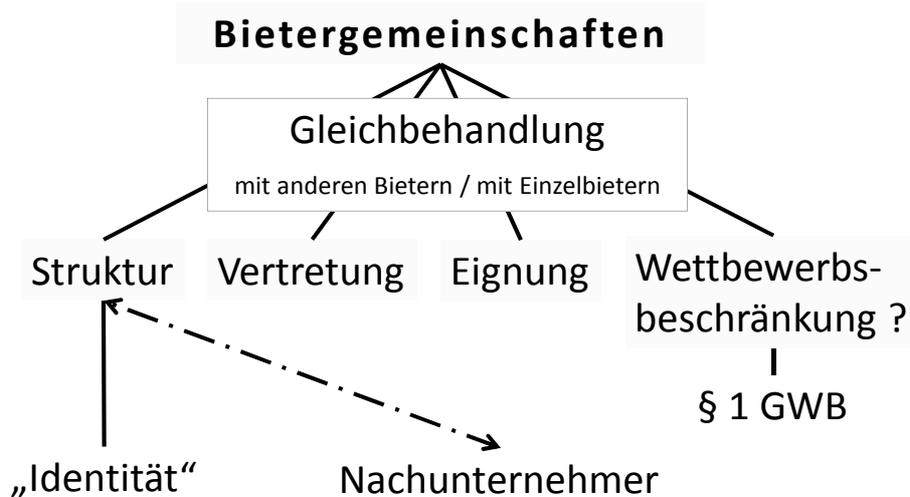




Bietergemeinschaften im Vergaberecht

Reinhard Wilke
OLG Schleswig-Holstein

Problemaufriss



Themenübersicht



- Grundlegendes
- Struktur von Bietergemeinschaften
- Eignungsanforderungen
- Bietergemeinschaften als Wettbewerbsbeschränkung ?
- (Ver-)Änderungen der Bietergemeinschaft

Thesen ...

Grundlegendes



- Bietergemeinschaften sind *eine* Form der Kooperation (ansonsten) konkurrierender Unternehmen (*nach Vergabe auch „Arbeitsgemeinschaften“ genannt*)
- Def.: „Zusammenschluss von mindestens zwei Unternehmen mit dem Zweck, ein gemeinsames Angebot abzugeben und den Auftrag ggf. gemeinsam auszuführen“

Bietergemeinschaften können

- der Förderung mittelständischer Interessen dienen (§ 97 III GWB) [*müssen dies aber nicht ...*]
- die Vergabe beeinflussen (z. B. den Loszuschnitt)

Grundlegendes



- BiGe sind in allen Vergabebereichen (VOB, VOL, VOF) grds. zugelassen. Im VOF-Bereich können einer BiGe „berufsrechtliche Pflichten“ entgegenstehen (§ 4 IV VOF).
- Ihre Vorteile werden wie folgt beschrieben:

	Potentiale	Leistungserstellung	Absatz
Kosten	Effektivitätssteigerung, Kostenreduktion		
		Möglichkeit der Arbeitsteilung	erweiterte Akquisition
Markt	erweiterte Ressourcen	besserer Know-How-Zugang	Erweiterung des Absatzmarktes
		erweitertes Leistungsspektrum	

Struktur von Bietergemeinschaften



- Bietergemeinschaften (BiGe) sind idR Gesellschaften bürgerlichen Rechts (**GbR**), evtl. auch oHG (als „Arge“).
- Für die GbR gelten die Grundsätze der Gesamtgeschäftsführung (§ 709 BGB) und der Gesamtvertretung (§ 714 BGB). Um die GbR vertraglich zu binden, müssen also **alle Gesellschafter gemeinsam** handeln, es sei denn, ein einzelner Gesellschafter ist **bevollmächtigt** worden.
- Die Mitglieder der BiGe (GbR) haften grundsätzlich als **Gesamtschuldner** und mit ihrem gesamten Vermögen.
- Das Vergaberecht kennt keine zwingenden Vorgaben für die (Außen-)Vertretung einer BiGe oder deren Rechtsform. Es ist in erster Linie Sache der BiGe, dies zu „regeln“ (vereinbaren) und nach außen kundzutun (*dazu später ...*).

Struktur von Bietergemeinschaften



- Die Mitglieder der BiGe sind vergaberechtlich keine „Dritten“ (iSv Subunternehmern).
- Die BiGe wird selbst zur Bieterin und mit dem Zuschlag zur Vertragspartnerin/Auftragnehmerin.
- Die BiGe muss sich **nach außen zu erkennen** geben (als BiGe und nicht als Bieter/Subunternehmer etc.).
- Es genügt (also) nicht, wenn Fa. A und Fa. B sich zur gemeinsamen Wettbewerbsteilnahme entschließen, aber nur Fa. A als Bieterin auftritt und Fa. B im „Hintergrund“ bleibt (und evtl. nur als Subunternehmer fungiert). Die BiGe-Mitglieder müssen hier für Klarheit sorgen !

Struktur von Bietergemeinschaften



1. Angebote müssen von Anfang an die **Identität des Bieters** erkennen lassen. Dies gilt für Einzelbieter wie für Bietergemeinschaften. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung, wem ein Angebot zuzurechnen ist, ist das zum Eröffnungstermin vorliegende Angebot. Bei Unklarheiten ist durch **Auslegung** aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zu ermitteln, wer das Angebot abgegeben hat
2. Eine **Aufklärung** nach § 18 VOL/A kommt erst dann in Betracht, wenn sich die Zweifel nicht im Wege der Auslegung klären lassen. Kommt die Auslegung zu dem Ergebnis, dass das Angebot von einer Bietergemeinschaft stammt, so ist für eine Aufklärung von Anfang an kein Raum, selbst wenn bei Unklarheiten über die Identität des Bieters eine Aufklärung grundsätzlich zulässig sein sollte.

OLG Hamburg, Beschluss vom 29. April 2014 – 1 Verg 4/13 –, juris)

Struktur von Bietergemeinschaften



Vergaberechtlich kann eine bestimmte **Rechtsform** der BiGe nur *verlangt* werden

- für den Fall der Auftragserteilung und
- sofern diese für die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrags erforderlich ist.

→ § 6 EG Abs. 6 VOB/A

→ § 6 Abs. 1 S. 2 VOL/A = EG VOL/A

→ § 4 Abs. 4 VOF

- Wichtig v. a. bei längerfristigen Auftragsverhältnissen -

Struktur von Bietergemeinschaften



Es obliegt der BiGe,

- im Angebot die **Mitglieder** der BiGe anzugeben und
- einen bevollmächtigten **Vertreter** der BiGe zu benennen * (§ 13 V VOB/A = EG VOB/A, § 13 VI VOL/A = § 16 VI EG VOL/A),
- für eine rechtsverbindliche **Unterschrift** des Angebots zu sorgen (durch *alle* BiGe-Mitglieder oder durch bevollmächtigten Vertreter im Namen der BiGe; gilt auch für Nebenangebote),
- im Falle eines Nachprüfungsverfahrens (oder eines Unterschwellenrechtsstreits) Anträge für die BiGe wirksam zu stellen, also durch ein bevollmächtigtes (anwaltlich vertretenes) BiGe-Mitglied, ausnahmsweise durch einen „Prozessstandschafter“.

* Fehlt diese Angabe, kann sie vor Zuschlagserteilung nachgereicht werden.

Eignungsanforderungen



Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit (und Gesetzestreue)
FLZ – (§ 97 IV GWB)

- Als „k.o.“-Bedingungen müssen die Eignungsanforderungen **auch von einer BiGe**, erfüllt werden, weil das Angebot andernfalls auszuschließen ist.
- Maßgeblich sind die in der **Vergabebekanntmachung** definierten Eignungsanforderungen; differenziert nach den bei Angebotsabgabe und den auf Anforderung beizubringenden Nachweisen (vgl. § 6 III Nr. 5 VOB/A).

Eignungsanforderungen



Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit (und Gesetzestreue)
FLZ – (§ 97 IV GWB)

- Hinsichtlich **FLZ** ist bei einer BiGe zu differenzieren:
 - ▶ **FL** muss **für die BiGe insgesamt** nachgewiesen werden, aber nicht für jedes BiGe-Mitglied für den gesamten Auftrag (nur die jeweils spezielle **FL**)
 - ▶ **Z** muss **für jedes Mitglied** der BiGe nachgewiesen werden (*wichtig für Referenzen oder Tariftreue*).

In der Vergabebekanntmachung sollte dies geregelt werden, insbes. in Bezug auf (Gewährleistungs-)Sicherheiten und ihre Vorlage durch die BiGe oder durch einzelne Mitglieder der BiGe. Für **FL** sind keine „Verpflichtungserklärungen“ der BiGe-Mitglieder erforderlich (kein Fall der „Eignungslleihe“).

Eignungsanforderungen



Insbesondere bei der Forderung von **Referenzen** ist Vorsicht geboten:

- Die **BiGe als solche** wird solche idR nicht nachweisen können.
- Geht es um Referenzen der **BiGe-Mitglieder**, sollte klar sein, für welches Eignungsmerkmal (**FLZ**) diese gefordert werden.
- Betreffen die Referenzen (nur) **FL**, sollte klar sein, auf welchen Fachkunde- oder Leistungsbereich sich diese beziehen sollen.
- Unklare Eignungsanforderungen rechtfertigen keinen Angebotsausschluss !

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Gesetzliche Vorgaben:

§ 1 GWB: „ Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.“

§ 3 GWB: Vom Verbot des § 1 freigestellt sind „ Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, ... wenn

1. dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und
2. die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.“

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Gesetzliche Vorgaben:

Nach den Vergabeordnungen sind Angebote (weitergehend als nach §§ 1, 3 GWB) ausgeschlossen, wenn „Bieter in Bezug auf die Ausschreibung eine **Abrede** getroffen haben, die eine **unzulässige Wettbewerbsbeschränkung** darstellt.“

(§ 16 Abs. 1 Nr. 1 d VOB/A, § 16 Abs. 3 f VOL/A)

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



- Bietergemeinschaften *können* den Wettbewerb u. U. erheblich einschränken oder (gar) auf einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede i. S. d. § 1 GWB beruhen. Allerdings besteht dahingehend **keine Vermutung**.
- OLG Frankfurt a. M., NZBau 2004, 60: Vorausgesetzt wird der „**gesicherte Nachweis** einer unzulässigen, wettbewerbsbeschränkenden Abrede“; für einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren reichen „selbst erhebliche Verdachtsmomente ... nicht aus, sondern erfordern weitere Ermittlungen der Vergabestelle.“

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Das Kartellverbot gem. § 1 GWB ist nicht betroffen, wenn eine am Markt nachgefragte Leistung erst durch

- die Kooperation mehrerer selbständiger Unternehmen und
- durch die Bündelung ihrer Leistungskraft
- bei gleichzeitiger Koordinierung ihres Auftretens gegenüber der anderen Seite

erbracht werden kann.

BGH, Ur. v. 05.02.2002, KZR 3/01, BGHZ 149, 391 ff.

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Verunsicherung durch jüngere OLG-Entscheidungen:

- *„Das Eingehen einer Bietergemeinschaft erfüllt **ohne Weiteres den Tatbestand einer Abrede bzw. Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB.** ... Da eine solche Zusammenarbeit zugleich regelmäßig den Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen beschränkt und der Gesetzgeber in § 1 GWB genau dieses untersagt, ist zu folgern, dass das Ziel der Unternehmen, **Synergiepotenzialen auszunutzen, gerade nicht vom Verbot des § 1 GWB befreit** ist.“ (KG Berlin, NZBau 2013, 792)*
- *„Unternehmen, die eine Bietergemeinschaft eingehen, treffen eine Vereinbarung, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken können, und die deswegen **verboten** sind. ...“ (OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 716)*

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



... aber „Entwarnung“:

„Die Bildung einer Bietergemeinschaft unterliegt keinem Generalverdacht einer Kartellrechtswidrigkeit.“

OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 176

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



... „Entwarnung“:

- *„Die Bildung einer Bietergemeinschaft zwischen branchenangehörigen Unternehmen ist nur zulässig, wenn die beteiligten Unternehmen ein jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenen Angebot auf Grund ihrer betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse nicht leistungsfähig sind, und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran (mit Erfolgsaussicht) zu beteiligen.“ (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.09.2014, VII-Verg 17/14, Juris Rn. 51)*
- *„Es ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn Mitglieder einer Bietergemeinschaft nur einen **unerheblichen Marktanteil** haben und erst durch Eingehen der Gemeinschaft ein Angebot abgeben und am Wettbewerb teilnehmen können.“ (OLG Karlsruhe, VergabeR 2015, 210, bei Juris Rn. 52)*

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Prüfung des § 1 GWB in der Praxis

- Die **BiGe ist darlegungspflichtig**, dass „ihre Bildung und Angebotsabgabe nicht gegen § 1 GWB verstößt.“*
- Allerdings muss diese Darlegung „nicht schon mit der Abgabe des Angebots erfolgen“*, weil gem. § 1 GWB nicht vermutet wird, dass eine BiGe verboten ist.

*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.01.2015, VII-Verg 31/14, Juris Rn. 34

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Prüfung des § 1 GWB in der Praxis

- Die Darlegungspflicht wird **erst durch eine „entsprechende Aufforderung des Auftragsgebers“*** ausgelöst; dann muss die BiGe die „Gründe für die Bildung der BiGe dartun und erläutern.“* Eine solche Aufforderung muss erfolgen, wenn zureichende Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen § 1 GWB bestehen.
- Das ist „beispielsweise“* der Fall, wenn „die beteiligten Unternehmen gleichartige und auf demselben Markt tätige Wettbewerber sind und nichts dafür spricht, dass sie mangels Leistungsfähigkeit objektiv nicht in der Lage gewesen wären, unabhängig voneinander ein Angebot zu unterbreiten, so dass die Entscheidung zur Zusammenarbeit auf einer wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftigen Unternehmensentscheidung beruht.“*

*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.01.2015, VII-Verg 31/14, Juris, Rn. 34

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Fallbeispiele

BiGe zulässig, wenn

- Unternehmen aus unterschiedlichen Branchen beteiligt sind, die hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung nicht miteinander im Wettbewerb stehen;
- die BiGe-Mitglieder allein nicht über die erforderlich Kapazität zur Ausführung des Auftrags verfügen. (Dabei ist auf den Zeitraum der Erbringung der Leistung abzustellen. Ob die Möglichkeit einer Kapazitätsausweitung besteht, ist unerheblich);
- eine selbständige Ausführung der Leistung möglich wäre, aber erst die BiGe die Abgabe eines preislich konkurrenzfähigen Angebots ermöglicht (*kritisch zu beurteilen ...*)

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Fallbeispiele

BiGe nicht zulässig, wenn

- jedes Mitglied der BiGe den Auftrag auch allein ausführen könnte und es „nur“ um die Ausnutzung sog. Synergieeffekte“ geht;
- die BiGe den Wettbewerb im (räumlich / sachlich) relevanten Markt spürbar beeinträchtigt.

BiGe = Wettbewerbsbeschränkung ?



Wettbewerblich problematisch sind auch die Fälle der ...

- Mehrfachbewerbung: Fa. A ist Mitglied einer BiGe; sowohl die BiGe als auch Fa. A geben ein Angebot ab.
- „BiGe contra Subunternehmer“: Fa. A ist Mitglied einer BiGe und zugleich Subunternehmer eines anderen Bieters.



Verstoß gegen den **Wettbewerbsgrundsatz** (§ 97 I GWB) und insbesondere den **Geheimwettbewerb** ?



- ➔ **Verstoß wird vermutet.**
- ➔ **Die Vermutung ist widerlegbar.**
- ➔ **Widerlegung obliegt den beteiligten Bietern.**

(Ver-)Änderungen der BiGe



Problemfälle:

- (1) Fa. A scheidet nach Angebotsabgabe der BiGe aus der BiGe aus; die BiGe will „im Rennen“ bleiben.
- (2) Fa. A und Fa. B werden nach einem Teilnahmewettbewerb zur Angebotsaufgabe aufgefordert; nun wollen sie eine BiGe gründen.
- (3) Fa. X-GmbH ist Mitglied einer BiGe; nach Angebotsabgabe der BiGe verkauft sie ihre GmbH-Anteile an Fa. Y..
- (4) Die A-GmbH ist BiGe-Mitglied; sie wird nach Angebotsabgabe auf die B-AG verschmolzen.
- (5) Nach Angebotsabgabe wird über das Vermögen eines BiGe-Mitglieds das Insolvenzverfahren eröffnet.

(Ver-)Änderungen der BiGe



① Fa. A scheidet nach Angebotsabgabe der BiGe aus der BiGe aus; die BiGe will „im Rennen“ bleiben.

- Grundsatz: nach Angebotsabgabe führt ein Mitgliederwechsel zum Ausschluss des BiGe-Angebots: Ein Wechsel in der Identität des Bieters ist eine unzulässige nachträgliche Änderung des Angebots (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Mai 2005, NZBau 2005, 710)
- Anderer Ansicht OLG Celle (NZBau 2007, 663): Der Mitgliederwechsel ändert die **Identität** der BiGe nicht. Im „Außenverhältnis“ zur Vergabestelle besteht die BiGe fort.
- Aber: nach Mitgliederwechsel wird idR eine neue Eignungsprüfung erforderlich sein !

(Ver-)Änderungen der BiGe



② Fa. A und Fa. B werden nach einem Teilnahmewettbewerb zur Angebotsaufgabe aufgefordert; nun wollen sie eine BiGe gründen.

- Das Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs definiert, wer zum Leistungswettbewerb zugelassen wird.
- Das Angebot einer BiGe aus Fa. A und Fa. B ist mit einem Identitätswechsel (zur GbR) verbunden.
- Es kann nicht zum Leistungswettbewerb zugelassen werden.
- Das Gleiche gilt, wenn aus einer nach dem Teilnahmewettbewerb zugelassenen BiGe aus 2 Firmen ein BiGe-Mitglied im Leistungswettbewerb „aussteigt“ (vgl. OLG Karlsruhe, NZBau 2008, 784).

(Ver-)Änderungen der BiGe



③ Fa. X-GmbH ist Mitglied einer BiGe; nach Angebotsabgabe der BiGe verkauft sie ihre GmbH-Anteile an Fa. Y.

- Der „Verkauf“ der Gesellschaftsanteile lässt die Identität der GmbH unberührt. Damit verändert sich auch die Identität der BiGe nicht.
- Offene Frage: GmbH-Anteilsverkauf = gesellschaftsrechtlich eingekleideter „Auftragskauf“ ?
- Falls mit Anteilsverkauf personelle Veränderungen der X-GmbH verbunden sein sollten, kann eine neue Eignungsprüfung erforderlich sein.

(Ver-)Änderungen der BiGe



④ Die A-GmbH ist BiGe-Mitglied; sie wird nach Angebotsabgabe auf die B-AG verschmolzen.

- (*vereinfacht: aus GmbH wird AG ...*) Frage des Identitätswechsels = streitig:
- OLG Schleswig (WuW 2006, 693): kein Identitätswechsel, da nach § 20 UmwG die AG umfassend an die Stelle der GmbH tritt.
- OLG Düsseldorf (NZBau 2007, 254): Identitätswechsel, da GmbH erlischt und AG Rechtsnachfolgerin wird.

(Ver-)Änderungen der BiGe



⑤ Nach Angebotsabgabe wird über das Vermögen eines BiGe-Mitglieds das Insolvenzverfahren eröffnet.

- Insolvenz führt grds. zur Auflösung der BiGe (= GbR, s. § 728 I 2 BGB)
- Aber: der GbR-Gesellschaftsvertrag kann dies anders regeln, indem der insolvente BiGe-Mitglied aus der BiGe ausscheidet und die BiGe (= GbR) mit den verbleibenden Mitgliedern fortgeführt wird (§ 736 I BGB).
- Vergabestelle muss prüfen, ob (dann) die Eignung der BiGe noch gegeben ist.

... Ihre Fragen bitte

