

Rechtsanwalt Jan Ehrig, Hamburg [1]

Die Doppelbeteiligung im Vergabeverfahren

In der Praxis öffentlicher Ausschreibungen kommt es immer wieder vor, dass ein Unternehmen in mehrfacher Form am Vergabeverfahren beteiligt ist. So kann die Ausschreibung hinsichtlich zu verwendender Produkte oder zu erbringender Leistungen spezifische Vorgaben enthalten, die nur von einigen wenigen Spezialfirmen erbracht werden können. Oft werden diese sodann von mehreren Bietern als Nachunternehmer gemäß §10 Nr.4 Abs.1 lit.c) VOB/A benannt. Denkbar ist auch, dass sich eine solche Spezialfirma mit einem anderen Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließt, aber für ein die spezifischen Leistungen enthaltendes Los selbst noch ein eigenes Angebot abgibt. Ebenso ist es dem Bieter freigestellt, einen anderen Bieter als Nachunternehmer für bestimmte Teilleistungen benennen.

In all diesen Fällen der sog. „Doppelbeteiligung“ oder „Mehrfachbeteiligung“ stellt sich die Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit. Zwei jüngste Entscheidungen des OLG Düsseldorf [2] und der VK Hamburg [3] geben Anlass, die rechtlichen Schranken einer solchen Doppelbeteiligung zu beleuchten.

A. Problemstellung

Gemäß §25 Nr.1 Abs.1 lit.c) VOB/A sind Angebote solcher Bieter von öffentlichen Vergabeverfahren auszuschließen, die in Bezug auf die Ausschreibung eine wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben. Der Anwendungsbereich dieser Regelung wird dabei im Hinblick auf den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz aus §97 Abs.1 GWB grundsätzlich weit gefasst. Danach ist die Vorschrift nicht auf vertragliche Vereinbarungen und auch nicht auf gesetzeswidrige, insbesondere strafbare Maßnahmen beschränkt, sondern umfasst auch alle sonstigen Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind [4].

Unproblematisch ist die Ausschließung zweier Bieter, die sich im Vergabeverfahren hinsichtlich ihrer Angebote, insbesondere bzgl. des anzubietenden Preises, absprechen [5]. In-

des ist eine solche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung von der Vergabestelle im Einzelfall positiv nachzuweisen [6]. Insofern reicht eine bloße Vermutung der Vergabestelle oder auch ein durch objektive Umstände (etwa einen Fall der o.g. Doppelbeteiligung) begründeter Verdacht nicht aus.

Deshalb stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle den betroffenen Bieter auch ohne Nachweis einer konkreten Absprache allein auf Grund des objektiven Umstandes der Doppelbeteiligung vom Vergabeverfahren ausschließen muss. Rechtlicher Anhaltspunkt hierfür ist, dass §25 Nr.1 Abs.1 lit.c) VOB/A anerkanntermaßen auch solche Verhaltensweisen sanktioniert, die gegen den im Vergabeverfahren erforderlichen Geheimwettbewerb zwischen den beteiligten Bietern verstoßen [7]. Dieser Geheimwettbewerb ist Ausfluss des Wettbewerbsgebotes und notwendige Voraussetzung für das Erreichen des Vergabezwecks, nämlich der Einholung leistungsfähiger und preisgünstiger Angebote zugunsten der öffentlichen Haushalte. Dieser Geheimwettbewerb wird nur gewahrt, wenn sich jeder Bieter in Unkenntnis der konkurrierenden Angebote, Angebotsgrundlagen und -kalkulationen anderer Bieter um die ausgeschriebene Leistung bewirbt [8]. Fehlt es daran, ist der betroffene Bieter zwingend nach §25 Nr.1 Abs.1 lit.c) VOB/A vom Verga-

[1] Der Verfasser ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Kanzlei MARX Rechtsanwälte. Der Beitrag ist mit wertvoller Unterstützung von Frau Aline Kalb, Bucerius Law School Hamburg, entstanden.

[2] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.4.2008 – VII Verg 2/08 –, aus NJW-Spezial 2008, 302.

[3] VK Hamburg, Beschluss v. 23.5.2008 – VK BSU 2/08 –.

[4] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.9.2003 – VII Verg 52/03 –; VK bei der Bezirksregierung Arnsberg, Beschluss v. 2.2.2006 – VK 30/05 –; siehe auch Der Ausschluss von Angeboten im Vergabeverfahren – zur mehrfachen Abgabe von Angeboten von RA Dr. Friedrich Ludwig Hausmann, RA Dr. Peter Friedrich Bultmann.

[5] Locher/Vygen, VOB Teile A und B, Düsseldorf 2007, §25 VOB/A Rdnr.22.

[6] Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, München 2007, §25 VOB/A Rdnr.16.

[7] VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 27.5.2005 – VK 15/05 –; OLG Naumburg, Beschluss v. 30.7.2004 – I Verg 10/04 –; OLG Jena, Beschluss v. 19.4.2004 – VI Verg 3/04 –; VK Hamburg, Beschluss v. 17.8.2005 – VgK FB 5/05 –; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.7.2006 – Verg 23/06 –; OLG Dresden, Beschluss v. 28.3.2006 – WVerg 4/06 –.

[8] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.2.2006 – VII Verg 2/06 –; OLG Celle, Beschluss v. 13.12.2007 – XIII Verg 10/07 –; OLG Thüringen, Beschluss v. 19.4.2004 – VI Verg 3/04 –; Weyand; GWB, §97 Rdnr.97.

beverfahren auszuschließen. Während in diesem rechtlichen Ausgangspunkt Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur besteht, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Doppelbeteiligung einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb darstellt.

B. Einzelfälle

Das Postulat eines geheimen Wettbewerbs ist idealiter eingehalten, wenn jeder Bieter ausschließlich mit seinem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt ist und hinsichtlich der Angebote anderer Bieter keinerlei Berührungspunkte bestehen. Vor diesem Hintergrund bedarf jeder Fall einer Doppel- oder Mehrfachbeteiligung der genauen Prüfung auf die Einhaltung des vergaberechtlichen Geheimwettbewerbs. Insofern können drei Fallgruppen unterschieden werden.

I. Bietergemeinschaft

Unproblematisch ist die rechtliche Beurteilung der Beteiligung eines Unternehmens als Mitglied einer Bietergemeinschaft und zugleich als Einzelbieter in demselben Vergabeverfahren. Eine Bietergemeinschaft stellt den Zusammenschluss mindestens zweier Unternehmen zur gemeinschaftlichen Bewerbung um einen Auftrag dar. Dies macht es notwendig, zu einem frühen Zeitpunkt unternehmensinterne Daten aller Mitglieder offen zu legen, um die jeweiligen Leistungsanteile abstimmen zu können. Aus diesem Grund führt die gleichzeitige Mitgliedschaft eines Einzelbieters in einer Bietergemeinschaft nach allgemeiner Auffassung zwingend zur Ausschließung gemäß §25 VOB/A [9].

Insofern stellt das OLG Düsseldorf im Beschluss vom 13.9.2004 [10] zutreffend fest, dass eine solche Konstellation „nach dem gewöhnlichen Verlauf darauf schließen“ lasse, „dass der Geheimwettbewerb zwischen beiden Bietern nicht gewahrt ist“. Dies folgt bereits daraus, dass das Einzelangebot des Bieters in Kenntnis zumindest erheblicher Teile des Inhalts oder zumindest der Grundlagen des Angebotes der Bietergemeinschaft abgegeben worden sein muss. Eine andere Beurteilung mag allenfalls möglich sein, wenn der Bieter bereits mit Angebotsabgabe der Vergabestelle nachvollziehbar nachweist, dass auf Grund besonderer Vorkehrungen

der Geheimwettbewerb ausnahmsweise dennoch gewährleistet ist. Das OLG Düsseldorf betont indes, dass insofern keinerlei Hinweis- oder Aufklärungsobliegenheiten der Vergabestelle bestünden [11].

Diese klare Entscheidung des OLG Düsseldorf ist auf uneingeschränkte Zustimmung gestoßen [12]. Ebenso unstrittig existiert von dem Grundsatz der zwingenden Ausschließung eine Ausnahme. Gibt ein Unternehmen lediglich zu solchen Teilleistungen oder Lossen einer Ausschreibung ein eigenes Angebot ab, die ihm im Rahmen seiner Mitgliedschaft an der Bietergemeinschaft ebenfalls ausschließlich zufallen, liegt ein Sonderfall der zulässigen Doppelbeteiligung vor, weil der Bieter dadurch allenfalls Kenntnisse nutzen kann, die er ohnehin hatte [13].

II. „Verdeckte“ Bietergemeinschaft

So einhellig die vorstehende Fallgruppe rechtlich beurteilt wird, so eng sind ihre Voraussetzungen. Der Einzelbieter muss sich gegenüber der Vergabestelle als Mitglied einer ebenfalls beteiligten Bietergemeinschaft zu erkennen geben. In der Praxis kommt es dagegen wesentlich häufiger vor, dass verschiedene Unternehmen im Vorfeld der Angebotsabgabe wie Mitglieder einer Bietergemeinschaft zusammenarbeiten, insbesondere sich Kenntnisse von den jeweiligen Kalkulationsgrundlagen verschaffen, sodann aber jeweils einzeln Angebote abgeben. Es liegt auf der Hand, dass im Falle derartiger „verdeckter Bietergemeinschaften“ ebenso zwingend eine Ausschließung gemäß §25 Nr.1 Abs.1 lit. c) VOB/A zu erfolgen hat.

Auch insoweit bleibt es aber bei dem Grundsatz, dass bloße Vermutungen oder Verdachtsmomente für eine solche verdeckte Bietergemeinschaft nicht ausreichen, sondern der Wettbewerbsverstoß positiv festgestellt werden muss [14]. Deshalb kommt es

[9] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.9.2003 – Verg 52/03 – (VergabeR 2003, S.690); VK Bund, Beschluss v. 19.8.2003 – VK 1 69/03 –.

[10] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.9.2004 – VI – W(Kart) 24/04 –.

[11] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.9.2004 – VI – W(Kart) 24/04 –.

[12] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.5.2003 – Verg 8/03 –; VK der Bezirksregierung Arnsberg, Beschluss v. 2.2.2006 – VK 30/05 –; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 14.6.2005 – VK 16/05 –.

[13] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.5.2003 – Verg 8/03 – (VergabeR 2003, S.461).

[14] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2006 – VII Verg 10/06 –.

erneut darauf an, welche durch die Vergabestelle nachweisbaren Fakten ausreichen, um eine verdeckte Bietergemeinschaft anzunehmen und auf diese Weise die Ausschließung gemäß §25 VOB/A zu rechtfertigen. Insofern fördert eine Analyse der Entscheidungen der Vergabesenate und -kammern vielfältige Sachverhalte zu Tage.

1. Dem Beschluss des OLG Jena vom 19.4.2004 [15] lag ein Fall zugrunde, in dem die Angebote beider betroffener Bieter von derselben natürlichen Person unterzeichnet worden waren. Da die Angebote auch in der Aufmachung und Gliederung – bis hin zu Rechtschreibfehlern – identisch oder ähnlich waren, ging der Vergabesenat zu Recht von einem hinreichenden Nachweis der wechselseitigen Kenntnis des Angebots bzw. der Angebotsgrundlagen des jeweils anderen Bieters aus und bestätigte deren Ausschließung vom Vergabeverfahren.

2. Mit ähnlicher Begründung hat die VK Hamburg mit Beschluss vom 17.8.2005 [16] die Ausschließung zweier konzernzugehöriger Unternehmen bestätigt, bei denen die Angebote ebenfalls diverse wortgleiche Passagen aufwiesen. Hinzu kam, dass beide Unternehmen konzernweit einheitliche Kalkulationsanweisungen zu beachten hatten und nach dem unstreitigen Sachverhalt bei der Bearbeitung und Kalkulation ihrer jeweiligen Angebote kooperiert hatten. Auch in einem solchen Fall liegt der Verstoß gegen den Geheimwettbewerb auf der Hand, auch wenn formell zwei separate Angebote rechtlich selbstständiger Bieter vorliegen [17].

3. Über eine besondere Fallkonstellation hatte die VK Stuttgart [18] zu befinden. Diese bestätigte die Ausschließung einer Reihe von Gesellschaften, an denen jeweils Mitglieder derselben Familie als Gesellschafter beteiligt waren. Da es um die Vergabe von Aufträgen zur Lieferung von Schulbüchern ging, war auf Grund der Buchpreisbindung davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Angeboten mit dem gleichen Preis eingehen würde. Für diesen Fall sah die Ausschreibung einen Losentscheid unter den Anbietern vor. Auf Grund einer Vielzahl von Indizien kam die Vergabekammer zu Recht zu der Überzeugung, dass seitens der betroffenen Familie die einzelnen

Firmengründungen ausschließlich zu dem Zwecke erfolgt waren, durch eine formale Mehrfachbewerbung im Losverfahren die Wahrscheinlichkeit des Zuschlages an eines ihrer Unternehmen zu erhöhen. Die Vergabekammer hat in dieser „unnatürlichen“ Verschaffung eines Wettbewerbsvorsprungs zu Recht eine Einschränkung des Wettbewerbs i. S. von §2 Nr.1 Abs.2 GWB gesehen.

4. Ein geradezu exemplarischer Fall einer verdeckten Bietergemeinschaft lag der Entscheidung der VK Düsseldorf vom 2.11.2004 [19] zugrunde. Dort hatten drei Bieter separate Angebote abgegeben, in deren Referenzteil auf die Mitgliedschaft in einer besonderen Arbeitsgemeinschaft verwiesen wurde, welche die Gewähr für eine zuverlässige Auftragsabwicklung gebe. Mitglieder dieser Arbeitsgemeinschaft waren die drei Bieter. Hinzu kam, dass in den Angeboten zum Teil identische Faxnummern angegeben wurden und die Ausschreibungsunterlagen nur um wenige Minuten versetzt abgerufen wurden. Ferner nutzten die Betroffenen eine gemeinsame Büroinfrastruktur. Schließlich wiesen auch hier die Angebote der Bieter textliche Übereinstimmungen in Abweichung von den Verdingungsunterlagen auf. Die Vergabekammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass lediglich ein Wettbewerb voneinander unabhängiger Firmen vorgetäuscht wurde, der tatsächlich nicht stattfinden sollte. Die Ausschließung der Bieter vom Vergabeverfahren war daher gerechtfertigt.

5. Über einen eindeutigen Fall der verdeckten Bietergemeinschaft hatte die Vergabekammer Arnberg [20] zu befinden. Dort hatten zwei Unternehmen zwar formell separate Angebote abgegeben und das jeweils andere Unternehmen als Nachunternehmer benannt. Faktisch handelte es sich aber um ein gemeinschaftliches Angebot beider Bieter, da die jeweiligen Leistungen des einen Unternehmens überhaupt nur im Zusammenhang

[15] OLG Jena, Beschluss v. 19.4.2004 – VI Verg 3/04 –.

[16] VK Hamburg, Beschluss v. 17.8.2005 – VgK FB 5/05 –.

[17] So auch VK Bund, Beschluss v. 16.8.2006 – VK 74/06 – (identischer Geschäftsführer zweier Bieter; Ähnlichkeiten in Inhalt und Lay-out der Angebote).

[18] VK Baden Württemberg, Beschluss v. 3.6.2004 – I VK 29/04 –.

[19] VK Düsseldorf, Beschluss v. 2.11.2004 – VK 32/04L –.

[20] VK bei der Bezirksregierung Arnberg, Beschluss v. 2.2.2006 – VK 30/05 –.

mit denen des anderen Unternehmens zu erbringen waren. Beide Unternehmen hatten letztlich eine untrennbare gemeinschaftliche Erbringung der Gesamtleistungen angeboten, während die Leistungen eines (grundsätzlich austauschbaren) Nachunternehmers separierbar wären.

6. In einem in Rheinland-Pfalz angesiedelten Verfahren kam die dortige Vergabekammer [21] ebenfalls zum zutreffenden Ergebnis einer Ausschließung zweier Bieter unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Bietergemeinschaft. Hier hatten zwei Bieter formell separate Angebote abgegeben, sie waren aber, wie sich im Nachprüfungsverfahren herausstellte, durch einen Letter of Intent verbunden, der den späteren gemeinschaftlichen Betrieb des Stadtbusverkehrs als Ausschreibungsgegenstand, sowie die gemeinsame Erstellung von Angeboten und die Verrechnung von Leistungen nach einer vorab festgehaltenen Gewinn- und Wagnisverteilung vorsah.

7. Demgegenüber führt allein die gesellschaftsrechtliche oder familiäre Verbindung zweier oder mehrerer Bieter im Vergabeverfahren nicht zu einer Ausschließung gemäß §25 Nr.1 Abs.1 lit.c) VOB/A, so lange es sich um rechtlich selbstständige Unternehmen handelt und keine weiteren Umstände vorliegen, die auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen schließen lassen.

So war es im oben behandelten Fall für die VK Baden Württemberg nicht allein maßgeblich, dass Mitglieder einer Familie Gesellschafter verschiedener Bieter im Vergabeverfahren waren. Erst die offensichtlich mit Blick auf das Vergabeverfahren erfolgte Gründung der einzelnen Gesellschaften und das in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Losverfahren führten zur Annahme einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweise. Auch für die VK Hamburg war es im erörterten Beschluss vom 17.8.2005 nicht ausreichend, dass die beiden Bieter Schwestergesellschaften innerhalb eines Konzerns waren. Erst die nachgewiesene Kooperation bei der Erstellung der Angebote führte zur Bestätigung ihrer Ausschließung.

Insofern bieten familiäre oder gesellschaftsrechtliche Bindungen quasi einen „Anfangs-

verdacht“, der aber nur bei Hinzutreten weiterer Indizien eine Ausschließung rechtfertigen kann. Es kommt bei derartigen Verbindungen stets auf eine Prüfung im Einzelfall an. So hat die Vergabekammer des Freistaates Sachsen [22] eine Ausschließung für gerechtfertigt gehalten, weil ein Bieter Mitgesellschafter des anderen Bieters war und der andere Mitgesellschafter ebenfalls ein – schon aus formalen Gründen ausgeschlossenes – Angebot abgegeben hatte. Allerdings gab es bei den beiden Angeboten auch verdächtige wirtschaftliche Überlagerungen und Ähnlichkeiten. In anderen Fällen ist auf einen identischen Gesellschafterkreis zweier Bieter [23] oder eine identische Geschäftsleitung [24] abgestellt worden. In einem ganz besonders gelagerten Einzelfall reichten der Vergabekammer Arnberg dagegen nicht einmal zusätzliche Indizien aus, weil die familiär verbundenen Bieter ein familiäres Zerwürfnis bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens nachweisen konnten [25].

8. Im Ergebnis genügt auch die Feststellung einer verdeckten Bietergemeinschaft für die Ausschließung vom weiteren Vergabeverfahren. Ob eine solche verdeckte Bietergemeinschaft vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles. Die hier behandelten Beispielfälle bieten für die Praxis einen guten Orientierungsrahmen.

III. Benennung eines anderen Bieters als Nachunternehmer

Die größten Schwierigkeiten bereitet die rechtliche Einordnung solcher Fälle, in denen ein Bieter einen anderen Bieter als Nachunternehmer benennt. Auch diese formell schwächste Form der Doppelbeteiligung kann eine Ausschließung gemäß §25 VOB/A nach sich ziehen. Nach h.M. ist eine solche Maßnahme allerdings allein wegen der Benennung eines anderen Bieters als Nachunternehmer nicht gerechtfertigt. Zwar kann dieser Umstand Spekulationen über eine gemeinsame Kooperation begründen, liefert aber nicht den erforderlichen positiven Nach-

[21] VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 27.5.2005 – VK 15/05 –.

[22] VK des Freistaates Sachsen, Beschluss v. 1.3.2004 – I SVK 005/04 –.

[23] VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 3.6.2004 – VK 29/04 –.

[24] VK Lüneburg, Beschluss v. 7.11.2003 – 203 VgK 32/2003 –.

[25] VK bei der Bezirksregierung Arnberg, Beschluss v. 28.6.2005 – VK 08/2005 –.

weis des Wettbewerbsverstoßes. Das OLG Düsseldorf [26] führt insofern zutreffend aus, dass der Erhalt oder die Abgabe eines Nachunternehmerangebotes nicht zwingend eine Kenntnis des letztlich vom Bieter abgegeben Angebotes oder dessen Grundlagen vermitteln, weil erst bei der Abgabe des letztlichen Angebotes alle Kalkulationsspielräume bzgl. Kosten und Gewinn ausgeschöpft würden.

In der Tat weiß wegen dieser verbleibenden Kalkulationsspielräume der das Nachunternehmerangebot erhaltende Unternehmer nicht, welche Preise der Nachunternehmer letztlich bei einem eigenen Angebot gegenüber der Vergabestelle anbieten würde. Ebenso wenig ist dem Nachunternehmer bekannt, ob die von ihm angebotenen Preise tatsächlich dem endgültigen Angebot des Bieters zugrunde gelegt werden; allein diese positive Kenntnis vom Angebot (oder Angebotsteilen oder -grundlagen) des anderen Bieters könnte indes eine Ausschließung rechtfertigen. Dies ergibt sich letztlich auch daraus, dass Bieter regelmäßig mehrere Nachunternehmerangebote einholen werden, sodass ein Nachunternehmer nicht sicher sein kann, dass sein Angebot beim Bieter überhaupt Berücksichtigung findet. Schließlich wird der Bieter mit Blick auf seine alleinige Verpflichtung im Außenverhältnis zur Vergabestelle eine eigene Kontrolle der vom Nachunternehmer angebotenen Preise vornehmen. Dies zeigt, dass zwischen Nachunternehmerangebot und letztlich abgegebenem Bieterangebot keine Identität bestehen muss. Deshalb lässt sich aus der Nachunternehmerbenennung eben nicht auf die zwingend erforderliche positive Kenntnis [27] des Angebots oder der Angebotsgrundlagen eines anderen Bieters schließen.

Für die Entscheidung des OLG Düsseldorf spricht auch, dass es von einem Bieter ggf. überhaupt nicht zu beeinflussen ist, ob er von einem anderen Bieter als potenzieller Nachunternehmer benannt wird. Ebenso wenig kann ein Bieter, der das Nachunternehmerangebot eines anderen Unternehmens einholt, verhindern, dass sich dieses sodann selbst am Vergabeverfahren beteiligt. Würde der Bieter von allen potenziellen Nachunternehmern diesbezügliche Unterlassungserklärungen fordern, wäre gerade dies als wettbe-

werbsbeschränkende Absprache besonders problematisch.

Damit reicht der bloße Umstand der Benennung eines anderen Bieters als Nachunternehmer für eine Ausschließung nicht aus [28]. Das OLG Düsseldorf [29] betont allerdings, dass eine Ausschließung gerechtfertigt sein kann, wenn zu dem Umstand der Nachunternehmerbenennung weitere Tatsachen hinzutreten, die nach Art und Umfang des Nachunternehmerensatzes oder mit Rücksicht auf die Begleitumstände eine Kenntnis des Angebotes eines Konkurrenten annehmen lassen.

1. Hierfür werden all jene Umstände ausreichen, die nach den obigen Ausführungen zu Ziffer II. eine verdeckte Bietergemeinschaft begründen. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen zwar formell ein Angebot mit der Benennung eines Nachunternehmers abgegeben wird, tatsächlich aber ein gemeinschaftliches und gemeinsam erarbeitetes Angebot beider Beteiligten vorliegt [30].

2. Gegenstand der bereits erwähnten jüngsten Entscheidungen des OLG Düsseldorf sowie der Vergabekammer Hamburg waren Fälle, in denen sich zwei Bieter wechselseitig für unterschiedliche Leistungen als potenzielle Nachunternehmer benannt hatten. Es stellt sich die Frage, ob dieser Fall der quasi „doppelten“ Doppelbeteiligung (oder „Überkreuzbeteiligung“) als einen besonderen Umstand für die Feststellung eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb darstellt.

Nach Auffassung der VK Hamburg [31] reicht auch dieser Umstand zur Rechtfertigung einer Ausschließung gemäß §25 VOB/A nicht

[26] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2006 – VII Verg 10/06 –; ebenso Empfehlung der VOB-Stelle des Landes Sachsen-Anhalt, Entscheidungen des VOB-Ausschusses, Teil 2, Fall 212 sowie VOB-Kommentar, 3. Aufl., §25 VOB/A Rdnr. 213.

[27] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2006 – VII Verg 10/06 –; VK Hamburg, Beschluss v. 17.8.2005 – VgK FB 5/05 – (Tz. 42, 43).

[28] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2006 – VII Verg 10/06 –; VK Hamburg, Beschluss v. 17.8.2005 – VgK FB 5/05 – (Dieser Beschluss wird von Meininger/Kayser, BB 2006, S. 285, fehlinterpretiert; die VK stellte nicht auf die Benennung als Nachunternehmer, sondern auf die Identität der abgegebenen Angebote in Gliederung, Text und Lay-out ab und schloss allein daraus auf eine wechselseitige Kenntnis der Angebotsgrundlagen des jeweils anderen Bieters).

[29] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2006 – VII Verg 10/06 –.

[30] VK Baden Württemberg, Beschluss v. 2.6.2004 – I VK 29/04 –; VK Düsseldorf, Beschluss v. 2.11.2004 – VK 32/04L –.

[31] VK Hamburg, Beschluss v. 23.5.2008 – VK BSU 2/08 –.

aus. Zwar seien auf Grund der Kenntnis der angebotenen Nachunternehmerpreise gewisse Rückschlüsse oder Schätzungen bzgl. der Angebotspreise des Konkurrenten gegenüber der Vergabestelle denkbar. Dies begründe allerdings keinen Wettbewerbsverstoß, weil die Möglichkeit einer Schätzung hinter der erforderlichen positiven Kenntnis vom Konkurrenzangebot bzw. dessen Grundlagen zurück bleibe.

Zumindest dieselbe Tendenz weist die Entscheidung des Vergabesenates des OLG Düsseldorf vom 9.4.2008 [32] auf. Darin äußert der Senat die grundsätzliche Auffassung, dass die Überkreuzbeteiligung vergaberechtlich zulässig sei, wenn beiden Bietern ein dem jeweils anderen Bieter unbekannt bleibender Gestaltungsspielraum verbleibe. Das Gericht hob daher die vorangegangene Entscheidung der Vergabekammer des Bundes [33] auf, die im Falle der Überkreuzbeteiligung eine Ausschließung für zwingend erachtet hatte. Allerdings brauchte das OLG Düsseldorf die Frage nicht abschließend zu entscheiden, weil wegen der Besonderheiten des Einzelfalles (Wiederholung der Angebotsphase infolge Nachbesserung der ursprünglich unzureichenden Wertungskriterien) der Nachprüfungsantrag unabhängig davon begründet war. Insofern hat der Senat das Merkmal des „unbekannt bleibenden Gestaltungsspielraums“ auch nicht näher definiert.

Diese beiden jüngeren Beschlüsse verdienen Zustimmung. Wenn sich aus dem Erhalt eines Nachunternehmerangebotes keine Kenntnis des von diesem Nachunternehmer später als Bieter abgegeben Angebotes ableiten lässt, kann für den Fall wechselseitiger Nachunternehmerbenennung nichts anderes gelten. Der Wechselbezug mag einen Verdacht für eine dahinter stehende Kooperation bei der Beteiligung am Vergabeverfahren begründen, dies darf aber nach den oben dargestellten Grundsätzen nicht ausreichen.

3. Das OLG Düsseldorf und die VK Hamburg haben in ihren Beschlüssen offen gelassen, ob eine abweichende Beurteilung geboten ist, wenn die Nachunternehmerbenennung für einen besonders großen Anteil der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt. Meines Erachtens würde aber selbst in einem solchen Fall kein besonderer Umstand vorliegen, der den Rückschluss auf eine Verletzung des Geheimwettbewerbs rechtfertigt. Da für einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb bereits die Kenntnis von Teilen oder Grundlagen des Angebotes eines anderen Bieters ausreicht, kommt es auf den betroffenen Anteil des Angebotes letztlich gar nicht an. Maßgeblich ist vielmehr, dass auch in allen Bereichen, für die Nachunternehmerangebote vorliegen, die genannten Kalkulationsspielräume bzgl. Kosten und Gewinn verbleiben.

C. Zusammenfassung

Aus der Sicht der beteiligten Unternehmen ist bei jedem Fall einer beabsichtigten Doppelbeteiligung größte Vorsicht geboten. Eine solche Mehrfachbeteiligung führt in der Fallgruppe der Bietergemeinschaft zwingend zum Ausschluss vom Vergabeverfahren. Anders vermittelte Kenntnisse von Angeboten oder Angebotsgrundlagen konkurrierender Bieter, in der Fallgruppe „verdeckte Bietergemeinschaft“ zusammengefasst, haben ebenfalls den Ausschluss gemäß §25 Nr.1 Abs.1 lit.c) VOB/A zur Folge. Demgegenüber führen bloße gesellschaftsrechtliche oder familiäre Verbindungen zwischen zwei bietenden Unternehmen oder die gleichzeitige Beteiligung als Bieter und Nachunternehmer eines anderen Bieters nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu einer Nichtberücksichtigung des betroffenen Angebotes im Vergabeverfahren. In diesen beiden Fallgruppen wird daher stets eine Prüfung des Einzelfalles erforderlich sein.

[32] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.4.2008 – VII Verg 2/08 –.

[33] VK Bund, Beschluss v. 21.12.2007 – VK 3 – 142/07 –.