

Informations- und Wartepflicht jetzt auch im Bereich der Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte?

von RA Dr. Jakob Stasik, Berlin

Immer wieder zu vernehmen sind die Beschwerden unterlegener Bieter bei öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der sog. „EU-Schwellenwerte“ (unterschwellige Auftragsvergaben), dass sie über die bevorstehende Vergabe nicht informiert worden seien, sondern erst nach erteiltem Zuschlag davon Kenntnis erlangt hätten. Der um Rechtsrat ersuchte Rechtsanwalt konnte hierauf bislang in der Regel nur antworten, dass es im Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben keine Pflicht für den öffentlichen Auftraggeber gebe, die Bieter, die nicht für den Zuschlag vorgesehen sind, hierüber sowie über die Gründe dafür und den Namen des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters zu informieren.

1. Keine normierte Informations- und Wartepflicht bei unterschwelligen Auftragsvergaben

Denn eine Verpflichtung, die unterlegenen Bieter hierüber in Kenntnis zu setzen und ab diesem Zeitpunkt eine gewisse Wartefrist einzuhalten, damit die unterlegenen Bieter prüfen können, ob sie gegen den bevorstehenden Zuschlag im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 938 ZPO vorgehen möchten, ist – mit wenigen Ausnahmen¹ – in den Rechtsvorschriften für die Durchführung unterschwelliger Vergabeverfahren nicht normiert. Daran hat sich auch mit Erlass der neuen Unterschwellenvergabeordnung nichts geändert. Diese sieht in ihrem § 46 Abs. 1 Satz 1 lediglich die Pflicht zur Unterrichtung über die bereits erfolgte Zuschlagserteilung vor, jedoch keine Verpflichtung zur Ankündigung des bevorstehenden Zuschlags und zur Einhaltung einer Wartefrist².

2. Keine entsprechende Anwendung der Informations- und Wartepflicht aus § 134 Abs. 1 und Abs. 2 GWB bei unterschwelligen Auftragsvergaben

Auch ist die für den Bereich der Vergabe von Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte in § 134 Abs. 1 und Abs. 2 GWB normierte Informations- und Wartepflicht, die unterlegenen Bieter mindestens 15 bzw. 10 Kalendertage vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung hierüber in Kenntnis zu setzen, für den Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben nicht anwendbar. Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn die Vergabestelle vergaberechtsfehlerhaft von einem Unterschreiten des Schwellenwerts und infolgedessen von einem national anstelle eines europaweit durchzuführenden Vergabeverfahrens ausgegangen ist³.

3. Faktisch keine Möglichkeit zur Verhinderung des Zuschlags bei unterschwelligen Auftragsvergaben

Die nicht berücksichtigten Bieter konnten daher bislang erst von dem Ablauf der Zuschlagsfrist ohne Erhalt einer Zuschlagsnachricht darauf schließen, dass das Angebot eines anderen Bieters den Vorzug erhalten hat. Dann ist es aber bereits zu spät für einen Primärrechtsschutz durch Erwirken einer einstweiligen Verfügung.

4. Ableitung einer Informations- und Wartepflicht auch im Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes durch das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 13.12.2017 – 27 U 25/17, VPRRS 2018, 0021)

Fraglich ist, ob nach der Argumentation im Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.12.2017⁴ nun doch etwas anderes gilt. Das Gericht hat in dieser Entscheidung die Berufung zwar als unzulässig zurückgewiesen, jedoch im Wege eines obiter dictum ausgeführt, dass ein effektiver Rechtsschutz auch im Bereich der Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte verlange, dass die öffentlichen Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung eine Informations- und Wartepflicht einhielten⁵. Ein unter Verstoß gegen eine insofern aus verfassungsrechtlichen Erwägungen abgeleitete Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag müsse daher gem. § 134 BGB als nichtig eingestuft werden⁶.

5. Auswirkungen in der Praxis

Sowohl die unberücksichtigten Bieter, vor allem aber auch die öffentlichen Auftraggeber und die Berater auf beiden Seiten stellt dieser Beschluss des OLG Düsseldorf vor zahlreiche Fragen:

Für die öffentlichen Auftraggeber ergibt sich das Problem, ob nunmehr doch eine Information vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung zu erfolgen hat und eine bestimmte Wartefrist einzuhalten ist, damit der Vertrag später nicht für nichtig befunden wird. Die auf Seiten der Auftraggeber beratenden Rechtsanwälte stellt der Beschluss vor die Frage, ob eine Empfehlung für eine Information der nicht berücksichtigten Bieter verbunden mit einer Wartezeit ausgesprochen werden kann bzw. muss. Denn die mit der Empfehlung einhergehende vermeintliche Rechtssicherheit nach Ablauf der Wartefrist geht auf Kosten der Gefahr der Verhinderung des Zuschlags durch eine einstweilige Verfügung nach Kenntniserlangung vom bevorstehenden Zuschlag. Eine Gefahr, die es im Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben faktisch bislang kaum gab. Außerdem lässt sich die Pflicht nicht normativ begründen, sondern fußt auf einem bloßen obiter dictum des OLG Düsseldorf, das sich zudem in klaren Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 setzt⁷.

Vor diesem Hintergrund dürfte auch die Empfehlung eines auf Seiten eines nicht berücksichtigten Bieters beratenden Rechtsanwalts risikoreich sein, unter Berufung auf den Beschluss des OLG Düsseldorf gegen einen bereits abgeschlossenen Vertrag mit dem Einwand der Nichtigkeit vorzugehen.

Fußnoten:

1 ↑ Folgende landesrechtliche Regelungen sehen Vorabinformationspflichten vor: § 12 VgG M-V (mit einer Frist von 7 Kalendertagen); § 8 Abs. 1 SächsVergG (mit einer Frist von 10 Kalendertagen); § 19 Abs. 1 LVG LSA (mit einer Frist von 7 Kalendertagen); § 19 Abs. 1 ThürVgG (mit einer Frist von 7 Kalendertagen).

2 ↑ Vgl. Muñoz, in: Goede/Stoye/Stolz, Handbuch des Fachanwalts für Vergaberecht, 2017, 8. Kapitel Rn. 271.

3 ↑ So etwa auch Maimann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß: Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4.

Auflage 2016, § 134 Rn. 7.

4 ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – **27 U 25/17** – IBRRS 2018, 0225.

5 ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – **27 U 25/17** – IBRRS 2018, 0225; vgl. auch den Beitrag des Vorsitzenden Richters des 27. Senats, Dicks, VergabeR 2012, 531, 544.

6 ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – **27 U 25/17** – IBRRS 2018, 0225.

7 ↑ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – **1 BvR 1160/03** – **NZBau 2006, 791**, 795 f.

Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.12.2017 (**27 U 25/17**, VPRRS 2018, 0021) stellt die Praxis vor neue Herausforderungen.

© id Verlag

Leseranmerkungen zu diesem Beitrag:

Vollständige Ansicht 

bearbeiten 

 **Vorabinformationspflicht unterhalb der Schwellenwerte**
 Leseranmerkung zum Beitrag
 Von Dr. Matthias Krist [KRA] (krist@kdu.de; 05.03.2018, 15:29 Uhr).

bearbeiten 

 **Rechtlich zutreffend + praktisch anzuraten**
 Leseranmerkung zum Beitrag
 Von Michael Wiesner [miwi] (mw@wiesner-riemer.de; 05.04.2018, 23:07 Uhr).

bearbeiten 

 **Stellungnahme zu Leseranmerkungen**
 Leseranmerkung zu einer anderen Leseranmerkung
 Von Dr. Jakob Stasik [Gast - nicht eingeloggt] (stasik@zenk.com; 06.04.2018, 11:17 Uhr).

Was ist Ihre Meinung?

Leseranmerkung hinzufügen