

Informationsblatt

zum Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Februar 2016)

Stand Juli 2016

Dieses Informationsblatt bietet einen Überblick über wesentliche Aspekte des seit dem 1. Januar 1999 geltenden Rechtsschutzes für Bieter bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Zu den Angaben, die ein zulässiger Nachprüfungsantrag enthalten sollte, wird zudem auf die Checkliste verwiesen. Diese befindet sich ebenso wie der Link zu den einschlägigen Rechtsvorschriften auf der Internetseite des Bundeskartellamtes.

I.

Zur Notwendigkeit einer Regelung des Rechtsschutzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

Der Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge geht zurück auf die vergabe- rechtlichen EU-Richtlinien¹ und erfasst öffentliche Aufträge oberhalb bestimmter Auftragswerte (sog. Schwellenwerte).

Den gemeinschaftlichen Vergaberechtsrahmen hat der deutsche Gesetzgeber im vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt. Die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB werden durch die Vergabeverordnung (VgV) – die wiederum auf Vorschriften der sogenannten Vergabe- und Vertragsordnungen verweist, die es für die Beschaffung von Bauleistungen (VOB/A) sowie von Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich des Richtlinie 2009/81/EG (VOB/A-VS) gibt – die Sektorenverordnung (SektVO), die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV), die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV), sowie die Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (VergStatVO) konkretisiert (sog. Kaskade).

Im Einklang mit dem europäischen Recht begründet das so geregelte Vergaberecht für Vergaben oberhalb bestimmter Auftragswerte subjektive Rechte der Bieter auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch die

¹ Vgl. Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Abl. EU L 94 vom 28. März 2014, S. 65 ff.; Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, Abl. EU L 94 vom 28. März 2014, S. 243 ff.; Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe L 94 vom 28. März 2014, S. 1 ff.; Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, Abl. EG Nr. L 335 vom 20. Dezember 2007, S. 31 ff.; Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG vom 13. Juli 2009 Abl. EG Nr. L 216 vom 20. August 2009, S. 76ff.

öffentlichen Auftraggeber. Der Rechts-schutz erfolgt in einem zweistufigen Kontrollverfahren; in der ersten Instanz durch verwaltungsinterne Vergabekammern des Bundes und der Länder, bei Rechtsmitteleinlegung in der zweiten Instanz durch die Vergabesenate der Oberlandesgerichte.

II. Zum Vergabeverfahren

1. Allgemeine Grundsätze

Öffentliche Aufträge sind privatrechtliche Verträge über die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Inhalt haben. Die Vergabe solcher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber hat grundsätzlich im Wettbewerb und im Wege transparenter, das Gleichbehandlungsgebot beachtender Vergabeverfahren zu erfolgen. Insbesondere sind Angebote ausländischer und inländischer Unternehmen grundsätzlich gleich zu behandeln. Als Auftragnehmer kommen nur fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue Bewerber in Betracht.

2. Öffentliche Auftraggeber und Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts

Auftraggeber im Sinne des GWB-Vergaberechts sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 GWB und Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB. Öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB sind einmal die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber, also die Gebietskörperschaften und ihre Verbände. Nach dem funktionellen Auftraggeberbegriff umfasst § 99 GWB aber auch die von diesen öffentlichen Auftraggebern beherrschten oder überwiegend finanzierten juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurden. Nach § 100 GWB findet das Vergaberecht auch auf Unternehmen Anwendung, die auf dem Gebiet des Verkehrswesens, der Trinkwasser- oder Energieversorgung tätig sind (sog. Sektorenauftraggeber), wenn sie entweder diese Tätigkeit aufgrund besonderer oder ausschließlicher, ihnen von den zuständigen Behörden eingeräumter Rechte ausüben oder wenn sie von einem oder mehreren der genannten klassischen Auftraggeber zumindest mit beherrscht werden. Zudem findet das Vergaberecht auf Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 100 GWB Anwendung. Für die Auftragsvergabe im Sektoren- und Konzessionsbereich gelten jedoch Sonderregelungen.

Der Vergaberechtsschutz nach dem GWB gilt nur für die Vergabe von Aufträgen, welche die in § 106 Abs. 1 GWB festgesetzten Schwellenwerte (Mindestauftragswerte ohne MwSt.) erreichen. Abzustellen ist stets auf den Gesamtauftragswert, insbesondere bei einer Losaufteilung.

3. Verfahrensarten

Die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte erfolgt im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren, im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft (§ 119 Abs. 1 GWB). Das offene und das nicht offene Verfahren stehen dem Auftraggeber

nach seiner Wahl zur Verfügung. Den Sektorenauftraggebern steht die Auswahl unter den ersten beiden dieser Vergabearten, dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und dem wettbewerblichen Dialog frei (§ 13 Abs. 1 SektVO). Der Konzessionsgeber darf das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen nach Maßgabe der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) frei ausgestalten; er kann das Verfahren an den Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV) zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ausrichten. Bei der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen können öffentliche Auftraggeber frei zwischen dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen (§ 146 GWB).

III. Zum Nachprüfungsverfahren

1. Nachprüfungsbehörden

Nachprüfungsbehörden sind die Vergabekammern.

Die Vergabekammern des Bundes sind zuständig für die Prüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, die dem Bund zuzurechnen sind, die der Länder jeweils für die Prüfung der in ihren Bereich fallenden Vergaben zuständig. Die Vergabekammern des Bundes sind beim Bundeskartellamt eingerichtet. Die Länder sind bei der Zuordnung ihrer Vergabekammern frei. Die Vergabekammern sind unabhängig und an Weisungen nicht gebunden. Sie entscheiden grundsätzlich in der Besetzung mit einem Vorsitzenden, einem hauptamtlichen und einem ehrenamtlichen Beisitzer.

2. Verfahren vor der Vergabekammer

Verfahrenseinleitung:

Teilnehmer an einem Vergabeverfahren haben bei europaweiten Vergabeverfahren einen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Daher können sie, solange der Zuschlag durch die Vergabestelle noch nicht erteilt ist, bei der Vergabekammer einen schriftlichen Antrag auf Nachprüfung des betreffenden Vergabeverfahrens stellen.

Vor Zuschlagserteilung hat der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich die Pflicht, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung und über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren (sog. Informationspflicht nach § 134 Abs. 1 S. 1 GWB).

Der Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information geschlossen werden, wobei sich diese Frist auf zehn Kalendertage verkürzt, wenn die Information per Telefax oder auf elektronischem Wege versendet wird. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es nicht an (sog. Wartepflicht nach § 134 Abs. 1 S. 1 bis 5 GWB). Die Informations- und Wartepflicht entfällt lediglich in solchen Fällen, in denen ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige

Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist (§ 134 Abs. 3 GWB).

Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an der Auftragserteilung hat, eine Verletzung seiner Rechte im Vergabeverfahren durch Nichtbeachtung der Vergabevorschriften geltend macht und darlegt, dass ihm durch die behauptete Verletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 GWB). Die Verletzung von Vergabevorschriften kann auch darin bestehen, dass die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterblieben ist. Antragsbefugt kann auch sein, wer sich durch den geltend gemachten Vergabeverstoß an einer Angebotsabgabe gehindert sah.

Zudem ist die Beachtung der Rügeobliegenheit zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag (§ 160 Abs. 3 GWB). Dieser ist unzulässig, soweit der Antragsteller den Verstoß gegen Vergabevorschriften schon im Vergabeverfahren positiv erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb von 10 Tagen, gerügt hat (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB). Ist der geltend gemachte Fehler bereits in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erkennbar, so muss dieser spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Allerdings ist § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB übergreifend, so dass ein Bieter bei positiver Kenntnis vom Vergabeverstoß immer innerhalb einer Frist von 10 Tagen rügen muss. Nur in Ausnahmefällen ist keine Rüge erforderlich, z.B. bei der sog. De-facto-Vergabe (§ 160 S. 2 GWB).

Ein Nachprüfungsantrag ist auch dann unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB).

Die Rüge ist formlos möglich, sollte aus Beweisgründen aber schriftlich erfolgen. Nach erfolgter Rüge kann der Bieter den Nachprüfungsantrag ohne weitere Wartefrist schriftlich bei der Vergabekammer stellen. Hierfür ist kein Anwalt erforderlich. **(zu den Angaben, die ein zulässiger Antrag enthalten sollte, siehe Checkliste)**. Ein Antragsteller ohne Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Geschäftsleitung in Deutschland muss einen Empfangsbevollmächtigten in Deutschland benennen (§ 161 Abs. 1 GWB).

Nachprüfungsverfahren sind gebührenpflichtig. Die Mindestgebühr beträgt 2500 €. Bei Antragstellung ist ein Vorschuss in dieser Höhe zu zahlen, der zurückerstattet wird, sofern und soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist. Die Gebühr kann sich durch Rücknahme oder anderweitige Erledigung aber auch halbieren oder aus Billigkeitsgründen reduziert werden (§ 182 Abs. 2 und 6 GWB). Die Vorschusszahlung ist grundsätzlich Voraussetzung für eine Übermittlung des Nachprüfungsantrages an den Auftraggeber, § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 4 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Vergabekammern des Bundes vom 15. Juli 2005 (Bekanntmachung Nr. 41/2005 BAnz. Nr. 151 vom 12. August 2005, S. 12296 ff.). Bei Rechtsanwälten ist die anwaltliche Versicherung der Zahlungsbereitschaft ausreichend.

Die Gebühr ist auf das Konto der Bundeskasse Trier bei der Deutschen Bundesbank Filiale Saarbrücken, BIC: MARKDEF1590, IBAN: DE81 5900 0000 0059 0010 20 unter Angabe eines besonderen Kassenzzeichens zu zahlen. Dieses ist vor jeder Einzahlung bei der Vergabekammer unter Tel. +49 (0)228 94 99-421/-561/-578/-249 zu erfragen.

Der Nachprüfungsantrag ist zu richten an:

Bundeskartellamt
Vergabekammern des Bundes
Villemombler Str. 76
53123 Bonn
Fax-Nr.: +49 (0)228 94 99 -163

Alternativ kann der Nachprüfungsantrag per E-Mail mit qualifizierter elektronischer Signatur an die folgende E-Mail-Adresse gerichtet werden: vk@bundeskartellamt.bund.de

Hinweis: Weitere wichtige **Informationen** zur **qualifizierten elektronischen Signatur** finden Sie [hier](#).

Die Geschäftsstelle der Vergabekammern ist Montag bis Donnerstag von 9 Uhr bis 15 Uhr und am Freitag von 9 Uhr bis 14 Uhr besetzt.

Der Nachprüfungsantrag sollte so rechtzeitig innerhalb der Wartepflicht des Auftraggebers nach § 134 Abs. 1 S. 3 GWB übermittelt werden, dass die Vergabekammer den Antrag auf seine offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit prüfen und an den Auftraggeber noch vor Ablauf dieser Frist übermitteln kann. Das gesetzliche Zuschlagsverbot wird erst mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags in Textform an den öffentlichen Auftraggeber ausgelöst.

Sofern der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, informiert die Vergabekammer den Auftraggeber über den Nachprüfungsantrag in Textform. Nach Zugang der Information beim Auftraggeber darf dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der für die Einlegung der sofortigen Beschwerde an das Oberlandesgericht geltenden Frist den Zuschlag nicht erteilen (§ 169 Abs. 1 GWB).

Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden, können durch die Vergabekammer zum Verfahren beigeladen werden (§ 162 S. 1 GWB). Dies betrifft in der Regel das Unternehmen, welches bezuschlagt werden soll.

Sachverhaltsermittlung und Entscheidung:

Mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber fordert die Vergabekammer zugleich die Vergabeakten an. Der Auftraggeber hat auf Geschäftsgeheimnisse hinzuweisen. Anschließend ermittelt die Vergabekammer den entscheidungserheblichen Sachverhalt. Hierfür ist sie mit weitreichenden Ermittlungsbefugnissen ausgestattet.

Die Beteiligten können auf Antrag die Akten bei der Vergabekammer einsehen oder sich auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften per Post übermitteln lassen. Die Vergabekammer hat die

Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, geboten ist (§ 165 Abs. 2 GWB).

Die Entscheidungen der Vergabekammern ergehen grundsätzlich nach einer mündlichen Verhandlung. Auf diese kann jedoch verzichtet werden, wenn der Antrag unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder wenn alle Beteiligten zustimmen (§ 166 Abs. 1 S. 3 GWB).

Alle Verfahrensbeteiligten haben an der Förderung des Verfahrens mitzuwirken. Ihnen können Fristen gesetzt werden, nach deren Ablauf ihr weiterer Vortrag unbeachtet bleiben kann. Die Vergabekammer hat ihre Entscheidung über den Antrag in einer Frist von fünf Wochen zu treffen und zu begründen. Diese Frist kann ausnahmsweise durch begründete Verfügung des Vorsitzenden verlängert werden (§ 167 Abs. 1 GWB).

Die Vergabekammer entscheidet, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist, und trifft die geeigneten Maßnahmen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist dabei nicht an die Anträge gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken (§ 168 Abs.1 GWB). Einen wirksam erteilten Zuschlag kann sie nicht aufheben. Erledigt sich das Nachprüfungsverfahren nach Antragstellung aber vor Eintritt des Zuschlagverbotes durch Zuschlagserteilung oder auf andere Weise, stellt die Vergabekammer auf Antrag des Antragstellers - ohne an eine Frist gebunden zu sein - fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat (sog. Fortsetzungsfeststellungsverfahren).

3. Beschwerdeverfahren

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig (§§ 171 ff. GWB). Diese ist binnen einer Frist von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung schriftlich und mit Begründung bei dem in der Rechtsmittelbelehrung genannten Beschwerdegericht einzulegen. Für die Beschwerde gilt, außer bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Anwaltszwang.

Die Beschwerde hat gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer für einen Zeitraum von zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist aufschiebende Wirkung. Das Beschwerdegericht kann auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern, wenn die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt hat (§ 173 GWB).

Hält das Gericht die Beschwerde für begründet, so hebt es die Entscheidung der Vergabekammer auf. Es entscheidet entweder in der Sache selbst (so der Regelfall) oder verpflichtet die Vergabekammer, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichtes in der Sache erneut zu entscheiden.

IV. Zivilrechtliche Ansprüche

Da die Vergabekammern nur zur Prüfung von Vergabefehlern befugt sind (sog. Primärrechtsschutz), müssen Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen

Gerichten geltend gemacht werden.

1. Bindungswirkung

Werden Schadensersatzforderungen wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht, so sind diese an bereits ergangene bestandskräftige Entscheidungen der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte zu dem betreffenden Vergabeverfahren gebunden (§ 179 Abs. 1 GWB).

2. Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch

Unternehmen, die die Rechtsschutzmöglichkeiten missbräuchlich einsetzen, müssen mit Schadensersatzforderungen des Verfahrensgegners und anderer Beteiligter rechnen (§ 180 GWB). Missbräuchlich ist es insbesondere,

- (1) die Aussetzung oder die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgetragene falsche Angaben zu erwirken,
- (2) die Überprüfung mit dem Ziel zu beantragen, das Vergabeverfahren zu behindern oder Konkurrenten zu schädigen bzw.
- (3) einen Antrag in der Absicht zu stellen, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen.

3. Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens

Ein Unternehmen kann vom Auftraggeber Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen, wenn es ohne Verstoß gegen eine der seinen Schutz bezweckenden Vergaberegeln eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten (sog. Vertrauensschaden, § 181 GWB).

V. Kosten

Für die Amtshandlungen der Vergabekammern werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Die Gebühr beträgt grundsätzlich mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten.

Die Kosten des Verfahrens sind im Grundsatz von dem/den unterliegenden Beteiligten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB).

Die Höhe der für das Verfahren vor der Vergabekammer zu erhebenden Gebühr orientiert sich grundsätzlich an dem Wert des zur Vergabe vorgesehenen Auftrages (sog. Bruttoauftragswert). Die konkrete Gebührenehöhe ist jedoch abhängig von dem tatsächlichen sachlichen und personellen Aufwand der Vergabekammer für das jeweilige Nachprüfungsverfahren.

Die untenstehende Tabelle liefert einen Anhaltspunkt dafür, welchem Auftragswert welche Gebühr zuzuordnen ist. Diese Zuordnung gilt jedoch lediglich für Nachprüfungsverfahren, die für die Vergabekammer mit einem durchschnittlichen sachlichen und personellen Aufwand verbunden sind.

Auftragswert in €	Basisgebühr in €
< 80,000	2,500
80,000	2,500
200,000	2,575
400,000	2,725
600,000	2,850
800,000	3,000
1,000,000	3,125
2,000,000	3,800
3,000,000	4,475
4,000,000	5,175
5,000,000	5,850
6,000,000	6,525
7,000,000	7,200
8,000,000	7,875
9,000,000	8,575
10,000,000	9,250
11,000,000	9,925
12,000,000	10,600
13,000,000	11,275
14,000,000	11,975
15,000,000	12,650
16,000,000	13,325
17,000,000	14,000
18,000,000	14,675
19,000,000	15,375
20,000,000	16,050
22,000,000	17,400
24,000,000	18,775
26,000,000	20,125
28,000,000	21,475
30,000,000	22,850
32,000,000	24,200
34,000,000	25,575
36,000,000	26,925
38,000,000	28,275
40,000,000	29,650
50,000,000	36,450
60,000,000	43,250
70,000,000	50,000
>70,000,000	50,000