

## **Bildung einer Bietergemeinschaft als wettbewerbsbeschränkende Abrede**

Rechtsanwalt Dr. *Benedikt Overbuschmann*, Sozietät Witt Roschkowski Dieckert, Berlin  
[benedikt.overbuschmann@wrd.de](mailto:benedikt.overbuschmann@wrd.de)

**1. Das Eingehen einer Bietergemeinschaft ist grundsätzlich als wettbewerbsbeschränkende Abrede bzw. Vereinbarung anzusehen. Allenfalls dann, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammen einen nur unerheblichen Marktanteil haben oder wenn sie erst durch das Eingehen der Gemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben und somit am Wettbewerb teilzunehmen, ist eine Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen.**

**2. Sind Mehrfachangebote nicht zugelassen, können zwei gesellschaftsrechtlich selbstständige Gesellschaften als ein Bieter angesehen werden, wenn im Fall der Zuschlagserteilung faktisch ein und dasselbe Unternehmen tätig wird.**

Kammergericht, Beschluss vom 24.10.2013 - Verg 11/13

Das Kammergericht hatte über einen in jeder Hinsicht bemerkenswerten Sachverhalt zu entscheiden, in dem auch andere, hier nicht behandelte, Probleme zu lösen waren. Soweit für die vorliegende Problematik relevant, lag der Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Auftraggeber schrieb Sanierungsarbeiten für ein in seinem Eigentum stehendes Gebäude in zwei Losen aus. In der Vergabebekanntmachung ließ der Auftraggeber Angebote eines Bieters für beide Lose nicht zu. Er beabsichtigte, den Zuschlag für das Los 2 auf das Angebot einer Bietergemeinschaft zu erteilen. Deren Mitglied A hatte sich ohne Beteiligung des Mitgliedes B mit einem weiteren Unternehmen, ebenfalls in Bietergemeinschaft, auch für die Ausführung des Loses 1 beworben. Die Vergabestelle beabsichtigte nun, den Zuschlag auf die jeweils bestbietende Bietergemeinschaft zu erteilen. Hiergegen wendet sich, nach erfolgloser Rüge, die Antragstellerin.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Mit Erfolg. Zunächst meint das Kammergericht, dass das Eingehen einer Bietergemeinschaft als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i. S. d. § 1 GWB zu werten ist. Eine Ausnahme möchte das Kammergericht lediglich dann zulassen, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammen einen nur unerheblichen Marktanteil haben oder, wenn sie erst durch das Eingehen der Gemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben und somit am Wettbewerb teilzunehmen. Ferner sieht das Kammergericht beide Bietergemeinschaft als einen identischen Bieter an, sodass die Beteiligung an dem Vergabeverfahren gegen den Inhalt der Vergabebekanntmachung verstößt. Die Verbindung der beiden Bietergemeinschaften erachtet das Kammergericht in der Beteiligung des A an beiden. Dass diese beiden Bietergemeinschaften gesellschaftsrechtlich zwei selbstständige Rechtspersönlichkeiten sind, erachtet das Kammergericht nicht als hinreichenden Grund, diese Rechtspersönlichkeiten auch im Rahmen des Vergabeverfahrens zu trennen.

### **Hinweis für die Praxis**

Mit dieser Entscheidung setzt das Kammergericht den bisherigen Höhepunkt einer Reihe von Entscheidungen zur Zulässigkeit von Bietergemeinschaften. Dies ist die erste veröffentlichte Entscheidung, in der ein Vergabesenat in der Gründung einer Bietergemeinschaft einen Verstoß gegen das in § 1 GWB normierte Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen sieht (siehe hierzu schon: Kam-

mergericht, Beschl. v. 21.12.2009, 2 Verg 11/09; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011, Verg 35/11). Die Begründung der Entscheidung des Kammergerichts überzeugt indes nicht. Das Kammergericht hat sich im Rahmen seiner Entscheidung mit der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur zu § 1 GWB nicht auseinandergesetzt. Keine Beachtung findet in der Entscheidung des Kammergerichts auch die Tatsache, dass Bietergemeinschaften in den Vergabeordnungen ausdrücklich zugelassen sind (§ 6 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A bzw. VOL/A). Ebenso wenig überzeugt die Sichtweise des Kammergerichts, dass zwei Bietergemeinschaft unter bestimmten Bedingungen als ein Bieter anzusehen sind. Dies verstößt eklatant gegen gesellschaftsrechtliche Grundsätze.

Gleichwohl hat diese Entscheidung für die Praxis Konsequenzen. Es ist zu erwarten, dass andere Vergabesenate in Zukunft die beabsichtigte Auftragsvergabe an eine Bietergemeinschaft kritisch prüfen werden. Unternehmer, die sich zur gemeinsamen Bewerbung um einen Auftrag zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen wollen, sollten daher ihre Motivation im Rahmen einer Präambel zum Bietergemeinschaftsvertrag festlegen. Dort sollte formuliert werden, dass die Mitglieder der Bietergemeinschaft nur gemeinsam in der Lage sind, ein Angebot abzugeben. Ferner sollten Bietergemeinschaft überlegen, wie sie nachweisen, welchen Marktanteil sie in dem relevanten Marktsegment haben sowie warum sie erst durch das Eingehen einer Bietergemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben und somit am Wettbewerb teilzunehmen.

Auftraggeber, die den Zuschlag auf ein Angebot einer Bietergemeinschaft erteilen wollen, werden prüfen müssen, ob die Bildung einer Bietergemeinschaft wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist. Das Ergebnis dieser Prüfung sollte im Vergabevermerk festgeschrieben werden, um einer erfolgreichen Anfechtung der beabsichtigten Vergabe vorzubeugen.