
Die Einführung von Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich – was bringen die neuen Landesverordnungen?

9. Kölner Vergabetage

21.-23. September 2021


Hendrik Beiersdorf, Vorsitzender 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz

Themenüberblick

1. Ausgangspunkt
2. Überblick Regelungen in den Ländern
3. Landesverordnung RLP über die
Nachprüfung von Vergabeverfahren
durch Vergabeprüfstellen
4. Fazit und Ausblick

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich

1. Ausgangspunkt




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

- Zweiteilung des Vergaberechts: EU, national
- BVerfG, B. v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03: Es ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber im Unterschwellenbereich keinen besonderen Primärrechtsschutz getroffen hat.
- Primärrechtsschutz vor den Zivilgerichten
- Vergaben mit Binnenmarktrelevanz: Nach dem primären Gemeinschaftsrecht gelten insb. das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, welche gerichtlich überprüfbar sein müssen.
- Frage des politischen Willens, einen speziellen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich einzuführen.

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 3

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich

2. Überblick Regelungen in den Ländern (1)



Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Hessen, § 18 HVTG


„(2) Bewerber oder Bieter, die sich an einem Verfahren zur Vergabe von **Bauleistungen** ab einem geschätzten Auftragswert von **500 000 Euro** ohne Umsatzsteuer oder an einem Verfahren zur Vergabe von **Liefer- oder Dienstleistungen** ab einem geschätzten Auftragswert von **50 000 Euro** ohne Umsatzsteuer beteiligen wollen oder beteiligt sind, können **vor Erteilung des Zuschlags** einen behaupteten **Verstoß gegen die Vergabevorschriften** bei der Vergabekompetenzstelle **beanstanden**. **Voraussetzung** ist, dass sie den **Verstoß zuvor** bei dem öffentlichen Auftraggeber **beanstanden haben** und dieser der Beanstandung innerhalb einer angemessenen Frist nicht abgeholfen hat.

(3) Die **Vergabekompetenzstelle** informiert den öffentlichen **Auftraggeber** über die Beanstandung, gibt ihm **Gelegenheit zur Stellungnahme** und kann von ihm die zur Überprüfung des Verstoßes notwendigen **Unterlagen anfordern**. **Nach Prüfung** teilt sie dem Bewerber oder Bieter und dem öffentlichen Auftraggeber unverzüglich in Textform eine **Empfehlung** mit. **Der öffentliche Auftraggeber soll den Zuschlag aussetzen, soweit die Vergabekompetenzstelle ihn dazu aufgefordert hat**. Die Aussetzung des Zuschlags endet mit der Bekanntgabe der Empfehlung der Vergabekompetenzstelle an den öffentlichen Auftraggeber oder spätestens 14 Kalendertage nach Bekanntgabe der Aufforderung der Vergabekompetenzstelle nach Satz 3, auch wenn die Vergabekompetenzstelle bis zum Ablauf der Frist keine Empfehlung abgegeben hat.

(4) Setzt ein öffentlicher Auftraggeber die Empfehlung nach Abs. 3 Satz 2 nicht um, teilt er dies der Vergabekompetenzstelle und dem Bewerber oder Bieter in Textform mit.“

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 4

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich 2. Überblick Regelungen in den Ländern (2)




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Hessen:

- „Antragsverfahren“: Bieter beanstandet
Vergaberechtsverstoß bei Vergabekompetenzstelle
- Vorherige Beanstandung bei AG erforderlich
(„Beanstandungsobliegenheit“)
- Aber keine Pflicht zur Vorabinformation, keine Stillhaltefrist
- Entscheidung als unverbindliche Empfehlung
- m.E.: Regelung ist unzureichend, da sie nicht sicherstellt,
dass vor dem Zuschlag eine Überprüfung durch eine vom
AG unabhängige Stelle erfolgen kann!

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 5

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich 2. Überblick Regelungen in den Ländern (3)




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Niedersachsen, § 16 NTVergG (Informations- und Wartefrist):

- (1) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 GWB nicht erreicht, **haben öffentliche Auftraggeber die Unternehmen, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen**, über den Namen des Unternehmens, auf dessen Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über die Wartefrist bis zur Zuschlagserteilung gemäß Absatz 2 **in Textform zu informieren**. Dies gilt entsprechend auch für Unternehmen, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung im Teilnahmewettbewerb zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die Unternehmen nach Satz 1 ergangen ist.
- (2) Der **Zuschlag darf frühestens 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach Absatz 1 erteilt werden**. Wird die Information auf elektronischem Weg oder durch Telefax versendet, **verkürzt** sich die Frist auf **zehn Kalendertage**. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den öffentlichen Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Unternehmen kommt es nicht an.
- (3) Die **Informationspflicht entfällt in Fällen besonderer Dringlichkeit**. Im Fall verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge (§ 104 GWB) und aus Gründen der Geheimhaltung können öffentliche Auftraggeber darauf verzichten, bestimmte Informationen über die vorgesehene Zuschlagserteilung mitzuteilen, wenn die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs-, Sicherheits- oder Geheimhaltungsinteressen, zuwiderlaufen, berechnete geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigen oder den lautereren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen würde.“

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 6

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
2. Überblick Regelungen in den Ländern (4)




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Niedersachsen:

- Regelung der Informations- und Wartefrist ähnlich § 134 GWB!
- Dies ist lediglich eine Voraussetzung eines Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte.
- Ein eigentlicher Primärrechtsschutz wird nicht begründet; der zivilrechtliche allerdings erleichtert.
- Keine Regelung einer Sanktion, wenn AG gegen die Wartefrist verstößt; keine dem § 135 GWB entsprechende Regelung.
- Fraglich ist, ob § 16 NTVergG als ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen ist (bejahend für § 19 LVG LSA: VK LSA, B. v. 06.09.2013, 3 VK LSA 35/13).

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 7

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
2. Überblick Regelungen in den Ländern (5)



Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Mecklenburg-Vorpommern, § 12 (1) VgG M-V:

„Der Auftraggeber **informiert** die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots. Er gibt die Information in Textform **spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsschluss.**“

→ Nur Informations- und Wartepflicht, kein spezieller Rechtsschutz!


© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 8

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
2. Überblick Regelungen in den Ländern (6)

Thüringen, § 19 ThürVgG
Sachsen, § 8 SächsVergabeG
Sachsen-Anhalt, § 19 LVG LSA

→ Regelung eines speziellen Rechtsschutzes für Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte in den jeweiligen Vergabegesetzen

→ Zuständigkeit liegt in Thüringen und Sachsen-Anhalt bei der jeweiligen Vergabekammer, in Sachsen bei der Aufsichtsbehörde bzw. der Landesdirektion.




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 9

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
2. Überblick Regelungen in den Ländern (7)


Jeweils vergleichbare Regelungsstruktur:

- Auftragswertgrenzen (Bau : 75.000 € / 150.000 €; DL: 50.000 €)
- Nach einer zwingenden Information der Bieter über die geplante Zuschlagserteilung besteht zunächst ein befristetes Zuschlagsverbot (7 - 10 Kalendertage).
- Innerhalb dieser Frist hat der Bieter eine Beanstandungsmöglichkeit.
- Hilft der AG nicht ab, legt er die Vergabeakten der Nachprüfungsbehörde vor.
- Diese hat innerhalb einer bestimmten Frist eine Entscheidung zu treffen und zu begründen (10 Kalendertage – 4 Wochen).
- Während dieser Frist darf der Zuschlag nicht erteilt werden.
- Der AG hat den Anordnungen der Nachprüfungsbehörde Folge zu leisten.
- Kostenpflichtiges Verfahren.



Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 10




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
2. Überblick Regelungen in den Ländern (8)

- § 19 Abs. 2 S. 6 ThürVgG: „Im Falle ihres Tätigwerdens entscheidet die Nachprüfungsbehörde abschließend, ob der Bieter durch die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften in seinen Rechten verletzt wurde.“
- Gewährung von subjektiven Rechten des Bieters!
- Ist der Ausschluss eines Rechtsschutzes gegen die Entscheidung der Vergabekammer möglich? In der Lit. wird dies teilweise so gesehen, da der Landesgesetzgeber schon mehr getan habe, als er nach der Rechtsprechung des BVerfG hätte tun müssen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03).
- OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.07.2019, 1 O 149/18: Unabhängig davon, ob die VK in Form eines VA entschieden hat, liegt die Zuständigkeit gegen Sachentscheidungen und Kostenentscheidungen auf Grundlage des § 19 LVG LSA bei den Zivilgerichten.
- Arg.: Sachzusammenhang mit dem privatrechtlich ausgestalteten Vergabeverfahren und Beurteilung der Kostenentscheidung nicht losgelöst von der zu Grunde liegenden Sachentscheidung.

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz 14. September 2021 Folie 11




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
3. Nachprüfungsverordnung RLP (1)

- Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen v. 26.02.2021
- Erstmalig eine Verfahrensordnung in diesem Bereich
- Ziel: Auf Veranlassung eines Bieters / Bewerbers erfolgt eine vom AG unabhängige strukturierte Nachprüfung des Vergabeverfahrens.
- Grundstruktur ähnlich wie in Thüringen, Sachsen, Sachsen-Anhalt: Auftragswertgrenzen; Informations- und Wartepflicht (7 Kalendertage); Bieter oder Bewerber beanstanden das Verfahren; AG prüft Beanstandung, im Falle der Nichtabhilfe erfolgt grds. Abgabe an Vergabeprüfstelle (VPS; nicht VK!); Entscheidung VPS innerhalb von grds. 2 Wochen; kein Zuschlag vor Entscheidung der VPS; Bindungswirkung für AG!

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz 14. September 2021 Folie 12

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
3. Nachprüfungsverordnung RLP (2)




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

- Rügepflicht der Bieter / Bewerber in Anlehnung an § 160 Abs. 3 Nr. 1 - 3 GWB als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Nachprüfung.
- Keine Antragsbefugnis entsprechend § 160 Abs. 2 GWB: Mangels subjektiver Bieterrechte keine Darlegung einer Rechtsverletzung bzw. eines drohenden Schadens erforderlich.
- Keine Beiladung, keine Akteneinsicht, aber Mitwirkungspflicht des AG.
- Entscheidung ergeht grds. nach Lage der Akten ohne mündliche Verhandlung.

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 13


Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
3. Nachprüfungsverordnung RLP (3)



Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

- VPS entscheidet, ob AG Vergabevorschriften verletzt hat und trifft geeignete Maßnahmen zu deren Beseitigung.
- Zwar ebenso wie bei Nachprüfungsverfahren vor der VK keine Verpflichtung zur umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle, aber Prüfungsgegenstand nicht beschränkt auf Rechtsverletzungen des beantragenden Bieters / Bewerbers.
- § 5 Abs. 2 LVO: Nachprüfung kann auch stattfinden, wenn AG den Zuschlag unter Verstoß gegen Informations- und Wartepflicht bzw. während der Nachprüfung erteilt hat (entspr. § 134, § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB).
- Der Auftrag ist in diesem Fall von Anfang an unwirksam, wenn die VPS diesen Verstoß und einen weiteren Vergaberechtsverstoß mit Auswirkung auf die Zuschlagsentscheidung festgestellt hat (§ 10 Abs. 2 LVO).

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 14




Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich
3. Nachprüfungsverordnung RLP (4)

- Bis zu dieser Feststellung durch die VPS ist der Vertrag daher schwebend wirksam.
- Allerdings keine Erfassung sog. de-facto-Vergaben (vgl. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB).
- § 6 Abs. 1 LVO: Es handelt sich um ein verwaltungsinternes Verfahren, wenn das Land Auftraggeber ist, im Übrigen (insb. bei Kommunen) um ein besonderes Verfahren der staatlichen Aufsicht. Ein Anspruch eines beanstandenden Bieters oder Bewerbers auf Tätigwerden der VPS besteht nicht.
- Rechtsverordnung ist zeitlich befristet bis zum 30.06.2024. Bis zum 30.06.2023 hat eine Evaluation stattzufinden.
- § 11 LVO: Gebührenregelung; Anwaltskosten werden nicht erstattet.

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 15



Rheinland-Pfalz
MINISTERIUM FÜR
WIRTSCHAFT, VERKEHR,
LANDWIRTSCHAFT
UND WEINBAU

4. Fazit und Ausblick (1)

Was bringt die neue Landesverordnung in RLP?

- Stets einen vom AG bei der zeitlichen Planung eines Vergabeverfahrens zu beachtenden zusätzlichen Zeitaufwand.
- Eine Stärkung der Anwendung des Vergaberechts!
- Eine Aufwertung der Vergabestellen!
- Eine erhebliche Verbesserung des Primärrechtsschutzes für die Bieter!

© Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz
14. September 2021
Folie 16

4. Fazit und Ausblick (2)

Zukünftige Entwicklungen

- Evaluation in Thüringen hat gezeigt, dass sowohl AG als auch Bieter die Nachprüfungsmöglichkeit überwiegend positiv bewerten.
- Die Evaluation in RLP wird zeigen, welche Akzeptanz die Nachprüfung dort erfährt.
- Große Bedeutung hierfür wird die Qualität der Entscheidungen haben; unmittelbaren Einfluss hat insoweit die personelle Ausstattung der Vergabepflichtstelle.
- M.E. wird es auch in westdeutschen Bundesländern zunehmend eine Diskussion geben, ob eine strukturierte Nachprüfung unterhalb der Schwellenwerte ermöglicht werden soll.

4. Fazit und Ausblick (3)

- Beschränkt man die Nachprüfungsmöglichkeit auf wirtschaftlich bedeutsame Vergabeverfahren (Wertgrenzen) und hebt gleichzeitig die Wertgrenze für Direktaufträge an, kann man die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit u. Sparsamkeit mit der Vereinfachung von Vergaberecht kombinieren.
- Solche Nachprüfungsverordnungen stellen m.E. nicht zusätzliche Bürokratie dar, sondern eine Stärkung des Rechtsstaats, auch wenn (noch) keine subjektiven Bieterrechte gewährt werden.

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!