



Nachprüfungsverfahren

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
in Kooperation mit der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht des DAV**

am 18.05.2017 in Düsseldorf

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Richtiger Umgang mit Rügen

Rechtsanwalt Dr. Marc Gabriel, Baker McKenzie, Berlin

- Nach der alten Rechtslage empfahl es sich, das Instrument der Frage allenfalls vorsichtig zu nutzen, um nicht Hinweise auf die mögliche Kenntnis eines Vergabeverstößes zu geben. Dies hätte als Folge das Anlaufen der Rügefrist mit schwer bestimmbarer Kürze gehabt. Nach der neuen Rechtslage gibt es eine feste Rügefrist, die vorsichtshalber ab Stellen einer Bieterfrage gerechnet werden sollte.
- Im Hinblick darauf, dass Antworten auf Bieterfragen grundsätzlich an alle Bieter gehen, sollte die Bezeichnung der Mitteilung an den Auftraggeber entsprechend sorgfältig überlegt werden.
- Für die Erkennbarkeit von Vergabeverstößen gilt als Faustregel, dass je schwerwiegender ein Mangel ist, desto mehr von Erkennbarkeit auszugehen ist.
- Das Ergebnis einer externen Beratung, nach der kein Vergabeverstoß vorliegt, spricht gegen das Erkennen eines Vergabeverstößes.
- Bieter müssen die Voraussetzungen dafür schaffen, dass überhaupt Vergabefehler erkannt werden können. Sie sind grundsätzlich zur Prüfung der Unterlagen aufgerufen.
- Dies könnte sich dahingehend auswirken, dass sich Unternehmen beim Abruf von Vergabeunterlagen nicht registrieren, um das Anlaufen einer Prüffrist zu verschleiern.
- Bei einem lediglich drohenden oder angekündigten Verfahrensverstoß besteht keine Rügeobliegenheit.

- Ein Auftraggeber kann durch gestufte Antworten unterschiedliche Fristen zur Erhebung eines Nachprüfungsverfahrens in Gang setzen. Es könnte sich anbieten, vermeintlich unwichtige Punkte zuerst zu beantworten.

2. Kampf um die Stoff- und Verfahrenshoheit

Rechtsanwalt Bernhard Stolz, Kraus, Sienz & Partner, München

- Die Unterscheidung von bieterschützenden und nicht bieterschützenden Vorschriften scheint nicht sinnvoll. Maßgeblich sollte allein die Frage sein, ob einem Unternehmen durch ein Vergabeverstoß ein Schaden droht oder nicht.
- Soweit Vergabeverstöße aus der Sphäre des Auftraggebers oder Dritten kommen, besteht ein uneinheitlicher Umgang der Vergabekammern mit der Frage, was zulässig in das Verfahren eingeführt wurde und was Verfahrensgegenstand wird.
- Ausreichend ist das Behaupten von Vergabeverstößen. Einem Unternehmen zwangsläufig nicht bekannte interne Vorgänge des Auftraggebers können und müssen nicht im Detail gerügt und dargestellt werden. Insofern liegt dann auch kein Vortrag ins Blaue hinein vor.
- Im Rahmen des § 163 GWB kann man die Vergabeunterlagen und die Angebote bei den Nachprüfungsinstanzen als bekannt voraussetzen.
- Eine Beschränkung der Akteneinsicht nur auf die gerügten Mängel hat keine Grundlage im GWB.
- Ob eine Unterlage geschützte Geheimnisse enthält, ist allein von der Vergabekammer festzustellen. Auch eine fehlende Kennzeichnung berechtigt allein nicht zur Offenlegung durch die Vergabekammer.

3. Aktuelle vergaberechtliche Rechtsprechung des BGH

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, forum vergabe e.V.

- In seiner Entscheidung vom 31.01.2017 (X ZB 10/16) hat sich der BGH zu Antragsbefugnis und Auftraggeber-seitiger Prüfung bei der Rüge eines ungewöhnlich niedrigen Preises geäußert.
- Ein Nachprüfungsantrag ist zulässig, wenn Umstände, die für Unangemessenheit sprechen könnten, vorgetragen werden.
- Der Zuschlag auf ein wegen seines niedrigen Preises auszuschließendes Angebot wäre ein Vergabeverstoß.
- Es besteht bei Unaufklärbarkeit und verbleibenden Zweifeln an einer vertragsgemäßen Ausführung ein rechtlich gebundenes Ermessen des Auftraggebers, ein Angebot auszuschließen.

- In seiner Entscheidung vom 04.04.2017 (X ZB 3/17) befasst sich der BGH grundsätzlich mit der Verwendung von Punkte- bzw. Schulnotensystemen.
- Konkretisierende Angaben zu einer bestimmten Punktevergabe sind danach nicht notwendig.
- Ein solches Wertungssystem kann nicht losgelöst von Leistungsbeschreibung betrachtet werden. Der Leistungsbeschreibung bekommt gesteigerte Bedeutung zu, den Bietern die Erwartungen des Auftraggebers zu verdeutlichen.
- Eine solche Wertung ist besonders sorgfältig zu dokumentieren.
- In der Entscheidung vom 31.01.2017 (X ZB 10/16) befasst sich der BGH mit dem Umgang mit Unterlagen, für die Geheimnisschutz beansprucht wird.
- Bei positiver Entscheidung über die Offenlegung ist Bestandskraft der Entscheidung abzuwarten, was einschließlich eines etwaigen Zwischenverfahren mit zweiter Instanz zu zeitlichen Verzögerungen führt.
- Solche Unterlagen können auch ohne Offenlegung ihrer Inhalte in den Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen verwendet werden.

4. Rechtsmittel

Rechtsanwältin Dr. Rebecca Schäffer, MJJ, avocado Rechtsanwälte, Köln

- Eine sofortige Beschwerde gegen die Hauptsache ist auch in Feststellungsverfahren zulässig.
- Unterliegt der Antragsteller in 1. Instanz, führt dies automatisch zum Wegfall der aufschiebenden Wirkung zwei Wochen nach Einlegung der Beschwerde. Die aufschiebende Wirkung beginnt mit Einlegung der Beschwerde auch dann, wenn diese entgegen § 172 Abs. 4 GWB nicht anderen Beteiligten mitgeteilt wurde.
- Beschwerdebefugt sind alle Beteiligten des Vergabeverfahrens. Eine Anschlussbeschwerde ist möglich, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist.
- Die Vergabesenate der OLG können selber entscheiden oder an die Vergabekammer zurückverweisen. Möglich sind auch vorläufige Sicherungsmaßnahmen.
- Bei einer vom Auftraggeber beantragten Entscheidung nach § 176 GWB ist das Risiko eine Beendigung des Verfahrens nach § 177 GWB zu berücksichtigen.

- Ein Nachprüfungsverfahren umfasst gegebenenfalls auch ein sich anschließendes, neues Vergabeverfahren, insoweit wird im Regelfall die Ausweitung der aufschiebenden Wirkung angeordnet.
- Nebenentscheidungen über Beiladung, Sicherungsmaßnahmen oder Akteneinsicht sind grundsätzlich nicht selbständig angreifbar. Eine Ausnahme besteht, wenn Akteneinsicht in Unterlagen, bei denen sich ein Beteiligter auf Geheimnisschutz beruft, gewährt werden soll. Offen ist, wer in diesem Fall beschwerdeberechtigt ist.
- Gegen die Kostenentscheidung des OLG ist kein förmliches Rechtsmittel vorgesehen. Möglich und der Praxis anzutreffen sind Anhörungsrügen oder die Korrektur offensichtlicher Fehler sowie formlose Anregungen an den Senat.

5. Was kostet das? Kostenrecht in Nachprüfungsverfahren

Dr. Wolfram Krohn M.P.A., Dentons, Berlin

- In Verfahren von den Vergabekammern hat es sich durchgesetzt, für die Höhe der Gebühren die Tabelle der VK Bund anzuwenden.
- Sie enthält eine Reihe von Ermäßigungstatbeständen, etwa im Fall der Erledigung. Möglich ist auch eine Rücknahme des Nachprüfungsantrages, die zu einer Ermäßigung führt, wenn diese vor Abfassung des Beschlusses erfolgt. Aus Billigkeitsgründen kann ein Verzicht ausgesprochen werden.
- Ein Kostenvorschuss wird in der Regel von den Vergabekammern nicht verlangt, wenn der Zuschlag droht. In der Praxis berücksichtigen Vergabekammern auch Kostenübernahmeklärungen von Kanzleien.
- Anwaltskosten sind vor der Vergabekammer in der Regel in Höhe von 2,0 Gebühren erstattungsfähig. Unterbleibt eine mündliche Verhandlung, sind regelmäßig 1,3 Gebühren anzusetzen. Lediglich bei wenigen besonders schwierigen Sachen sind 2,5 Gebühren anzusetzen.
- Auch wenn keine Kostenfestsetzung durch die Vergabekammern erfolgt, besteht in der Regel in der Praxis über die Kostenerstattung kaum Streit.
- In Verfahren vor den OLG-Senaten können, wenn in einem Verfahren ein Antrag auf Verlängerung des Zuschlagsverbotes zu stellen ist, bis zu 7 Gerichtsgebühren anfallen, davon 3 allein für den Verlängerungsantrag.
- Auf die Anwaltsgebühren des Beschwerdeverfahrens sind die Anwaltskosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer anzurechnen.
- Bei der Auftragswertfestsetzung ist für Dienstleistungsverträge immer die Gesamtlaufzeit zu berücksichtigen.

- Optionen sind mit dem Prozentsatz, zu dem sie wahrscheinlich beauftragt werden, zu berücksichtigen. Dies erfolgt im Zweifel zu 50 %.
- Bei Losvergaben sind nur die betroffenen Lose zu berücksichtigen.
- Bei der Vergabe von Konzessionen sind auch Erlöse des Konzessionsnehmers zu berücksichtigen.
- Die Verteilung der Kosten unterliegt grundsätzlich dem Unterliegensprinzip.
- Zugunsten von Unternehmen sind Anwaltskosten regelmäßig erstattungsfähig.
- Auftraggeber müssen von Amts wegen im Vergaberecht zu Hause sein, weswegen im Regelfall nicht von einer Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten auszugehen ist.
- Sind die Kosten von Beigeladenen zu erstatten, kann dies insbesondere bei vielen Beigeladenen zu ganz erheblichen Kosten führen.