

# Neue Fristen: Chancen und Risiken

Worauf beim neuen Vergaberecht zu achten ist

(BS/Janka Gass/Klaus Willenbruch\*) Der Gesetzgeber hat mit der GWB-Novelle eine Reihe neuer Fristen eingeführt, die der Rechtssicherheit dienen sollen. Was sich auf dem Papier zunächst als unkompliziert darstellt, birgt in der Praxis so manche Fallstricke. Denn die neuen Fristen begannen nur zu laufen, wenn der Auftraggeber ausdrücklich auf sie hinweist.

## Einleitung des Nachprüfungsverfahrens

Mit der Vergaberechtsnovelle wurde in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB erstmals eine Antragsfrist für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eingeführt. Danach muss ein Nachprüfungsantrag spätestens 15 Kalendertage nach Zugang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, bei der Vergabekammer eingereicht werden. Vor dieser Neuerungen konnten Bieter auch bei negativer Bescheidung ihrer Rügen mit der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bis zum Ende der Zuschlagsfrist warten. Dies führte in der Praxis häufig dazu, dass Bieter während des laufenden Verfahrens möglichst viele Vergabefehler rügten und diese Rügen auf Vorrat sammelten, um sie dann bei verpasstem Zuschlagverfahren geltend zu machen.

Mit der Neuregelung des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB soll eine solche Vorgehensweise unterbunden werden. Rügt der Bieter einen Verstoß gegen das Vergaberecht und teilt der Auftraggeber ihm daraufhin mit, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, muss der Bieter binnen 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung über die Nichtabhilfe der Rüge ein Nachprüfungsverfahren einleiten, wenn er seine Rüge weiterverfolgen will. Das Sammeln von Rügen auf Vorrat ist damit nicht mehr möglich. So erhält der Auftraggeber zeitnah Rechtssicherheit darüber, ob das Vergabeverfahren angegriffen wird.

## Hinweis auf Antragsfrist

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass der öffentliche Auftraggeber wohl nur dann in den Genuss dieser Rechtssicherheit gelangt, wenn er die Bieter bereits in der EU-weiten Bekanntmachung der Vergabeabsicht ausdrücklich auf die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hinweist. So zumindest entschied jüngst die Vergabekammer Sachsen in einem Beschluss vom 11. Dezember 2009 (Az. 1/SVK/054-09). Die Vergabekammer begründete ihre Entscheidung damit, dass es sich bei der in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB geregelten Antragsfrist um eine echte Rechtsbehelfsfrist handle.

Für eine solche Frist sehe die europäische Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 unter Anhang VII Teil A u. a. vor, dass in der EU-weiten Bekanntmachung der Vergabeabsicht genaue Hinweise auf die Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen veröffentlicht werden müssten. Fehlt ein solcher Hinweis, so ist die Belehrung über die Einlegung von Rechtsbehelfen laut der Vergabekammer Sachsen fehlerhaft, Rechtsfolge der fehlerhaften Belehrung sei, dass gemäß § 58 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 79 VwVfG die Antragsfrist von 15 Kalendertagen nicht zu laufen beginne. Stattdessen gelte in entsprechender Anwendung des § 58 Abs. 2 VwGO eine Jahresfrist.

## Rechtssicherheit sichern

Dies ist auch folgerichtig. Schließlich gilt im Verwaltungsrecht gemäß § 58 VwGO i. V. m. § 79 VwVfG der Grundsatz, dass Betroffene über die Möglichkeit, Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe ergreifen zu können,

und über deren Voraussetzungen im konkreten Einzelfall belehrt werden müssen. Nur auf diese Weise kann effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden.

Im Ergebnis bleibt damit in den Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber in der EU-weiten Bekanntmachung nicht ordnungsgemäß über die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB belehrt hat, die bezweckte Rechtssicherheit gänzlich aus. Denn durch die Jahresfrist haben die Bieter dann ebenso wie vor der GWB-Novelle die Möglichkeit, Rügen zu sammeln und ein Nachprüfungsverfahren erst kurz vor Ende der Zuschlagsfrist einzuleiten.

Zwar ist der zitierte Beschluss der VK Sachsen, soweit ersichtlich, die erste Entscheidung zu diesem Thema. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber jedoch im eigenen Interesse zu empfehlen, in der EU-weiten Bekanntmachung ausdrücklich auf die Antragsfrist aus § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hinzuweisen; denn nur dann kommt er zweifelsfrei in den Genuss der Rechtssicherheit schaffen den Regelungen der GWB-Novelle.

## Unwirksamkeit von De-facto-Vergaben

Mit der Zielsetzung größtmöglicher Beschleunigung hat die Vergaberechtsnovelle in § 101b GWB in Zusammenhang mit der Heilung unwirksamer De-facto-Vergaben eine enge Fristenregelung für die Feststellung der Unwirksamkeit einer solchen Vergabe festgelegt. Nach § 101b Abs. 2 GWB kann die Unwirksamkeit nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union. Dem Auftraggeber,

der eine Beschaffung ohne Ausschreibung vornimmt, wird damit die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb einer sehr kurzen Frist von 30 Kalendertagen Rechtssicherheit zu erlangen. Betroffen sind dadurch nicht nur die Fälle, in denen die Ausschreibungspflicht unklar ist, bspw. die zahlreichen Abgrenzungsfälle des § 100 Abs. 2 GWB, sondern auch die Fälle bewusster Verletzung der GWB-Vorschriften zur Ausschreibungspflicht. Das Gesetz schafft damit ein einschneidendes Instrumentarium zugunsten der öffentlichen Auftraggeber.

## Passende Formulare

Allerdings zeigt sich auch in dem Zusammenhang in der Praxis ein erhebliches Anwendungsproblem. Denn bei Inkrafttreten der Vergaberechtsnovelle im April 2009 gab es noch kein passendes Formular für diese Bekanntmachung. Die "Bekanntmachung über vergebene Aufträge" (Standardformular 3-DE) passt nicht auf De-facto-Vergaben. Der damalige Anhang D "Gründe für die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung" betraf nämlich nicht den Fall der De-facto-Vergabe.

Dies hat sich erst mit der Verord-

nung (EG) Nr. 1150/2009 der Kommission vom 10. November 2009 geändert. Die jetzt zur Verfügung stehenden Formulare enthalten im Anhang D die Rubrik "Der Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie" und sehen für diesen Fall eine sehr ausführliche Begründungspflicht für die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung vor. Der Auftraggeber soll "klar und ausführlich" darlegen, warum die De-facto-Vergabe "rechtmäßig" ist und dabei die einschlägigen Fakten und ggf. die rechtlichen Schlussfolgerungen im Sinne der Artikel der Richtlinie 2004/18/EG anführen, und zwar mit max. 500 Worten.

## Fehler beim Ausfüllen

Dieses sinnvolle Erfordernis zwingt den Auftraggeber im Falle einer De-facto-Vergabe dazu, sich nicht nur Gedanken über die Ausschreibungs-freiheit zu machen, sondern diese auch zu veröffentlichen und so quasi "Farbe zu bekennen". An diese Voraussetzung wiederum knüpft sich wie selbstverständlich die Frage der Rechtsfolge einer falschen oder unzulänglichen Begründung und ggf. sonstiger Fehler beim Ausfüllen des Bekanntmachungsformulars, wozu bspw. auch die Angabe der zuständigen Stelle für Nachprüfungsverfahren und genaue Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen zählen.

Angesichts der einschneidenden Folge der Frist des § 101b Abs. 2 GWB müssen bei den bekanntmachenden Daten und Fakten strenge Maßstäbe angelegt werden. Die Bekanntgabe kann nur dann ihre Wirkungen entfalten, wenn sie mindestens die wesentlichen Angaben enthält, die den Leser in die Lage versetzen, ein ordnungsgemäßes Rechtsbehelfsverfahren zu führen. Dazu gehören im Prinzip alle abgefragten Angaben (Pflichtangaben), nicht aber die oben dargestellte Begründung zur De-facto-Vergabe.

## "Bewusst Irreführend"

Besonderes Gewicht kommt der richtigen Bezeichnung von Auftraggeber und Auftragnehmer sowie einer individualisierten Beschreibung des Auftragsgegenstandes (Beschaffungsgegenstandes) zu und den konkreten Angaben zum Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahren. Fehlen diese Basisinformationen, kann die Bekanntmachung über vergebene Aufträge nicht die ohnehin sehr knapp bemessene Frist des § 101b Abs. 2 GWB auslösen. Unzulänglichkeiten, Fehler und Mängel in der genannten Begründung für die gewählte De-facto-Vergabe indes können allenfalls dann die Wirksamkeit der Bekanntmachung tangieren, wenn sie bewusst irreführenden Charakter haben oder in sonstiger Weise Einfluss auf die unabhängige Entscheidung eines möglichen Interessenten haben, fristgemäß ein Nachprüfungsverfahren oder eine sonstiges Rechtsbehelfsverfahren zu initiieren. Fragen, die sich hinsichtlich der formellen Voraussetzungen an die Zustellung der Vergabekammerentscheidung ergeben, sind Gegenstand eines Beitrages in der kommenden Ausgabe.

\*Rechtsanwältin Janka Gass und Rechtsanwält Dr. Klaus Willenbruch, Taylor Wessing, Berlin und Hamburg