

# Informationsblatt

## zum Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005)

Stand März 2011

Dieses Informationsblatt bietet einen Überblick über wesentliche Aspekte des seit dem 1. Januar 1999 geltenden Rechtsschutzes für Bieter bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Es berücksichtigt die Änderungen des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. Jahrgang 2009 Teil I Nr. 20 vom 23. April 2009, S. 2790 ff.) und **bezieht sich daher ausschließlich auf Nachprüfungsverfahren zu Vergabeverfahren, die erst am 24. April 2009 oder später begonnen haben.**

### 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 vergaberechtlichen EU-Richtlinien und erfasst öffentliche Aufträge oberhalb bestimmter, in den Richtlinien definierter Auftragswerte (sog. Schwellenwerte). Diese Richtlinien wurden 2004 und 2007 grundlegend überarbeitet.<sup>1</sup>

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 Vergabeordnungen verweist, die es für die Beschaffung von Bauleistungen, von Liefer- und Dienstleistungen sowie von freiberuflichen Leistungen gibt (VOB/A, VOL/A, VOF) – und die Sektorenverordnung (SektVO) konkretisiert.

Im Einklang mit dem europäischen Recht begründet das so geregelte Vergaberecht für Vergaben oberhalb bestimmter Auftragswerte (s. hierzu II. 2.) subjektive Rechte der Bieter auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch die öffentlichen Auftraggeber. Der Rechtsschutz erfolgt in einem zweistufigen Kontrollverfahren auf der ersten Stufe durch verwaltungsinterne Vergabekammern des Bundes und der Länder und auf der zweiten Stufe 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

---

<sup>1</sup> Vgl. Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EG Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 ff.; Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EG Nr. L 134 vom 30. April 2004, 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.

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 und zuverlässige Bewerber in Betracht.

## **2. Öffentliche Auftraggeber und Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts**

Das Gesetz umschreibt in § 98 GWB den Kreis der öffentlichen Auftraggeber, die das neue Recht zu beachten haben. In erster Linie sind dies die klassischen öffentlichen Auftraggeber, also die Gebietskörperschaften und ihre Verbände sowie die von diesen beherrschten oder überwiegend finanzierten juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurden. Darüber hinaus gehören auch Unternehmen, die auf dem Gebiet des Verkehrswesens, der Trinkwasser- oder Energieversorgung tätig sind (sogenannte Sektorenauftraggeber), zu den Auftraggebern im Sinne dieser Regelung, 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 mitbeherrscht werden.

Der Vergaberechtsschutz nach dem GWB gilt nur für die Vergabe von Aufträgen, die die in § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV bzw. § 1 Abs. 2 SektVO festgesetzten Schwellenwerte (Mindestauftragswerte ohne MwSt.) erreichen. Ist ein Auftrag in Lose aufgeteilt, ist vor allem der Gesamtauftragswert maßgebend. Die Lose müssen in der Regel andere Schwellenwerte erreichen (vgl. § 2 Nr. 6 und Nr. 7 VgV).

## **3. Vergabearten**

Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog (§ 101 GWB). Vorrang hat grundsätzlich das offene Verfahren, in dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Allerdings steht Sektorenauftraggebern die Auswahl unter den ersten drei dieser Vergabearten frei (§ 101 Abs. 7 GWB).

### **III.**

## **Zum Nachprüfungsverfahren**

### **1. Nachprüfungsbehörden**

Nachprüfungsbehörden sind die Vergabekammern.

Die Vergabekammern des Bundes sind 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 und zwei Beisitzern.

## **2. Verfahren vor der Vergabekammer**

### **Verfahrenseinleitung:**

Teilnehmer an einem Vergabeverfahren haben einen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren (§§ 97 ff. GWB sowie die die Oberschwellenvergaben betreffenden Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen [VOB/A], der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen [VOL/A] und der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen [VOF]) einhält. Daher können sie, solange der Zuschlag durch die Vergabestelle noch nicht erteilt ist, bei der Vergabekammer einen schriftlichen und begründeten Antrag auf Nachprüfung des betreffenden Vergabeverfahrens stellen.

Der öffentliche Auftraggeber hat 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 ihres Angebots und über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragschlusses unverzüglich in Textform zu informieren.

Ein 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 (sog. Informations- und Wartefrist nach § 101a GWB). Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den öffentlichen Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es nicht an. Die Informationspflicht entfällt in Fällen, in denen ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist.

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 (§ 107 Abs. 2 GWB). Die Verletzung von Vergabevorschriften kann auch darin bestehen, dass die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterblieben ist.

Ein Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften schon im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Verzögern, gerügt hat. Schon in der Bekanntmachung erkennbare Fehler müssen bis spätestens zum Ablauf der in dieser genannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung entsprechend gerügt werden. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, müssen spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

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 (zur Rügeobliegenheit siehe § 107 Abs. 3 GWB).

Die Rüge sollte schriftlich erfolgen. Nach erfolgter Rüge und bei fortgesetztem Vergabeverstoß kann der Bieter den Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellen. Ein Antragsteller ohne Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Geschäftsleitung in Deutschland muss einen Empfangsbevollmächtigten in Deutschland benennen.

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 Vorschusszahlung ist Voraussetzung für eine Übermittlung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber (vgl. § 128 Abs. 1 GWB i.V.m. § 4 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Vergabekammern des Bundes).

**Die Gebühr ist auf das Konto der Bundeskasse Trier bei der Deutschen Bundesbank Filiale Saarbrücken, Kontonummer 590 010 20, BLZ 590 000 00 unter Angabe eines besonderen Kassenzeichens zu zahlen. Dieses ist vor jeder Einzahlung bei der Vergabekammer unter Tel. (02 28) 94 99-421/561/-578 abzufragen. Bei Überweisungen aus dem Ausland sind zudem der Bank Identification Code BIC: MARKDEF1590 und die International Bank Account Number der Bundeskasse Saarbrücken IBAN: DE81 5900 0000 0059 0010 20 anzugeben.**

**Der Nachprüfungsantrag ist zu richten an:**

Bundeskartellamt  
Vergabekammern des Bundes  
Villemombler Str. 76  
53123 Bonn  
Fax-Nr.: (02 28) 94 99 – 1 63

Der Nachprüfungsantrag sollte so rechtzeitig innerhalb der Informations- und Wartefrist nach § 101a 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 (**zu den Angaben, die ein zulässiger Antrag enthalten sollte, siehe Checkliste**) und die Zahlung eines Vorschusses in Höhe der Mindestgebühr von 2.500 € (z.B. durch Kopie eines Überweisungsträgers oder durch Verrechnungsscheck) nachgewiesen wird, 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.

Entgegen dieser Regelung kann die Vergabekammer auf Antrag des Auftraggebers oder auf Antrag des Unternehmens, das vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt worden ist, das den Zuschlag erhalten soll, die Erteilung des Zuschlags gestatten, wenn die Vorteile eines raschen Vertragsabschlusses gegenüber den nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Ab-

schluss des Nachprüfungsverfahrens überwiegen. Allerdings kann das Beschwerdegericht das Verbot des Zuschlags wiederherstellen.

Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden, können durch die Vergabekammer zum Verfahren beigeladen werden (§ 109 GWB).

### **Sachverhaltsermittlung und Entscheidung:**

Mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber fordert die Vergabekammer zugleich die Vergabeakten an und ermittelt den entscheidungserheblichen Sachverhalt. Hierfür ist sie mit weitreichenden Ermittlungsbefugnissen ausgestattet.

Die Beteiligten können auf Antrag die Akten bei der Vergabekammer einsehen. Die Vergabekammer hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, geboten ist (§ 111 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 (§ 113 Abs. 1 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 die Beteiligten zustimmen (§ 112 Abs. 1 GWB). Ohne mündliche Verhandlung wird auch über Anträge eines Auftraggebers über die Gestattung des Zuschlags während des Verfahrens und über vorläufige Maßnahmen der Vergabekammer entschieden.

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 (§ 114 Abs.1 GWB). Einen wirksam erteilten Zuschlag kann sie nicht aufheben. Erledigt sich das Nachprüfungsverfahren nach Antragstellung durch Erteilung des Zuschlags oder auf andere Weise, stellt die Vergabekammer auf Antrag eines Beteiligten und ohne an eine Frist gebunden zu sein fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

### **3. Beschwerdeverfahren**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. 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 Wir-

kung. 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 (§ 118 GWB).

Auf schriftlichen und gleichzeitig zu begründenden Antrag des Auftraggebers oder auf Antrag des Unternehmens, das vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt worden ist, das den Zuschlag erhalten soll, kann das Beschwerdegericht den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Das Beschwerdegericht hat über einen solchen Antrag innerhalb von fünf Wochen zu entscheiden, ein Rechtsmittel gegen diese Entscheidung ist nicht zulässig (§ 121 GWB).

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

#### **IV. Zivilrechtliche Ansprüche**

##### **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 (§ 124 Abs. 1 GWB).

##### **2. Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch**

Unternehmen, die die Rechtsschutzmöglichkeiten missbräuchlich einsetzen, müssen mit Schadensersatzforderungen des Verfahrensgegners und anderer Beteiligter rechnen (§ 125 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 Verga-

beregelungen eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten (§ 126 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 € und soll den Betrag von 50.000 € grundsätzlich nicht überschreiten.

Die Kosten des Verfahrens sind grundsätzlich von dem/den unterliegenden Beteiligten zu tragen (§ 128 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). Aus der untenstehenden Tabelle ist ersichtlich, welchem Auftragswert welche Gebühr zuzuordnen ist. Diese Zuordnung gilt für Nachprüfungsverfahren, die für die Vergabekammer mit einem durchschnittlichen sachlichen und personellen Aufwand verbunden sind. Die Tabelle liefert daher nur Anhaltspunkte für die Bemessung der Gebühr. Die Gebührenhöhe im konkreten Fall richtet sich immer nach dem tatsächlichen sachlichen und personellen Aufwand der Vergabekammer und kann somit von den folgenden Werten abweichen.

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