindert werden solle.

“

„Das bedeutet auch, dass bei einer Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen nicht zu kleinlich zu verfahren ist.“

”

Fazit

Wie können also in Zukunft etwas mehr Nachsicht gegenüber spät rügenden Bietern erwarten – zumindest in Bayern. Aber entspricht dies den Vorgaben des EuGH der klare Fristen gefordert hatte, weil „eine Ausschlussfrist, deren Länge in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt ist, in ihrer Dauer nicht vorhersehbar (ist)“?

Autor:

RA Mark Münch, LL.M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht