



RECHTSSCHUTZ IN VGV-VERFAHREN UND BEISPIELRÜGE

Merkblatt zum Rechtsschutz in VgV-Verfahren – Beispielrüge Stand 1217

Öffentliche Auftraggeber sind bei Vergaben von öffentlichen Aufträgen, die den derzeit gültigen Schwellenwert (ab 01.01.2018: 221.000 €) erreichen, an den Verfahrensweg des GWB und der VgV gebunden. Dabei definieren das GWB und die VgV eindeutige Kriterien für eine faire Vergabe von Planungsaufträgen.

Der Architekt¹, der sich für eine Aufgabe bewerben möchte und in der Bekanntmachung einen Verstoß gegen die Vorschriften erkennt, ist angehalten, seine Rechte wahrzunehmen und um Nachbesserung dieser Verstöße beim Auftraggeber zu ersuchen.

Dieses Dokument 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 Architekten überlassen.

Die Bayerische Architektenkammer bietet hierzu ergänzend weitere Beratung an.

Inhalt

- I. Allgemein
 - II. Formvorschriften einer Rüge
 - III. Planungswettbewerbe
- Anlage: Beispielrüge

I. Allgemein

Die Rechte der Bewerber werden oberhalb des 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.

Rügebefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB 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.

Damit ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer überhaupt zulässig ist, muss der Antragsteller gem. § 160 Abs. 3 GWB gegenüber dem Auftraggeber:

- Verstöße gegen Vergabevorschriften in der **Bekanntmachung** spätestens bis zum Ablauf der benannten **Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe** gerügt haben,
- Verstöße gegen Vergabevorschriften in den **Vergabeunterlagen** spätestens bis zum Ablauf der **Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe** gerügt haben.

¹ Das Wort „Architekt“ steht im Folgenden für alle Berufsbezeichnungen und alle Geschlechter

- den Verstoß gegen Vergabevorschriften erkannt und innerhalb einer **Frist von zehn Kalendertagen** gerügt haben.

Hinweis: Rügt ein Bewerber oder Bieter nicht innerhalb der oben genannten Fristen, dann bleiben ihm weitere vergaberechtliche Schritte verwehrt.

Obwohl es verständlich ist, dass Bewerber einem Auftraggeber gegenüber in der Bewerbungs- oder Bieterphase oft keine rechtlichen Schritten 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 Ausschreibung im EU-Amtsblatt geändert wird.

Hinweis: Erkennbar sind Regelverstöße, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden. Es geht dabei darum, ob sich der fachkundige Bieter aufgrund der ihm erteilten Informationen im Stande sieht, einen wettbewerbsfähigen Teilnahmeantrag zu erstellen (VK Nordbayern, Beschluss vom 18.6.2010 - Az: 21 VK-3194-18/10).

II. Formvorschriften einer Rüge

- Grundsätzlich gibt es für die Rüge keine Formvorschriften. Allerdings ist es aus Beweisgründen zweckmäßig, die Rüge in Textform zu verfassen, also per E-Mail, Fax oder Brief zu schicken, da dies einen späteren Nachweis vereinfacht.

Zweck der Rüge ist, dass der Auftraggeber Stellung nehmen und Abhilfe schaffen kann. Es muss also für ihn erkennbar sein, dass der

Bewerber Abhilfe verlangt und nicht lediglich seinen Unmut über Missetände äußert.

Das Schreiben muss demnach zwar nicht ausdrücklich das Wort „Rüge“ enthalten. Es sollte jedoch als ernst gemeinte und verbindliche Rüge identifizierbar sein, der entnommen werden kann, welches konkrete Handeln vom Auftraggeber verlangt wird.

- Wenn aus den Unterlagen nicht eindeutig ersichtlich ist, dass für die Bearbeitung der Rüge ein bestimmter Verfahrensbetreuer oder sonstiger Berater zuständig ist, muss sie an den Auftraggeber gerichtet sein, der in der Bekanntmachung und/oder in den Vergabeunterlagen genannt wird.
- Sollte keine bzw. eine unbefriedigende Antwort erfolgen oder wird das Verfahren nur unzureichend nachgebessert, sodass der der Rüge zu Grunde liegende Sachverhalt im Kern noch besteht, kann ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer beantragt werden.

Hinweis: Eine Wartefrist zwischen Rüge und Antrag ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Teilt der Auftraggeber ausdrücklich mit, dass er einer Rüge nicht abhelfen wolle, beginnt die 15-tägige Ausschlussfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB mit Eingang der Mitteilung des Auftraggebers beim Teilnehmer. Anträge, die nach Ablauf dieser Frist gestellt werden, sind unzulässig.

- Welche für Handlungsmöglichkeiten gibt es, nachdem der Zuschlag erteilt wurde?

Durch den Zuschlag wird ein Angebot angenommen und ein Vertrag geschlossen. Mit diesem Schritt enden die Rechtsschutzmöglichkeiten des vermeintlich übergangenen Bieters.

Gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Der übergangene Bieter kann nur noch die Feststellung des Vorliegens einer Rechtsverletzung beantragen, sofern er vor Zuschlagserteilung ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat.

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.

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

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

Anlage

Beispielrüge

(Briefkopf des Bewerbers bzw. Bieters)

An

Auftraggeber (=öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 4 GWB in dessen Namen und dessen Rechnung die Leistung vergeben wird)

Vergabeverfahren ...

Betreff: Rüge gemäß § 160 Abs. 3 GWB

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)

Verstoß gegen § 122 Abs. 4 GWB. „Hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit bzw. beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit kommt es auf die der Bewerbergemeinschaft insgesamt zur Verfügung stehende Kapazität an. Im Hinblick auf die für die Bewerber- und Bietergemeinschaft typische Aufgabenteilung sollten Auftraggeber deshalb – soweit möglich und sachlich oder rechtlich nicht erforderlich (vgl. § 43 Abs. 2 S. 3 VgV) – nicht sämtliche Eignungsnachweise von allen Mitgliedern einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft verlangen“

gen. Die Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft ist insoweit vielmehr als Einheit zu betrachten.“ (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß Kommentar zur VgV § 43 Rn. 29)

- **Erfahrung mit kommunalen Auftraggebern** (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens)

Verstoß gegen § 75 Abs. 5 Satz 2 VgV. In der Gesetzesbegründung zu § 75 Abs. 5 Satz 2 VgV heißt es: „Absatz 5 Satz 2 gibt darüber hinaus dem Auftraggeber eine Hilfestellung im Hinblick auf die oft geforderte Vergleichbarkeit in Bezug auf die Nutzungsart der Referenzprojekte. ... Beispielsweise ist es in den meisten Fällen unerheblich, ob die zu planende Baumaßnahme für einen öffentlichen Auftraggeber erfolgte oder für einen privaten Bauherrn.“

- **Schlechterstellung bei Unterauftragsvergabe und Eignungsleihe** (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens)

Verstoß gegen § 36 VgV und § 47 VgV. Die Schlechterbewertung der Unterauftragsvergabe und der Eignungsleihe kommt einem Selbstausführungsgebot gleich, das, wie § 47 Abs. 5 VgV zeigt, die Ausnahme sein soll und einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

- **Besserbewertung von mehr als einer vergleichbaren Referenz in den letzten drei Jahren** (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens)

Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Nr. 1 a.E. VgV und § 75 Abs. 4 Satz 2 VgV. Eine Besserstellung von mehr als einer vergleichbaren Referenz führt zu einer unmittelbaren Bevorzugung großer Büros. Darüber hinaus stellt die Gesetzesbegründung zu § 46 Abs. 3 VgV klar: „Im Bereich der Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren ist die Retrospektive auf drei Jahre häufig zu kurz für aussagekräftige Referenzen. Bei der Vergabe solcher Leistungen bietet sich die Einräumung eines längeren Zeitraums, aus dem die Referenzprojekte regelmäßig stammen dürfen, an. Bauprojekte und ihre Planung haben eine längere Laufzeit, was dazu führt, dass mögliche Referenzprojekte in den letzten drei Jahren noch nicht abgeschlossen sind. Es kann sowohl für den Auftraggeber als auch für die anbietenden Unternehmen daher von Vorteil sein und der Sicherstellung des Wettbewerbs dienen, wenn die Unternehmen interessante

Projekte aus einer längeren Periode in die Wertung geben dürfen (zum Beispiel gerade dann, wenn es sich um selten beauftragte spezielle Bauwerke handelt).“

- **Erfahrung und Planung bei der gleichen Nutzungsart** (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens)

Verstoß gegen § 75 Abs. 5 Satz 2 VgV. In der Gesetzesbegründung zu § 75 Abs. 5 Satz 2 VgV heißt es: „Absatz 5 Satz 2 gibt darüber hinaus dem Auftraggeber eine Hilfestellung im Hinblick auf die oft geforderte Vergleichbarkeit in Bezug auf die Nutzungsart der Referenzprojekte. Für die Vergleichbarkeit der Referenzprojekte ist es nicht zwangsläufig erforderlich, dass das Referenzprojekt die gleiche Nutzungsart wie das zu planende Projekt aufweist. ... Genauso wenig ist für die Vergabe der Planung eines Kindergartens erforderlich, dass das Referenzobjekt ebenfalls ein Kindergarten war. Jedenfalls müssten dann zusätzlich Umstände gegeben sein, die dies rechtfertigen. Mit der Regelung soll ein Signal an die Praxis erfolgen, das häufig zu beobachtenden „gedankenlose“ Forderungen der gleichen Nutzungsart, zumindest zu überdenken.“

- **Preis bei einem Architektenwettbewerb nach RPW oder eine andere Auszeichnung** (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens)

Verstoß gegen § 75 Abs. 5 in Verbindung mit § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV. Die Referenzen sollen als Beleg dafür dienen, dass der Bewerber vergleichbare Leistungen schon erfolgreich erbracht hat und damit die Gewähr dafür bietet, 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 (§ 97 Abs. 1 GWB). Die Mitteilung über die Höhe der Honorierung der „Lösungsvorschläge/ Ideenskizzen o.ä.“ muss bereits in der Bekanntmachung erfolgen, so dass für den Bewerber und späteren 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)

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. „Bei der Vergabe eines Auftrages mit einer mehrjährigen Laufzeit muss der verlangte Mindestjahresumsatz im Verhältnis zum jährlichen Leistungsumfang stehen.“ (Müller Wrede VgV/UVgO-Kommentar § 45 Rn. 23)

(Eine Überschreitung muss in den Vergabeunterlagen oder dem Vergabevermerk hinreichend begründet werden.)

- **Ungenauere 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 (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB).

„Stehen mehrere, in Einzelheiten hinsichtlich der angebotenen Leistung voneinander abweichende Angebote auf der Grundlage missverständlicher Vergabeunterlagen miteinander im Wettbewerb, so kann daraus eine dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Vergabeentscheidung nicht mehr abgeleitet werden.“ (BGH Urteil vom 10.09.2009 – VII ZR 82(08))

Zudem müssen gem. § 76 Abs. 2 Satz 3 VgV unaufgefordert eingereichte Ausarbeitungen in der Bewertung unberücksichtigt bleiben. Werden somit die Ausarbeitung oder der Grad der Ausarbeitung der „Lösungsvorschläge“ der Freiwilligkeit der Teilnehmer überlassen, handelt es sich um „unaufgefordert eingereichte Ausarbeitungen“ nach § 76 Abs. 2 Satz 3 VgV. Eine Bewertung dieser nicht geforderten Leistungen als Zuschlagskriterium laut der Bewertungsmatrix ist daher unzulässig und muss ausgeschlossen werden. Somit sind „Lösungsvorschläge“, die als Grundlage der qualitativen Wertung der Angebote einzureichen sind, keine unaufgefordert eingereichten Ausarbeitungen, die gem. § 76 Abs. 2 Satz 3 VgV unberücksichtigt bleiben, sondern regelmäßig solche, die der Auftraggeber i.S.d. § 77 Abs. 2 VgV verlangt hat. (VK Südbayern, Beschluss vom 29.06.2017 - Z3-3-3194-1-13-04/17)

- **Keine oder keine angemessene Vergütung der „Lösungsvorschläge /Ideenskizzen o.ä.“** (Ziff. XX der Bekanntmachung/des Bewertungsbogens /Einladungsschreibens)

Verstoß gegen § 77 Abs. 2 VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber bei der Abforderung von Lösungsvorschlägen für Planungsaufgaben im Vergabeverfahren zur Festsetzung einer angemessenen Vergütung verpflichtet ist. „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.“ (VK Südbayern, Beschluss vom 29.06.2017 - Z3-3-3194-1-13-04/17)

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