

**Expertenbeitrag:**  
**Kartelle**

# Einkaufskooperationen bergen Risiken für Beschaffer



Matthias Ulshöfer,  
Partner, Oppenländer  
Rechtsanwälte, Stuttgart

Seit der Vergaberechtsreform 2016 gibt es neu geregelte Möglichkeiten der „gemeinsamen Auftragsvergabe“. Öffentliche Auftraggeber nutzen sie zunehmend. Kartellrechtliche Risiken werden dabei aber weitgehend ausgeblendet.

STUTTGART. Die Vergaberechtsreform 2016 hat mit der „Zentralen Beschaffungsstelle“ (Paragraf 120 Absatz 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) und der „gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe“ (Paragraf 4 Vergabeverordnung, VgV) erstmals Regelungen zu zentralisierten und gemeinsamen Auftragsvergaben eingeführt.

## Es existieren kartellrechtliche Schranken

Die Vorteile einer gemeinsamen Beschaffung mehrerer öffentlicher Auftraggeber liegen auf der Hand. Durch den gebündelten Einkauf können aufgrund der höheren Stückzahlen wirtschaftlichere Preise erzielt werden. Der mit Einzelausschreibungen verbundene Zeit- und Ressourcenaufwand kann auf die zentrale Beschaffungsstelle übertragen und das Beschaffungswesen professionalisiert werden.

Mit der Bündelung der Kaufkraft gehen aber auch Gefahren einher. Es geht um die Beschränkung des Nachfragewettbewerbs, den Missbrauch von Nachfragemacht und den Ausschluss von kleinen oder mittleren Unternehmen von der



Das gemeinsame Nutzen von Software, etwa für Feuerwehrleitstellen, kann Kommunen Vorteile verschaffen. Sie müssen jedoch das Kartellrecht beachten. FOTO: DPA/BERND WEISSBROD

## Kartellrechtsverstöße in Nachprüfungsverfahren rügen

Kartellrechtsverstöße können unter Umständen auch in einem Vergabennachprüfungsverfahren geltend gemacht werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein Kartellrechtsverstoß feststeht oder ohne zeitaufwändige Prüfung zweifelsfrei festgestellt werden kann. Dies hat

Auftragsvergabe. Deshalb gibt es bei zentralisierten Beschaffungen und Einkaufskooperationen kartellrechtliche Schranken.

Bund, Länder und Gemeinden sowie die funktionalen öffentlichen Auftraggeber sind nach deutschem Kartellrecht als Unternehmen anzusehen, wenn sie bei öffentlichen Ausschreibungen als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen auftreten. Zwar hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) für das EU-Kartellrecht in seiner „FENIN“-Rechtsprechung vertreten, dass die staatliche Nachfrage nicht als unternehmerisch zu qualifizieren ist, wenn die Verwendung der Güter oder Dienstleistungen keinem wirtschaftlichen Zweck dienen soll. Dem folgt der Bundesgerichtshof (BGH)

das Oberlandesgericht Düsseldorf bereits 2012 entschieden (Beschluss vom 27.6.2012, VII - Verg 7/12) und war jüngst wieder Gegenstand einer Entscheidung des OLG München zum Ausbau der A3 (Beschluss vom 20.1.2020, Verg 19/19).

aber nicht: „Greift ein Hoheitsträger im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliegt er in diesem Bereich den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer und hat dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten.“

Wird Kartellrecht angewandt, so ist insbesondere das Kartellverbot des Paragraf 1 GWB zu beachten. Von einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ist bei zentralisierter Beschaffung und bei Einkaufsgemeinschaften regelmäßig auszugehen. Denn die beteiligten Auftraggeber binden sich im Hinblick auf ihr Nachfrageverhalten und

beschränken sich so in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit.

Es kommt dann auf die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Nachfragemarkts und den Marktanteil an. Kooperieren kleinere und mittelgroße Auftraggeber, etwa kleinere Gemeinden, kommt bis zu einem Marktanteil von rund 10 bis 15 Prozent eine Freistellung als „Mittelstandskooperation“ nach Paragraf 3 GWB in Betracht. Agieren größere Auftraggeber, ist an eine Freistellung nach Paragraf 2 GWB zu denken. Dazu müssen aber die positiven Effizienzgewinne der Einkaufskooperation die negativen Effekte für den Wettbewerb aufwiegen. Es ist zudem nachzuweisen, dass die Verbraucher angemessen am Gewinn beteiligt werden.

## Grenzen der Marktbeherrschung schnell überschritten

Außerdem ist das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung verboten. Diese liegt dann nahe, wenn es auf einem bestimmten Markt keine oder nur eingeschränkt private Nachfrager gibt, zum Beispiel in den Bereichen Si-

cherheit- und Verteidigung. Gleiches gilt auf engen räumlichen Märkten, bei denen die lokalen Anbieter kaum Ausweichmöglichkeiten auf andere Nachfrager haben. Das ist etwa im Straßenbau wegen der Transportkosten der Fall oder bei Versorgung mit Arzneimittelnzubereitungen, die mehrmals am Tag zu erfolgen hat.

Bündeln die Auftraggeber ihre Einkaufsmacht auf solchen Märkten, können die Grenzen zur Marktbeherrschung rasch überschritten sein. Untersagt ist dann jede Diskriminierung anderer Unternehmen, vor allem aber auch die Vorgabe von unangemessenen Geschäftsbedingungen oder sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile zu fordern.

Die gebündelte Beschaffung führt auch bei der Vertragsgestaltung zu erhöhten Risiken. Bestimmte Wettbewerbsverbote und Exklusivbindungen können bis zu einem Marktanteil von 30 Prozent freigestellt sein, darüber nicht mehr. Dann droht nicht nur, dass die Verträge nichtig sind. Es kann auch zu Schadensersatzforderungen oder zur Verfahrenseinleitung der Kartellbehörde kommen.

## Leitfaden für die Organisation von Veranstaltungen

BERLIN/DESSAU-ROSSLAU. Das Bundesumweltministerium und das Umweltbundesamt haben eine aktualisierte Auflage des „Leitfadens für die nachhaltige Organisation von Veranstaltungen“ herausgegeben. Er enthält auf 102 Seiten Empfehlungen und praktische Hinweise, wie Veranstaltungen umweltgerecht und sozial verträglich gestaltet werden können. Dazu gehört auch ein mehrseitiger Anhang zu Vergabekriterien des Umweltzeichens „Blauer Engel“ für veranstaltungsrelevante Produkte und Dienstleistungen.

Die Broschüre führt durch die einzelnen Phasen einer Veranstaltung – Planung, Konkretisierung, Durchführung, Nachbereitung – und definiert unterschiedliche Handlungsfelder. Dazu gehören Mobilität, Veranstaltungsort, Energie und Klima, Catering, Abfallmanagement, Organisation. Für diese Handlungsfelder werden Ziele festgelegt und Maßnahmen aufgezeigt, die eine nachhaltige Gestaltung ermöglichen. (raab)

**MEHR ZUM THEMA**  
Den Leitfaden finden Sie zum Herunterladen unter:  
<https://kurzelinks.de/BMUUBA>

## Kurznotiert

### Merklblatt zu Wertgrenzen überarbeitet

STUTTGART. Um die Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie zu beschleunigen hat das Land Baden-Württemberg die Wertgrenzen für öffentliche Vergaben ab Oktober 2020 temporär angehoben. Der Baden-Württembergische Handwerkstag hat deshalb sein entsprechendes Merklblatt überarbeitet. In ihm erläutert er die bis Ende des Jahres 2021 geltenden neuen Regelungen. (sta)



Auch im Handwerk gelten höhere Wertgrenzen. FOTO: PICTURE ALLIANCE / SVEN SIMON

### Maschinenbau-Verband kritisiert Ausschreibungen

FRANKFURT AM MAIN. Der Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau bemängelt, dass alle fünf Ausschreibungen für Windenergie an Land in diesem Jahr unterzeichnet waren. Dies passe nicht zu den ambitionierten Klimazielen in Deutschland und Europa und dem steigenden Bedarf an Strom aus erneuerbaren Energien in der Industrie. Die Bundesnetzagentur hatte in der vergangenen Woche die Ergebnisse des Gebotstermins 1. September bekanntgegeben. (sta)

### Leitfaden zur Ausschreibung von Designaufträgen

KIRCHLENGERN. Der Deutsche Designtag hat einen Praxis-Leitfaden zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen in der Designbranche verfasst. Die Broschüre soll eindeutige und rechtssichere Wege aufzeigen, um Designleistungen auszuschieben. (sta)

info@designtag.org

## Sturmgewehr-Vergabe ist gestoppt

BERLIN. Gegen die Vergabe des über 250 Millionen Euro-Auftrags für das neue Sturmgewehr der Bundeswehr an einen Konkurrenten hat der Waffenhersteller Heckler & Koch ein Nachprüfungsverfahren eingereicht. Zuständig ist die beim Bundeskartellamt angesiedelte Vergabekammer des Bundes (VK Bund).

Heckler & Koch hatte schon während des Wettbewerbs Beschwerde wegen des Prüfverfahrens eingelegt und hat nun die Vergabe formell gerügt. Die VK Bund trifft und begründet ihre Entscheidung schriftlich innerhalb einer Frist von fünf Wochen ab Eingang des Antrags. Bis

das Verfahren entschieden ist, verzögert sich die Neubewaffnung der Bundeswehr. Der Rahmenvertrag soll über sieben Jahre laufen.

Da die Leistung über 25 Millionen Euro liegt, muss, sobald der Vertrag geschlossen werden kann, eine parlamentarische Vorlage erstellt und dem Haushaltsausschuss zur Billigung vorgelegt werden.

Nach Angaben der Deutschen Presseagentur senkte Heckler & Koch im Lauf des Vergabeverfahrens seine Forderung auf 179 Millionen Euro. Das Angebot des Konkurrenten Haenal aus Suhl (Thüringen) liege rund 50 Millionen Euro niedriger. (raab)

## Das Preisrecht schützt öffentliche Auftraggeber vor überhöhten Beträgen

Geltung für alle Vergaben außer Baubereich / Preisprüfung durch Dritte möglich

STUTTGART. Nach der Flüchtlingskrise führt nun auch die Corona-Pandemie dazu, dass die öffentliche Verwaltung in Mangelagen beschaffen muss. Waren es vor einigen Jahren Container, sind es nun Schutzkleidung, Medikamente und Beatmungsgeräte. Solche Mangelagen haben manchmal überhöhte Preise zur Folge.

Wie sich öffentliche Auftraggeber davor schützen können, untersucht Andreas Hoffjan, Inhaber des Lehrstuhls Unternehmensrechnung und Controlling an der TU Dortmund sowie Leiter des Institut für Forschung und Transfer.

Das Instrument des öffentlichen Preisrechts besitze „bei konsequenter Beachtung erhebliches Potenzial zur Kostensenkung in der öffentlichen Beschaffung“, zielt das Auftragsberatungszentrum Bayern Hoffjan.

Die Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR 30/53) geht davon aus, dass sich die Preise beim öffentlichen Einkauf unbeeinflusst unter marktwirtschaftlichen Voraussetzungen durch Angebot und Nachfrage bilden. Öffentliche Auftraggeber sollen demnach Leistungen zu Preisen einkaufen, die sich nach markt-

wirtschaftlichen Grundsätzen im Wettbewerb gebildet haben.

Das öffentliche Preisrecht greift jedoch laut Hoffjan in die grundsätzlich freie Preisbildung zwischen Anbieter und Nachfrager ein. Die VO PR 30/53 gelte mit Ausnahme von Bauaufträgen für alle öffentlichen Vergaben. Sie enthält Vorgaben, wie der höchstzulässige Preis zu ermitteln ist, den ein Auftragnehmer von einem öffentlichen Auftraggeber fordern kann.

Ist der Wettbewerb eingeschränkt, gelten für die Preise Kalkulationsvorgaben in Form der Leitsätze zur Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP). Bei

einem Selbstkostenpreis muss der Auftragnehmer seine Kosten über eine LSP-konforme Kalkulation nachweisen.

Öffentliche Auftraggeber können zudem Preisüberwachungsbehörden einschalten. Auftragnehmer sind laut Hoffjan ihnen gegenüber nachweis-, auskunfts- und prüfungspflichtig. Bei Marktpreisen müssen sie die Marktgängigkeit der Leistung und die Verkehrsüblichkeit des Preises nachweisen. Anhand des Prüfberichts können Auftraggeber gegebenenfalls auf zivilrechtlichem Weg Erstattungsansprüche gegen sie geltend machen. (raab)



Vor einigen Jahren standen überhöhte Preise für Wohncontainer für Flüchtlinge in der Kritik. Öffentliche Auftraggeber können sich gegen solche Preise wehren. FOTO: DPA/WIENFRIED ROTH

### Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg

schreibt Rahmenverträge für Beratungsleistungen aus zur Unterstützung der Kommunen bei der Wohnraumschaffung

Das Land Baden-Württemberg stellt den Kommunen, die bezahlbaren Wohnraum schaffen wollen, im Rahmen des Kompetenzzentrums Wohnen BW umfassende Beratungs- und Förderleistungen bereit. Hierzu werden sieben Pools mit qualifizierten Dienstleistungsunternehmen in den Kategorien – Beteiligungsmodul, Grundlagenmodul, Konzeptmodul und Umsetzungsmodul – gebildet. Die zu erbringenden Leistungen reichen von der Kommunikation und Bürgerbeteiligung über Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen und die Erarbeitung stadtplanerischer Konzepte bis hin zur konkreten Flächenentwicklung.

Die europaweite Vergabe von Rahmenvereinbarungen über die Erbringung von Beratungsleistungen mit dem Land Baden-Württemberg zum Abruf von Einzelaufträgen durch die Kommunen des Landes Baden-Württemberg ist unter folgenden Links abrufbar:

- Auftragsbekanntmachung:  
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:463070-2020:TEXT:DE:HTML>
- Auftragsunterlagen:  
<https://www.dtmp.de/Satellite/notice/CXP4YMZDJ6/documents>

