

# Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen

DR. INGO FRANZIUS

12. APRIL 2011



GAPPMEYER & PARTNER

## Übersicht

1. Ausgangssituation
2. Gegenstand eines Rechtsschutzbegehrens
  - Primär- und Sekundärrechtsschutz
3. Das Nachprüfungsverfahren
  - Zugangsvoraussetzungen
  - Inhaltliche Anforderungen
  - Maßnahme und Entscheidungen der Vergabekammer
  - Kosten
  - Rechtsmittel
4. Schadensersatz
5. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte
  - Status quo
  - Reformdiskussion

2



GAPPMEYER & PARTNER



## EU-Schwellenwerte seit 01.01.2010

AUFTRAGSART	SCHWELLENWERT NETTO
Bauftrag (VOB/A)	4.845.000 Euro
Dienst-, Lieferleistung und sonst. Leistung (VOL/A)	193.000 Euro Bei Aufträgen der obersten und oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundes-einrichtungen 125.000 Euro
Dienst-, Lieferleistung und sonst. Leistung (SektVO)	387.000 Euro
Übrige Dienstleistungen	193.000 Euro
Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen	Maßgeblich ist der Schwellenwert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags

5



GAPPMEYER &amp; PARTNER

## Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen Ziele des Unternehmens:

### I. Primär (i.R. während des Vergabeverfahrens)

- Überprüfung der Vergabeunterlagen auf Richtigkeit
- Überprüfung der Wertungsentscheidung des AG (Wertung/Ausschluss von Angeboten)
  - eigenes Angebot
  - Angebot eines Konkurrenten  
ggf. mit dem Ziel, Zuschlag an ein konkurrierendes Unternehmen verhindern

### II. Sekundär (nach Abschluss des Vergabeverfahrens)

- Schadensersatz
  - Angebotsbearbeitungskosten
  - Entgangener Gewinn

### III. EU-Vertragsverletzungsverfahren

6



GAPPMEYER &amp; PARTNER

## Gegenstand eines Rechtsschutzbegehrens (Beispiele)

### Gleichbehandlung/Transparenz

- ungerechtfertigte Eignungsnachweise
- unerwartete Leistungsmerkmale
- ungerechtfertigte Anforderungen
- undurchschaubare Angaben
- einseitige Spezifikationen
- vernachlässigte Dokumentation
- nicht veröffentlichte Zuschlagskriterien

### Wettbewerb

- Vorgaben zur Ortsansässigkeit des Bewerber
- zu hohe Eignungsanforderungen
- Abgabe eines „offenen Angebots“
- Doppelbeteiligungen
- Aufhebung der Ausschreibung zum Schein

### Wirtschaftlichkeit

- Fehlerhafte Angebotsauswertung

7



GAPPMAYER PARTNER

## Das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren, §§ 102 ff. GWB

- Nur oberhalb der Schwellenwerte
- **Zuständigkeit:** Vergabekammer/OLG (**abschließend**)
- **Verfahrensziel:** Feststellung der Rechtswidrigkeit des laufenden Vergabeverfahrens und Anordnung „geeigneter Maßnahmen“ zur Beseitigung
- **Zuschlagsverbot** während Nachprüfungsverfahren (§115 I GWB)
- **Entscheidungsfrist:** grds. 5 bzw. 7 Wochen
- **Akteneinsicht** (§ 111 GWB)
- **Amtsermittlungsgrundsatz** aber keine allgemeine Rechtskontrolle, keine Aufhebung eines wirksam erteilten Zuschlags
- Entscheidung der Vergabekammern mittels „**sofortiger Beschwerde**“ bei OLG angreifbar.
- Hinweise zur Nachprüfung in der Vergabebekanntmachung

8



GAPPMAYER PARTNER

## Statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren, § 129a GWB

Statistik Nachprüfungsverfahren	1999	2002	2004	2007	2008	2009	2010
Anzahl der Anträge bei den Vergabekammern insgesamt	395	1092	1493	1119	1158	1275	1065
Rücknahme	120	369	592	433	441	472	364
Unzulässigkeit	51	148	175	77	104	85	71
Sachentscheidung zugunsten öffentlicher Auftraggeber	45	134	294	174	190	236	206
Sachentscheidung zugunsten Antragsteller	41	153	160	187	163	206	146
Beschwerden beim OLG	50	245	314	197	227	199	226
Zurückgewiesen	18	81	88	51	64	49	55
Überwiegend erfolgreich	12	36	46	32	7	9	10

9



GAPPMEYER PARTNER

## Zugang zum Nachprüfungsverfahren § 107 ff. GWB

1. **Antragserfordernis** (nicht von Amts wegen)
2. **Antragsbefugnis**
  - Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag,
    - (a) Beteiligung am Vergabeverfahren
    - (b) Ausnahme: Keine Beteiligung möglich
  - Verletzung des Bieterrechts auf Einhaltung der Vergabebestimmungen,
  - Darlegungslast, dass durch behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht,
    - (a) Abgabe eines aussichtsreichen Angebots,
    - (b) Ausnahme: kein aussichtsreiches Angebot,  
( aber: denselben Ausschlussgrund wie alle übrigen Bieter)
    - (c) Wahl der „falschen Verfahrensart“?
2. **Rügeverpflichtung!**
3. **Antragsfrist** Neu: 15 Tage nach Ablehnung der Rüge

10



GAPPMEYER PARTNER

## Rüge als Verfahrensvoraussetzung

§ 107 Abs. 3 GWB enthält:

- eine Zulässigkeitsvoraussetzung für den Nachprüfungsantrag und
- stellt zudem eine materielle Präklusionsregel dar.

Unzulässigkeit des Nachprüfungsbegehrens und Präklusionswirkung beschränken sich auf diejenigen Vergaberechtsverstöße, die entgegen §107 Abs. 3 GWB nicht (rechtzeitig) gerügt worden sind.

11



GAPPMAYER PARTNER

## Rüge als Verfahrensvoraussetzung

1. Rügeobliegenheit gilt nur für solche Vergaberechtsfehler, die bis zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu rügen gewesen wären.
2. Darlegungs- und Feststellungslast dafür, dass der Antragsteller seiner Rügeobliegenheit nicht entsprochen hat, trägt der öffentliche Auftraggeber.
3. (Rechtzeitige) Rüge ist Voraussetzung für einen zulässigen Nachprüfungsantrag.

12



GAPPMAYER PARTNER

## Rüge als Verfahrensvoraussetzung Wann muss gerügt werden? (I)

### 1. §107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1:

Unverzügliche Rüge von erkannten Verstößen  
(positive Kenntnis der einen Verstoß begründeten  
Tatsachen)

Kenntnis erfordert

- das Wissen von denjenigen Tatsachen, aus denen sich der Vergaberechtsverstoß ergibt

u n d

- die zumindest laienhafte Wertung, dass es sich in dem betreffenden Punkt um ein rechtlich zu beanstandendes Vergabeverfahren handelt.

**Sonderfall:** „Mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis“ (strenge Anforderungen!!)

13



GAPPMAYER PARTNER

## Rüge als Verfahrensvoraussetzung Wann muss gerügt werden? (II)

### 2. §107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2:

Erkennbar aus Bekanntmachung  
Bis Fristablauf für Angebote/Bewerbungen

### 3. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 (Neu):

Erkennbar aus Vergabeunterlagen  
Bis Fristablauf für Angebote/Bewerbungen

- Maßstab beim Begriff der Erkennbarkeit in Nr. 2 und 3: auch individuelle Erkenntnisse des Bewerbers oder nur Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlicher Bewerber?

### Aber:

Vorrang des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB (*Unverzüglichkeit bei erkannten Verstoß*) gegenüber § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB (Erkennbarkeit) bei gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen

14



GAPPMAYER PARTNER

## Rüge als Verfahrensvoraussetzung Welche Frist gilt?

Zu rügen ist *unverzüglich* nach Kenntniserlangung.  
Es stehen **maximal zwei Wochen** zur Verfügung.

- angemessene Überlegungsfrist, ob überhaupt eine Rüge erhoben werden soll;
- Einholung von Rechtsrat
- Abfassung des Rügeschreibens unter Beachtung der Eilbedürftigkeit der Angelegenheit für den Auftraggeber
- 5-7 Tage
- 1-3 Tage

(OLG Schleswig, VergabeR 2001, 214, 216 und OLG Koblenz, Beschl. v. 18.09.2003, 1 Verg 4/03):

**Aber** : „unbestimmte Rügefrist“ europarechtswidrig?

(vgl. Urteile des EuGH vom 28.01.2010 in den Rechtssachen C-406/08 und C-456/08)

- „*Unverzüglichkeitserfordernis*“ ist nicht mehr anwendbar  
(vgl. VK Hamburg vom VK BSU 2/10 v. 07.04.2010)

15



GAPPMEYER &amp; PARTNER

## Anforderung an Rügeschreiben

- Erkannte Fehler benennen
- Unverzüglich
- Erkennbare Fehler aus der Bekanntmachung bei Angebotsabgabe rügen
- Zweck, Auftraggeber Gelegenheit geben, Verhalten zu korrigieren
- Ggf. Frist setzen
- Hinweise mit Erläuterung, die die Identifizierung des Fehlers erlauben
- Aus Beweisgründen: schriftlich rügen
- Kein Anwalt erforderlich und Kosten: (-)

16



GAPPMEYER &amp; PARTNER

## Reaktionsmöglichkeiten der Vergabestelle auf Rügeschreiben

- nichts tun
- zügige und umfassende Rügebeantwortung
- Gespräch mit dem Bieter
- Schutzschrift

17



GAPPMAYER PARTNER

## Verwirkungsmöglichkeit nach Rügezurückweisung

§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB - erledigt alle Rügen, wegen derer nicht 15 Tage nach Zurückweisung ein Nachprüfungsantrag gestellt wurde.

- Abschaffung der „Vorratsrüge“, aber
- zugleich Zwang zum Nachprüfungsantrag!
- Rechtsmittelfrist, auf die der AG in den Vergabeunterlagen hinweisen muss. Unterlässt er dies, beginnt die Frist nicht zu laufen.

(OLG Celle v. 26.04.2010, 13 Verg 4/10; VK Sachsen v. 11.12.2009 - 1/SVK/054-09)

18



GAPPMAYER PARTNER

### Optionen der Beteiligten

- Bieter hat kein Interesse am Nachprüfungsantrag:  
vor Submission: Rüge aussprechen, aber keine Frist zur Abhilfe setzen.
- Vergabestelle will keinen Nachprüfungsantrag:  
vor Submission: der Rüge nicht abhelfen, aber keine förmliche Beantwortung, so dass der Fristlauf nicht beginnt

19



GAPPMAYER PARTNER

### Schutzschrift

- Versuch der Verhinderung der Zuschlagsuntersagung
- vorsorglicher Schriftsatz des AG an die Vergabekammer
- zielt auf offensichtliche Unzulässigkeit/Begründetheit
- Kosten erstattungsfähig

20



GAPPMAYER PARTNER

### Der Nachprüfungsantrag Inhaltliche Anforderungen (§108 GWB) :

- Schriftlich (zwingend)
- Begründungserfordernis (zwingend)
  - Unverzüglich begründen
  - Verdeutlichung eines bestimmten Begehrens - Antrag (soll)
  - Bezeichnung des Antraggegners
  - Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung
  - Bezeichnung der verfügbaren Rechtsmittel
  - Darlegung einer erfolgten Rüge
  - Benennung der sonstigen Beteiligten (Beigeladene)

21



GAPPMEYER PARTNER

### Die Erforschung des Sachverhaltes Amtsermittlung, § 110 GWB

Die Vergabekammer

- *(weist offensichtlich unzulässige/unbegründete Anträge sofort zurück,)*
- fordert Akten von der Vergabestelle an,
- berücksichtigt Parteivorbringen und kann darüber hinaus Sachverhalt ermitteln  
aber: Rechtmäßigkeitskontrolle jedoch nur in Bezug auf eigene Bieterrechte!
- stellt zwingende Ausschlussgründe für das Angebot des Antragstellers fest (Abweichung von Vergabeunterlagen, unvollständiges Angebot)
- stellt unheilbare Vergaberechtsverstöße fest  
Aufhebung des Vergabeverfahrens

22



GAPPMEYER PARTNER

### Folge des Nachprüfungsantrag:

Übermittlung des NPA an AG

- Zuschlagsverbot (§115 Abs. 1 GWB)
- Gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB
- Zuschlagsverbot erlischt mit Ende des Nachprüfungsverfahrens
- Verlängerung des Zuschlagsverbot mittels sofortiger Beschwerde (§118 Abs. 1 S. 3 GWB)

23



GAPPMEYER PARTNER

### Akteneinsicht, § 111 GWB

beginnt mit Antragstellung  
außer: offensichtlich unzulässiger Antrag

**Hinweis:** Als Antragsteller immer wahrnehmen !

- Umfang wird von Vergabekammer unterschiedlich gehandhabt/daher dazu im Antrag vortragen
- Als Bieter bei Angebotsabgabe erklären, welche Unterlagen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten
- keine absolute Sicherheit des Bieters vor Akteneinsicht, Vergabekammer kann abwägen

24



GAPPMEYER PARTNER

### Resultat eines Nachprüfungsverfahrens, § 114 GWB

- Zuschlag nur in Ausnahmefällen
- Vergabekammer gibt Vergabestelle auf, Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung zu wiederholen
- Feststellung Vergabeverstöß (wichtig für späteren Schadensersatzprozess)

25



GAPPMEYER PARTNER

### Nachprüfungsverfahren taktische Konsequenzen:

1. Erfolg vor Vergabekammer führt nicht notwendig zum Auftrag
  - a) Aufhebung bleibt möglich
  - b) Wertungswiederholung mit ungewissem Ausgang (Pyrrhussieg)
2. Vergabeverzögerungsrisiko ?
3. Kosten des Verfahrens erhöhen sich erheblich durch
  - a) Beigeladene
  - b) Eilanträge
  - c) Gutachter- und Eigenaufwand

26



GAPPMEYER PARTNER

### Die Vorabgestaltung des Zuschlags, § 115 Abs. 2 GWB

- Auf Antrag AG oder vorgesehener Zuschlagsbieter
  - Umfassende Interessenabwägung !!
  - **Auch:** Aussichten, den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erhalten
- Entsprechend: § 118 Abs. 2, § 121 Abs. 1 GWB!

27



GAPPMAYER PARTNER

### Neuer Kostenrahmen, § 128 GWB

- Mindestgebühr EUR 2.500,00
- Regelhöchstgebühr EUR 50.000,00
- Im Einzelfall: bis EUR 100.000,00
- Entscheidung zur Kostentragung nach billigem Ermessen
- Aufwendungsersatz auch bei Rücknahme

28



GAPPMAYER PARTNER

### Kosten bei Antragsrücknahme § 128 Abs. 4 GWB

„(4).....Nimmt der Antragsteller seinen Antrag zurück, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu erstatten.“



Wegen der erweiterten Kostentragungspflicht des Antragstellers entfällt der Anreiz zur Rücknahme eines Nachprüfungsantrags

29



GAPPMEYER PARTNER

### Rechtsschutz gegen Vergabekammerentscheidungen Sofortige Beschwerde zum OLG (Überblick)

- Frist: zwei Wochen (Notfrist) nach Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer
- Beschwerdefähige Entscheidung
- Beschwerdebefugnis
- Beschwerdebegründung (zugleich mit Einlegung)
- Vertretung durch RA
- Ggf. Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung

30



GAPPMEYER PARTNER

## Missbrauch des Vergaberechtsschutzes

Schadenersatzpflicht des Bieter gegenüber AG nach § 125  
GWB :

Antrag auf Nachprüfung von vornherein unbegründet, z.B.:

1. die Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzliche oder grob fahrlässige vorgetragene falsche Angaben zu erwirken,
2. die Überprüfung mit dem Ziel zu beantragen, das Vergabeverfahren zu behindern oder Konkurrenten zu schädigen
3. Einen Antrag in der Absicht zu stellen, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen.

 geringe Relevanz in der Praxis!




GAPPMEYER PARTNER

31

## Mangelhafter Rechtsschutz unterhalb der Schwelle

- Kein Nachprüfungsverfahren möglich!
- Verwaltungsgericht unzuständig, BVerwG, Urteil v. 02.05.2006, 6 B 10.07.
- Vergabeprüfstellen: Ländersache, meist abgeschafft
- Nur in Sachsen: Kurz-Nachprüfung möglich nach Sächsischem Vergabegesetz und Durchführungsverordnung

 Aber: lt. Koalitionsvertrag wird zur Zeit Rechtsschutz unterhalb der Schwelle geprüft werden



GAPPMEYER PARTNER

32

## Schadensersatzansprüche des Bieters

1. Die Schadensersatzpflicht des AG (§ 126 GWB)
  - Objektive Verletzung bieterschützender Vorschriften
  - Echte Chance ohne Verstoß
  - Rechtsfolge: negatives Interesse (Kosten der Angebotsbearbeitung)
2. Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB)
  - Objektive Verletzung bieterschützender Vorschriften
  - i.R. Zuschlagerteilung ohne Verstoß
  - Schutzwürdiges Vertrauen (Vergabeverstoß nicht erkannt oder hätte erkennen müssen)
  - Verschulden des AG
  - Pflichtverletzung führt zum Schaden (kausal)
  - Rechtsfolge: negatives Interesse/positives Interesse (entgangener Gewinn)
3. Anspruch aus unerlaubter Handlung (§823 BGB)

33



GAPPMEYER PARTNER

## Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

### Verfügungsanspruch aus Vergabeordnung i.V.m. Art. 3 GG

- Bei nicht gerechtfertigtem Verstoß, Willkür  
(OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2007, 13 W 79/07, OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.11.2007, 13 O 360/07)
- Verstoß gg. Transparenzgrundsatz  
(LG Cottbus, Beschl. v. 24.10.2007, 5 O 99/07, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2008, 27 W 2/08)

34



GAPPMEYER PARTNER

## Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Rechtsschutzfreundlich OLG Düsseldorf:

*Im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens unterhalb der Schwellenwerte nach der VOB/A, mit welchem sich der öffentliche Auftraggeber den Vorgaben der VOB/A unterwirft, hat der Bieter aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis Anspruch darauf, dass diese Vorgaben auch beachtet werden.*

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2008, 27 W 2/08; Beschl. v. 13.01.2010, 27 U 1/09, Ebenso LG Potsdam, Beschl. v. 20.11.2009, 4 O 371/09.



GAPPMEYER & PARTNER

35

## Effektivität des Rechtsschutzes?

Schadensersatz als „Sekundärrechtsschutz“

- **Negatives Interesse** – Angebotsbearbeitungskosten meist irrelevant und aufwendig nachzuweisen
- **Positives Interesse** – prohibitive Anforderungen an die Anspruchsdarlegung durch extrem restriktive Rechtsprechung des X. Zivilsenats des BGH



GAPPMEYER & PARTNER

36

### Ausblick: Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte (Reformmodelle)

1. Verwaltungsinternes Verfahren mit Vorabinformation
  - Anrufung der zuständigen Aufsichtsbehörde (vgl. Sachsen)
  - Kein Rechtsmittel
2. Rechtsschutz nach ZPO
  - Gerichtliche einstweilige Verfügungen (§§ 935 ff. ZPO) (wie bisher)
  - Aber: spezifische Ergänzungen der ZPO mit Regeln aus dem Vergaberecht ( Bieterinformation)
3. Beschränkte Übernahme Rechtsschutz GWB (oberhalb der Schwelle ) – „schlanker Rechtsschutz“
  - prozessuale Verfahrenserleichterungen und Beschleunigung
  - Beschränkung des Prüfungsmaßstab?, Bagatellgrenze?
4. Übernahme Rechtsschutz GWB (oberhalb der Schwelle)

37



GAPPMAYER &amp; PARTNER

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. Ingo Franzius

Gappmayer & Partner Rechtsanwälte

Herbert-Weichmann-Str. 56  
22085 Hamburg

Telefon: +49 40 229 40 40  
Telefax: +49 40 229 40 410

[www.gappmayer.de](http://www.gappmayer.de)  
[info@gappmayer.de](mailto:info@gappmayer.de)



GAPPMAYER &amp; PARTNER