

PraxisWissen

Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

VOF 2009, RPW 2008

von
Dr. Tobias Hänsel, Sven Grosse

2., neubearbeitete Auflage

Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen – Hänsel / Grosse

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Baurecht der Länder](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62856 6

Gemeinderatsbeschlusses sicher feststeht, dass auszuschreibende Leistungen nicht ausgeschrieben werden sollen.³⁰⁷

e) Die Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens

Gemäß § 109 Satz 1 GWB sind Verfahrensbeteiligte der Antragsteller, der Auftraggeber und die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden. Diese Unternehmen werden von der Vergabekammer beigeladen. Die Entscheidung über eine Beiladung ist unanfechtbar, d.h., ein nicht beigeladener Mitbieter kann seine Teilnahme am Verfahren nicht erzwingen. Regelmäßig geben die Vergabekammern allerdings Anträgen über eine Teilnahme am Nachprüfungsverfahren statt.

Die Beigeladenen nehmen in gleicher Weise wie Antragsteller und Antragsgegner am Verfahren teil. Sie können Schriftsätze einreichen, Anträge stellen und an Verhandlungsterminen teilnehmen. Sie erhalten Ablichtungen der Schriftsätze der übrigen Beteiligten, Entscheidungen, Ladungen, Verfügungen usw. von der Vergabekammer.

f) Akteneinsicht

Nach § 111 Abs. 1 GWB können die Beteiligten die Akten bei der Vergabekammer einsehen und sich Abschriften anfertigen lassen. Das Einsichtsrecht ist für den Antragsteller äußerst wichtig, da er meist erst hierdurch die Handlungen des Auftraggebers effektiv überprüfen kann.

Zu den Akten gehören sämtliche bei der Vergabestelle vorhandenen Unterlagen, die das jeweilige Vergabeverfahren betreffen (Gutachten, Unterlagen zur Begründung getroffener Entscheidungen, eingeholte Stellungnahmen Dritter, Schriftverkehr).

Nach § 111 Abs. 2 GWB hat die Vergabekammer die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimnisses oder zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.³⁰⁸ Jeder Beteiligte hat mit Übersendung seiner Akten oder Stellungnahmen darauf hinzuweisen, wenn er der Auffassung ist, übermittelte Unterlagen unterliegen dem Geheimnischutz. **Er hat dies in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen.** Erfolgt dies nicht, kann die Vergabekammer von einer Zustimmung auf Einsicht ausgehen. Regelmäßig versucht der Auftraggeber, wesentliche Teile der Unterlagen als geheim zu kennzeichnen, um dem Bieter die Wahrung seiner Rechte zu erschweren. Es ist dann immer im Einzelfall zu überprüfen, ob tatsächlich Geheimhaltungsinteressen bestehen. Dazu reicht es nicht

³⁰⁷ Hierzu unten 4.

³⁰⁸ Vgl. dazu OLG Jena IBR 2003, 158 mit Anmerkung Völlink.

aus, wenn der Auftraggeber die Geheimhaltungsbedürftigkeit nur behauptet. Vielmehr muss er sie nachvollziehbar darlegen und begründen.³⁰⁹

g) Aussetzung des Vergabeverfahrens

Nach § 115 Abs. 1 GWB bewirkt die Zustellung des Nachprüfungsantrags bei dem Auftraggeber, dass dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist keinen Zuschlag erteilen darf. Der Auftraggeber darf nur noch Vorbereitungen für die Fortsetzung des Vergabeverfahrens treffen, aber weder Teilleistungen vorab oder gar anderweitig vergeben oder sonstige Tatsachen schaffen, die das weitere Verfahren zu Lasten eines der Beteiligten erschweren könnten. Ein gleichwohl erteilter Zuschlag ist nichtig. Insbesondere ist es nicht möglich, den Zuschlag unter der auflösenden Bedingung zu erteilen, dass der Nachprüfungsantrag abgewiesen wird.

Ausnahmsweise kann die Vergabekammer dem Auftraggeber gemäß § 115 Abs. 2 GWB gestatten, den Zuschlag vorab zu erteilen. Voraussetzung ist, dass unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

h) Mündliche Verhandlung

Die Vergabekammer entscheidet aufgrund einer mündlichen Verhandlung. Diese Verhandlung entspricht im Wesentlichen der vor einem Gericht. Allerdings ist sie nicht öffentlich, so dass auch Medien keinen Zugang haben. In der Regel findet nur ein Verhandlungstermin statt.

i) Entscheidung der Vergabekammer

Die Vergabekammer entscheidet, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist in ihrer Entscheidung nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Sie kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Es ist deshalb möglich, dass die vom Antragsteller gerügten Verstöße unerheblich sind, das Vergabeverfahren aber für rechtswidrig gehalten wird, weil die Vergabekammer einen anderen, bislang unbekannt und gravierenden Verstoß aufgedeckt hat. Denn nach § 110 Abs. 1 GWB hat die Vergabekammer den Sachverhalt von Amts we-

³⁰⁹ OLG Celle IBR 2001, 574 mit Anmerkung Schwenker.

gen zu erforschen. Deshalb kann sie auch vom Antragsteller nicht geltend gemachte Vergabeverstöße aufgreifen.³¹⁰

Die Vergabekammer trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Geeignete Maßnahmen sind alle Maßnahmen bis hin zur Aufhebung des Vergabeverfahrens. Beispielsweise kann die Vergabekammer ein Vergabeverfahren in einen früheren Verfahrensstand zurückversetzen, eine Wertungsstufe wiederholen lassen, ausgeschlossene Bieter in den Bewerberkreis wieder aufnehmen, Wertungskriterien für unzulässig erklären, die Wertung oder Nichtwertung bestimmter Nebenangebote anordnen, bestimmte Unterlagen für zulässig erklären usw.. Insbesondere kann die Vergabestelle dem Auftraggeber aufgeben, die Wertung unter Beachtung bestimmter, von der Vergabekammer präzisierter Kriterien zu wiederholen. Einen bereits erteilten Zuschlag kann die Vergabekammer allerdings nicht aufheben, § 114 Abs. 2 GWB.

Beispielsfall 41: Wiederholung des gesamten Verfahrens

Ein Auftraggeber schreibt die Projektsteuerung für den Neubau einer psychiatrischen Klinik wird im Wege des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb nach VOF europaweit aus. Den ausgewählten Bewerbern werden unter anderem folgende Zuschlagskriterien mitgeteilt: „*Erfahrung des für die Bearbeitung vorgesehenen Personals mit vergleichbaren Leistungen*“ und „*Erfahrung in der Zusammenarbeit mit anderen Beteiligten*“. Ein Bewerber rügt die Ordnungsgemäßheit der Angebotswertung mit der Begründung, es liege eine unzulässige Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien vor.

Der Bewerber hat Erfolg. Nach Ansicht des OLG München³¹¹ verstößt die Wertung der beiden Merkmale gegen den Grundsatz der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Aus § 16 Abs. 3 VOF 2006 folgt, dass auch im Rahmen der VOF grundsätzlich zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien zu trennen ist. Die Bewerberauswahl im Teilnahmewettbewerb dient der Prüfung der Eignung der einzelnen Bewerber. Die Auswahl desjenigen Bewerbers im anschließenden eigentlichen Verhandlungsverfahren, der den Zuschlag erhalten soll, dient hingegen der Suche nach der bestmöglichen Leistung unter den geeigneten Bewerbern. Bei der Erfahrung handelt es sich um einen klassischen Aspekt der persönlichen Eignung des jeweiligen Bieters bzw. seiner Mitarbeiter. Sie resultiert letztlich aus Referenzen und Tätigkeiten aus zurückliegenden Aufträgen und ist kein auftragsbezogenes Merkmal, da sie eben gerade nicht mit dem ausgeschriebenen Auftrag zusammenhängt, so das OLG München.

Das OLG München gibt dem Auftraggeber deshalb auf, das Vergabeverfahren in den Stand vor Erstellung der Angebotsunterlagen zurückzusetzen, die Angebotsunterlagen neu zu erstellen, die bisher ausgewählten

³¹⁰ EuGH, IBR 2003, 444 mit Anmerkung Börner.

³¹¹ OLG München IBR 2011, 236 mit Anmerkung Grosse.

Bewerber erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern und eine erneute Wertung durchzuführen.

Die Vergabekammer ist kein Gericht, sie erlässt kein Urteil sondern Verwaltungsakte. Damit sind die Entscheidungen der Vergabekammer vollstreckbar, wobei die Regelungen der Verwaltungsvollstreckungsgesetze Anwendung finden.

Gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB entscheidet die Vergabekammer innerhalb von fünf Wochen ab Eingang des Antrags. Bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten kann die Kammer die Frist verlängern.

j) Sofortige Beschwerde

Trotz ihrer Qualifikation als Verwaltungsakt sind Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vergabekammer nicht vor den Verwaltungsgerichten, sondern ausschließlich durch sofortige Beschwerde vor den Oberlandesgerichten zu suchen. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die Entscheidung der Vergabekammer wird somit, egal wie sie ausgefallen ist, noch nicht sofort bestandskräftig.

Die Frist für die Beschwerde beträgt zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer. Sie läuft nur, wenn die Entscheidung der Vergabekammer mit einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung versehen ist; sonst gilt eine Frist von einem Jahr analog § 58 VwGO. Der Beschwerde unterliegen alle Entscheidungen der Vergabekammer, mit denen die Instanz abgeschlossen wird, sowie die Entscheidungen über eine Versagung der Akteneinsicht und die Kostenentscheidung. Beschwerdebefugt sind alle Beteiligten, also auch die Beigeladenen. Dies gilt selbst dann, wenn eine beigeladene Partei vor der Vergabekammer keine Anträge gestellt hat. Nicht beigeladene Parteien können dagegen auch keine Beschwerde einlegen.

Rechtsschutz besteht für den Bieter auch dann, wenn er die Vergabekammer angerufen hat, diese aber nicht oder nicht fristgerecht entscheidet. Läuft die 5-Wochen-Frist ab, ohne dass eine Entscheidung vorliegt oder eine Verlängerung der Frist verfügt ist, gilt der Antrag auf Nachprüfung als abgelehnt.

Da es im Fall der Untätigkeit kein Zustelldatum einer Entscheidung gibt, an das die Fristberechnung hinsichtlich der Beschwerdefrist anknüpfen könnte, beginnt die 2-Wochen-Frist mit dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung spätestens hätte ergehen müssen. Die Beschwerdefrist beginnt demnach fünf Wochen nach dem Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer zu laufen oder, wenn der Vorsitzende die Bearbeitungsfrist verlängert hatte, mit dem Ablauf des letzten Tages des Verlänge-

rungszeitraums. Der Antragsteller muss deshalb bei der Vergabestelle den Eingang seines Antrags erfragen, die Frist berechnen und sich notieren.

Die sofortige Beschwerde ist – anders als der Nachprüfungsantrag – **zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen**. Die Beschwerdebegründung muss eine Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Vor dem Oberlandesgericht herrscht Anwaltszwang. Der Anwaltszwang gilt allerdings nicht für die klassischen öffentlichen Auftraggeber nach § 108 Nr. 1 und Nr. 2 GWB.

Auch im Beschwerdeverfahren ist eine Vorabentscheidung über die Gestattung des Zuschlags möglich. Auf Antrag kann das Oberlandesgericht dann feststellen, dass der Antragsteller durch den Antragsgegner in seinen Rechten verletzt wurde. Diese Feststellung ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Zuschlag vorab gestattet wurde und der Antragsteller Schadensersatz geltend machen will.

Hält das Gericht die Beschwerde für begründet, hebt es die Entscheidung der Vergabekammer auf. Das Oberlandesgericht kann dann selbst entscheiden oder die Verpflichtung der Vergabekammer aussprechen, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts über die Sache neu zu entscheiden. Dabei überprüft das Oberlandesgericht sämtliche Aspekte des Vergabeverfahrens, auch soweit sie bereits vor der Vergabekammer geprüft wurden.

Die unzulässige oder unbegründete Beschwerde verwirft das Oberlandesgericht durch Beschluss. Die Entscheidung der Vergabekammer wird dann bestandskräftig.

Will das Oberlandesgericht von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen, hat es die Sache dem BGH vorzulegen. Das OLG hat dabei kein Ermessen. Der BGH klärt dann nicht nur die vorgelegte Frage, sondern trifft eine eigene Sachentscheidung.

3. Ersatz der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren

Hat der Auftraggeber gegen eine bieterschützende Vorschrift verstoßen und hätte ein Bieter ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, kann er Schadensersatz für die Kos-

ten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen, § 126 Satz 1 GWB.

Voraussetzung ist zunächst, dass der Auftraggeber eine dem Schutz des Bieters dienende Vorschrift verletzt hat. Es dürfen also nicht nur Ordnungsvorschriften verletzt worden sein.

Voraussetzung ist weiter, dass das Unternehmen eine **echte Chance** hatte, den Zuschlag zu erhalten. Diese Chance muss durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt worden sein. Es ist also hypothetisch zu überprüfen, wie die Chancen des Bieters auf den Zuschlag ohne den Vergabeverstoß gewesen wären.

Wann ein Bieter eine echte Chance hat, ist gesetzlich nicht definiert. Der Bundesgerichtshof hat hierzu im Jahre 2007 geurteilt, dass ein Bieter dann eine echte Chance hat, wenn sein Angebot besonders qualifizierte Aussichten auf den Zuschlag aufweist. Davon kann erst dann ausgegangen werden, wenn der Auftraggeber in ermessensfehlerfreier Berücksichtigung der für die Auftragserteilung vorgesehenen Wertungskriterien und deren Gewichtung den Zuschlag hätte erteilen dürfen, denn erst eine solche Betrachtung lässt die tatsächliche Rangfolge der Angebote erkennen.³¹²

Daher kann ein Bieter, z.B. in den Fällen, in denen die Leistungsbeschreibung fehlerhaft war oder etwa die Ausschreibung rechtmäßig aufgehoben worden ist, keinen Schadensersatz verlangen. In beiden Fällen fehlt es an dem Vorliegen einer echten Chance auf den Zuschlag.³¹³

4. Vorbeugender Rechtsschutz

Ab und an erfährt ein Bieter, dass ein Auftraggeber einen Auftrag vergeben möchte, ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen, obschon dies gesetzlich geboten wäre. In einem solchen Fall kein ein Bieter, der nicht berücksichtigt werden soll, Primärrechtsschutz vor der Vergabekammer in Anspruch nehmen, obwohl gar kein förmliches Vergabeverfahren existiert.

Das Gebot effektiven Primärrechtsschutzes gebietet es, vorbeugenden Rechtsschutz zu eröffnen, sofern eine Auftragserteilung hinreichend konkret ansteht, eine Ausschreibung aber erklärtermaßen nicht durchgeführt werden soll.³¹⁴ Ein Nachprüfungsverfahren ist zu dem Zeitpunkt eröffnet, ab dem der Auftraggeber erkennbar nach außen zu Tage tretende Hand-

³¹² BGH VergabeR 2008, 219 ff.

³¹³ BGH BauR 2007, 120; VK Sachsen, Beschluss vom 17.1.2007, Az. 1/SVK/002-05.

³¹⁴ EuGH IBR 2005, 103 mit Anmerkung Polster.

lungen vornimmt, die über die bloße Vorbereitung des Vergabeverfahrens hinausgehen.³¹⁵

Führt ein Auftraggeber allerdings ein formloses Vergabeverfahren durch und lässt sich ein Bieter bewusst darauf ein, um den Zuschlag zu erhalten, kann er später keinen Primärrechtsschutz vor der Vergabekammer mehr suchen, wenn ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten soll. Der Anspruch auf Einhaltung der Vergaberegeln ist in diesem Fall verwirkt.³¹⁶

V. Zuschlag noch nicht erteilt – Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

1. Kein Primärrechtsschutz vor der Vergabekammer

Sind die Schwellenwerte nicht erreicht, kann der Bieter **kein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer** anstrengen. Denn die Regelungen des GWB, 4. Teil, finden nur bei Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte Anwendung. Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte stehen dem Bieter also nicht die gleichen Rechte zu, wie bei Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in einem Beschluß vom 13.6.2006³¹⁷ gebilligt. Danach verletzt die Tatsache, dass es bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte keinen Primärrechtsschutz vor der Vergabekammer gibt, nicht den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Trotzdem Primärrechtsschutz möglich?

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 13.6.2006 aber auch klargestellt, dass Bieter bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte aus Art. 3 Abs. 1 GG ein subjektiv-öffentliches **Recht auf Gleichbehandlung** bei Vergabeentscheidungen zusteht. Daraus folgt wiederum, dass es auch bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte effektive Rechtsschutzmöglichkeiten vor den nationalen Gerichten geben muss.³¹⁸ Dieser Rechtsschutz ist aber nicht vor den Verwaltungsgerichten, sondern vor den Zivilgerichten zu suchen.³¹⁹ Er kommt ebenso wie bei

³¹⁵ OLG Düsseldorf IBR 2009, 479 mit Anmerkung Otting; VK Saarland, Beschluss vom 19.5.2006 – 3 VK 03/2006.

³¹⁶ OLG Brandenburg IBR 2004, 345 mit Anmerkung Stolz.

³¹⁷ BVerfG IBR 2006, 684 mit Anmerkung Kratzenberg.

³¹⁸ Ziekow/Völlink-Antweiler, § 100 GWB, R.n. 88.

³¹⁹ BVerwG IBR 2007, 385 mit Anmerkung Schabel.

Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte nur in Betracht, solange der **Zuschlag noch nicht erteilt** ist.

Beispielsfall 42: Unterlassung der Vergabe an Mitbewerber

Ein Auftraggeber lobt einen Realisierungswettbewerb mit integriertem städtebaulichen Ideenanteil „Wohnen am Schloss“ in der Stadt Meiningen nach den GRW 1995 aus. Der geschätzte Auftragswert erreicht die Schwellenwerte nicht. Nach der Zuerkennung der Preise rügt ein Teilnehmer verschiedene Verstöße gegen die GRW 1995. Der Auftraggeber hilft der Rüge nicht ab. Der Teilnehmer beantragt deshalb den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit dem Ziel, die Auftragsvergabe an den vorgesehenen Konkurrenten zu verhindern. Er macht glaubhaft, dass die Preisvergabe fehlerhaft war und dass er bei Einhaltung der Regelungen der GRW 1995 eine echte Chance auf Erhalt des Planungsauftrages gehabt hätte.

Der Fall ist einer Entscheidung des OLG Jena nachgebildet.³²⁰ Das OLG Jena teilt die Auffassung des Teilnehmers. Es bestätigt, dass Bieter die Unterlassung der beabsichtigten Auftragserteilung an einen Konkurrenten im Wege der einstweiligen Verfügung vor den Zivilgerichten geltend machen können. Nach Ansicht des OLG Jena genießt der Bieter auch unterhalb der Schwellenwerte Vertrauensschutz auf ein vergabe-rechtskonformes Verfahren, sofern sich der Auftraggeber der jeweiligen Verdingungsordnung unterworfen hat. Kann er glaubhaft machen, dass er in seinen Rechten verletzt ist und bei Einhaltung der Vergaberegeln eine echte Zuschlagschance gehabt hätte, kann er die Untersagung der geplanten Beauftragung des Konkurrenten verlangen.

Zu der Frage, ob überhaupt und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, zivilrechtlicher Primärrechtsschutz bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte besteht, hat sich allerdings in den vergangenen Jahren noch keine einheitliche obergerichtliche Rechtsprechung herauskristallisiert. So lassen die Oberlandesgerichte Stuttgart³²¹ und Koblenz³²² bislang offen, ob überhaupt zivilrechtlicher Primärrechtsschutz bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte besteht. Das OLG Brandenburg bejaht dies zwar grundsätzlich, lässt allerdings die Voraussetzungen bislang offen.³²³ Das OLG Hamm gewährt Primärrechtsschutz bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nur dann, wenn der Auftraggeber vorsätzlich rechtswidrig oder willkürlich gehandelt hat.³²⁴ Neben dem OLG Jena hat bislang nur das OLG Düsseldorf einem Bieter einen uneingeschränkten Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften auch bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte zugesprochen, mit der

³²⁰ Vgl. OLG Jena IBR 2009, 101 mit Anmerkung Mertens.

³²¹ OLG Stuttgart IBR 2011, 98 mit Anmerkung Schwenker.

³²² OLG Koblenz, IBR 2011, 543 mit Anmerkung Dausner.

³²³ OLG Brandenburg IBR 2008, 106 mit Anmerkung Greb.

³²⁴ OLG Hamm IBR 2008, 671 mit Anmerkung Lorenz.