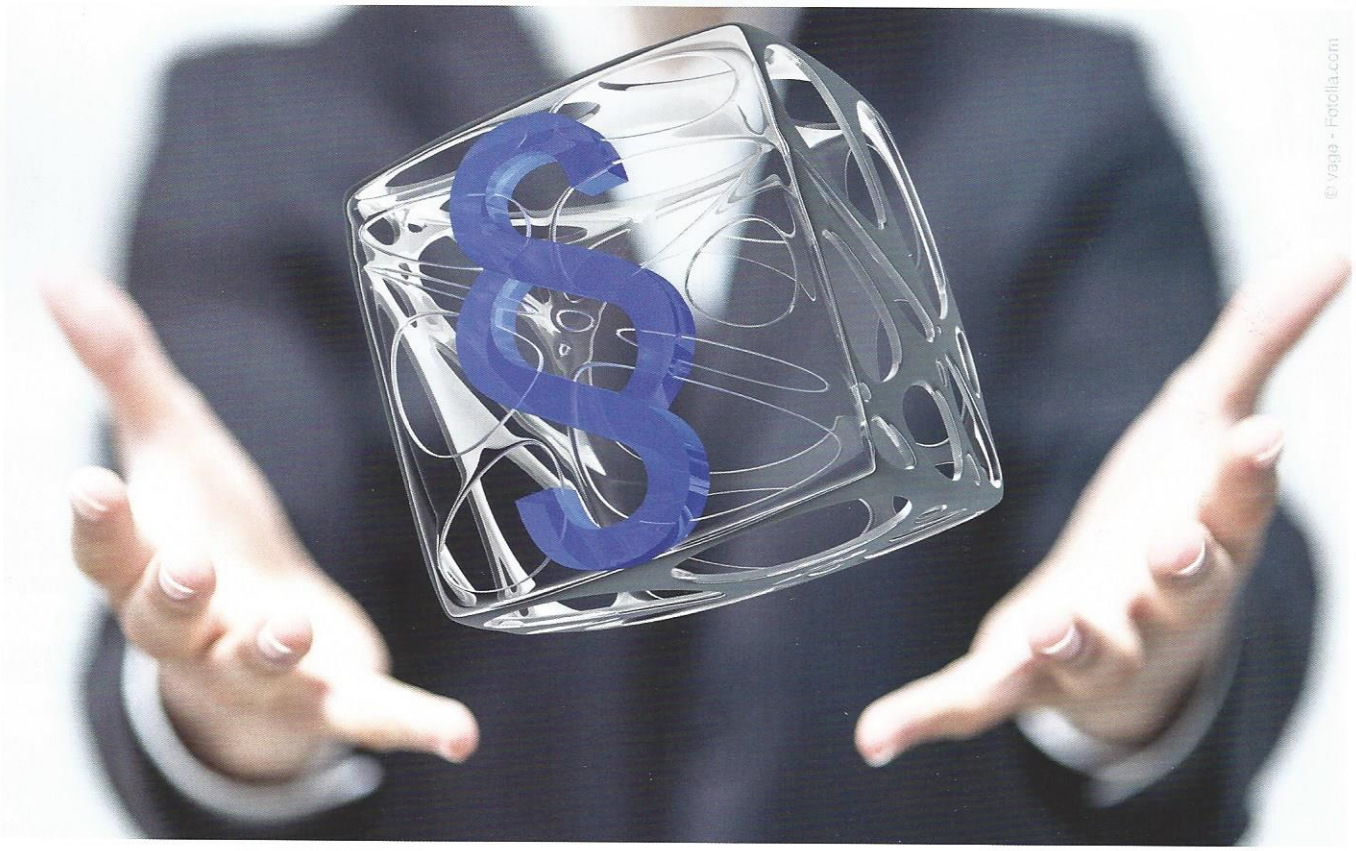


Entfall der Rügepflicht

Grundsätzlich muss ein Bieter einen Vergaberechtsverstoß gemäß § 107 Abs. 3 GWB rügen, bevor er einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellt. Der Grund: Dem Auftraggeber soll Gelegenheit gegeben werden, einen Rechtsverstoß zu beseitigen. Im Einzelfall kann die Rügepflicht aber entfallen, wenn dem betroffenen Bieter eine Rüge nicht zuzumuten ist. So auch hier. Der Nachprüfungsantrag eines Bieters war zulässig, obwohl er den behaupteten Verstoß nicht zuvor rügte (OLG Düsseldorf, 5.11.2014, VII-Verg 20/14).

Was war geschehen? In einem Vergabeverfahren versandte der Auftraggeber die Vorabinformationsschreiben am Abend des Gründonnerstag. Es folgten der Karfreitag, das Wochenende und der Ostermontag, bevor der betreffende Bieter am Dienstag darauf das Absageschreiben erhielt. Um rechtzeitig zugestellt zu werden, musste der Nachprüfungsantrag noch an dem folgenden Freitag bei der Vergabekammer eingehen. Somit verblieben dem Bieter nur etwas mehr als drei Tage für interne Besprechungen, die Einholung von Rechtsrat und die Entscheidung über ein Vorgehen gegen das Wertungsergebnis. In dieser Situation, so der Vergabesenat, kann dem Bieter nicht zugemutet werden, zusätzlich zu dem ohnehin aufwändigen Nachprüfungsantrag noch eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber auszusprechen und auf deren Beantwortung zu warten. Deshalb war der Nachprüfungsantrag zulässig, obwohl der Bieter den Verstoß nicht zuvor rügte.

Unklare Mindestlohnvorgabe – Ausschluss unzulässig

In einem Vergabeverfahren verlangte der Auftraggeber von den Bietern eine Erklärung zur Einhaltung des Mindestlohns. Dazu, wie hoch der Mindestlohn ist und welcher Tarifvertrag anwendbar ist, enthielten die Vergabeunterlagen nichts. Ein Bieter sicherte dies zu, erklärte aber zugleich, es finde für die Entlohnung seines Personals kein Tarifvertrag Anwendung. Daraufhin schloss ihn der Auftraggeber vom Vergabeverfahren aus. Zu Unrecht, wie der Berliner Vergabesenat nun entschied (KG, 26.9.2014, Verg 5/14).

Zum einen bestanden keine Anhaltspunkte, dass der Bieter untertariflich zahle, weil er der Auffassung ist, dass kein Tarifvertrag anwendbar ist. Vielmehr kann er auch übertariflich zahlen. Außerdem, so der Vergabesenat weiter, war die Ausschreibung intransparent, weil sie nicht selbst den maßgeblichen Tarif- beziehungsweise Mindestlohn nennt.

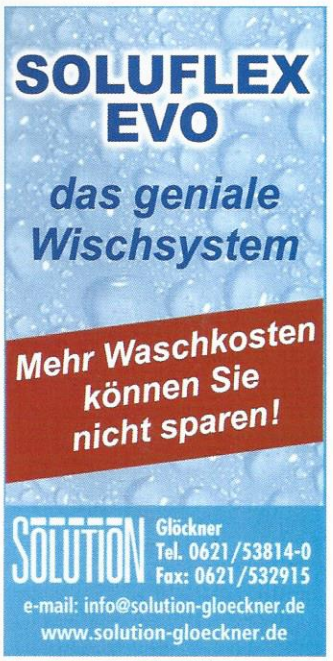
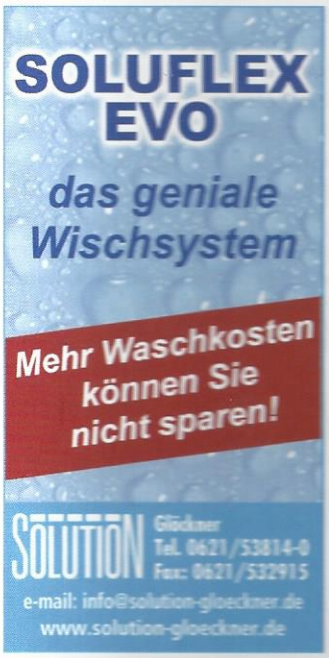
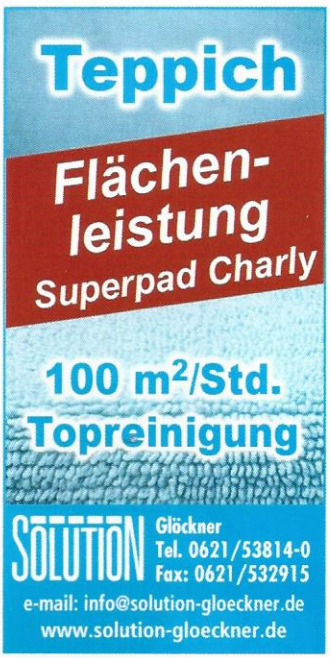
Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Soudry & Soudry Rechtsanwälte. Dort berät er öffentliche Auftraggeber und Unternehmen bei Ausschreibungen und in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren

Denn das Transparenzgebot fordert, dass die Ausschreibung alle Info-rmationen enthält, die ein Bieter benötigt, um entscheiden zu können, ob er sich an der Ausschreibung beteiligt.
Hierzu gehören auch der einschlägige Tarifvertrag beziehungsweise die Höhe des Mindestlohns.

Tariftreue- und Vergabegesetz NRW europarechtswidrig

Das nordrhein-westfälische Tariftreue- und Vergabegesetz ist europarechtswidrig. Der EuGH hat entschieden, dass deutsche Auftraggebern Bietern aus dem EU-Ausland keine Mindestlöhne vorschreiben dürfen (EuGH, 18.9.2014, Rs.C-549/13). Die unterschiedlichen Lohnniveaus verschiedener EU-Staaten können nicht übergangen werden. Sie sind Ausfluss unterschiedlicher Lebensumstände. Deshalb verletzt es die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Bieter, wenn sie an deutsche Mindestlöhne gebunden sind, obwohl die bei ihnen geltenden Mindestlöhne deutlich niedriger sind. Die Entscheidung des EuGH betrifft allerdings nur die Teilnahme ausländischer Bieter an Vergabeverfahren in Deutschland. Für rein nationale Vergabeverfahren gilt sie nicht, es sei denn, ein Bieter bezieht ausländische Nachunternehmer mit ein.

VK Bund zu Anforderungen an Auskömmlichkeitsprüfung

Bestimmt ein Auftraggeber einen Wert, ab dem ein Angebot auf seine Auskömmlichkeit hin geprüft werden soll, muss er diesen den Bietern nicht zuvor mitteilen. Da die Gerichte keine festen Aufgreifschwellen vorsehen und ein Erreichen des Werts nur zu einer Aufklärung und nicht zwingend zu einem Ausschluss führt, ist die Bekanntgabe der internen Wertgrenze für die Auskömmlichkeitsprüfung nicht erforderlich.
Im Rahmen einer erfolgenden Aufklärung ist es aber grundsätzlich Sache des Bieters, Zweifel an der Auskömmlichkeit seines Angebotes zu entkräften.

Auftraggeber müssen zwar ein konkretes Aufklärungsverlangen formulieren. Dabei darf sich die Auskömmlichkeitsprüfung nicht auf einzelne Preise beschränken. Allerdings muss ein Bieter dem Aufklärungsverlangen durch belastbare und nachvollziehbare Angaben entsprechen.
Im vorliegenden Fall konnte der Bieter die von ihm angegebenen Kranken-, Urlaubs- und Feiertage ebenso wenig aufklären wie die Zusammensetzung der Kalkulation im Einzelnen.
Daraufhin wurde sein Angebot zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen (VK Bund, 15.10.2014, VK 2-83/14).