

Aus der Industrie

# Die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren – Ausnahme oder Regel?

## RA Christoph Kaiser klärt auf

Die Beteiligung von Bietergemeinschaften an Vergabeverfahren ist ein häufig zu beobachtendes Phänomen. Regelmäßig sind sich weder Auftraggeber noch die Mitglieder der Bietergemeinschaften bewusst, dass die Bildung von Bietergemeinschaften nicht in jedem Fall zulässig ist. Auch die Rechtsprechung ist derzeit nicht einheitlich und trägt damit nicht unbedingt zur Klarheit und Rechtssicherheit für Auftraggeber und Bieter bei.



Rechtsanwalt Christoph Kaiser, Foto privat

Für Unternehmen ist die Bildung von Bietergemeinschaften ein beliebtes Mittel zur Steigerung ihrer Chancen auf den Zuschlag bei der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen. Am Auftrag interessierte Unternehmen erwägen die Bildung einer Bietergemeinschaft insbesondere dann, wenn unterschiedliche abgefragte Leistungsbilder nicht von einem einzelnen Unternehmen erbracht werden oder wenn der Auftrag für ein Unternehmen zu umfangreich ist. Bietergemeinschaften sind wegen des meist breiteren Leistungsspektrums, der gesamtschuldnerischen Haftung der Mitglieder (wegen der Vergrößerung der Haftungsmasse) und eines einheitlichen Ansprechpartners bei Auftraggebern gerne gesehen. Das Eingehen von Bietergemeinschaften kann aber gegen kartellrechtliche Regelungen verstoßen, insb. wegen des Verbots kartellrechtswidriger Absprachen im Sinne des § 1 GWB, wenn Bietergemeinschaften eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung von Wettbewerb bezwecken oder bewirken. Unter welchen Voraussetzungen die Bildung einer Bietergemeinschaft rechtswidrig ist, beurteilt die Rechtsprechung nicht einheitlich.

Das Kammergericht bspw. stellt strenge Anforderungen an die Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft (Beschl. v. 24.10.2013 – Az. Verg 11/13). Nach seiner Rechtsprechung erfüllt die

Bildung einer Bietergemeinschaft „ohne weiteres“ den Tatbestand einer (kartellrechtswidrigen) Abrede im Sinne des § 1 GWB. Die zulässige Bildung einer Bietergemeinschaft kommt nach dieser Entscheidung allenfalls in Betracht, wenn die Mitglieder einen nur unerheblichen Marktanteil haben oder erst durch die Bildung der Bietergemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben.

Das OLG Düsseldorf hingegen hat jüngst entschieden, dass Bietergemeinschaften keinem automatischen Generalverdacht einer kartellrechtswidrigen Absprache unterliegen (Beschl. v. 17.12.2014 – Az. Verg 22/14), also nicht per se unzulässig sind. Der Senat stellt in dieser Entscheidung – eine geringfügig älteren Entscheidung (Beschl. v. 17.02.2014 - Verg 2/14 ) ist noch anderen Interpretationen zugänglich – auf den Einzelfall ab. Insb. müssen Auftraggeber der Bietergemeinschaft Gelegenheit geben, die Gründe für ihren Zusammenschluss zu erläutern, falls konkrete Anhaltspunkte für eine Unzulässigkeit bestehen.

Die Aufklärung der Gründe für die Bildung einer Bietergemeinschaft ist nach der jüngsten Entscheidung beispielsweise geboten, wenn die beteiligten Unternehmen gleichartige und in derselben Branche tätige Wettbewerber sind und nichts dafür spricht, dass sie mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage waren, unabhängig voneinander (und mit konkreten Erfolgchancen) ein Angebot zu machen. Die Entscheidung für die Zusammenarbeit muss demnach auf einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Unternehmensentscheidung der Beteiligten beruhen. Bietergemeinschaften sind danach aber keinesfalls gehalten, mit Abgabe eines Angebotes oder Einreichung eines Teilnahmeantrags von sich aus die Gründe für ihren Zusammenschluss mitzuteilen.

Im Ergebnis verteilt die Rechtsprechung insb. die Beweislast unterschiedlich: Soweit man von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der Bietergemeinschaft ausgeht, muss sie im Einzelfall ihre Zulässigkeit belegen. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Bietergemeinschaften unterstellt, muss der Auftraggeber deren Unzulässigkeit im Einzelfall nachweisen. Bei der Aufklärung sind die Mitglieder der Bietergemeinschaft dann allerdings zur Mitwirkung verpflichtet. Sowohl Auftraggeber als auch Bietergemeinschaften sind derzeit mit erheblichen Unsicherheiten konfrontiert, wie das Vergabeverfahren korrekt fortzusetzen ist.

Sind die ausgeschriebenen Leistungen – wegen ihres Umfangs oder unterschiedlicher Leistungen – praktisch nur von einer Bietergemeinschaft zu bewältigen, kommt auch ein weiterer Verstoß gegen das Vergaberecht in Betracht. Zu prüfen – und gegebenenfalls durch den Bieter zu rügen – ist, ob der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur losweisen Vergabe nach Fach- und nach Teillosten nachgekommen ist.

Unternehmen ist bis zu einer einheitlichen Klärung der Rechtsfrage daher zu raten, sich vor Bildung einer Bietergemeinschaft genau mit der Rechtsprechung der für das jeweilige Vergabeverfahren zuständigen Nachprüfungsorgane auseinanderzusetzen. In Berlin wird das Kammergericht an die Bildung derzeit voraussichtlich andere Voraussetzungen stellen als das OLG Düsseldorf für Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen oder für Auftraggeber des Bundes.

RA Christoph Kaiser

Wollmann & Partner Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

WIR VERBINDEN ZAHLEN, DATEN,  
FAKTEN MIT EMOTIONEN!

**STOLPUNDFRIENDS**  
Die Markenmacher für die Wohnungswirtschaft. Seit 1989.

Geschäftsbericht

GESCHÄFTSBERICHTE | NACHHALTIGKEITSBERICHTE | IMAGEBROSCHÜREN

[www.stolpundfriends.de](http://www.stolpundfriends.de)