

Rügen vermeiden und Nachprüfungsverfah- ren erfolgreich führen



EINLEITUNG (1 / 2)

- Rügen und Nachprüfungsverfahren werden häufig als lästig empfunden, bieten aber die Gelegenheit, Verfahrensfehler zu korrigieren und Rechtsklarheit zu erlangen.
 - Trotzdem kosten diese Arbeit, Zeit und Geld
 - Regelung durch die §§ 160 ff. GWB
- Bester Schutz vor Rügen:
 - Gründliche Markterkundung
 - Ordentliche Vorbereitung des Verfahrens
 - Fairer und wertschätzender Umgang mit den Bietern

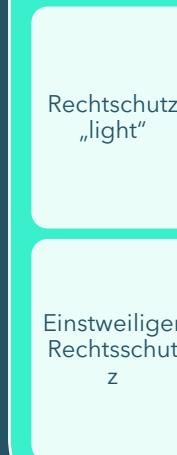
EINLEITUNG (2/2)

- Einheitlicher Rechtsschutz in Deutschland nur in der Oberschwelle.
- Teilweise „Rechtsschutz light“ in einzelnen Landesvergabegesetzen
 - z.T. mit Rügeerfordernis bzw. „Beanstandung“
- Ohne ausdrückliche Rechtsschutzzvorschriften nur Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung bzw. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Oberschwelle



Unterschwelle



Sekundärrechtsschutz

Positives Interesse
 (=Entgangener Gewinn)

RECHTLICHE GRUNDLAGEN

- Nachprüfungsverfahren ist der Rechtsschutzmechanismus für Bewerber und Bieter, um Verstöße gegen das Vergaberecht zu ihrem Nachteil zu verhindern.
 - Folgt aus der Rechtsmittelrichtlinie der EU
- Rüge ist (in der Regel) die Voraussetzung, um ein solches Verfahren einleiten zu können.
 - Rüge soll dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit geben, den behaupteten Verstoß abzustellen.
- Strenge Präklusionsvorschriften des Vergaberechts sollen vermeiden, dass Bieter mit möglichen Rechtsverletzungen „spekulieren“.

ZEITRAHMEN DER RÜGE (1 / 3)

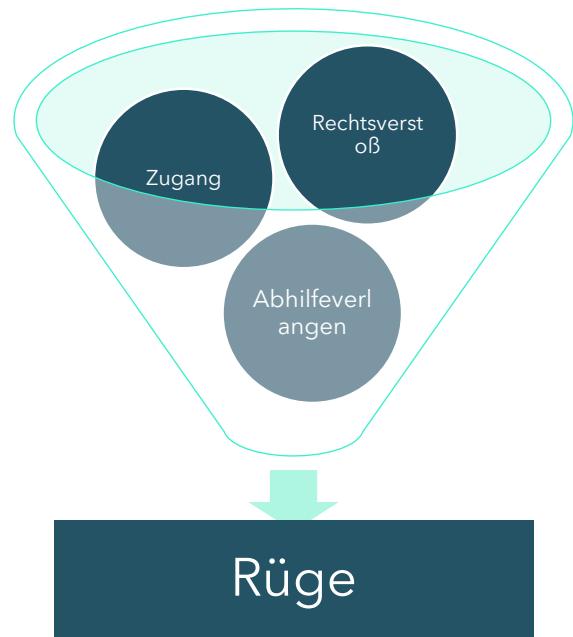
- Präklusionsvorschriften nach § 160 Abs.3 GWB machen es erforderlich, dass Bieter
 - Verstöße, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, bis zum Angebotsabgabeschluss bzw. des Abgabeschlusses für den Teilnahmewettbewerb
 - z.B. Verstoß gegen Grundsatz der Losaufteilung/mangelnde Produktneutralität
 - Andere Verstöße innerhalb von 10 Tagen nach der Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß
 - z.B. Ausschluss aus dem Vergabeverfahren
- Sonst: Präklusion (=Verschulden des Bieters gegen sich selbst)
 - Bieter kann sich nicht mehr auf den Rechtsverstoß berufen

ZEITRAHMEN DER RÜGE (2 / 3)

- Umstritten ist häufig, wann ein Bieter Kenntnis von einem möglichen Vergaberechtsverstoß erlangt hat.
 - Häufig Rückzug auf Erkennbarkeit erst nach „anwaltlicher Beratung“
- Vermeidungsstrategie: Deutliche Kommunikation und Begründung des Vergaberechtsverstoßes
 - „*Vorliegend wird vom Grundsatz der Losaufteilung abgewichen, weil...*“
 - „*Eine vergaberechtlich vorgeschriebene produktneutrale Ausschreibung findet hier nicht statt, weil...*“
 - ...

FORM DER RÜGE

- Die Rüge ist grundsätzlich formfrei.
 - Übermittlung per Vergabeplattform, Fax, Telefon, E-Mail und sogar WhatsApp ist zugelassen.
 - Zugang beim Auftraggeber ist erforderlich
 - Beweislast trägt Bieter
- Rüge muss den behaupteten Rechtsverstoß benennen und Abhilfe verlangen
 - Das kann sich auch mittelbar aus den Unterlagen ergeben.
- Falschbezeichnung schadet nicht: Auch Bieterfrage kann Rüge sein.
 - Im Zweifel von Rüge ausgehen.



UMGANG MIT DER RÜGE

- Die Rüge hält das Vergabeverfahren nicht an.
- Keine Pflicht, Angebotsfristen oder Zuschlagsfristen zu verschieben.
- Sie muss auch nicht beantwortet werden.
 - Ist aber meist besser.
- Mögliche Reaktionen:
 - (Teil-) Abhilfe
 - Achtung bei anwaltlichen Rügen (=Kostenfolge)
 - Zurückweisung (=Nichtabhilfe)
 - Privilegierung bei der Form gilt nicht für Nichtabhilfeschreiben.
 - Zugang dokumentieren (Faxprotokoll/Vergabeplattform)
 - Nichtabhilfe muss nicht begründet werden.

ZEITRAHMEN DER RÜGE (3 / 3)

- Wenn die Rüge zurückgewiesen wurde, hat der Bieter 15 Kalendertage Zeit, um ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen.
 - Sonst: Präklusion
- Zurückweisung hemmt aber ebenfalls das Vergabeverfahren nicht.
- Bieter müssen daher schnell handeln
- Einmal erteilter Zuschlag kann in der Regel nicht wieder aufgehoben werden.



NACHPRÜFUNGSANTRAG

- Wenn ein Nachprüfungsantrag eingeht, wird dieser durch die Vergabekammer zunächst geprüft.
 - Dabei wird erstmal die Richtigkeit des Sachvortrags unterstellt.
- Wenn er offensichtlich unzulässig ist, wird der Nachprüfungsantrag schon gar nicht der Antragsgegnerin zugestellt.
 - Informatorische Übersendung durch den Anwalt der Antragstellerin führt nicht zu Zuschlagsverbot
 - Unzulässigkeit kann im Bedarfsfall auch durch eine Schutzschrift vorab begründet werden.
- Hält die Kammer den Antrag für zulässig, ordnet sie ein Zuschlagsverbot an.
 - Zuschlagsverbot hemmt den Zuschlag, sonst stoppt das Verfahren aber nicht.

VERGABEAKTE

- Zusammen mit der Zustellung des Nachprüfungsantrags, bittet die Kammer um Übersendung der vollständigen Vergabeakte
 - Frist ist in der Regel kurz, gute Vorbereitung empfohlen
 - „Akten frisieren“ ist nicht zu empfehlen. Ggf. können aber Begründungen und Dokumentationen ergänzt oder nachgeholt werden.
 - Ist auch noch im laufenden Verfahren möglich.
- In der Regel schwärzt die Kammer selbst geheimhaltungsbedürftige Aktenbestandteile..
- Auftraggeberin kann aber darauf hinwirken, dass bestimmte besonders kritische Teile geschwärzt werden
 - Man kann der VK auch die Arbeit erleichtern.

SCHRIFTSÄTZE UND BEILADUNG

- Auftraggeber werden durch die VK aufgefordert, Stellung zu nehmen.
- Stellungnahme sollte sich am üblichen Aufbau einer Klagereplik orientieren.
- Wenn die Interessen eines weiteren Bieters betroffen sind, wird dieser beigeladen
 - =2 gegen 1
- Taktik kann mit dem Zuschlagsdestinatär abgestimmt werden
 - Geheimwettbewerb beachten



ARGUMENTATION IM NACHPRÜFUNGSVERFAHREN (1 / 2)

- Viel hängt von der rechtzeitigen Rüge/bzw. deren Zurückweisung ab.
 - Hier kann ein Schwerpunkt liegen
- Ebenfalls, wenn ein Bieter aufgrund anderer Gründe keine Chance auf den Zuschlag hat
 - Mangelnde Eignung
 - Kann auch gut mit Verstoß gegen Rügeobliegenheit begründet werden.
 - Platzierung auf Platz 3 oder schlechter
- Subjektive Wertungsentscheidungen (Konzeptbewertungen, Präsentationen...) können durch die Vergabekammer nur eingeschränkt überprüft werden.
 - Problem ist meist die Dokumentation der Wertungsentscheidung.

ARGUMENTATION IM NACHPRÜFUNGSVERFAHREN (2/2)

- Nachprüfungsverfahren werden häufig über die Dokumentation und Begründung vergaberechtlicher Entscheidungen gewonnen oder verloren.
- Daher sollte genau darauf geachtet werden, dass kritische Entscheidungen plausibel (nach-)begründet werden, sich auch an objektiven Maßstäben messen lassen und logisch kohärent sind.
 - Wenn eine bestimmte Produkteigenschaft zwingend erforderlich ist, gehört sie in die Leistungsbeschreibung und nicht in die Zuschlagskriterien
 - Gute Dokumentation einer Marktrecherche hilft ebenfalls deutlich (v.a. beim Abweichen vom Grundsatz der Produktneutralität)

KEIN ANWALTSZWANG / VERGLEICH / ENTSCHEIDUNG

- Vor der Vergabekammer gilt kein Anwaltszwang
 - Fachkundige Beratung ist aber zu empfehlen
- Vor allem dann, wenn versucht werden soll, den Nachprüfungsantrag im Wege eines Vergleichs zu „erledigen“.
 - Meist nur bei Nachprüfungsanträgen vor Submission möglich
 - Sonst häufig Vertrag zu Lasten Dritter
 - Kann z.B. die Wiederholung von Wertungsentscheidungen umfassen.
 - Kostentragung regeln.
- Die Vergabekammer entscheidet aufgrund einer mündlichen Verhandlung, die sich auf einen Termin beschränken soll.
 - Danach fällt sie ihren Beschluss
 - Rechtsmittel: Sofortige Beschwerde

URTEILE/BESCHLÜSSE LESEN UND VERSTEHEN

- Häufig ist man im Vergaberecht mit den Urteilen verschiedener Vergabekammern oder Oberlandesgerichte konfrontiert.
- Um nicht blind glauben zu müssen, ein Gericht hätte dies oder das gesagt, muss man die Urteile lesen.
- Jedes Urteil folgt einem festen Aufbau, anhand dessen der Rechtsstreit strukturiert wird.
- Gerichtshierarchie:
 - 1. Instanz Vergabekammer
 - 2. Instanz OLG (bzw. KG in Berlin)
 - BGH nur, wenn ein OLG von der Ansicht eines anderen OLG abweichen will
 - EuGH nur, wenn ein Gericht eine Auslegungsfrage zum europäischen Recht hat.

AUFBAU VON URTEILEN/BESCHLÜSSEN

1. Tenor
2. Sachverhalt
 - a. Unstreitiger Sachverhalt
 - b. Vortrag der Antragstellerin (streitig, im Konjunktiv)
 - c. Anträge der Antragstellerin
 - d. Anträge der Antragsgegnerin (streitig, im Konjunktiv)
3. Entscheidungsgründe
 - a. Zulässigkeit
 - b. Begründetheit

VIELEN DANK

André Siedenberg

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Vergaberecht

0211 - 20573192

siedenberg@ra-siedenberg.de

www.ra-siedenberg.de