

BRANDI

RECHTSANWÄLTE

HERZLICH WILLKOMMEN ZUM

14. Vergaberechtstag



BIETERRÜGEN – NEUE ANFORDERUNGEN UND TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN

- 1 ÜBERBLICK
- 2 WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?
- 3 TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN
- 4 ENTFALLEN DER RÜGEOBLIEGENHEIT
- 5 BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

- 1 ÜBERBLICK
- 2 WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?
- 3 TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN
- 4 ENTFALLEN DER RÜGEOBLIEGENHEIT
- 5 BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

1. ÜBERBLICK

§ 160 GWB Einleitung, Antrag

(1) Die Vergabekammer leitet ein Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag ein.

(2) Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(3) Der Antrag ist unzulässig, soweit

1. der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat; der Ablauf der Frist nach § 134 Absatz 2 bleibt unberührt,

1. ÜBERBLICK

§ 160 GWB Einleitung, Antrag

2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,

3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,

4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

Satz 1 gilt nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Absatz 1 Nummer 2. § 134 Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.

- 1 ÜBERBLICK
- 2 WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?
- 3 TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN
- 4 ENTFALLEN DER RÜGEOBLIEGENHEIT
- 5 BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

2. WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.2021 – Verg 9/21

- An Rügen gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 ist grundsätzlich ein **großzügiger Maßstab** anzulegen.
 - Der Bieter hat naturgemäß nur **begrenzten Einblick** in den Ablauf des Vergabeverfahrens.
 - Er darf daher im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur **beschränkten – Informationsstands** redlicherweise für **wahrscheinlich oder möglich** halten darf.
 - Er muss aber – wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht – zumindest **Anknüpfungstatsachen, Umstände oder Indizien vortragen**, die einen **hinreichenden Verdacht** auf einen bestimmten **Vergaberechtsverstoß** begründen.

2. WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?

OLG Schleswig, Beschl. v. 12.11.2020 – 54 Verg 2/20

Erkennbar ist ein Vergaberechtsverstoß, der von einem **durchschnittlichen Bieter bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen** erkannt werden kann.

Die dem Verstoß zugrundeliegenden **Tatsachen müssen erkennbar** sein und bei zumindest **laienhafter rechtlicher Bewertung** als Vergaberechtsverstöße erkannt werden können.

2. WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.2021 – Verg 9/21

- Die Rüge soll den öAG in die Lage versetzen, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren.
 - Aus **Gründen der Beschleunigung** wie auch zur **Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge bzw. des Nachprüfungsverfahrens** ist dem öAG in der Regel **nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstanzierte Rügen** hin in eine (ggf. erneute) **Tatsachenermittlung** einzutreten.
 - Der rügende Bieter ist gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, diejenigen **Erkenntnisquellen auszuschöpfen**, die ihm **ohne großen Aufwand** zur Verfügung stehen.
 - Er muss demnach **konkrete Angaben** dazu machen, **woher seine Erkenntnisse** stammen, um eine **Überprüfung** zu ermöglichen.

2. WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.2021 – Verg 9/21

Ein **Mindestmaß an Substantiierung** der Rüge ist **einzuhalten**, **reine Vermutungen** zu evtl. Vergaberechtsverstößen **reichen nicht aus**.

Formulierungen wie „nach unserer Kenntnis“ oder „nach unserer Informationslage“ **genügen nicht!**

Ein **nachträgliches Vorbringen im Nachprüfungsantrag** kann die (dem Bieter möglich gewesene) Substantiierung der Rüge **nicht ersetzen!**

2. WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?

Formulierungsbeispiel: Vergabe eines Rahmenvertrags über Druck und Lieferung von Standard-Print-Produkten

Die Bieterfrage 9, die in diesem Schreiben beantwortet wird, wirft die Problematik der Notwendigkeit einer Materialpreisgleitklausel auf. Notwendig ist diese Klausel wegen der Preis- und Liefersituation am Papiermarkt, die aktuell erhebliche Preissteigerungen erwarten lässt. Der Papiermarkt befindet sich gegenwärtig im Umbruch, dessen Folgen nicht einzuschätzen und deshalb nicht über die Vertragslaufzeit zu kalkulieren sind. Es handelt sich dabei nicht um das „normale“ Preisrisiko, sondern um eine nicht absehbare Materialpreisentwicklung. Insofern ist zu erwarten, dass nach den letzten Papierpreissteigerungen zum 01.07.2021 weitere Preissteigerungen folgen werden. Am Markt ist erkennbar, dass die nächste Preiserhöhung sehr hoch ausfallen wird und wahrscheinlich weitere Preiserhöhungen in 2022 folgen werden. Das führt dazu, dass eine verlässliche Kalkulationsbasis nicht existiert. Mit der in Ihrem Schreiben vom 21.07.2021 als Frage 9 aufgeworfenen Fragestellung war deshalb die Anregung verbunden, eine Materialpreisgleitklausel in den Vertrag aufzunehmen. Ausweislich Ihrer Antwort soll dieser Anregung „*im vorliegenden Vertrag derzeit nicht*“ gefolgt werden.

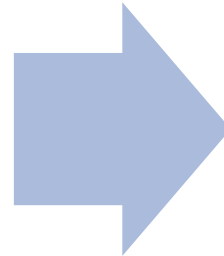
Wir rügen das ausdrücklich als einen Verstoß gegen das Erfordernis der Zumutbarkeit. Dieses Erfordernis ist eine Bestimmung über das Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB, auf deren Einhaltung Unternehmen Anspruch haben.

- 1 ÜBERBLICK
- 2 WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?
- 3 TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN
- 4 ENTFALLEN DER RÜGEOBLIEGENHEIT
- 5 BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

3. TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN

OLG München, Beschl. v. 30.11.2020 – Verg 6/20

Beispiel: Ungewöhnlich niedriges Angebot für die Übernahme und Vermarktung zur ordnungsgemäßen Verwertung von PPK.



Mindestmaß an Substantiierung der Rüge durch konkrete Punkte wie

- Darlegung des aktuellen Preisverfalls für Altpapier.
- Transportkosten zu einer Sortieranlage.
- Komplexe Berechnung der Umsatzsteuer.

3. TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN

OLG München, Beschl. v. 30.11.2020 – Verg 6/20

Die Antragstellerin trägt auf Grundlage ihrer Marktkenntnisse **leicht überprüfbare Anknüpfungstatsachen, Umstände und Indizien** vor.

Unter besonderer Berücksichtigung dieser Informationen ist eine vertiefte Prüfung des Angebots möglich.

Sie hat hierbei **keine persönlichen Erkenntnisquellen** zu offenbaren, um darzulegen, **woher ihre Erkenntnisse** stammen.

Schutz vertraulicher Informationen und Quellen.

3. TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN

BKartA Bonn, Beschl. v. 28.5.2020 – VK 1 - 34/20

- Rüge oder Nachfrage?

- Ob ein konkretes Bieterverhalten **bereits eine Rüge oder nur eine Nachfrage** darstellt, ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen **objektiv zu beurteilen** und steht nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten.
- Anderenfalls könnte ein Bieter mit dem Argument, bisher habe er nur Fragen gestellt, aber keine Rüge erhoben, mit einer „echten“ Rüge zuwarten, ob er den Zuschlag erhält oder nicht.

3. TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN

VK Lüneburg, Beschl. v. 21.1.2020 – VgK-41/2019

▪ Rügepflicht?

- Erkennt ein Bieter **mögliche Fehler** in den Vergabeunterlagen, ist er **nicht verpflichtet**, eine Rüge auszusprechen.
- Es steht ihm frei, einen **angenommenen Wettbewerbsvorteil** nicht offenzulegen und auf die Rüge zu verzichten.
- In diesem Fall muss er allerdings sein Angebot so gestalten, dass es den **Vorgaben des öAG vollständig entspricht**, selbst wenn er meint, die Leistungen gemäß bestimmter Ziffern des Leistungsverzeichnisses würden vermutlich nicht zu erbringen sein.

- 1 ÜBERBLICK
- 2 WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?
- 3 TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN
- 4 ENTFALLEN DER RÜGEOBLIEGENHEIT
- 5 BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

4. ENTFALLEN DER RÜGEOBLIEGENHEIT

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.4.2020 – VII-Verg 30/19

Ausnahmeswise entfällt die **Rügeobliegenheit**, wenn der öAG eindeutig zu erkennen gibt, dass er **unumstößlich** an seiner Entscheidung festhält.

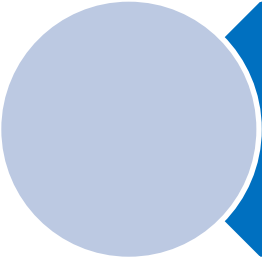
Der Bieter muss demnach davon ausgehen können, dass die **Rüge ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann**, sie also offensichtlich aussichtslos ist.

Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben, wenn der öAG eine Rüge nur als Rüge „ins Blaue hinein“ zurückweist.

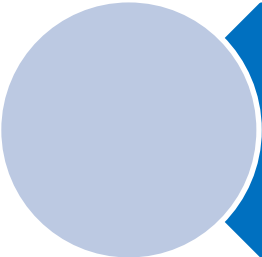
- 1 ÜBERBLICK
- 2 WELCHE ANFORDERUNGEN SIND AN EINE RÜGE ZU STELLEN?
- 3 TAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN
- 4 ENTFALLEN DER RÜGEOBLIEGENHEIT
- 5 BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

5. BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

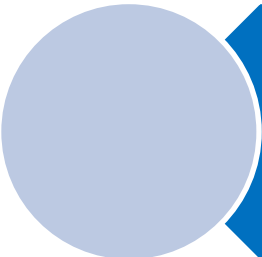
VK Bund, Beschl. v. 28.6.2021 – VK 2-77/21



Eine nach **Kalendertagen bemessene Frist** (wie in § 134 Abs. 2) **umfasst** etwaig **in der Frist liegende Feiertage, Sonnabende und Sonntage**. Das dürfte auch für § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gelten (ist noch nicht abschließend geklärt, aber h.M.).



Das **Ende dieser Frist verschiebt sich nicht** nach § 193 BGB auf den folgenden Werktag, wenn der letzte Tag der Frist auf einem Samstag, Sonntag oder Feiertag liegt.



Diese rein nach Kalendertagen zu bemessende Frist kann damit z.B. an einem Sonntag ablaufen (vgl. Dicks, in: Ziekow/Völlink, VergabeR, 4. Aufl. 2020, § 160 GWB, Rn. 47b, m.w.N.).

5. BERECHNUNG DER RÜGEFRIST

OLG Naumburg, Beschl. v. 2.6.2020 – 7 Verg 2/20

- Die **Rügefrist** nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB wird erst dadurch **in Gang gesetzt**,
 - dass der spätere **Antragsteller** die den Vergaberechtsverstoß begründenden **Tatsachen kennt**
 - und **aus den Tatsachen** auch auf das **Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes** schließt.
- Dieser auf **innere Tatsachen** des konkreten Bieters abstellende Maßstab stellt regelmäßig eine **hohe Hürde für die Feststellung** einer **frühzeitigen, zur Obliegenheitsverletzung führenden Kenntnis** dar.

HABEN SIE NOCH FRAGEN?



Prof. Dr. Martin Dippel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

T +49 5251 7735 - 0
F +49 5251 7735 - 99
E martin.dippel@brandi.net

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT