

ESV

Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe

Von

Prof. Dr. Thomas Ax

Maître en Droit (Paris X-Nanterre),
Rechtsanwalt und Professor für europäisches
Wirtschaftsrecht an der SRH Hochschule Heidelberg

und

Matthias Schneider

Rechtsanwalt

unter Mitarbeit von

Katrin Ottenströer

Rechtsanwältin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter

[ESV.info/978 3 503 12963 8](http://ESV.info/9783503129638)

ISBN 978 3 503 12963 8

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2011
www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Satz: multitext, Berlin

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Vorwort

Das Rechtsschutzsystem im Vergaberecht ist zweigeteilt. Diese Zweiteilung entspricht der Zweiteilung im Vergaberecht. Genauso wie dieses bei den anwendbaren Vorschriften zwischen Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte unterscheidet, differenziert auch das Rechtsschutzsystem. Oberhalb der Schwellenwerte stehen dem Unternehmen bzw. Bieter weitaus mehr Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung als unterhalb. Bei Überschreitung der Schwellenwerte kann der Bieter zum einen versuchen die Entscheidung über die Zuschlagserteilung (nicht den bereits erteilten Zuschlag!) wiedergängig zu machen, sog. Primärrechtsschutz. Auf diese Weise kann er bewirken selbst den Zuschlag zu erhalten, vorausgesetzt er hat das nach der Wertung wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Zum anderen kann er einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen, sog. Sekundärrechtsschutz. Die maßgeblichen Rechtsmittel sind im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und dort im 4. Teil geregelt. Es handelt sich um EG-Recht. Der deutsche Gesetzgeber ist damit verpflichtet, sowohl Primärrechtsschutz im Form des Vergabenachprüfungsverfahrens, der sofortigen Beschwerde und dem Antrag auf Voraberteilung des Zuschlags, als auch Sekundärrechtsschutz in Form von Schadensersatzansprüchen einzurichten.

Überschreitet der Auftragswert nicht die Schwellenwerte, kann der Bieter nur Sekundärrechtsschutz, d.h. einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Primärrechtsschutz, d.h. ein Rechtsmittel mit dem Ziel den Auftrag zu erhalten, kann er nicht einlegen. Ein solches Rechtsmittel ist nicht vorgesehen. Unterhalb der Schwellenwerte stellt das Vergaberecht nationales Haushaltsrecht dar. Der deutsche Gesetzgeber wäre allenfalls über Art. 3 GG zur Gleichbehandlung und damit zur Schaffung eines Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte verpflichtet. Im Ergebnis wird eine solche Verpflichtung allerdings abgelehnt.

Aus der vorstehenden Differenzierung zwischen den Rechtsschutzmöglichkeiten oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte zeigt sich bereits, dass eine gute Kenntnis der jeweils zur Verfügung stehenden Rechtsmittel erforderlich ist, um seine Rechte effektiv verwirklichen zu können. Dies gilt sowohl für die Bieter als auch für die Vergabestelle. Auch sie muss in der Lage sein, unberechtigt geltend gemachte Vergabenachprüfungsanträge sowie Schadensersatzansprüche wirksam entgegnetreten zu können. Dieses Buch möchte einen Überblick über die verschiedenen Rechtsmittel sowie ihre praktische Handhabung geben. Dabei wird in großem Maße auf die praktischen Erfahrungen der Verfasser zurückgegriffen. Dies sichert eine effektive und zielführende Hilfestellung bei der Rechtsdurchsetzung.

Neckargemünd, im September 2010

Die Verfasser

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
Vorwort	5	
 I. Primärrechtsschutz bei Vergabekammern und Vergabesenaten		
1. Das Vergabenachprüfungsverfahren bei den		
Vergabekammern	17	1–150
a) Die Vergabekammern	17	1– 3
b) Zuständigkeit	18	4– 9
aa) Allgemein	18	4– 6
bb) § 106 a Abs. 1 Nr. 2 GWB	19	7
cc) § 106 a Abs. 1 Nr. 4 GWB	20	8
dd) § 106 a Abs. 1 Nr. 5 und § 106 a Abs. 2 GWB	20	9
c) Die Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsantrags	21	10– 59
aa) Allgemein	21	10
bb) Form	21	11
cc) Begründung	22	12
dd) Antragsbefugnis	23	14– 23
(1) Unternehmen	23	15
(2) Interesse am Erhalt des Auftrags	23	16– 18
(3) Konkretes Verhalten der Vergabestelle	26	19
(4) Verletzung eigener Rechte	27	20
(5) Nachschieben von Vergaberechtsverstößen	27	21
(6) Drohender Schaden	28	22– 23
ee) Frist	30	24
ff) Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB	30	25– 56
(1) Allgemein	30	25
(2) Rechtsnatur	31	26– 27
(3) Form der Rüge	32	28
(4) Person des Rügenden	32	29– 32
(5) Adressat der Rüge	34	33
(6) Zugang der Rüge	34	34– 35
(7) Inhalt	35	36– 39
(8) Unverzüglichkeit der Rüge	39	40– 41
(9) Kenntnis des Vergaberechtsverstößes	42	42– 50
(10) Zeitpunkt der Kenntnis des Vergaberechts- verstößes	46	51
(11) Antwortschreiben der Vergabestelle	47	52
(12) Rechtsfolge unterbliebener Rügen	47	53

(13) Vorsorgliche und Verdachtsrüge	47	54– 55
(14) Darlegungs- und Beweislast bzgl. der Rüge- anforderungen	48	56
gg) Frist des Vergabenachprüfungsantrags	48	57
hh) Entbehrlichkeit der Rüge	50	58– 59
d) Die Begründetheit des Vergabenachprüfungsantrags	51	60
e) Untersuchungsgrundsatz	51	61– 67
aa) Erforschung des Sachverhalts	51	61– 62
bb) Zustellung des Vergabenachprüfungsantrags	53	63– 65
cc) Unterbleiben der Zustellung	54	66– 67
f) Die Entscheidung der Vergabekammer	55	68– 94
aa) Entscheidungen der Vergabekammer	56	69– 80
(1) Verfahrensrechtliche Entscheidungen	56	70– 71
(2) Materieellrechtliche Entscheidungen	58	72– 80
(a) Geeignete Maßnahmen	58	72
(b) Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts	58	73
(c) Kein wertbares Angebot	59	74
(d) Aufhebung des Vergabeverfahrens	60	75
(e) Eignung der Bieter	61	76
(f) Wahl der Verfahrensart	61	77
(g) Nichtigkeit des Zuschlags	62	78
(h) Aufhebung des Zuschlags	63	79– 80
bb) Vergleich	65	81
cc) Rücknahme des Vergabenachprüfungsantrags	65	82
dd) Erledigung des Vergabenachprüfungsantrags	65	83–90
(1) Allgemeines	65	83
(2) Vorliegen der Sachentscheidungsvoraussetzungen ...	66	84
(3) Erledigterklärung	66	85
(4) Feststellungsinteresse	67	86
(5) Erledigendes Ereignis	69	87– 89
(6) Zulässigkeit und Begründetheit des Vergabe- nachprüfungsantrags	69	90
ee) Abänderung des Vergabekammerbeschlusses	70	91
ff) Rechtsmittel gegen den Vergabekammerbeschluss	70	92
gg) Rechtskraft des Vergabekammerbeschlusses	70	93
hh) Vollstreckung des Vergabekammerbeschlusses	71	94
g) Mündliche Verhandlung	71	95– 97
h) Beschleunigung	73	98–103
aa) Entscheidungsfrist	73	98
bb) Verlängerung der Entscheidungsfrist	74	99–101
cc) Mitwirkungspflichten des Bieters	75	102–103
i) Akteneinsichtsrecht	76	104–110
aa) Allgemein	76	104
bb) Einzusehende Akten	76	105

cc)	Umfang der Akteneinsicht	77	106
dd)	Versagung der Akteneinsicht	77	107–110
j)	Verfahrensbeteiligte, Beiladung	79	111
k)	Aussetzung des Vergabeverfahrens		
	gemäß § 115 Abs. 1 GWB	80	112–123
aa)	Zuschlagsverbot gemäß § 115 Abs. 1 GWB	80	112–114
	(1) Entstehung des Zuschlagsverbots	80	112–113
	(2) Dauer des Zuschlagsverbots	81	114
bb)	Voraberteilung des Zuschlags		
	gemäß § 115 Abs. 2 GWB	81	115–120
	(1) Interessenabwägung	81	116
	(2) Zu berücksichtigende Interessen	83	117
	(3) Rechtsschutzinteresse	84	118
	(4) Darlegungs- und Beweislast	85	119
	(5) Rechtsmittel gegen die Vorabgestattung	85	120
cc)	Andere Maßnahmen als ein Zuschlagsverbot	85	121
dd)	Zwischenverfügungen	86	122
ee)	Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung	86	123
l)	Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie		
	des Vergabesenats	86	124–149
aa)	Allgemeines	86	124
bb)	Kosten der Rüge	87	125
cc)	Kosten der Vergabekammer	87	126
dd)	Kostengrundentscheidung	87	127
ee)	Gebührenreduzierung	88	128
ff)	Gebührenerhöhung	89	129
gg)	Kostentragungspflicht des unterliegenden Beteiligten ...	89	130–131
hh)	Schuldhaft verursachte Kosten	90	132
ii)	Absehen von der Kostenauflegung nach		
	billigem Ermessen	90	133
jj)	Entscheidung der Vergabekammer	91	134
kk)	Rücknahme und Erledigung des Vergabe-		
	nachprüfungsantrags	91	135–137
ll)	Vergleichsweise Kostenregelung	94	138
mm)	Kosten bei Haupt- und Hilfsantrag	94	139–140
nn)	Kosten des Beigeladenen	96	141
oo)	Kostenfestsetzungsverfahren	97	142
pp)	Rechtsanwaltskosten	97	143–148
qq)	Kosten des Verfahrens auf Voraberteilung		
	des Zuschlags	101	149
m)	Ausschluss von abweichendem Landesrecht	102	150
2.	Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Vergabekammer	103	151–170
	Das sofortige Beschwerdeverfahren bei den Vergabesenaten	103	151–170
a)	Gegenstand der sofortigen Beschwerde	103	151–152

b) Zuständigkeit	104	153
c) Beschwerdebefugnis	104	154–155
d) Frist und Form	106	156
e) Begründung	106	157–160
f) Anwaltszwang	109	161
g) Rechtsschutzbedürfnis	109	162
h) Unterrichtung über die Beschwerde	111	163
i) Rechtsverstoß des Vergabenachprüfungsverfahrens	111	164–165
j) Wirkung der sofortigen Beschwerde	112	166–167
k) Anschlussbeschwerde	113	168–169
l) Rücknahme der sofortigen Beschwerde	115	170
3. Verlängerung des Zuschlagsverbots gemäß § 118 Abs. 1		
Satz 3 GWB	116	171–207
a) Allgemein	116	171–172
b) Statthaftigkeit des Antrags gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB ..	116	173
c) Antragsbefugnis	116	174
d) Beschwer	116	175
e) Frist	117	176
f) Rechtsschutzbedürfnis	117	177–178
g) Beteiligte am Beschwerdeverfahren	118	179
h) Verfahren	119	180–183
aa) Verfahrensvorschriften	119	180
bb) Untersuchungsgrundsatz	120	181
cc) Anwaltszwang	120	182
dd) Verfahrensverbindung	120	183
i) Entscheidung	120	184–193
aa) Allgemeines	120	184
bb) Aufhebung des vergabekammerlichen Beschlusses	121	185
cc) Entscheidung des Beschwerdegerichts	121	186–187
dd) Vergleich	124	188
ee) Erledigung	124	189
ff) Rücknahme der sofortigen Beschwerde	124	190–192
gg) Aussetzung des Beschwerdeverfahrens	125	193
j) Abwägung widerstreitender Interessen	126	194–196
k) Verschlechterungsverbot	128	197
l) Dauer des verlängerten Zuschlagsverbots	128	198
m) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Zuschlagsverbot	129	199–200
n) Rücknahme des Antrags nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB	129	201
o) Kosten	130	202–203
p) Rechtsmittel	130	204
q) Anschlussbeschwerde	131	205
r) Anhörungsrüge	131	206
s) Weitere Maßnahmen	131	207

III. Sekundärrechtsschutz		
bei den ordentlichen Gerichten		161 246–287
1. Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen	163 246–252
a) Vorvertragliches Vertrauensverhältnis	163 246
b) Schutzwürdiges, aber enttäushtes Vertrauen	164 247
c) Schadensersatzanspruch bei Aufhebung einer Ausschreibung	165 248
d) Verschulden	165 249
e) Zuschlag auf das Angebot	166 250–251
f) Vorheriger Vergabenaufprüfungsantrag	167 252
2. Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens	167 253–265
a) Anwendbarkeit des § 126 GWB	167 253–256
b) Verstoß gegen eine bieterschützende Vorschrift	168 257–258
c) Echte Chance auf Erhalt des Zuschlags	169 259–261
d) Kausalität	172 262
e) Verschulden	172 263
f) Umfang des Schadensersatzanspruches	173 264
g) Darlegungs- und Beweislast	174 265
3. Weitere Schadensersatzansprüche	174 266–275
a) Anspruchsgrundlagen	174 266
b) § 126 Abs. 2 GWB	174 267
c) §§ 1, 33 GWB	175 268
d) § 823 BGB	175 269–270
e) § 826 BGB	176 270–271
f) § 1004 BGB	176 272
g) § 1 UWG	177 273
f) Bindungswirkung	177 274–275
4. Höhe des Schadensersatzanspruches	178 276–281
a) Negatives Interesse	178 276
b) Inhalt des Anspruches	179 277
c) Anspruchsinhaber	179 278
d) Positives Interesse	180 279
e) Anspruch auf positives und negatives Interesse	181 280
f) Ersatzfähigkeit von Mehrvergütungsansprüchen	181 281
5. Schadensersatz bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten	182 282–287
a) Rechtsmissbräuchliches Verhalten	182 282
b) Aufzählung in § 125 Abs. 2 GWB	183 283
c) Kausalität	183 284
d) Schaden	183 285
e) Rechtsfolge Schadensersatzanspruch	183 286
f) Rechtsfolge Versagung des Primärrechtsschutzes	184 287

IV. Vertragsverletzungsverfahren der EU	185 288–316
1. Allgemeines zum Ablauf eines Vertragsverletzungsverfahrens .	187 288
2. Die einzelnen Stufen eines Vertragsverletzungsverfahrens	187 289–307
a) Verstoß gegen EU-Vergaberecht	187 289–290
b) Stellungnahme des Mitgliedstaates	188 291
c) Stellungnahme der Kommission	188 292–295
d) Anrufung des EuGHs bei Nichtbefolgung der angeordneten Maßnahmen und Feststellung der Vertragsverletzung durch den EuGH	189 296–303
aa) Feststellungsklage	189 296
bb) Streitgegenstand	189 297
cc) Inhalt der Entscheidung des EuGH	190 298–300
dd) Beseitigung der Vertragsverletzung durch den Mitgliedstaat	191 301
ee) Veränderung nach Ablauf der Klagefrist	191 302
ff) Vorläufiger Rechtsschutz gemäß Art. 279 AEUV	191 303
e) Stellungnahme des Mitgliedstaates bei Nichteinleitung der durch das EuGH-Urteil erforderlichen Maßnahmen	191 304
f) Stellungnahme der Kommission	192 305
g) Anrufung des EuGH bei Nichtbefolgung des Urteils	192 306–307
3. Zulässigkeit	192 308–311
a) Die drei Phasen	192 308
b) Phase 1: Formloser Verfahrensabschnitt	192 309
c) Phase 2: Verwaltungsphase	193 310
d) Phase 3: Gerichtliche Phase	194 311
4. Begründetheit	194 312–315
a) Verstoß gegen Sekundärrecht	194 312
b) Verstoß gegen internationale Abkommen der EG	195 313
c) Verstoß gegen spezifische EG-Bestimmungen	195 314
d) Verstoß gegen Art. 10 AEU-Vertrag	196 315
5. Beweislast für das Vorliegen eines Verstoßes	197 316
Anhang	199
I. Rechtsmittelkoordinierungsrichtlinie	201
II. Musterformulare	212
1. Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB	212
2. Vergabenachprüfungsantrag an die Vergabekammer	213
3. Antrag auf Beiladung gemäß § 109 GWB	217
4. Antrag auf Aufhebung des Suspensiveffekts gem. § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB	219
5. Sofortige Beschwerde zur Wiederherstellung des Suspensiv- effekts gem. § 115 Abs. 2 Satz 5 GWB	222

6. Sofortige Beschwerde gemäß §§ 116 ff. GWB und Antrag auf Verlängerung des Suspensiveffektes gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB	225
7. Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gemäß § 118 Abs. 1 und 2 GWB	229
8. Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag gem. § 121 GWB	230
9. Schutzschrift	233
10. Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung auf Vornahme einer Handlung	234
11. Beschwerdeschreiben an die VOB-Stelle	237
III. Checkliste für die Einreichung eines Vergabenachprüfungs- antrags	239
IV. Übersicht über derzeit eingerichtete Vergabekammern	241
V. Übersicht über derzeit eingerichtete VOB-Stellen	244
Literaturverzeichnis	249
Stichwortverzeichnis	251