



**Durchführung von Nachprüfungsverfahren
– Fehlervermeidung bei Vorbereitung und Durchführung –**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V. in Kooperation mit der Arbeitsgemein-
schaft Vergaberecht des Deutschen Anwaltvereins
am 8. Mai 2019 in Düsseldorf**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Die Bieterinformation nach § 134 GWB

Ingeborg Diemon-Wies, Vergabekammer Westfalen, Münster

- Fragen zu § 134 GWB werden in fast jedem Nachprüfungsverfahren aufgeworfen.
- Zweck der Regelung ist es, den Bietern wirksamen Primärrechtsschutz zu ermöglichen. Dazu sollen sie die Wertungsentscheidung zumindest ansatzweise nachvollziehen und die Erfolgsaussichten von Rechtsschutz abschätzen können.
- Die Erfahrung zeigt, dass die meisten Bieter-Informationen dies nicht ermöglichen.
- Für die Stellung als zu informierender Bieter kommt es auf die formale Bieterstellung, also die Abgabe eines Angebotes, an. Dies erfasst auch unvollständig oder verspätet abgegebene Angebote.
- Den ebenfalls zu informierenden erfolglosen Bewerbern im Teilnahmewettbewerb muss man die Nichtberücksichtigung mitteilen, nicht aber die Namen der ausgewählten Bewerber.
- Der ausgewählte Bieter muss zumindest identifizierbar sein.
- Bei den Gründen muss der Auftraggeber den Bieter informieren, warum sein Angebot nicht bezuschlagt werden soll. Allgemeinplätze reichen hierfür nicht aus. Es reicht aber, die tragenden Gründe überschlüssig zu beschreiben. Die Übersendung einer Matrix ist nicht erforderlich.
- Berechtigte Interessen der anderen Bieter können zum Beispiel durch die Anonymisierung von Zitaten oder anderen Informationen geschützt werden.

- Verstöße gegen § 134 GWB können zumindest hinsichtlich der Begründung im Nachprüfungsverfahren geheilt werden.

2. Der Antrag auf Nachprüfung

Rechtsanwalt Dr. Dominik R. Lück, Köhler & Klett Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Köln

- Bei den Vergabekammern sind durchaus unterschiedliche Anwendungen des Rechts, etwa bei der Zustellung oder der Berücksichtigung von Verstößen von Amts wegen, zu beobachten.
- Nachprüfungsverfahren werden nur auf Antrag eingeleitet. Der Antragsteller ist daher insoweit Herr des Verfahrens und kann den Antrag auch noch in der zweiten Instanz zurücknehmen.
- Eine Wartefrist zwischen Rüge und Antragstellung ist nicht einzuhalten.
- Entscheidend für die Antragsbefugnis ist, ob dem Unternehmen ein Schaden droht. Hierzu muss es ein Interesse am Auftrag, die Verletzung von Rechten und einen drohenden Schaden vortragen.
- Ein Interesse am Auftrag haben beispielsweise nicht potentielle Nachunternehmer.
- Bei Bietergemeinschaften muss die gesamte Gemeinschaft auftreten, einzelne Bieter können im eigenen Namen alleine keinen zulässigen Antrag stellen.
- Es droht kein Schaden, wenn eine Zuschlagschance von vornherein völlig ausgeschlossen ist. Bei einer schlechten Platzierung des Angebotes muss zumindest vorgetragen werden, dass eine zweite Chance auf Angebotseinreichung bzw. –wertung besteht.
- Eine Rüge ist nicht erforderlich für Vergabeverstöße, die der Antragsteller erst im Nachprüfungsverfahren erkennt.
- Eine Formvorgabe für Rügen besteht nicht, insbesondere müssen Rügen nicht elektronisch abgegeben werden.
- Ein Unternehmen hat positive Kenntnis von einem Vergabeverstoß, wenn es die zugrundeliegenden Tatsachen kennt und zumindest nach einer laienhaften rechtlichen Wertung auf den Vergabeverstoß schließen kann.
- Der Antrag muss schriftlich gestellt werden. Nicht ausreichend ist eine Übersendung als E-Mail. Aus der nach Einreichung stattfindenden Prüfung auf offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit ergibt sich indirekt eine Begründungspflicht.

- Der Antragsgegner ist in der Regel wie in der Bekanntmachung zu bezeichnen.
- Weil die dargelegte Rechtsverletzung Auswirkungen auf den Anspruch auf Akteneinsicht haben kann, sollte dieser möglichst umfassend formuliert werden.
- Hinsichtlich des zu zahlenden Gebührevorschusses sollte vorab eine Erklärung im Antrag vorhanden sein oder eine Abstimmung mit der Vergabekammer erfolgt sein.
- Hinsichtlich des Rechtsmittels bei einer nicht fristgerechten Entscheidung kommt es bei der Verlängerung der Entscheidungsfrist maßgeblich darauf an, wann sie zur Vergabestelle gegangen ist.
- In Nachprüfungsverfahren gibt es keine formelle Beweislast, aber eine materielle Beweislast bzw. Feststellungslast. Danach kommt es darauf an, wer sich auf einen vorteilhaften Normtatbestand beruft.

3. Die Interessenkollision

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) Kai Schlesener, Deutsche Bahn AG, Berlin

- Die Feststellung von Interessenkonflikten ist stets personenbezogen und kann nur natürliche Personen betreffen.
- Regelungszweck von § 6 VgV ist die Sicherung der Neutralität des Auftraggebers und des Gleichbehandlungsgrundsatzes.
- Rechtsfolge von potentiellen Interessenkonflikten ist, dass der Auftraggeber prozessuale und organisatorische Vorkehrungen treffen muss, um ein Wirksamwerden des Konfliktes zu verhindern.
- So kann bei Tochtergesellschaften festgelegt werden, dass eine entsandte Person nicht an einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers teilnehmen darf.
- Bereits bei der Beauftragung von Beratern ist vorzusehen, dass diese die Vermutung von Interessenkonflikten widerlegen können. Dies ist durch geeignete vertragliche Regelungen vorzubereiten.
- Bei Rechtsverstößen muss der Auftraggeber die betroffenen Verfahrensschritte wiederholen.
- Dabei reicht es aus, dass die Möglichkeit einer Beeinträchtigung bestand, es muss nicht eine tatsächliche Beeinflussung durch den Interessenkonflikt nachgewiesen werden.

4. Der Ausschluss wegen Schlechterfüllung

Rechtsanwalt Dr. Thomas Kirch, Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB,
Berlin

- Ein Unternehmen kann ausgeschlossen werden, wenn es auch bei Verträgen für andere öffentliche Auftraggeber zu einer Schlechtleistung gekommen ist. Nicht erfasst sind Aufträge mit privaten Auftraggebern.
- Wesentliche Anforderungen sind nicht nur Mängel im Rechtssinne, sondern auch Verzug und die Verletzung sonstiger Haupt- und Nebenpflichten.
- Die Anforderung einer erheblichen oder fortdauernden mangelhaften Erfüllung ist gleichzusetzen damit, dass sie eine deutliche Belastung des Auftraggebers mit sich bringen muss.
- Zahlreiche Bagatellmängel oder lediglich vorübergehende Verspätungen sind daher im Ergebnis nicht ausreichend.
- Eine Prognoseentscheidung muss der Auftraggeber nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht vornehmen. Wegen des geforderten Auftragsbezuges muss er aber etwa eine Selbstreinigung berücksichtigen. Im Ergebnis kommt der Auftraggeber an einer Prognose- bzw. Ermessensentscheidung nicht vorbei.
- Bei der Rechtsfolge reicht ein Aufhebungsvertrag als einvernehmliche Regelung nicht aus, um einen späteren Ausschluss zu rechtfertigen.
- Hinsichtlich des Beweismaßes hat sich wohl durchgesetzt, dass die Entscheidung des Auftraggebers nachvollziehbar sein muss. Neuere Rechtsprechung geht allerdings in die Richtung, dass der Auftraggeber eine Gewissheit haben muss, die vernünftigen Zweifel Schweigen gebietet, was dem zivilrechtlichen Vollbeweis entsprechen würde.

5. Die gescheiterte Aufhebung im Konflikt mit dem fortlaufenden Vergabeverfahren

Rechtsanwalt Dr. Roderic Ortner, LL.M., BHO Legal Rechtsanwälte und Patentanwalt Partnerschaft mbB, Köln

- Die willkürliche nicht erfolgreiche Aufhebung bzw. Beendigung ist in der Praxis selten zu beobachten.
- Die EU-Vergaberichtlinien enthalten keine detaillierten Vorgaben, wann eine Aufhebung zulässig ist.
- Es besteht für öffentliche Auftraggeber kein Kontrahierungszwang.

- Zu unterscheiden ist zwischen rechtmäßigen und wirksamen Aufhebungen, rechtswidrigen und wirksamen Beendigungen und rechtswidrigen und unwirksamen Verfahreneinstellungen.
- Bei einer Budgetüberschreitung muss die Kostenschätzung belastbar sein. Dabei ist gegebenenfalls auch ein Verschulden des Auftraggebers zu berücksichtigen, etwa bei unklaren oder unvollständigen Leistungsbeschreibung.
- Es ist in der Regel ein Sicherheitsabschlag auf die Kostenschätzung erforderlich.
- Eine Aufhebung ist rechtmäßig, wenn der ordnungsgemäß geschätzte Auftragswert deutlich überschritten wird.
- Eine Korrektur von Fehler des Auftraggebers und die erneute Einreichung von Angebote stellen keinen Verstoß gegen das Nachverhandlungsgebot dar.