



Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen

Stand Februar 2021

Im Einklang mit dem europäischen Recht begründet das Vergaberecht für Vergaben oberhalb bestimmter Netto-Auftragswerte durchsetzbare Rechte der Bewerber und Bieter auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch die öffentlichen Auftraggeber. Der Rechtsschutz erfolgt in einem zweistufigen Kontrollverfahren, in der ersten Stufe durch die gerichtsähnlichen Vergabekammern des Bundes und der Länder, bei Einlegung eines Rechtsmittels in der zweiten Instanz durch die Vergabesenate der Oberlandesgerichte, in Berlin das Kammergericht.

I. Das Vergabeverfahren

Die Vergabe von Leistungen hat grundsätzlich im Wettbewerb und im Wege transparenter, das Gleichbehandlungsgebot beachtender Vergabeverfahren zu erfolgen. Insbesondere die Angebote von ausländischen und inländischen Unternehmen sind gleich zu behandeln. Als Auftragnehmer kommen nur fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue Bewerber in Betracht.

In der Praxis sind die gängigsten Verfahrensarten das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren (Beschränkung des Teilnehmerkreises) und das Verhandlungsverfahren. Ein offenes Verfahren darf immer durchgeführt werden, alle anderen Verfahren nur in bestimmten Konstellationen.

1. Öffentliche Auftraggeber und Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts

Auftraggeber im Sinne des GWB-Vergaberechts sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, Sektorauftraggeber im Sinne des § 100 GWB und Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB. Öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB sind einmal die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber, also die Gebietskörperschaften und ihre Verbände. Nach dem funktionellen Auftraggeberbegriff umfasst § 99 GWB aber auch die von diesen öffentlichen Auftraggebern beherrschten oder überwiegend finanzierten juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurden. Nach § 100 GWB findet das Vergaberecht auch auf Unternehmen Anwendung, die auf dem Gebiet des Verkehrswesens, der Trinkwasser- oder Energieversorgung tätig sind (sog. Sektorauftraggeber), wenn sie entweder diese Tätigkeit aufgrund besonderer oder ausschließlicher, ihnen von den zuständigen Behörden eingeräumter Rechte ausüben oder wenn sie von einem oder mehreren der genannten klassischen Auftraggeber zumindest mitbeherrscht werden. Zudem findet das Vergaberecht auf Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101 GWB Anwendung. Für die Auftragsvergabe im Sektoren- und Konzessionsbereich gelten jedoch Sonderregelungen. Der Vergaberechtsschutz nach dem GWB gilt nur für Vergabeverfahren, die europaweit ausgeschrieben werden müssen. Im Regelfall sind dies die Vergabeverfahren, bei denen die Auftragswerte die in § 106 Absatz 1 GWB festgesetzten Schwellenwerte (EU-Schwellenwerte) erreichen oder überschreiten (Mindestauftragswerte ohne Umsatzsteuer). Die aktuellen EU-Schwellenwerte finden Sie hier: <https://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleifaden/allgemeines/>.

Bei der Bestimmung des Auftragswerts ist immer auf den geschätzten Gesamtauftragswert, bei der Aufteilung in Lose der addierte Auftragswert aller Lose, abzustellen.

2. Öffentlicher Auftrag oder Konzession

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen Konzessionsgeber Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (Baukonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Auch eine Betrauung mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen ist möglich (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über.

Weitergehende Informationen zum Vergaberecht erhält man hier:

www.berlin.de/vergabeservice

II. Das Nachprüfungsverfahren

1. Zuständige Nachprüfungsbehörde

Die Vergabekammer des Landes Berlin ist - auf Antrag - zuständig für die Prüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge oder Konzessionen, die öffentlichen Auftraggebern des Landes Berlin zuzurechnen sind. Der Bund und die anderen Bundesländer haben jeweils eigene Vergabekammern. Zuständig für die Prüfung von Vergabeverfahren der öffentlichen Auftraggeber des Bundes sind die Vergabekammern beim Bundeskartellamt. Im Fall der Doppelzuständigkeit von Bund und Ländern sind die Vergabekammern beim Bundeskartellamt zuständig (§ 159 GWB). Die Vergabekammer des Landes Berlin ist ebenfalls zuständig, wenn eine Landesinstitution im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund tätig wird oder die Zuständigkeit entsprechend zwischen zwei Bundesländern vereinbart wurde. In allen anderen Fällen wird die Zuständigkeit nach dem Sitz des Auftraggebers bestimmt, d.h., dass die jeweilige Vergabekammer des Landes zuständig ist; das betrifft z.B. Sektorenauftraggeber und Zuwendungsempfänger gemäß § 99 Nr. 4 GWB.

In den Bekanntmachungstexten für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte sind Angaben zur zuständigen Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren und zu der Stelle, die Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erteilt, aufzunehmen.

Für die Prüfung von EU-Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern des Landes Berlin sind Nachprüfungsanträge **schriftlich**, per **Telefax** oder **Email mit qualifizierter elektronischer Signatur** zu richten an die

Vergabekammer des Landes Berlin

Martin-Luther-Str. 105

10825 Berlin

Fax: +49 30 9013-7613

vergabekammer@senweb.berlin.de

www.berlin.de/vergabekammer

2. Verfahren vor der Vergabekammer

2.1 Allgemeines

Das Nachprüfungsverfahren ist gerichtsähnlich: Die Vergabekammer wird nur auf Antrag tätig, der Antrag muss bestimmte formale Anforderungen erfüllen, es findet im Regelfall eine mündliche Verhandlung statt und die unterlegene Partei muss in der Regel die Kosten tragen.

Vor der Vergabekammer besteht kein Anwaltszwang. Wegen des gerichtsähnlichen Verfahrens und den im Falle des Unterliegens zu tragenden Kosten (Gebühren der Vergabekammer in der Regel von 2.500 Euro bis 50.000 Euro sowie Übernahme der Verfahrenskosten der Verfahrensbeteiligten) kann es hilfreich sein, vor Antragstellung rechtsanwaltlichen Rat einzuholen; die Rechtsanwaltskammern können Fachanwälte für Vergaberecht benennen.

(<https://brak.de/fuer-verbraucher/anwaltssuche/>, <https://www.rak-berlin.de/>).

2.2. Verfahrenseinleitung

Teilnehmer an einem Vergabeverfahren haben bei europaweiten Vergabeverfahren einen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Daher können sie bei der Vergabekammer einen schriftlichen Antrag auf Nachprüfung des betreffenden Vergabeverfahrens stellen.

Folgende **Fristen** sind zu beachten; andernfalls ist der Nachprüfungsantrag unzulässig:

Es darf noch kein rechtswirksamer Zuschlag erteilt worden sein. Ein rechtswirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden (§ 168 Absatz 2 GWB). Zunächst ist daher zu klären, ob in dem Verfahren bereits ein Zuschlag erteilt wurde.

Vor Zuschlagerteilung hat der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich die Pflicht, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung und über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren (§ 134 Absatz 1 GWB). Der Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information geschlossen werden (= Zuschlag). Regelmäßig ist die Frist auf 10 Kalendertage verkürzt, wenn die Information per Telefax oder auf elektronischem Weg versendet wird. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber.

Diese Informations- und Wartepflicht entfällt lediglich in den Fällen, in denen ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist (§ 134 Absatz 3 GWB).

Ein Zuschlag ist hingegen in der Regel nicht rechtswirksam, wenn ein Auftraggeber die Informations- und Wartepflicht missachtet (§ 134 GWB) oder den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. In diesen Fällen kann die Unwirksamkeit festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Beachten Sie bitte auch die Ausführungen in § 135 Absatz 3 GWB.

Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union (§ 135 Abs. 2 GWB).

Hat der Auftraggeber auf die Rüge eines Vergabeverstößes im Vergabeverfahren mitgeteilt, dass er der Rüge nicht abhelfen wird, muss der Nachprüfungsantrag **innerhalb von 15 Kalendertagen seit Eingang dieser Mitteilung** gestellt werden (§ 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 4 GWB). Die Frist beginnt am Tag nach Eingang der Mitteilung.

Der Antragsteller muss **antragsbefugt** sein:

Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein **Interesse an der Auftragserteilung** hat, **eine Verletzung seiner Rechte im Vergabeverfahren durch Nichtbeachtung der Vergabevorschriften** geltend macht und darlegt, dass ihm durch die behauptete Verletzung **ein Schaden** entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 160 Absatz 2 GWB).

Die Verletzung von Vergabevorschriften kann auch darin bestehen, dass die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterblieben ist. Antragsbefugt kann auch sein, wer sich durch den geltend gemachten Vergaberstoß an einer Angebotsabgabe gehindert sah.

Zudem ist die **Beachtung der Rügeobliegenheit** zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag (§ 160 Absatz 3 GWB).

Ein Nachprüfungsantrag ist danach unzulässig, wenn der Antragsteller den Verstoß gegen Vergabevorschriften schon im Vergabeverfahren positiv erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb von 10 Tagen gerügt hat

(§ 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 GWB). Verstöße gegen Vergabevorschriften, die bereits aufgrund der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, sind spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen (§ 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB). Allerdings ist § 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 GWB übergreifend, so dass ein erkannter Vergaberechtsverstoß immer innerhalb einer Frist von 10 Tagen zu rügen ist.

Die Anforderungen an die Form einer Rüge im Vergabeverfahren sind gering. Das Vergaberecht enthält hierzu keine Vorgaben. Demnach kann eine Rüge in allen denkbaren Formen angebracht werden. Die Vergabekammern und Oberlandesgerichte erachten beispielsweise Rügen per E-Mail, per Telefax, per Telefon oder sogar mündlich für zulässig.

Eine Rüge kann von dem Unternehmen ausgesprochen werden, das Interesse an dem betreffenden Auftrag hat. In der Rüge muss zum Ausdruck gebracht werden, dass das Verhalten des Auftraggebers für vergaberechtswidrig gehalten wird. Die beanstandeten jeweiligen einzelnen Maßnahmen des Auftraggebers im Vergabeverfahren sind konkret zu bezeichnen. Eine Rüge „ins Blaue hinein“ genügt üblicherweise nicht.

Der Begriff „Rüge“ muss nicht zwingend verwendet werden.

Die Vorgaben zur Rügeobliegenheit und den damit verbundenen Fristen gelten nicht, wenn der Auftraggeber gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 GWB den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist.

Checkliste für einen zulässigen Nachprüfungsantrag

Der Antrag sollte auf ein bestimmtes Vergabeverfahren beschränkt werden. Wird ein Vergabeverfahren in mehreren Losen vergeben, so kann der Antrag auf ein oder mehrere Lose beschränkt werden.

Der Antrag muss bzw. sollte folgende Angaben enthalten

1. Zuschlag

Der Zuschlag ist noch nicht bzw. ohne die erforderliche Durchführung eines Vergabeverfahrens erteilt worden.

2. Auftragsvolumen

Der Vergaberechtsschutz gilt nur für die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen, deren Auftragswerte bestimmte Schwellenwerte (geschätzte Auftrags- oder Vertragswerte ohne Umsatzsteuer) erreichen oder überschreiten (§ 106 Absatz 1 GWB). Teilen Sie daher den Auftragswert ohne Umsatzsteuer mit, bei losweiser Vergabe auch den addierten Auftragswert für alle Lose.

3. Auftraggeber und Antragsteller

Die Vergabestelle als Antragsgegner ist ein Auftrag- oder Konzessionsgeber im Sinne des GWB. Erforderlich für eine umgehende Übermittlung des Antrags ist die genaue Bezeichnung des Antragsgegners mit Adresse und – idealerweise – Faxnummer. Gleiche Angaben müssen für den Antragsteller und ggf. zu sonstigen an dem Verfahren zu beteiligenden Unternehmen (insbesondere zum für den Zuschlag vorgesehenen Bieter) gemacht werden.

4. Rüge

Vor der Antragstellung müssen Sie den Vergaberechtsverstoß grundsätzlich gegenüber der Vergabestelle gerügt haben. Einzelheiten und Ausnahmen von der Rügeobliegenheit sind in § 160 Abs. 3 GWB geregelt. Beachten Sie, dass es aufgrund der Regelung in § 134 Absatz 2 GWB zu einer faktisch kürzeren Rügefrist kommen kann.

5. Fristgerechte Antragstellung nach Nichtabhilfe

Der Nachprüfungsantrag muss spätestens 15 Kalendertage nach dem Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, Ihrer Rüge nicht abhelfen zu wollen, bei der Vergabekammer eingegangen sein (§ 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 4 GWB). Beachten Sie ggf. auch die weitere Frist nach § 134 Absatz 2 Satz 2 GWB (10 Tage).

6. Vergaberechtsverstöße

Beschreiben Sie im Antrag, welche Vergaberechtsverstöße dem Auftraggeber vorgeworfen werden.

7. Schaden

Erklären Sie im Antrag, inwieweit sich die Vergaberechtsverstöße für Sie nachteilig auswirken könnten.

8. Konkreter Antrag

Ein bestimmtes Begehren („Es wird beantragt, dass ...“) sollte vorgebracht werden

9. Antragsteller mit Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland

Antragsteller mit Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland müssen einen Empfangsbevollmächtigten innerhalb der Bundesrepublik in ihrem Antrag benennen. Von Antragstellern mit Sitz im Ausland wird in der Regel ein Gebührevorschuss i.H.v. 2.500 Euro verlangt.

10. Belege

Folgende Belege sollten Sie – sofern zutreffend – dem Nachprüfungsantrag beilegen:

- Kopien der Vergabeunterlagen, die obige Angaben belegen,
- Kopie des Rügeschreibens und der Stellungnahme der Vergabestelle
- Kopie der Vorabinformation der Vergabestelle nach § 134 GWB

Es ist nicht erforderlich, die gesamten Vergabeunterlagen mit dem Antrag einzureichen.

Sollte der Antrag einschließlich der Anlagen Geschäftsgeheimnisse enthalten, sind diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen. Erfolgt dies nicht, kann die Vergabekammer von einer Zustimmung auf Einsicht ausgehen (§ 165 Absatz 2 GWB).

11. Kommunikation

Anträge können schriftlich oder auf elektronischem Wege mit qualifizierter elektronischer Signatur gemäß § 2 Nr. 3 Signaturgesetz (SigG) gestellt werden. Das Schriffterfordernis wird auch durch eine Übermittlung eines schriftlichen Antrags durch Fax erfüllt.

Schriftliche Anträge können auch innerhalb der Geschäftszeiten in den Räumen der Geschäftsstelle der Vergabekammer des Landes Berlin oder beim Pförtner abgegeben oder im Briefkasten der Vergabekammer des Landes Berlin eingeworfen werden. Der Briefkasten wird um Mitternacht geleert. Schutzschriften, Anlagen zu Nachprüfungsanträgen und sonstige Schriftsätze und Anträge einschließlich Anlagen können auch ohne elektronische Signatur und unverschlüsselt elektronisch übermittelt werden.

Die Zurverfügungstellung von Mehr Exemplaren von Schriftsätzen durch die Verfahrensbeteiligten ist nicht erforderlich

2.3. Weiteres Verfahren vor der Vergabekammer

Auslösen des Zuschlagsstopps

Übermitteln Sie den Nachprüfungsantrag so rechtzeitig innerhalb der für den Auftraggeber geltenden Wartezeit nach § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB, dass die Vergabekammer den Antrag prüfen und noch vor Ablauf dieser Frist an den Auftraggeber übermitteln kann. Das setzt voraus, dass die Kammer zum Ergebnis kommt, dass der Antrag nicht offenkundig unzulässig oder unbegründet ist. Das gesetzliche Zuschlagsverbot wird erst mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags in Textform an die Vergabestelle ausgelöst (§ 169 GWB). Eine taggleiche Prüfung, Bearbeitung und Übermittlung von Nachprüfungsanträgen, die von Montag bis Donnerstag nicht bis 12:00 Uhr, an einem Freitag nicht bis 10:00 Uhr eingehen, kann nicht gewährleistet werden.

Sachverhaltsermittlung

Mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber fordert die Vergabekammer zugleich die Vergabeakten an. Der Auftraggeber hat auf Geschäftsgeheimnisse hinzuweisen. Anschließend ermittelt die Vergabekammer den entscheidungserheblichen Sachverhalt. Hierfür ist sie mit weitreichenden Ermittlungsbefugnissen ausgestattet.

Beiladung von Verfahrensbeteiligten

Soweit durch die Entscheidung der Vergabekammer Interessen von anderen Unternehmen schwerwiegend berührt werden, werden diese nach § 162 Satz 1 GWB dem Verfahren beigelegt. Im Regelfall ist dieses das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll.

Akteneinsicht

Über die Akteneinsicht, die den Verfahrensbeteiligten auf Antrag zusteht, wird in einem gesonderten Zwischenverfahren entschieden. Die Vergabekammer hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, geboten ist (§ 165 Absatz 2 GWB). Auch insoweit gilt, dass jeder Beteiligte mit Übersendung seiner Akten oder Stellungnahmen auf die Geheimnisse hinzuweisen und diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen hat.

Entscheidung in der Hauptsache

Die Vergabekammer entscheidet in der Regel aufgrund einer mündlichen Verhandlung, ob Sie als Antragsteller in Ihren Rechten verletzt worden sind, und trifft geeignete Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen oder eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer des Landes Berlin kann innerhalb von zwei Wochen eine sofortige Beschwerde beim Kammergericht Berlin eingelegt werden.

Durchschnittliche Bearbeitungszeit

Die Vergabekammer trifft und begründet ihre Entscheidung innerhalb von fünf Wochen ab Eingang des Nachprüfungsantrags. Die Vergabekammer kann diese Frist bei besonderen oder tatsächlichen Schwierigkeiten verlängern. Gegen die Verlängerung der Entscheidungsfrist kann kein Rechtsmittel eingelegt werden.

Gebühren

Die unterliegende Partei muss die Verfahrenskosten sowie die Aufwendungen der Gegenseite tragen (§ 182 GWB).

Die Zahlung eines Gebührenvorschusses an die Vergabekammer des Landes Berlin in Höhe der Mindestgebühr von 2.500 Euro ist grundsätzlich nicht erforderlich, es sei denn, der Antragsteller hat seinen Sitz außerhalb Deutschlands.

Schadenersatzansprüche

Da die Vergabekammern nur zur Prüfung von Vergabefehlern befugt sind (sog. Primärrechtsschutz), müssen Schadenersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.

Rechtsgrundlagen

- [§ 160 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen \(GWB\) - Antrag auf Nachprüfungsverfahren](#)
- [§§ 160 bis 170 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen \(GWB\) - Verfahren vor der Vergabekammer](#)
- [§ 180 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen \(GWB\) - Schadenersatz bei Rechtsmissbrauch](#)
- [§ 182 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen \(GWB\) - Kosten des Verfahrens](#)
- [Berliner Nachprüfungsverordnung \(BerlNpVO\)](#)



Verantwortlich:

Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und
Betriebe
Referat II D
Tel. (030) 9013-8316
vergabekammer@senweb.berlin.de