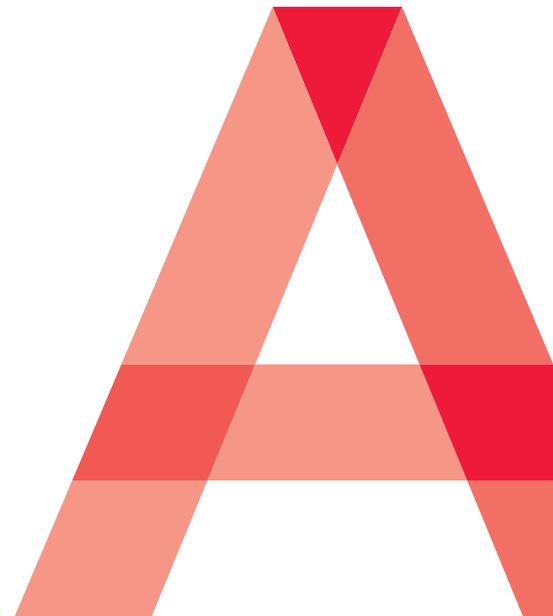


ARCHITEKTEN
KAMMER
BERLIN

MERKBLATT

ZUM RECHTSSCHUTZ IN VERGABEVERFAHREN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBENDER

August 2023



MERKBLATT ZUM RECHTSSCHUTZ IN VERGABE- VERFAHREN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBENDER

Vorwort

Mitglieder der Architektenkammer Berlin bewerben sich vielfach um öffentliche Aufträge. Öffentliche Aufträge müssen unter Beachtung des Vergaberechts vergeben werden. Bei der Vergabe kann es zu Fehlern auf Auftraggebendenseite kommen, die zu Lasten von Kammermitgliedern gehen.

Häufig erkennt die Auftraggebendenseite ein fehlerhaftes Verhalten nicht und ist dankbar für Hinweise von Bewerberinnen und Bewerbern oder Bieterinnen und Bieter. Wenn die Auftraggeberinnen und Auftraggeber trotz solcher Hinweise beim Status quo bleiben, muss der Hinweis allerdings die Qualität einer sogenannten Rüge haben, wenn man den Fehler durch ein Gericht korrigieren lassen will. Mit der Rüge wird der Auftraggebendenseite einerseits die Heilung eines möglichen Mangels ermöglicht. Andererseits behalten sich Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter die Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte offen.

Dieses Merkblatt zeigt als Hilfestellung zunächst die rechtlichen Grundlagen auf und bietet anschließend mit Textbausteinen eine Arbeitshilfe für den Umgang mit häufigen Verfahrensfehlern.

Die konkrete Form des Ersuchens um Nachbesserung bleibt dabei dem Einzelfall überlassen.

Die Architektenkammer Berlin bietet hierzu ergänzend weitere Beratung an.

I. Grundlagen und Anlässe für eine Rüge

Die Rechte von Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter in Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeberinnen und Auftraggeber werden bei Auftragswerten oberhalb des EU-Schwellenwertes durch ein eigenständiges Nachprüfungsverfahren geschützt. Dabei werden nach erfolgloser Rüge in erster Instanz die zuständige Vergabekammer (VK) und in zweiter Instanz das zuständige Oberlandesgericht (OLG) angerufen. In Berlin hat das Oberlandesgericht den Namen „Kammergericht“.

Aber auch unterhalb der EU-Schwelle gibt es Rechtsschutz. Dieser muss vor dem Landgericht geltend gemacht werden, welches für die Auftraggeberinnen und Auftraggeber zuständig ist.

Sowohl ober- wie unterhalb der EU-Schwelle kann der Rechtsschutz nur wahrgenommen werden, wenn Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter vor dem eigentlichen Rechtsmittel gegenüber der Auftraggebendenseite rügen.

Rügebefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Das Rügeverfahren ist kostenfrei.

Gerügt werden muss laut § 160 Abs. 3 GWB (analog) in folgenden Kategorien:

- Verstöße gegen Vergabevorschriften in der Bekanntmachung sind spätestens bis zum Ablauf der benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe zu rügen.

- Verstöße gegen Vergabevorschriften in den Vergabeunterlagen sind spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe zu rügen.
- Sonstige Verstöße gegen Vergabevorschriften sind innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen zu rügen
 - ① Rügen Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter nicht innerhalb der oben genannten Fristen, bleiben ihnen weitere gerichtliche Schritte verwehrt.

Obwohl es verständlich ist, dass Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter der Auftraggebenseite gegenüber in der Bewerbungs- oder Angebotsphase oft keine rechtlichen Schritte einleiten wollen, sollte in begründeten Fällen von einer Rüge dennoch nicht abgesehen werden. Häufig lässt sich das Verfahren auf unkomplizierte Weise korrigieren, etwa, indem die Leistungsbeschreibung geändert und erneut zur Angebotsabgabe aufgefordert wird.

- ① Erkennbar sind Vergaberechtsverstöße, die von Durchschnittsbietenden bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen erkannt werden (Vergabekammer Berlin, Beschluss vom 14.03.2022, Aktenzeichen VK-B2-40/21)

II. Formvorschriften einer Rüge

Zwar gibt es für Rügen keine gesetzlichen Formvorschriften.

Allerdings ist die rügende Person beweispflichtig dafür, ob gerügt wurde.

Deshalb sollte eine Form gewählt werden, die einen Nachweis hinterlässt.

Im Rahmen von elektronischen Vergaben findet die Kommunikation ohnehin über die Vergabeplattform statt, weshalb sich die Rüge per Hochladen eines entsprechenden Dokuments anbietet.

Außerhalb von elektronischen Vergaben sollte in Textform gerügt werden. Insofern hat sich eine Rüge per E-Mail etabliert. Als E-Mail-Adresse dient die in den Vergabeunterlagen genannte Kontaktadresse.

Die Person, gegenüber der man rügt, ist grundsätzlich die Auftraggeberin / der Auftraggeber. Das ist die Person, mit dem der ausgeschriebene Vertrag geschlossen werden soll. Bei in den Verfahren ausdrücklich involvierten, externen Beraterinnen oder Beratern sollte die Rüge auch an die Kontaktadresse dieser Person übermittelt werden.

Die Rüge selbst muss nicht ausdrücklich das Wort „Rüge“ enthalten. Es sollte jedoch als ernst gemeinte und verbindliche Haltung der Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter identifizierbar sein, der entnommen werden kann, welches konkrete Handeln von der Auftraggebenseite verlangt wird.

Sollte keine bzw. eine unbefriedigende Antwort erfolgen oder wird das Verfahren nur unzureichend nachgebessert, sodass der Rüge zu Grunde liegende Sachverhalt im Kern noch besteht, kann oberhalb der EU-Schwelle ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer und unterhalb der EU-Schwelle ein Antrag auf einstweilige Verfügung beim Landgericht eingelegt werden.

- ① Eine Wartefrist zwischen Rüge und Nachprüfungsantrag ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Teilen Auftraggeberinnen und Auftraggeber ausdrücklich mit, dass sie einer Rüge nicht abhelfen wollen, beginnt die 15-tägige Ausschlussfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4

GWB mit Eingang der Mitteilung der Auftraggeberinnen und Auftraggeber bei der Teilnehmerin oder dem Teilnehmer. Anträge, die nach Ablauf dieser Frist gestellt werden, sind unzulässig.

Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwelle sollte unverzüglich der einstweilige Rechtsschutz eingelegt werden, da ansonsten der Zuschlag an andere Unternehmen droht.

Mehr Informationen zum Nachprüfungsverfahren vor den zuständigen Vergabekammern findet man auf einem Merkblatt der Vergabekammer Berlin, das laufend aktualisiert wird (siehe unter dem Internetauftritt der Vergabekammer Berlin: <https://www.berlin.de/sen/wirtschaft/wirtschaftsrecht/vergabekammer/>).

Wenn der Vertrag bereits geschlossen wurde, ist der Rechtsschutz für nichtberücksichtigte Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter eingeschränkt. Nur wenn nachweislich rechtswidrige Direktvergaben stattgefunden haben, können derartige Verträge von der Vergabekammer überprüft werden. Unterhalb der EU-Schwelle findet eine solche Prüfung allerdings nicht statt.

Natürgemäß fallen für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz Kosten an. Das Kostenrisiko ist abhängig vom Auftragswert. In einem Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer ist von einer Mindestgebühr in Höhe von 2.500 Euro auszugehen.

Allerdings gibt es die Möglichkeit der Förderung von Nachprüfungsanträgen vor der Vergabekammer Berlin, wenn eine Angelegenheit im grundsätzlichen Interesse von Kammermitgliedern liegt. Das wäre z. B. der Fall bei der rechtswidrigen Zusammenfassung von Planungsleistungen als Generalplanervergabe oder bei sachwidrige hohen Eignungsanforderungen. Weitere Hinweise gibt es unter https://www.ak-berlin.de/fileadmin/user_upload/Regelwerke/Rechtshilfefonds_2.pdf.

III. Planungswettbewerbe

Ist dem Vergabeverfahren ein Planungswettbewerb nach der Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW) vorgeschaltet, sind Verstöße gegen die RPW grundsätzlich ebenfalls rügefähig. In der Praxis dürfte dies jedoch keine große Relevanz haben, da durch den Registriervermerk der jeweilig zuständigen Kammer die Einhaltung der RPW in der Regel bestätigt wird.

- ① Nach § 78 Abs. 2 S. 4 VgV müssen öffentliche Auftraggeberinnen und Auftraggeber bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau sowie in der Landschafts- und Freiraumplanung prüfen, ob diese für einen Planungswettbewerb geeignet sind und dokumentieren diese Entscheidung.

Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass damit den Teilnehmerinnen und Teilnehmern am Vergabeverfahren ein eigenständiger Nachprüfungsanspruch dahingehend zusteht, ob die öffentlichen Auftraggeberinnen und Auftraggeber die Entscheidung zur Nichtdurchführung eines Planungswettbewerbes ermessensfehlerfrei getroffen haben. Da sich die Prüf- und Dokumentationspflicht in erster Linie auf haushaltsrechtliche Aspekte bezieht, hat sie keine bewerber- bzw. bieterschützende Wirkung.

Beispielrüge

(Briefkopf der Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter)

An
Auftraggeberin oder Auftraggeber (in deren oder dessen Namen und deren oder dessen Rechnung die Leistung vergeben wird)

Vergabeverfahren ...

Betreff: Rüge

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir/ich (Name/Büro ...) möchten im oben genannten Verfahren auf folgende Verfahrensverstöße hinweisen (beispielhafte, nicht abschließende Auflistung):

- Jedes Mitglied einer Bewerber-/Bietergemeinschaft muss die Anforderungen erfüllen, die an die natürliche und juristische Person gestellt werden (Ziff. XX der Bekanntmachung). Das ist eine nicht sachgerechte Vorgabe, weil sich Bewerber-/Bietergemeinschaften gerade bilden, um gemeinsam insbesondere die Eignungsanforderungen zu erfüllen.
- Erfahrung mit öffentlichen Auftraggebern (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens) Das ist eine nicht sachgerechte Vorgabe, weil Referenzen mit privaten Auftraggeberinnen und Auftraggebern ebenso Auskunft über das Know-how geben.
- Schlechterstellung bei Unterauftragsvergabe und Eignungsleihe (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens). Die Schlechterbewertung der Unterauftragsvergabe und der Eignungsleihe kommt einem Selbstausführungsgebot gleich und ist deshalb im Vergaberecht nicht erlaubt.
- Erfahrung und Planung bei der gleichen Nutzungsart (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens). Die Forderung von Referenzen mit der gleichen Nutzungsart ist nach § 75 Abs. 5 S. 3 VgV nicht ohne Weiteres erlaubt. Vorliegend können wir nicht erkennen, dass ein Ausnahmefall vorliegt.
- Preis bei einem Architektenwettbewerb nach RPW oder eine andere Auszeichnung (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens). Das stellt einen Verstoß gegen § 75 Abs. 5 in Verbindung mit § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV dar. Die Referenzen sollen als Beleg dafür dienen, dass Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter vergleichbare Leistungen schon erfolgreich erbracht haben und damit die Gewähr dafür bieten, auch den zu vergebenden Auftrag zufriedenstellend zu erledigen. Die Prämierung eines Entwurfes ist hierfür als subjektives und objektbezogenes Gestaltungskriterium wenig geeignet.
- Honorierung der „Lösungsvorschläge/Ideenskizzen o.ä.“ nicht in der Bekanntmachung genannt Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz. Die Mitteilung über die Höhe der Honorierung der „Lösungsvorschläge/Ideenskizzen o.ä.“ muss bereits in der Bekanntmachung erfolgen, so dass für die Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter und späteren Bieterinnen und Bieter die Bedingungen des Vergabeverfahrens von Anfang an vorhersehbar sind.

- Geforderter Mindestjahresumsatz höher als das Zweifache des geschätzten Auftragswertes (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens). Das ist ein Verstoß gegen § 45 Abs. 2 VgV und § 122 Abs. 2 GWB, wonach der verlangte Mindestjahresumsatz das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nur überschreiten darf, wenn aufgrund der Art des Auftragsgegenstands spezielle Risiken bestehen. Derartige Risiken sind nicht erkennbar.
- Ungenaue Angaben, welche konkreten Leistungen erwartet werden (z. Bsp. Bezeichnung als Ideenskizzen o.ä.) (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens/Einladungsschreibens) Verstoß gegen den Transparenz- und auch Gleichbehandlungsgrundsatz. Auftraggebende müssen die Leistung eindeutig und erschöpfend beschreiben, damit alle interessierten Unternehmen die Leistung gleichermaßen und unmissverständlich verstehen.
- Keine oder keine angemessene Vergütung der „Lösungsvorschläge/Ideenskizzen o.ä. (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens/Einladungsschreibens). Dies stellt einen Verstoß gegen § 77 Abs. 2 VgV dar, wonach öffentliche Auftraggeberinnen und Auftraggeber bei der Abforderung von Lösungsvorschlägen für Planungsaufgaben im Vergabeverfahren zur Festsetzung einer angemessenen Vergütung verpflichtet sind. „Stellen die im Rahmen der Lösungsvorschläge geforderten Planungsleistungen Teilleistungen einer Leistungsphase der HOAI dar, ist die gem. § 77 Abs. 2 VgV vom Auftraggeber festzusetzende Vergütung nach § 77 Abs. 3 VgV nur dann angemessen, wenn sie nach den Regelungen der HOAI ermittelt wurde.“ (vgl. VK Westfalen, B. v. 07.03.2019, VK 1-4/19)

Wir bitten daher um Abhilfe der oben genannten Vergabeverstöße bis zum ... (die Frist sollte in der Regel nicht länger als 3 Tage sein). Für den Fall der Nichtabhilfe behalten wir/ich uns vor, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ... zu stellen.

Mit freundlichen Grüßen