
Datum: 01.07.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 17/15
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0701.VII.VERG17.15.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland bei der Bezirksregierung Köln vom 11. Februar 2015 (VK VOB 32/2014) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 200.000,- € festgesetzt.

G r ü n d e :

1

A. Mit europaweiter Bekanntmachung vom 26.07.2014 schrieb der Antragsgegner das Straßenbauvorhaben „..., Neubau Ortsumgehung L...“ auf einer Länge von ca. 2 km einschließlich der Herstellung von zwei Kreisverkehrsplätzen und Anbindung an die Anschlussstelle K... im Zuge der BAB ... im offenen Verfahren nach VOB/A-EG aus. Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

2

Die Antragstellerin beteiligte sich ebenso wie die beigeladene Bietergemeinschaft und vier weitere Unternehmen durch Einreichen eines Angebots an der Ausschreibung. Die Submission ergab, dass das Angebot der Beigeladenen das preisgünstigste war. Mit anwaltlichem Schreiben vom 03.09.2014 rügte die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Senats, das Angebot der Beigeladenen sei nach § 16 Abs. 1 lit. d VOB/A EG von der Vergabe auszuschließen, weil es sich um eine unzulässige Bietergemeinschaft handle. Der Antragsgegner forderte die Beigeladene mit Schreiben vom 05.09.2015 auf, den Grund für die Bildung einer Bietergemeinschaft durch geeignete und nachprüfbare Angaben darzustellen und diese anhand objektiver Kriterien glaubhaft zu

3

machen. Zugleich teilte er der Antragstellerin mit, der Rüge nicht abzuweichen. Mit Schreiben vom 08.09.2014 teilte die Beigeladene dem Antragsgegner mit, das ausgeschriebene Projekt übersteige in Ansehung der vorgegebenen Ausführungsfristen die personellen und materiellen Kapazitäten der an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen als alleinige Bieter. Einzelangebote seien aus kaufmännischer Sicht unvernünftig gewesen.

Am 19.09.2014 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland bei der Bezirksregierung Köln ein, mit dem sie die Eingehung der Bietergemeinschaft als wettbewerbsbeschränkend bekämpfte und den Ausschluss der Beigeladenen vom Vergabeverfahren betrieb. Mit dem angefochtenen Beschluss hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die Beigeladene sei nicht wegen einer unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Abrede nach § 16 Abs. 1 lit. d VOB/A-EG von der Vergabe auszuschließen. Bietergemeinschaften seien grundsätzlich zulässig und nur verboten, wenn die beteiligten Unternehmen im Zeitpunkt der Gründung der Bietergemeinschaft mit Blick auf die Frist zur Angebotserstellung trotz bereits bestehender Verpflichtungen einschließlich bereits unterbreiteter Angebote objektiv in der Lage seien, den Auftrag alleine zu erfüllen und die Eingehung einer Bietergemeinschaft weder aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit noch kaufmännischer Vernunft geboten erscheine. Bei der Gründung einer Bietergemeinschaft handele es sich um eine unternehmerische Entscheidung mit Prognosecharakter, die weder durch die Vergabestelle noch durch die Nachprüfungsinstanzen ersetzt werden dürfe. Eine solche Entscheidung sei nur auf Vertretbarkeit zu überprüfen. Das Vorbringen der Beigeladenen im Nachprüfungsverfahren belege nachvollziehbar, dass die Kapazitäten der Mitgliedsunternehmen der Beigeladenen aufgrund der Auftrags- und Angebotslage ausgelastet und die Eingehung einer Bietergemeinschaft wirtschaftlich sinnvoll und kaufmännisch vernünftig gewesen sei. Auf die Gründe der Entscheidung wird verwiesen.

Gegen den Beschluss der Vergabekammer richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die der Rechtsauffassung der Vergabekammer, des Antragsgegners und der Beigeladenen auch auf der Grundlage des weiteren Vorbringens der Beigeladenen im Nachprüfungsverfahren zu den Gründen der Eingehung der Bietergemeinschaft entgegentritt und die Gründung der beigeladenen Bietergemeinschaft weiterhin für unzulässig hält. Die von den Mitgliedern der Beigeladenen behaupteten Angebote und Aufträge rechtfertigten die Eingehung der Bietergemeinschaft nicht. Zur Begründung der Kapazitätsauslastung könne sich ein Mitgliedsunternehmen nur auf bereits erteilte Bauaufträge, nicht aber auf eingereichte Angebote in öffentlichen Ausschreibungen berufen. Beide Mitglieder der Beigeladenen seien aufgrund der jeweiligen Unternehmensgröße im Stande, den ausgeschriebenen Auftrag allein zu erfüllen. Der strittige Auftrag erfordere im Mittel lediglich vier Mitarbeiter zur Auftragsausführung. Vor Eingehung einer Bietergemeinschaft sei zudem die Möglichkeit eines Einsatzes von Nachunternehmern geboten. Das Vorbringen der Beigeladenen zu den Gründen der Eingehung einer Bietergemeinschaft sei unzureichend und ermögliche keine nachprüfbare Kontrolle, ob eine wettbewerbswidrige Abrede vorliege. Die Beigeladene sei deshalb auszuschließen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Entscheidung der Vergabekammer Rheinland vom 11. Februar 2015, VK VOB/ 32/2014, aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen aus dem Ausschreibungsverfahren auszuschließen und der Antragstellerin in dem Verfahren den Zuschlag zu erteilen.

Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.	9
Sie halten die sofortige Beschwerde für unbegründet und vertiefen das erstinstanzliche Vorbringen.	10
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen.	11
B. Die Beschwerde ist ohne Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Beigeladene ist nicht wegen einer wettbewerbswidrigen Abrede nach § 16 Abs. 1 lit. d VOB/A EG von der Vergabe auszuschließen, weil sich die an ihr beteiligten Unternehmen zulässigerweise als Bietergemeinschaft an der Ausschreibung beteiligt haben.	12
1. Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften sind Art. 101 AEUV und § 1 GWB, denen als höherrangiges Recht Vorrang vor § 6 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A EG, wonach Bietergemeinschaften grundsätzlich als Bieter (§§ 705 ff. BGB) anerkannt werden, zukommt. Ob die Eingehung einer Bietergemeinschaft als ein Kartellrechtsverstoß anzusehen ist oder nicht, steht nicht im Belieben des öffentlichen Auftraggebers, sondern ist von diesem bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu prüfen und unterliegt der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen. Über die Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft hat der Gesetzgeber durch die Festlegung unzulässiger wettbewerbsbeschränkender Abreden entschieden. Hieran sind öffentliche Auftraggeber durch das in § 97 Abs. 1 GWB verankerte Wettbewerbsprinzip, dem gleichlautend §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 16 Abs. 1 lit. d VOB/A EG entsprechen, gebunden (BGH, Beschl. v. 18.06.2012, X ZB 9/11, juris, Rn. 14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2014, VII-Verg 2/14, juris, Rn. 20).	13
Die Bildung einer Bietergemeinschaft und die Abgabe eines gemeinsamen Angebots kann gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB verstoßen, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Die als Bieter auftretende Bietergemeinschaft muss daher darlegen, dass ihre Bildung und Angebotsabgabe nicht gegen die genannten Vorschriften verstößt. Diese Darlegung muss nicht schon mit der Abgabe des Angebots erfolgen, weil nicht vermutet wird, dass eine Bietergemeinschaft eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt, sondern sie muss erst auf eine entsprechende gesonderte Aufforderung des Auftragsgebers zur Erläuterung der Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft erfolgen. Eine solche Aufforderung durch den Auftraggeber ist im Rahmen der ihm obliegenden Prüfungspflicht erforderlich, wenn es – wie hier aufgrund der Rüge der Antragstellerin vom 03.09.2014 - Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Bietergemeinschaft unzulässig sein kann, beispielsweise wenn die beteiligten Unternehmen auf demselben Markt tätige Wettbewerber sind und dem Auftraggeber nichts dafür bekannt ist, dass sie mangels Leistungsfähigkeit objektiv nicht in der Lage gewesen wären, unabhängig voneinander Angebote einzureichen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014, VII-Verg 22/14; Beschl. v. 17.02.2014, VII-Verg 2/14, juris, Rn. 19, 35; Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11, juris, Rn. 23; Beschl. v. 11.11.2011, VII-Verg 92/11, juris, Rn. 7f und Beschl. v. 21.03.2012, VII-Verg 92/11, juris, Rn. 36).	14
Bietergemeinschaften zwischen auf unterschiedlichen Märkten tätigen Unternehmen begegnen dagegen keinen kartellrechtlichen Bedenken, weil unter ihnen in der Regel kein Wettbewerb besteht. Darum handelt es sich im Streitfall indes nicht. Die an der Beigeladenen beteiligten Unternehmen betätigen sich vielmehr auf demselben sachlichen und geografischen Markt. Sie sind beide im Straßenbau gewerblich tätig und stehen zueinander in einem mindestens potentiellen Wettbewerbsverhältnis. Gleichwohl sind auch	15

Bietergemeinschaften zwischen solchen Unternehmen für wettbewerbsunschädlich zu halten, sofern die beteiligten Unternehmen ein jedes für sich objektiv aufgrund ihrer betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse (z.B. mit Blick auf Kapazitäten, technische Einrichtungen und/oder fachliche Kenntnisse) zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot nicht leistungsfähig sind (Fallgruppe eins), oder sie für sich genommen zwar leistungsfähig sind (insbesondere über die erforderlichen Kapazitäten verfügen), Kapazitäten aufgrund anderweitiger Bindung aktuell jedoch nicht einsetzbar sind (Fallgruppe zwei), oder die beteiligten Unternehmen für sich genommen leistungsfähig sind, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung erst der Zusammenschluss ein erfolgversprechendes Angebot ermöglicht (Fallgruppe drei). In einem solchen Fall wird durch die Zusammenarbeit der Wettbewerb nicht beschränkt, sondern aufgrund des gemeinsamen Angebots gestärkt (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.1983, KRB 3/83, juris Rn. 12 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11, juris Rn. 23; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.3.2005 - VII-Verg 68/04, BA 10 ff.). Anders als die Antragstellerin meint, ist die zulässige Eingehung einer Bietergemeinschaft also nicht davon abhängig, dass die beteiligten Einzelunternehmen objektiv nicht in der Lage sind, den Auftrag allein auszuführen.

Und anders als die Vergabekammer meint, hat der Senat ebenso wenig seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Bietergemeinschaften geändert (vgl. insbesondere OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11; Beschl. v. 17.02.2014, VII-Verg 2/14. 16

Die Entscheidung eines Unternehmens, sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einer Ausschreibung zu beteiligen, unterliegt einer Einschätzungsprärogative der beteiligten Unternehmen, die nur beschränkt auf die Einhaltung ihrer Grenzen kontrollierbar ist. Sie muss freilich auf objektiven Anhaltspunkten beruhen, deren Vorliegen uneingeschränkt zu überprüfen ist, so dass die Entscheidung zur Eingehung einer Bietergemeinschaft vertretbar erscheint (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11 m.w.N.). 17

3. Hieran gemessen, ist die Entscheidung der an der Beigeladenen beteiligten Unternehmen, sich zu einer Bietergemeinschaft zusammenzuschließen, vertretbar und kartellrechtlich nicht zu beanstanden. 18

Die Voraussetzungen der ersten Fallgruppe, nach der kein an einer Bietergemeinschaft beteiligtes Unternehmen in der Lage ist, den Auftrag allein auszuführen, weil die dazu erforderlichen Kapazitäten im Unternehmen generell fehlen, liegen nach dem übereinstimmenden Vortrag der Beteiligten allerdings nicht vor. Bei beiden Unternehmen handelt es sich um mittelständische Unternehmen, die aufgrund vorhandener technischer und personeller Ausstattung an sich in der Lage sind, einen Auftrag im Umfang der strittigen Ausschreibung allein auszuführen. 19

Ob die Voraussetzungen der zweiten Fallgruppe, nach der jedes beteiligte Unternehmen für sich genommen zwar die erforderlichen Kapazitäten hat, die jedoch durch anderweitige Aufträge gebunden sind, auch dann vorliegen, wenn – wie hier – vorhandene Kapazitäten durch eine Bewerbung um öffentlichen Aufträgen zwar belegt, wegen der Ungewissheit eines Zuschlags aber nicht endgültig gebunden sind, vorliegen, kann im Ergebnis offen bleiben, weil der Zusammenschluss der zur Bietergemeinschaft jedenfalls im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung vertretbar gewesen ist (dritte Fallgruppe). 20

Beide an der Beigeladenen beteiligte Unternehmen haben vorhandene Kapazitäten in erheblichem Umfang durch die Beteiligung an öffentlichen Wettbewerben verplant und sind 21

neben einem damit einhergehenden Vorhalterisiko weitere Risiken, wie Baurisiken, eingegangen (oder es stehen solche bevor), die einen Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft wirtschaftlich und kaufmännisch rechtfertigen. Dabei ist selbstverständlich nicht als wettbewerbsfremd zu kritisieren, wenn auch vorzuhaltende Risikoabdeckungen bei der kaufmännischen Entscheidung berücksichtigt werden.

So hat sich das zweite beteiligte Unternehmen nach seinem durch Unterlagen belegten Vorbringen im Zeitpunkt der Eingehung der Bietergemeinschaft für den Ausführungszeitraum der strittigen Ausschreibung (ca. Oktober 2014 bis Mai 2015) auf eine Mehrzahl öffentlicher Aufträge im Straßenbau mit einem Gesamtauftragsvolumen von circa 20 Mio. € beworben. Auf ein Angebot ist ihr zwischenzeitlich der Zuschlag erteilt worden. Ein weiteres Angebot hat sie in Bietergemeinschaft mit einem anderen Straßenbauunternehmen eingereicht. Hierdurch hat sich das Unternehmen nicht nur Vorhalterisiken, sondern auch erheblichen Baurisiken ausgesetzt. Für ein kleineres mittelständisches Unternehmen wird die unternehmerische Planung der Beteiligung an öffentlichen Wettbewerben maßgeblich durch Haftungsrisiken bestimmt, die durch die Eingehung einer Bietergemeinschaft auf mehrere Partner verteilt und damit für das eigene Unternehmen verringert werden können. 22

Auch das erste beteiligte Unternehmen hat sich nach seinem unwiderlegten Vortrag an zahlreichen öffentlichen Ausschreibungen beteiligt und nachweislich auf acht Aufträge den Zuschlag erhalten, auf die sie sich vor der umstrittenen Ausschreibung beworben hatte. Sämtliche Aufträge sahen ebenso wie der vorliegende Bauauftrag eine Ausführung im Frühjahr 2015 vor, so dass Kapazitäten für den Fall eines Zuschlags zeitgleich einzusetzen waren. Auch dieses Unternehmen ist erhebliche Baurisiken eingegangen. Allein der ihm am 02.09.2014 erteilte Auftrag der Stadt X. zur Absenkung der B ... und der ...straße umfasst ein Auftragsvolumen von 19 Mio. €. Zwar hat sich das Unternehmen an der Ausschreibung der Stadt X. in Bietergemeinschaft mit einem anderen Unternehmen beteiligt. Die gleichwohl verbleibenden Risiken sind jedoch für ein kleineres mittelständisches Unternehmen beachtlich. 23

Zu bedenken ist darüber hinaus, dass Straßenbauaufträge wegen der öffentlich-rechtlichen Straßenbaulast überwiegend durch öffentliche Ausschreibungen vergeben werden, deren Abschluss durch Zuschlagserteilung anders als bei Auftragsvergaben der Privatwirtschaft, einem gesetzlich geregelten Vergabeverfahren unterworfen ist, das einer Nachprüfung unterliegt. Das birgt neben Zeitrisiken wegen der Beteiligung weiterer Wettbewerber Unwägbarkeiten in sich, die die Kalkulierbarkeit unternehmerischer Dispositionen weiter erschweren. Die Tatsache, dass sich beide Mitgliedsunternehmen der Beigeladenen an weiteren Aufträgen bereits in Bietergemeinschaft mit weiteren Straßenbauunternehmen beteiligt haben, belegt, dass die gemeinsame Absicherung von Risiken die unternehmerische Entscheidung, in Form einer Bietergemeinschaft in einen Wettbewerb zu treten, prägt, weil zugleich auf allein erzielbare Umsatzerlöse verzichtet wird. Zusammenschlüsse in Bietergemeinschaft dienen zudem der Aufrechterhaltung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit. Bei dieser Sachlage kann von einer spürbaren und Wettbewerb einengenden Beeinflussung des Wettbewerbs durch die vorliegende Bietergemeinschaft nicht gesprochen werden. 24

C. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 GWB. Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus § 50 Abs. 2 GKG. 25

D.B.R. 26
