

Ausschlussgründe; wettbewerbswidrige Absprachen; hinreichende Anhaltspunkte; hohe Wahrscheinlichkeit; Beurteilungsspielraum; Doppelbeteiligung; gleiche Geschäftsführer; konzernverbundene Unternehmen; Prüfungspflicht des Auftraggebers

GWB § 124 Abs. 1 Nr. 4.

1. Der Umstand, dass zwischen Bieterunternehmen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, berechtigt den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch vom Vergabeverfahren auszuschließen.

2. Der öffentliche Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebotes aufkommen lassen, hat vielmehr alle relevanten Umstände zu prüfen, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen.

3. Stellt sich heraus, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig erstellt worden sind, mithin sich personelle Verbindungen und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Erstellung der Angebote konkret ausgewirkt haben, steht dies einem Zuschlag des Auftrags an die Bieter, die ein solches Angebot abgegeben haben, entgegen.

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.03.2022 – VII-Verg 28/21 – „Kampfmittelräumung“.

Sachverhalt: Die Antragstellerin begehrt die Rückgängigmachung ihres Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren.

Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung vom 02.11.2020 im Amtsblatt der EU (2020/S 213–522020) im offenen Verfahren eine Rahmenvereinbarung „Räumung von Kampfmitteln“ für den Zeitraum von 36 Monaten (01.02.2021 bis 31.01.2024) aus. Die Leistungen waren in elf Lose aufgeteilt und bezogen sich auf verschiedene Orte in den Regierungsbezirken (...), (...) und (...). Fachlich gab es Lose für vier verschiedene Bereiche: Oberflächendetektion, Aufgrabung und Freilegung von Objekten, Überprüfung von Verdachtspunkten und Bohren mittels Kleinbohrgerät und Bohrlochdetektion nach Bohrlochplan. Als Zuschlagskriterien waren gemäß Ziff. II.2.5) und Ziff. VI.3 Nr. 6)

der Bekanntmachung der Preis und die Bewertung einer Arbeitsprobe vorgesehen. Ein Bieter konnte den Zuschlag für maximal fünf Lose erhalten.

Die Antragstellerin reichte auf alle elf Lose fristgerecht Angebote ein. Daneben gaben acht weitere Unternehmen Angebote ab, unter anderem die L., die sich ebenfalls auf alle Lose bewarb.

Die Antragstellerin und die (...) hatten im Zeitpunkt der Angebotsabgabe denselben Geschäftsführer. Hinter der Antragstellerin und der (...) stehen dieselben natürlichen Personen als Gesellschafter. (...) und (...) halten jeweils 45 % der Gesellschaftsanteile der Antragstellerin, die restlichen 10 % der Anteile stehen im Eigenbesitz der Antragstellerin. (...) und (...) sind zudem Kommanditisten der (...) sowie Gesellschafter der (...), der Komplementärin der (...). Beide Unternehmen gehören der (...) an. Eine konzernrechtliche Verbundenheit besteht nicht. Die Antragstellerin hat ihren Firmensitz in (...), die (...) in (...) mit einer Niederlassung in (...), wo die Angebote bearbeitet wurden. An dem Firmensitz der Antragstellerin in (...) hat unter derselben Anschrift ein zu der Unternehmensgruppe (...) gehörendes Ingenieurbüro seine Niederlassung.

Mit Anhörungsschreiben vom 19.01.2021 erklärte der Antragsgegner, dass er beabsichtige, das Angebot der Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen, da die Antragstellerin über denselben Geschäftsführer wie die (...) verfüge.

Hierauf erklärte die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.01.2021, ihr Angebot in Unkenntnis des Angebots der (...) abgegeben zu haben, insbesondere sei ihr Geschäftsführer in das Vergabeverfahren nicht eingebunden gewesen, hätte weder Kenntnis von den konkret abgegebenen Angeboten noch Einfluss auf diese gehabt und in dem Vergabeverfahren auch keine Weisungen erteilt. Zugriffsmöglichkeiten auf die im Vergabeverfahren abgegebenen Angebote hätte der Geschäftsführer nicht gehabt. Die Tätigkeit ihres Geschäftsführers beschränke sich auf die strategische Führung der Gesellschaft. Die operative Tätigkeit der Gesellschaft liege allein in der Verantwortung des Prokuristen. Mangels Kenntnis des Geschäftsführers über das Ausschreibungsverhalten habe es in dem Vergabeverfahren keine (Preis-) Absprachen mit der (...) gegeben. Ihr Prokurist habe die Angebote ohne Einflussnahme ihres Geschäftsführers unter strengster Geheimhaltung teils im Homeoffice, teils im Büro eigenständig und weisungsfrei erstellt. Er habe weder Informationen, Kalkulationen noch sonstiges Ausschreibungsverhalten seinem Geschäftsführer oder der (...) mitgeteilt. Beide Unternehmen agierten vollständig unabhängig in räumlich getrennten Gebäuden, mit unterschiedlichen Mitarbeitern und unter Verwendung jeweils eigener IT-Infrastruktur. Hierzu legte die

Antragstellerin eidesstattliche Versicherungen jeweils vom 25.01.2021 ihres Geschäftsführers, ihres Prokuristen und des Geschäftsführers des sie betreuenden IT-Unternehmens vor.

Mit Schreiben vom 04.02.2021 schloss der Antragsgegner die Antragstellerin sowie die L. aufgrund der identischen Geschäftsführer von dem Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB aus. Zur Begründung führte er aus, es sei nicht glaubwürdig, dass der Geschäftsführer keine Kenntnis von den in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren erarbeiteten Angeboten gehabt habe, aufgrund seiner herausgehobenen Stellung sowie den weiteren Indizien, der Betreuung beider Firmen durch dieselbe IT-Firma und denselben Versicherungsagenten sowie die Benennung der Antragstellerin als Referenzgeberin im streitgegenständlichen Vergabeverfahren durch und für die (...).

Sowohl die Antragstellerin als auch die (...) wandten sich nach Erhalt des Ausschlusschreibens im Wege einer Mandatsanfrage an die hiesigen Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin, die jedoch die (...) an eine andere Kanzlei verwiesen.

Mit Anwaltsschreiben vom 10.02.2021 rügte die Antragstellerin ihren Ausschluss als Bieterin aus dem Vergabeverfahren als vergaberechtswidrig, die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB lägen nicht vor. Zur Begründung wiederholte und vertiefte sie die mit Schreiben vom 25.01.2021 dargelegten Umstände. Sie führte weiter aus, dass der Antragsgegner die Trennung zwischen strategischer Führung des Geschäftsführers und operativer Führung des Prokuristen bei seiner Entscheidung nicht hinreichend berücksichtigt habe. Aus § 2 des Arbeitsvertrages des Prokuristen, der wie folgt lautet:

„§ 2 Stellenbeschreibung

Die Wahrnehmung der Aufgaben des Geschäftsführers im operativen Umfeld: Betriebsleiter mit Handlungsvollmacht für die gesamte Firma, insbesondere die Akquisition, Angebotsbearbeitung, Vertragsannahme und die Disposition von Personal, Maschinen und Geräten für die erhaltenen Aufträge mit Kontrolle hinsichtlich Wirtschaftlichkeit und Qualität bis zur Abnahme und Abrechnung.“

ergebe sich, dass der Prokurist mit den Aufgaben des Geschäftsführers im operativen Umfeld beauftragt worden sei, was das gesamte Vergabeverfahren und damit die Angebotserstellung und -abgabe umfasse.

Der Antragsgegner half der Rüge nicht ab. Mit Schriftsatz vom 04.03.2021 leitete die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren ein, zu dessen Begründung

sie ihre vorstehend wiedergegebene Rüge wiederholt und vertieft hat, wobei sie ihrem Nachprüfungsantrag auch das an die L. gerichtete Ausschlusschreiben des Antragsgegners beigelegt hat, was nach ihren Angaben aufgrund eines Kanzleiversehens ihrer Bevollmächtigten erfolgt sei.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. gegen den Antragsgegner ein Vergabenachprüfungsverfahren nach § 160 GWB einzuleiten;
2. dem Antragsgegner aufzugeben, die Angebote der Antragstellerin in dem EU-Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Kampfmittelräumleistung KBD WL 20-093“ nicht auszuschließen, sondern in der Angebotswertung zu berücksichtigen und erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten;
3. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen anzuordnen, um eine Rechtsverletzung der Antragstellerin zu beseitigen beziehungsweise auszuschließen;
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 05.05.2021 als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit der form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschl. der Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster v. 05.05.2021 (VK1-12/21) aufzuheben;
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebote der Antragstellerin in dem EU-Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung Kampfmittelräumleistung KBD WL 20-093“ nicht auszuschließen, sondern in der Angebotswertung zu berücksichtigen und erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschl. der Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster v. 05.05.2021 (VK 1-12/21) zurückzuweisen.

Der Antragsgegner verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und trägt unter Wiederholung und Vertiefung der bereits vorgetragenen Indizien vor.

Aus den Gründen: Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zu Unrecht zurückgewiesen.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 04.03.2021 ist zulässig. Die Antragstellerin, die durch Schreiben des Antragsgegners vom 04.02.2021 von dem Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeschlossen wurde, hat mit Anwaltsschreiben vom 10.02.2021 und damit binnen zehn Kalendertagen diesen Ausschluss als Bieterin aus dem Vergabeverfahren nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt und den Nachprüfungsantrag innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingereicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, den die Antragsgegnerin auf hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer den Wettbewerb beschränkenden Vereinbarung oder abgestimmter Verhaltensweise mit der (...) gestützt hat, ist vergaberechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

Die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB für einen Ausschluss des Angebotes liegen nicht vor. Das gilt unabhängig davon, ob dem öffentlichen Auftraggeber ein von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum bei der Beantwortung der Frage zukommt, ob hinreichende Anhaltspunkte i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorliegen.

a. Nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen mit anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

b. Die Frage, ob dem öffentlichen Auftraggeber ein von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum bei der Beant-

wortung der Frage zukommt, ob hinreichende Anhaltspunkte i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorliegen, wird nicht einheitlich beantwortet. Im Schrifttum wird ein Beurteilungsspielraum bei den unbestimmten Rechtsbegriffen des § 124 Abs. 1 GWB unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien vielfach bejaht.¹ In der Gesetzesbegründung heißt es, dass dem öffentlichen Auftraggeber hinsichtlich des Vorliegens von Ausschlussgründen nach § 124 Abs. 1 GWB ein Beurteilungsermessen zukommt,² was in der Sache die Gewährung eines Beurteilungsspielraums bedeutet. Demgegenüber scheint das Oberlandesgericht München³ zu einer vollen Überprüfbarkeit bei § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB zu neigen. Der Senat braucht vorliegend diese Rechtsfrage nicht zu entscheiden. Selbst wenn man mit der wohl überwiegenden Auffassung das Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes der Behörde in Bezug auf die Frage des Vorliegens hinreichender Anhaltspunkte i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB bejaht, und von einer nur eingeschränkten Überprüfbarkeit der Entscheidung der Vergabebehörde ausginge, würde die Entscheidung des Antragsgegners einer solchen Überprüfung nicht standhalten. Der Antragsgegner hat den bei der Entscheidung über den Ausschluss eines Bieters nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB anzuwendenden „strengen Maßstab“ nicht beachtet.

c. An die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der hinreichenden Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung sind strenge Anforderungen zu stellen. Hinreichende Anhaltspunkte i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB liegen vor, wenn aufgrund objektiver Tatsachen die Überzeugung gewonnen werden kann, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB/Art. 101 AEUV mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt.⁴ Ein bloßer Verdacht genügt hierfür nicht.⁵ Umgekehrt bedarf es aber auch nicht der vollen Überzeugung i.S.d. § 286 ZPO. Vielmehr kann eine Parallele zu den Anforderungen einer Verdachtskündigung im Arbeitsrecht gezogen werden. Auch dort muss der Verdacht

1 Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 124 Rdnr. 2; MünchKomm.-Pauka, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 124 Rdnr. 4; Opitz, in: Burgi/Dreher, Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 124 GWB Rdnr. 14 ff.; Ley, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 Rdnr. 13.

2 BT-Drucks. 18/6281, S. 106.

3 Vgl. Beschl. v. 21.04.2017 – Verg 2/17.

4 Senat, Beschl. v. 17.01.2018 – Verg 39/17, BeckRS 2018, 680 Rdnr. 32.

5 Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 Rdnr. 30; Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 124 Rdnr. 53; Kling, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 124 Rdnr. 62; Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, juris-PK Vergaberecht, 5. Aufl., Stand 24.06.2021, § 124 Rdnr. 66.1; Conrad, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 124 Rdnr. 97.

auf konkrete Tatsachen gestützt werden und eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Verdacht zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein alternatives, eine außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigendes Geschehen zu erklären sein, so dass bloße, auf mehr oder weniger haltbare Verdächtigungen gestützte Verdächtigungen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht ausreichen.⁶

Der Ausschlussbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist zudem im Lichte von Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie) auszulegen.

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16 entschieden, dass vor dem Hintergrund der aus Art. 49 und Art. 56 AEUV folgenden und in Art. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG genannten Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in den ordentlichen Gesellschafterversammlungen ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu berechtigt, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen. Vielmehr hat der öffentliche Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebotes aufkommen lassen – bei verbundenen Unternehmen, soweit die betroffenen Unternehmen keine wirtschaftliche Einheit bilden und die Muttergesellschaft keinen maßgeblichen Einfluss auf ihre Tochtergesellschaft ausübt – alle relevanten Umstände zu prüfen, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen.⁷ Stellt sich danach heraus, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig erstellt worden sind, mithin sich personelle Verbindungen und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Erstellung der Angebote konkret ausgewirkt haben, steht dies einem Zuschlag des Auftrags an die Bieter, die ein solches Angebot abgegeben haben, entgegen.⁸

Dabei kann der Nachweis für einen Verstoß gegen das Vergaberecht der Union nicht nur durch unmittelbaren Beweis erbracht werden, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind, und dass die miteinander verbundenen Bieter in der Lage sind, den Beweis des Gegenteils zu erbringen.⁹

Soweit der Senat in der Vergangenheit aus der bei verbundenen Unternehmen wegen der möglichen Schnittstellen und Berührungspunkte objektiv erhöhten Gefahr von Verstößen gegen den Geheimhaltungswettbewerb durch abgestimmtes Verhalten eine vom Bieter zu widerlegende Vermutung abgeleitet und eine von der üblichen abweichenden Verteilung der Darlegungs- und Feststellungslast angenommen hat, in deren Rahmen der Bieter die durch entsprechende organisatorische Maßnahmen gewährleistete Unabhängigkeit und Vertraulichkeit bei der Erstellung und Ausarbeitung von Angeboten dazutun hatte,¹⁰ hält er daran vor dem Hintergrund der vorzitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht fest.

d. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Annahme des Antragsgegners, es lägen hinreichende Anhaltspunkte für einen Verstoß der Antragstellerin und der (...) gegen das Kartellverbot vor, nicht vertretbar. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Verbindung zwischen der Antragstellerin und der (...) den Inhalt ihrer Angebote mit hoher Wahrscheinlichkeit beeinflusst hat.

aa. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin und die (...) über denselben Geschäftsführer verfügen, begründet für sich genommen demnach keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Kartellrecht i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Das gilt auch unter Berücksichtigung des weiteren Umstandes, dass hinter der Antragstellerin und der (...) dieselben natürlichen Personen als Gesellschafter stehen – nämlich (...) und (...), die jeweils 45 % der Gesellschaftsanteile der Antragstellerin halten, und die zugleich Kommanditisten der (...) sowie Gesellschafter der (...) sind, der Komplementär-GmbH der (...).

bb. Weitere Tatsachen, die dafür sprechen könnten, dass die personelle Verflechtung beider Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit die erstellten Angebote beeinflusst hat, liegen nicht vor.

(1) Auffälligkeiten aus den Angeboten selbst ergeben sich nicht und werden von dem Antragsgegner im vorliegenden Nachprüfungsverfahren auch nicht vorgetragen.

(2) Dass die Antragstellerin nicht von sich aus darauf hingewiesen hat, dass sie und die (...) über denselben Geschäftsführer verfügen, lässt keine belastbaren

6 Vgl. BAG, Urt. v. 24.05.2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 Rdnr. 17.

7 EuGH, Urt. v. 12.03.2015 – C-538/13 – eVigilo, Rdnr. 44; EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16, Rdnr. 32 f.

8 EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16, Rdnr. 40.

9 EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16, Rdnr. 37.

10 Senat, Beschl. v. 11.05.2011 – Verg 8/11, ZfBR 2011, 789, 792 f.

Rückschlüsse zu. Die Antragstellerin war hierzu nicht verpflichtet. Bieter sind nicht von sich aus verpflichtet, gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ihre Verbindungen zueinander offenzulegen, es sei denn, dass in den Vergabeunterlagen entsprechende Offenlegungsverpflichtungen geregelt sind,¹¹ was vorliegend nicht der Fall ist.

(3) Die Antragstellerin ist von der (...) mit Ausnahme der Geschäftsführung in personeller, örtlicher und infrastruktureller Hinsicht hinreichend getrennt (Chinese Wall). Die Unternehmen haben durch ihre eigenen Firmenstandorte, die mehr als 100 km voneinander entfernt liegen, eine hinreichende räumliche Trennung. Dass ein anderes Unternehmen der (...), ein Ingenieurbüro, an dem Standort der Antragstellerin unter derselben Anschrift eine Niederlassung hat, wirkt sich auf die räumliche Trennung der streitgegenständlichen Unternehmen nicht aus. Die Unternehmen verfügen darüber hinaus über zwei getrennte IT-Systeme, die jeweils über eine 2-Faktor-Authentifizierung geschützt sind, so dass eine strukturelle Trennung in diesem Bereich ebenfalls gewährleistet ist. Dass beide von demselben IT-Dienstleister und demselben Versicherungsmakler betreut werden, steht dem nicht entgegen. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Antragstellerin von der (...) als Referenzgeberin angegeben wird.

Unstreitig wurden die jeweiligen Angebote von unterschiedlichen Teams) und dem jeweiligen Prokuristen erstellt. Ausweislich der Stellenbeschreibung in § 2 des Arbeitsvertrages war dem Prokuristen die Wahrnehmung der Aufgaben der Geschäftsführung im operativen Umfeld übertragen. Er war der Betriebsleiter mit Handlungsvollmacht für die gesamte Firma, dazu gehörte insbesondere die Akquisition, Angebotsbearbeitung, Vertragsannahme und die Disposition von Personal, Maschinen und Geräten für die erhaltenen Aufträge mit Kontrolle hinsichtlich Wirtschaftlichkeit und Qualität bis zur Abnahme und Abrechnung.

(4) Die Antragstellerin hat zudem dargelegt, dass ihr Geschäftsführer in das Vergabeverfahren nicht eingebunden gewesen sei, weder Kenntnis von den konkret abgegebenen Angeboten noch Einfluss auf diese gehabt und in dem Vergabeverfahren auch keine Weisungen erteilt habe. Zugriffsmöglichkeiten auf die im Vergabeverfahren abgegebenen Angebote, Dokumente der jeweiligen Prokuristen, Angebotsunterlagen oder die Kalkulationen hätte der Geschäftsführer nicht gehabt. Die Tätigkeit ihres Geschäftsführers habe sich auf die strategische Führung der Gesellschaft beschränkt. Die operative Tätigkeit der Gesellschaft habe allein in der Verantwortung des Prokuristen gelegen. Ihr Prokurist habe die Angebote ohne Einflussnahme ihres Geschäftsführers unter strengster Geheimhaltung teils im Homeoffice, teils im Büro eigenständig und weisungsfrei

erstellt. Dies hat die Antragstellerin durch eidesstattliche Versicherungen ihres Geschäftsführers, ihres Prokuristen und des Geschäftsführers des sie betreuenden IT-Unternehmens – jeweils vom 25.01.2021 – bekräftigt.

Umstände, die konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung der Antragstellerin begründen könnten, liegen nicht vor. Weder der Umstand, dass die gegenüber der Antragstellerin abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen – insbesondere der Prokuristen – im Wortlaut überwiegend identisch sind, noch der Umstand, dass sich die Antragstellerin und die (...) nach ihrem Ausschluss zunächst an dieselben Rechtsanwälte gewandt haben und das Ausschlusschreiben der L. zusammen mit dem hiesigen Nachprüfungsantrag eingereicht wurde, lassen Rückschlüsse auf ein kartellrechtswidriges Verhalten im Vorfeld oder im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe zu. Damit lassen sich ein Kontakt zwischen den Unternehmen und eine gewisse Absprachen lediglich im Nachgang der Ausschlussentscheidung aus dem Vergabeverfahren belegen. Rückschlüsse auf Absprachen im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe oder gar eine Indizwirkung lassen sich daraus hingegen nicht ableiten, zumal es nachvollziehbar erscheint, dass beide Unternehmen nach ihrem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren hierüber sowie über die dahinterstehenden Gründe kommuniziert haben.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer wird nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG für notwendig erklärt. Demnach sind Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war. Notwendig i.S.d. § 80 Abs. 2 VwVfG ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts, wenn sie von dem Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte. Das ist vorliegend für die Antragstellerin als Bieterunternehmen zu bejahen aufgrund der komplizierten Rechtsmaterie des Vergaberechts sowie den im Nachprüfungsverfahren geltenden besonderen Verfahrensvorschriften.

Anmerkung:

von Rechtsanwalt Dr. Matthias Ulshöfer, Stuttgart*

Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16.03.2022 ist in Fällen von Doppelbeteiligungen konzernverbundener Unternehmen von erheblicher praktischer Bedeutung. Das OLG Düsseldorf gibt seine langjährige

¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 15.05.2018 – C-531-16, BeckRS 2018, 8497; vgl. auch Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 Rdnr. 29.

* Fachanwalt für Vergaberecht, OPPENLÄNDER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.

Rechtsprechung auf, wonach bei Beteiligung mehrerer konzernverbundener Unternehmen mit eigenen Angeboten an einem Vergabeverfahren eine – widerlegbare – Vermutung dafür besteht, dass der Geheimwettbewerb zwischen ihnen nicht gewahrt ist. Aufgegeben wird damit auch die bisherige Rechtsprechung, wonach die Bieter – wenn ihnen die Angebotsabgabe auch durch verbundene Unternehmen bewusst und bekannt war – schon mit Angebotsabgabe nachzuweisen hatten, dass und aufgrund welcher besonderen Vorkehrungen der Geheimwettbewerb bei Angebotsabgabe gewährleistet war. Soweit ersichtlich ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf in der aktuellen Kommentarliteratur bislang noch nicht oder nur in Ansätzen verarbeitet worden.

Im Einzelnen:

1. Die Ausgangsentscheidung der VK Westfalen

Die VK Westfalen hatte mit Beschl. v. 05.05.2021 – VK 1-12/21 einen Nachprüfungsantrag zurückgewiesen, der gegen den Angebotsausschluss zweier Unternehmen aus dem Vergabeverfahren „Beseitigung von Waffen und Munition“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB wegen Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb gerichtet war. Der Angebotsausschluss wurde maßgeblich darauf gestützt, dass die beiden Unternehmen denselben Geschäftsführer hatten, es weitere Indizien für eine fehlende Trennung beider Unternehmen gab und diese nicht offen mit der Situation umgegangen seien, sondern stets nur so viel zugegeben hätten, wie der Auftraggeber selbst herausgefunden hatte.¹

2. Bisherige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf

Nach bisheriger Rechtsprechung ging das OLG Düsseldorf davon aus, dass bei Beteiligung mehrerer konzernverbundener Unternehmen i.S.v. §§ 15 ff. AktG mit eigenen Angeboten an einem Vergabeverfahren grundsätzlich eine – widerlegbare – Vermutung dafür besteht, dass der Geheimwettbewerb zwischen ihnen nicht gewahrt ist.² Allerdings war ein Ausschluss nicht bereits aufgrund der Konzernverbundenheit i.S.v. §§ 15 ff. AktG veranlasst. Eine unwiderlegbare Vermutung des Inhalts, dass Angebote verbundener Unternehmen für denselben Auftrag infolge der typischerweise bestehenden gesellschaftsrechtlichen, personellen und organisatorischen Verflechtungen stets voneinander beeinflusst worden sind, hatte das OLG Düsseldorf stets verneint.³ Vielmehr sollte die Vergabestelle, nachdem sie Kenntnis von der Verbundenheit erlangt hatte, zu prüfen und zu würdigen haben, ob der Inhalt der von den verbundenen Unternehmen abgegebenen Angebote durch die sich aus der Verbundenheit ergebenden Verflechtungen und Abhängigkeiten beeinflusst worden war, wobei die Feststellung eines wie auch immer gearteten Einflusses für den Ausschluss dieser Unternehmen genügen sollte.⁴ Ein Ausschluss der Angebote verbundener Unternehmen

sollte somit nicht erst dann gerechtfertigt sein, wenn der sichere Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes durch den Auftraggeber erbracht war. Vielmehr sollte die Widerlegung der Vermutung den betreffenden Unternehmen obliegen. Abweichend von der üblichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hatten sie diejenigen Umstände und Vorkehrungen aufzuzeigen und nachzuweisen, die die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung gewährleisten.⁵

Hinsichtlich der von den Unternehmen zu leistenden Widerlegung hatte das OLG Düsseldorf eine Obliegenheit, bereits mit dem Angebot diejenigen besonderen Umstände und Vorkehrungen bei der Angebotserstellung aufzuzeigen, jedenfalls dann bejaht, wenn den betroffenen Unternehmen der den Anfangsverdacht eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb auslösende tatsächliche Umstand – Angebotsabgabe auch durch verbundenes Unternehmen – bewusst und bekannt war.⁶ Das sollte dann nicht der Fall sein, wenn die Unternehmen effektive Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung getroffen hatten.⁷ Sprachten dagegen die äußeren Umstände dafür, dass ein Geheimwettbewerb nicht stattgefunden hatte, etwa weil ein Unternehmen als Nachunternehmer des anderen Unternehmens dessen Subunternehmerpreise als einer wesentlichen Kalkulationsgrundlage kannte, sollten die Bedenken vom Bieter unaufgefordert und lückenlos auszuräumen sein.⁸ Bei einer derartigen Sachlage sollte es dem Bieter obliegen, nachvollziehbar darzulegen und nachzuweisen, dass und aufgrund welcher besonderen Vorkehrungen der Geheimwettbewerb bei der Angebotserstellung ausnahmsweise gewährleistet war.⁹

1 VK Westfalen, Beschl. v. 05.05.2021 – VK 1-12/21.

2 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – Verg 4/11, Rdnr. 37 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.05.2011 – Verg 8/11, Rdnr. 44 ff. bei juris, jeweils für Konzernschwestern nach §§ 15, 18 AktG; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.07.2016 – VII-Verg 23/06, Rdnr. 44 bei juris für Mutter/Tochterkonstellation nach §§ 15, 17 AktG.

3 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11, Rdnr. 33 bei juris.

4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11, Rdnr. 33 bei juris, mit Verw. auf EuGH, Urt. v. 19.05.2009 – Rs. C-538/07 – Assitur.

5 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11, Rdnr. 39 bei juris.

6 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11, Rdnr. 40 bei juris; ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.07.2006 – VII-Verg 23/06, Rdnr. 47 bei juris.

7 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11, Rdnr. 40 bei juris.

8 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.07.2006 – VII-Verg 23/06, Rdnr. 47 bei juris.

9 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2006 – VII-Verg 23/06, Rdnr. 47 bei juris.

3. Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung

Anlass für die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung ist für das OLG Düsseldorf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes v. 17.05.2018 – C-531/16. Dort hatte der Europäische Gerichtshof entschieden, dass vor dem Hintergrund der aus Art. 49 und Art. 56 AEUV folgenden und in Art. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG genannten Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in den ordentlichen Gesellschafterversammlungen ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu berechtigt, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen. Vielmehr habe der öffentliche Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebotes aufkommen lassen – bei verbundenen Unternehmen, soweit die betroffenen Unternehmen keine wirtschaftliche Einheit bilden und die Muttergesellschaft keinen maßgeblichen Einfluss auf ihre Tochtergesellschaft ausübt – alle relevanten Umstände zu prüfen, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen.¹⁰ Erst wenn sich danach herausstellte, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig voneinander erstellt worden seien, mithin sich personelle Verbindungen und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Erstellung der Angebote konkret ausgewirkt hatten, sollte dies einem Zuschlag des Auftrags an die Bieter entgegenstehen, die ein solches Angebot abgegeben hatten.¹¹

Wörtlich führt der Senat an zentraler Stelle aus:

„Soweit der Senat in der Vergangenheit aus der bei verbundenen Unternehmen wegen der möglichen Schnittstellen und Berührungspunkte objektiv erhöhten Gefahr von Verstößen gegen den Geheimhaltungswettbewerb durch abgestimmtes Verhalten eine vom Bieter zu widerlegende Vermutung abgeleitet und eine von der üblichen abweichenden Verteilung der Darlegungs- und Feststellungslast angenommen hat, in deren Rahmen der Bieter die durch entsprechende organisatorische Maßnahmen gewährleistete Unabhängigkeit und Vertraulichkeit bei der Erstellung und Ausarbeitung von Angeboten dazutun hatte (Senatsbeschluss vom 11. Mai 2011, VII-Verg 8/11, ZfBR 2011, 789, 792 f.), hält er daran vor dem Hintergrund der vorzitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht fest.“

In der Folge kommt das OLG Düsseldorf dann in konsequenter Weise zu dem Ergebnis, dass der von der VK

Westfalen in der Vorinstanz bestätigte Angebotsausschluss nicht zu rechtfertigen war.¹² Allein der Umstand, dass beide Unternehmen denselben Geschäftsführer hatten, begründe für sich genommen keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB.¹³

Zu der Entscheidung der VK Westfalen muss man allerdings feststellen, dass auch auf Basis der bisherigen Rechtsprechung ein Angebotsausschluss an sich nicht zwingend geboten gewesen wäre. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei den betreffenden Unternehmen tatsächlich nicht um miteinander i.S.v. §§ 15, 18 AktG verbundene Unternehmen handelte, was das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung zumindest insoweit nahe legt, als es ausführt, dass eine konzernrechtliche Verbundenheit nicht bestehe.¹⁴ Insoweit hatte es an sich auch auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung gar keinen Vermutungstatbestand gegeben, den die betreffenden Unternehmen hätten widerlegen müssen.

4. Fazit

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist klar und eindeutig formuliert. Die Vermutung, dass die Angebote von konzernverbundenen Unternehmen nach §§ 15 ff. AktG aufgrund der konzerninternen Schnittstellen und Berührungspunkte nicht unabhängig voneinander erstellt und der Geheimwettbewerb nicht gewahrt worden sein könnte, gibt es nicht (mehr). Miteinander verbundene Unternehmen sind damit im Vergabeverfahren im Prinzip nicht anders zu behandeln als alle anderen Unternehmen auch. Das bedeutet aber wohl nicht, dass sie im Fall von Doppelbewerbungen in Zukunft auf besondere Maßnahmen personeller, räumlicher und organisatorischer Art zur Sicherung des Geheimwettbewerbes verzichten könnten. Warum nicht? Ist dem Auftraggeber die Konzernverbundenheit bekannt oder erlangt er im Laufe des Vergabeverfahrens davon Kenntnis, so wird man ihm nicht verwehren können, die Umstände der Angebotsabgabe näher aufzuklären. Dann sehen sich die konzernverbundenen Unternehmen aber – letztlich in gleicher Weise wie bisher auch – mit einem drohenden Angebotsausschluss wegen Missachtung des Geheimwettbewerbes konfrontiert, wenn sie nicht darlegen können, dass und warum eine wechselseitige

10 EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16, Rdnr. 32 f. bei juris.

11 EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-531/16, Rdnr. 40 bei juris.

12 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.03.2022 – VII-Verg 28/21, Rdnr. 41 ff. bei juris.

13 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.03.2022 – VII-Verg 28/21, Rdnr. 42 bei juris.

14 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.03.2022 – VII-Verg 28/21, Rdnr. 4 bei juris.

Kenntnis der Angebotsinhalte auszuschließen ist. Mit Blick auf die gravierenden Konsequenzen des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, dessen Ausschlussdrohung über das konkret betroffene Vergabeverfahren weit hinausgeht, wird man Geheimhaltungsrisiken bei der Angebotsabgabe auch künftig kaum eingehen können.

Änderungen der Vergabeunterlagen; manipulativer Eingriff; Abweichung von den Leistungsvorgaben; Leistungsversprechen; Pflicht zur Überprüfung; Verlängerung der aufschiebenden Wirkung; Akteneinsicht

GWB §§ 165 Abs. 4, 171, 173; VgV §§ 53 Abs. 7, 57 Abs. 1 Nr. 4.

- 1. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt vor, wenn der Bieter manipulativ in die Vergabeunterlagen eingreift, indem er ein von den Vorgaben abweichendes Angebot macht, das bei einem Wegdenken der Abweichungen unvollständig bleibt.**
- 2. Dazu ist keine körperliche Veränderung etwa im Sinne einer Änderung der vorgegebenen Leistungsmengen oder -beschreibungen notwendig. Es reicht, dass der Bieter bei der Ausfüllung von Berechnungsschemata von den Vorgaben abweicht.**
- 3. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt auch vor, wenn das Angebot von den Leistungsvorgaben in der Ausschreibung abweicht.**
- 4. Der Auftraggeber muss das Angebot eines Bieters darauf prüfen, ob dieser die Leistungszusage einhalten kann, wenn konkrete Tatsachen dessen Leistungsversprechen nicht plausibel erscheinen lassen.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Schleswig, Beschl. v. 06.07.2022 – 54 Verg 5/22 – „Fahrzeugkategorien“.

Sachverhalt: Der Antragsgegner schrieb unter dem 16.02.2021 Personenbeförderungsleistungen auf ÖPNV-Linien im Kreis O. aus. Angebote waren nach Verlängerungen der Frist bis zum 28.04.2021 abzugeben. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Vertragsbedingungen sahen eine Verpflichtung des Auftragnehmers vor, die beim Bestandsbetreiber beschäftigten Arbeitnehmer zu den Arbeitsbedingungen zu übernehmen, zu denen sie zuvor beschäftigt waren,

beschränkt auf die Regelungen, die in einer Anlage zum Vertragsentwurf aufgeführt waren. Eine der Bestandsbetreiberinnen ist die Antragstellerin.

Unter anderem die Antragstellerin und die Beigeladene gaben Angebote ab. Das Angebot der Beigeladenen wurde bis Anfang August 2021 einer eingehenden Prüfung mit vier Nachfragen unterzogen.

Am 31.08.2021 forderte der Antragsgegner die Bieter über das Vergabeportal zur Abgabe neuer Angebote innerhalb einer bis zum 17.09.2021 verlängerten Frist auf. Dabei sollte unter anderem eine bisher nicht aufgeführte Betriebsvereinbarung über die Vergütung der Fahrer an Wochenfeiertagen berücksichtigt werden. Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben je ein weiteres Angebot ab.

Die Antragstellerin führte ein Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren wegen der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in eine weitere Angebotsrunde durch. Im Verlauf dieses Verfahrens teilte der Antragsgegner der Antragstellerin in einem Schreiben vom 22.03.2022 mit, dass er beabsichtige, vorbehaltlich der Entscheidung über die sofortige Beschwerde den Zuschlag auf das zweite Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Die Antragstellerin machte darauf Ausführungen dazu, dass dieses Angebot ausgeschlossen werden müsse. Der Senat wies darauf hin, dass Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens allein das Begehren sei, das Vergabeverfahren in die erste Angebotsrunde zurückzusetzen, sodass es auf die zweiten Angebote nicht ankomme. Die Antragstellerin nahm ihren Nachprüfungsantrag zurück.

Mit Schreiben vom 30.03.2022 rügte die Antragstellerin unter Verweis auf ihren Vortrag im Beschwerdeverfahren die beabsichtigte Zuschlagserteilung als vergaberechtswidrig. Mit Schreiben vom 20.04.2022 wies der Antragsgegner die Rüge zurück. Am 25.04.2022 reichte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein.

Die Antragstellerin hat zur Begründung ihres Antrags im Wesentlichen ausgeführt, der Auftraggeber müsse prüfen, ob ein Bieter das zugesagte Leistungsversprechen einhalten könne, wenn im Einzelfall Zweifel an dessen Plausibilität bestünden. Dem sei der Antragsgegner nicht nachgekommen. Die Beigeladene sei aufgrund ihres Betriebskonzepts nicht in der Lage, die Verkehrsdienstleistungen zu erbringen. Es sei zu besorgen, dass sie mit einer geringeren Anzahl als der benötigten 39 Busse kalkuliert habe. Sie selbst habe ein sehr kompetitives Angebot gemacht. Es sei aus ihrer Sicht ausgeschlossen, dass dieses unterboten werde, ohne Abstriche an den Leistungsvorgaben zu machen. Zudem sei zu besorgen, dass die Beigeladene nicht die tatsächlich anfallenden