

Merkblatt für Unternehmen

Rechtsschutz für Bieter **Checkliste für Nachprüfungsanträge und Beispiel einer Rüge**

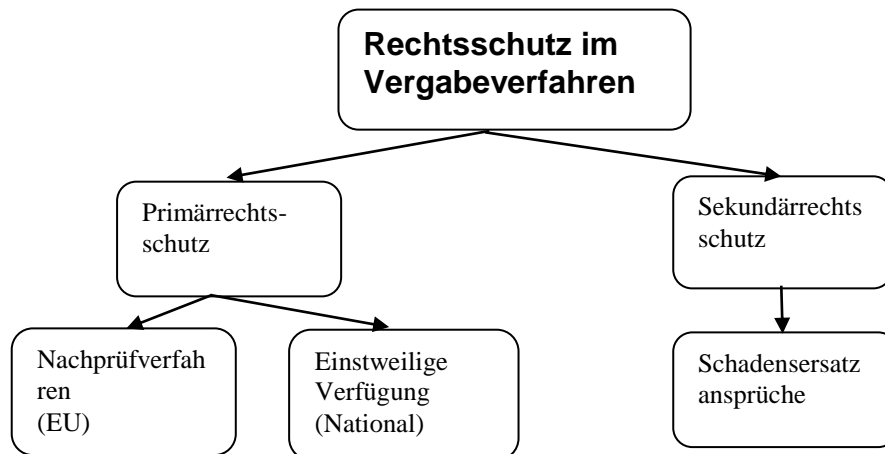
Dieses Merkblatt wurde mit großer Sorgfalt erarbeitet. Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhaltes kann ungeachtet dessen nicht übernommen werden.

Autoren: Sabine Tauber

Aktualisierungen: Steffen Müller, Sabine Tauber

Stand: November 2019

Rechtsschutz in Vergabeverfahren



Primärrechtsschutz dient dem Zweck, einem an einen Auftrag interessierten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, mit Hilfe eines Gerichts bzw. der Vergabekammer (GWB) **direkten Einfluss auf das Vergabeverfahren** zu nehmen. Ein öAG kann damit zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet werden, bevor der Auftrag wirksam vergeben wird. Man behält die Chance, den Zuschlag für sich zu „erstreiten“.

Sekundärrechtsschutz führt nicht zu einer Einflussnahme auf das Vergabeverfahren selbst, sondern ist gerichtet auf den **Ausgleich geldwerter Nachteile**, die einem Unternehmen durch ein vergaberechtswidriges Tun oder Unterlassen des öAG in einem abgeschlossenen Vergabeverfahren entstanden sind.

Rechtsschutz über dem EU-Schwellenwert

Nach § 97 Abs. 6 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) haben Unternehmen einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Das besondere Rechtsschutzsystem des Vergaberechts sieht ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer vor. Das Nachprüfungsverfahren wird von der Vergabekammer nur auf Antrag eingeleitet.

Voraussetzungen:

1. Zuschlag: Der Zuschlag ist noch nicht erteilt worden.

2. Auftragsvolumen: Der Vergaberechtsschutz nach dem GWB gilt nur für die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen ab Erreichung der jeweiligen EU-Schwellenwerte (ohne MwSt.) vgl. § 106 Abs. 1 GWB.

3. Auftraggeber: Die Vergabestelle ist ein öffentlicher Auftraggeber. Ist der Auftrag dem Bund zuzurechnen, ist das Bundeskartellamt zuständig, anderenfalls eine Vergabekammer der Länder (z.B. in Schleswig-Holstein VK SH in Kiel).

4. Rüge: Vor der Antragstellung müssen Sie den Vergaberechtsverstoß gegenüber der Vergabestelle gerügt haben. Die Einzelheiten der Rügeobliegenheit sind in § 160 Abs. 3 GWB geregelt (vgl. Beispiel einer Rüge).

5. Vergaberechtsverstöße: Beschreiben Sie im Antrag, welche Vergaberechtsverstöße dem Auftraggeber vorgeworfen werden.

6. Schaden: Erklären Sie im Antrag, inwieweit sich die Vergaberechtsverstöße für Sie nachteilig auswirken könnten: Hatten Sie reelle Zuschlagschancen, die sich durch die Vergabefehler verschlechtert haben?

7. Vorschuss: Voraussetzung für eine Übermittlung des Antrags durch die Vergabekammer ist die Zahlung eines Vorschusses in Höhe einer Mindestgebühr von 2.500 € nach § 182 Abs. 2 GWB)

8. Belege: Sie sollten als Anlagen Folgendes anfügen:

- a. Kopien der Ausschreibungsunterlagen, die obige Angaben belegen,
- b. Kopie des Rügeschreibens sowie der Stellungnahmen der Vergabestelle (soweit vorhanden),
- c. Kopie des Vorabinformationsschreibens der Vergabestelle nach § 134 Abs. 1 GWB,
- d. Nachweis über die Zahlung des oben genannten Vorschusses.

Richten Sie Ihren Nachprüfungsantrag an die in den Unterlagen genannte Vergabekammer. In Schleswig-Holstein ist das in der Regel die

Vergabekammer Schleswig-Holstein beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus

Düsternbrooker Weg 94

24105 Kiel

E-Mail: vergabekammer@wimi.landsh.de

Telefon: 0431 988-4640

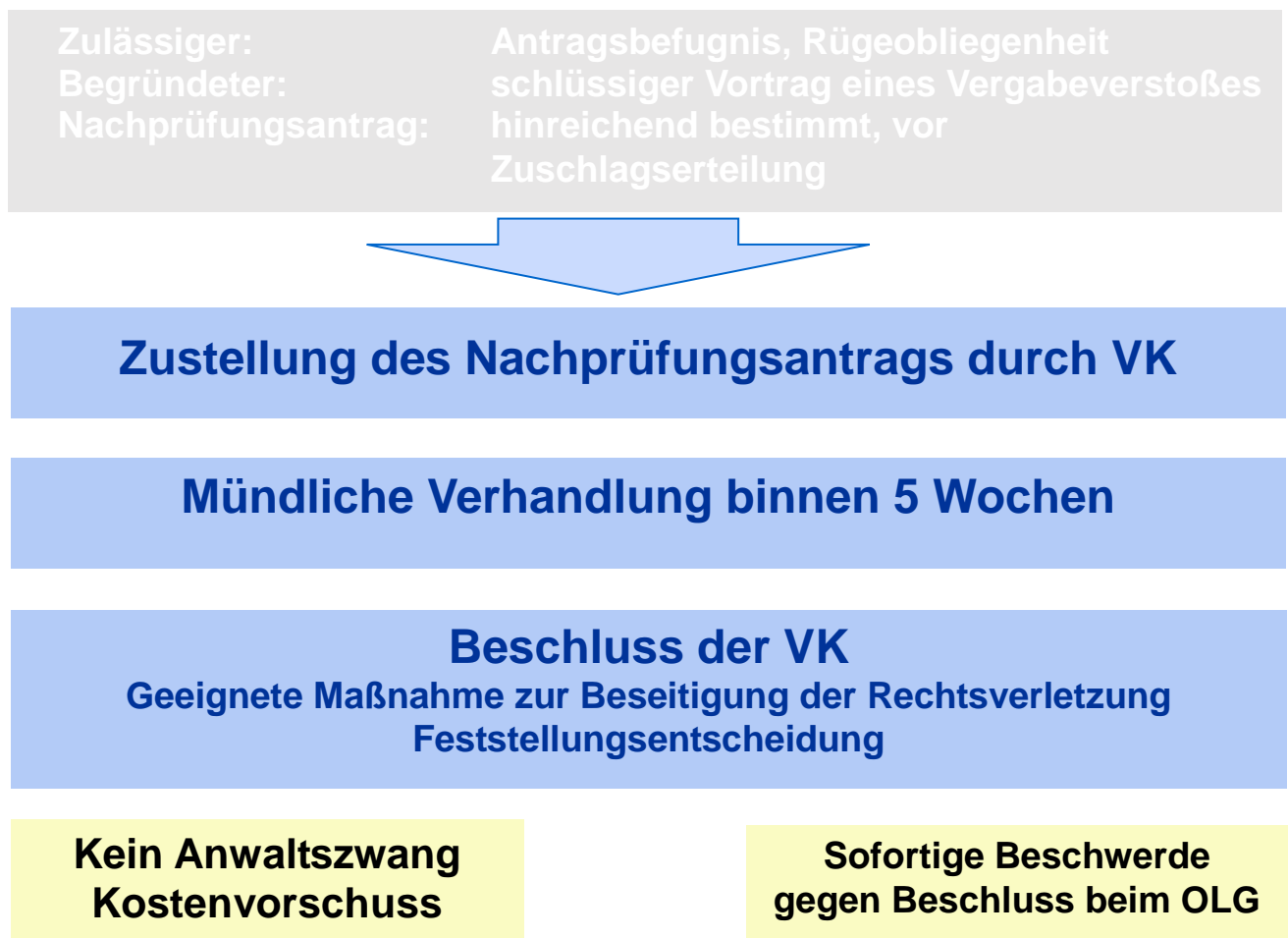
Fax: 0431 988-4702

Übermitteln Sie den Nachprüfungsantrag so rechtzeitig innerhalb der Informations- und Wartefrist nach § 134 Abs. 1 GWB, dass die Vergabekammer den Antrag auf seine offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit prüfen und noch vor Ablauf dieser Frist an den öffentlichen Auftraggeber übermitteln kann. Das gesetzliche Zuschlagsverbot wird erst mit Übermittlung des Nachprüfungsantrags in Textform an die Vergabestelle ausgelöst. Bei einer Weigerung des Auftraggebers, einer Rüge

abzuhelfen, beachten Sie bitte die gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB geltende 15-Tage-Frist für die Stellung des Nachprüfungsantrags.

Die Nachprüfung des Antrags erfolgt mündlich innerhalb von 5 Wochen nach Zustellung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer. Der darauffolgende Beschluss der Vergabekammer beinhaltet geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverletzung.

Schema eines Nachprüfungsverfahrens



Rechtsschutz unterhalb des Schwellenwertes

Auch im Unterschwellenbereich wird der Primärrechtsschutz generell bejaht. Ein Bieter kann im Wege des Primärrechtsschutzes die Unterlassung der Zuschlagserteilung erwirken. Dieser Unterlassungsanspruch ist nicht auf willkürliche Handlungsweisen des Auftraggebers beschränkt und kann im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach §§ 935, 940 ZPO vor dem Zivilgericht durchgesetzt werden. Dabei kann man sich auf Artikel 3 Abs.1 GG berufen.

Aus Art. 3 GG folgt, dass auch im unterschwelligen Vergabewesen ein effektiver Schutz des Bieters zu gewährleisten ist. Bieter müssen nicht vor jeder Fehlentscheidung staatlicher Stellen geschützt werden, jedenfalls aber vor Verfahrensfehlern, die ein solches Gewicht haben, dass sie unter dem Gleichbehandlungsgebot nicht mehr hinnehmbar sind...

(Landgericht München I 11 O 7897 / 12)

Es sollte jedoch vorher gerügt werden, wenn der Anlass dazu besteht.

Auch bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte ist vor der Beantragung gerichtlichen Eilrechtsschutzes eine Rüge gegenüber der Vergabestelle notwendig. Wenn die Teilnahme an einem Vergabeverfahren oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte zu wechselseitigen vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten führt, dann ist die Schlussfolgerung auf eine hier wie dort bestehende Rügepflicht nachvollziehbar und systematisch begründet.

(Landgericht Berlin, 52 O 254/11)

Daneben besteht ein Anspruch auf Schadensersatz (Sekundärrechtsschutz), wenn der Auftrag rechtswidrig erteilt wurde.

Hinweise:

Auch vergaberechtswidrig abgeschlossene Verträge sind grundsätzlich wirksam, sodass eine Beauftragung des eigenen Angebots auch nach einer fehlerhaften Zuschlagserteilung nicht mehr durchgesetzt werden kann. Wenn allerdings Vergabestelle und Zuschlagsbieter in Kenntnis einer Umgehung des Vergaberechts einen Vertrag abgeschlossen haben, ist dieser schon wegen sittenwidrigem, kollusivem Zusammenwirken gem. § 138 BGB nichtig.

Weitere Einspruchsmöglichkeiten:

Es gibt weitere Wege einen Einspruch zu erheben, jedoch ist damit nicht zwingend ein rechtlicher Ausgleich garantiert.

- Prüfung und Eingriffe der Verwaltungseinheiten, die gegenüber dem betroffenen öAG Fach-, Rechts- oder Dienstaufsicht haben.
- Soweit vorhanden/ingerichtet: Vergabeprüfstellen
- § 21 VOB/A (2019!): „Nachprüfungsstellen sind anzugeben“!
- Vergabeprüfstellen werden i.d.R. streitschlichtend und beratend tätig.
- Es gibt dort keinen wirksamen Primärrechtsschutz - keine gesetzliche Suspendierung des Vergabeverfahrens.

- Fördermittelgeber im Falle des Einsatzes von Fördermitteln: Zuwendungsempfänger werden regelmäßig verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen an Dritte das Vergaberecht zu beachten. Verstöße gegen das Vergaberecht führen zum Widerruf der Zuwendung und der Rückforderung der Fördermittel, wenn der konkrete Verstoß als schwerwiegend einzustufen ist. (VG Aachen, 14.05.2013, 3K 244/11)

Nachprüfungsstellen nach § 21 VOB/A in Schleswig-Holstein

Erlass des Ministeriums für Inneres, ländliche Räume und Integration vom 26.11.2018 (gültig ab 01.01.2019 bis 31.12.2023):

- GMSH
- LBV-SH
- MILI (Flurbereinigung)
- MILI (Kommunale Vergaben)

http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/1mjk/page/bssshoprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=3&numberofresults=11&fromdoctodoc=yes&doc.id=VVSH-VVSH000007003

Beispiel einer Rüge:

Rüge gemäß § 160 Abs. 3 GWB

(Briefkopf des Bewerbers bzw. Bieters)

An

Auftraggeber (=öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 4 GWB in dessen Namen und dessen Rechnung die Leistung vergeben wird)

Vorab per Telefax:

Vergabeverfahren zum Vorhaben X hier: Rüge gemäß § 160 Abs. 3 GWB

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir, Unternehmen „A“, beanstanden, dass das im Betreff bezeichnete Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist und rügen insbesondere Ihre Entscheidung, den Zuschlag auf das Angebot des Unternehmens „Z“ zu erteilen, als vergaberechtswidrig.

• Gestern Nachmittag teilten Sie uns gemäß § 134 GWB mit, dass auf das Angebot des Unternehmens „Z“ der Zuschlag erteilt werden soll. Im Weiteren informierten Sie uns, dass unser Angebot nicht berücksichtigt werden soll, weil wir nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätten.

Im Einzelnen rügen wir folgende Punkte:

a. Da das Unternehmen „Z“ keinen günstigeren Preis im Hauptangebot anbieten kann als unser Unternehmen, können wir uns Ihre getroffene Entscheidung nicht anders erklären, als dass sie eines oder mehrere Nebenangebote gewertet haben, obwohl von Ihnen keine Mindestbedingungen bekannt gegeben worden sind, die Nebenangebote solche daher auch nicht erfüllen können und diese folglich bei der Wertung nicht berücksichtigt werden dürfen

b. Des Weiteren fehlt dem Unternehmen „Z“ die Eignung, da es nicht über das erforderliche Personal verfügt; die notwendige technische Leistungsfähigkeit und die berufliche Leistungsfähigkeit ist daher nicht gegeben (vgl. § 122 GWB).

c. Schließlich haben wir in Erfahrung gebracht, dass über das Vermögen des Unternehmens „Z“ das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, was die Eignung des Unternehmens in Frage stellt.

Wir fordern Sie daher auf, von der beabsichtigten Zuschlagserteilung Abstand zu nehmen und den Zuschlag auf das Angebot unseres Unternehmens „A“ zu erteilen, weil dieses das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Wir bitten Sie um Verständnis, dass wir einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ... einreichen werden, sollten Sie bis zum tt.mm.jjjj nicht unserer Rüge entsprechen.

Mit freundlichen Grüßen