



KG Berlin:

VON (GESTEIGERTEN) RÜGEPFLICHTEN PROFESSIONELLER BIETER UND (UN-)VERBINDLICHEN HÖCHSTABNAHMEMENGEN

von **DR. MARTIN JANSEN**

In seinem Beschluss vom 20.03.2020 (Verg 7/19) hat sich das Berliner Kammergericht (KG) gleich zu einer Vielzahl praxisrelevanter Fragen verhalten, insbesondere: Welche Rügeanforderungen gelten für professionelle Bieterunternehmen? Ist ein (Sektoren-) Auftraggeber bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen angesichts jüngerer EuGH-Rechtsprechung zur Bekanntgabe verbindlicher Höchstabnahmemengen verpflichtet? Können auch möglicherweise präkludierte Vergaberügen – und damit die gesamte Nachprüfung – als jedenfalls unbegründet zurückgewiesen werden?

SACHVERHALT

Ein Berliner Sektorenauftraggeber (AG) aus dem Verkehrssektor schrieb auf Basis der SektVO im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb eine großvolumige Rahmenvereinbarung über die Lieferung von U-Bahnen nebst Ersatzteilversorgungsvertrag aus.

Die Antragstellerin (ASt), eines von mehreren bietenden Großunternehmen, erhob ihre Vergaberügen erst nach Angebotsabgabe, d. h. erst im Anschluss an das Absageschreiben zu Gunsten der Beigeladenen und im Kern dahingehend, der AG habe für die Rahmenvereinbarung keine verbindliche Höchstabnahmemenge bekanntgegeben. Weil der AG dem Rügevorbringen nicht abhalf, begehrte die ASt Nachprüfung.

ENTSCHEIDUNG

Nachdem der Nachprüfungsantrag bereits vor der VK Berlin erfolglos geblieben war, wies der Vergabesenat des KG die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der ASt wegen „doppelter“ Unzulässigkeit (keine Antragsbefugnis, Rügepräklusion) sowie auch als unbegründet zurück.

In seiner Entscheidung beschäftigt sich das KG hierzu ausführlich mit den Voraussetzungen der – hier angenommenen - Rügepräklusion gemäß § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GWB („...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...“) sowie außerdem mit der Frage, ob ein



DR. MARTIN JANSEN
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Vergaberecht, Kapellmann und
Partner Rechtsanwälte mbB,
Lehrbeauftragter für
Vergaberecht an der Akademie
der Hochschule Biberach

(Sektoren-)Auftraggeber bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen aufgrund des EuGH-Urteils vom 18.12.2018 – Rs. C-216/17 („Autoritá“) in den Vergabeunterlagen verbindliche Höchstabnahmemengen anzugeben hat. In prozessualer Hinsicht stellte sich dem KG überdies u.a. die Frage, ob eine Nachprüfung auch mit möglicherweise präkludierten Rügen als jedenfalls unbegründet zurückgewiesen werden kann.

Die Angabe einer verbindlichen Höchstabnahmemenge für die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung lasse sich weder dem höherrangigen Unionsrecht noch dem nationalen Vergaberecht entnehmen, so das KG. Auf der Linie herrschender Rechtsprechung stellte es hinsichtlich der Erkennbarkeit von Vergabeverstößen – hier also vermeintlich der fehlenden Angabe zur Höchstabnahmemenge – darauf ab, ob dies für einen durchschnittlichen Teilnehmer des angesprochenen Bieterkreises mit üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkennbar gewesen sei. Ausgehend davon, dass Bieterunternehmen mit Blick auf den vorliegend ausgeschriebenen Großauftrag regelmäßig über Rechtsabteilungen mit vergaberechtlichen Kenntnissen verfügten, gehöre zum allgemeinen und grundlegenden Wissen eines solchen Bieterkreises auch die zeitnahe Kenntnis der aktuellen Vergaberechtsprechung. Konkret betreffe dies hier besagtes EuGH-Urteil aus 2018 („Autoritá“), welches in den Monaten vor Angebotsabgabe bereits mehrfach in der einschlägigen juristischen Fachpresse besprochenen worden sei. Danach müssten Rahmenvereinbarungen öffentlicher Auftraggeber zwar transparente Angaben zu Höchstmengen enthalten, keineswegs aber fordere der EuGH hiermit auch die Angabe einer verbindlichen Höchstmenge. Denn dem Sektorenauftraggeber solle mit dem Instrument der Rahmenvereinbarung im Sinne der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU (Erwägungsgründe 71f.) ja gerade ein gewisses Maß an Flexibilität eingeräumt werden. Damit sei vorliegend gemäß § 19 Absatz 1 Satz 2 SektVO lediglich zu prüfen, ob der AG das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermittelt und bekanntgegeben habe – was hier auch erfolgt sei.

Entgegen OLG Düsseldorf (Beschluss vom 21.10.2015 – VII-Verg 28/14) begegne es schließlich auch keinerlei Bedenken, möglicherweise präkludierte Rügen als jedenfalls unbegründet zurückzuweisen. Denn sei eine vergaberechtliche Rüge unbegründet, stelle sich die Frage einer Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB schon nicht.

PRAXISHINWEIS

Je professioneller ein Bieterunternehmen agiert und je voluminöser der konkret zu vergebene Auftrag ist, desto höher sind nach der Vergaberechtsprechung die Anforderungen an die „Erkennbarkeit“ von Vergabeverstößen für den fachkundigen Bieter, um diese sodann zur Vermeidung einer Präklusionswirkung spätestens bis zur Angebotsabgabe zu rügen. Im Sinne des KG sollten insoweit jedenfalls Rechtsabteilungen bietender Großkonzerne auch hinsichtlich der jüngeren (obergerichtlichen) Vergaberechtsprechung stets auf dem Laufenden sein – was zum Zwecke rechtzeitiger Rüge vor Angebotsabgabe dann womöglich auch eine (vorsorgliche) Einbindung externer Berater erfordern mag.

Darüber hinaus ist mit dem Berliner Vergabesenat jedenfalls für im Sektorenbereich ausgeschriebene Rahmenvereinbarungen eine belastbare Schätzung und Bekanntgabe voraussichtlicher Höchstabnahmemengen ausreichend, woran sich auch öffentliche Auftraggeber im Bereich „Klassischer“ Auftragsvergaben orientieren mögen. Denn insofern erscheint konsequent, diese zum Sektorenvergaberecht ergangene KG-Entscheidung auf Rahmenvereinbarungen „klassischer“ öffentlicher Auftraggeber zu übertragen, weil auch diesen nach Erwägungsgrund 61 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU mehr Flexibilität bei der Beschaffung eingeräumt werden soll. Sowohl der Wortlaut von § 4aEU Abs. 1 Satz 2 VOB/A (Rahmenvereinbarungen „Bau“) als auch derjenige des § 21 Absatz 1 Satz 2 VgV (Rahmenvereinbarungen „Liefer- und Dienstleistung“) lassen dies erkennbar zu. ■

