

# Vergaberecht

Juli 2018

## Zuschlagsverbot bei nicht eigenständigen Angeboten verbundener Unternehmen

### Der Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber hatte im offenen Verfahren die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Sammlung, Beförderung und Behandlung von kommunalen Abfällen ausgeschrieben. Zu den Bietern, die Angebote einreichten, gehörten die Bieter A und B, die beide Tochtergesellschaften der E waren, die 100 Prozent bzw. 98,12 Prozent ihrer Anteile hielt. Die Verwaltungsorgane von A und B waren mit denselben natürlichen Personen besetzt. Weder das nationale Recht noch die Ausschreibungsunterlagen sahen eine Pflicht der Bieter vor, solche Verbindungen offenzulegen. Bieter B erklärte in seinem Angebot gleichwohl ehrenwörtlich, dass er an der Ausschreibung eigenständig und unabhängig teilnehme und verpflichtete sich dazu, ggf. eine Liste der mit ihm verbundenen Wirtschaftsteilnehmer vorzulegen. Der Auftraggeber schloss das Angebot von A aus und teilte den Bietern mit, dass er beabsichtigte, den Zuschlag an den Bestbieter B zu erteilen. Bieter V, der den 2. Platz einnahm, monierte, dass die Bieter A und B als eine Gruppe verbundener Unternehmen gehandelt hätten. Ihre Angebote seien unzulässige Varianten, die nach der Bekanntmachung verboten seien. Der Auftraggeber hätte die Angebote von A und B ablehnen müssen.

Der Oberste Gerichtshof von Litauen legte dem EuGH die Sache zur Vorabentscheidung über verschiedene Fragen vor. Im Kern ging es darum, ob Art. 2 RL der 2004/18/EG dahin auszulegen ist, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, nachzuprüfen, ob die Angebote verbundener Unternehmen tatsächlich eigenständig und unabhängig sind, und dass im Falle nicht eigenständiger und unabhängiger Angebote dies einem Zuschlag auf die Angebote der verbundenen Unternehmen entgegenstehe.

### Die Entscheidung des EuGH (Urteil vom 17.05.2018 – C-531/16 – Ecoservice projektai UAB)

Der EuGH bejahte die ihm zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen in ihrem wesentlichen Kern. Er stellte zunächst fest, dass Art. 2 der RL 2004/18/EG dahin auszulegen ist, dass miteinander verbundene Bieter, die in ein und demselben Verfahren gesonderte Angebote einreichen, nicht verpflichtet sind, dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber von sich aus ihre Verbindungen offenzulegen, wenn in der Ausschreibung oder den Verdingungsunterlagen, die die Bedingungen für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags regeln, keine ausdrückliche normative Bestimmung oder spezifische Bedingung enthalten ist.

Darüber hinaus stellte er fest, dass Art. 2 der RL 2004/18/EG aber dahin auszulegen ist, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn er über Anhaltspunkte verfügt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der von bestimmten Bietern eingereichten Angebote

aufkommen lassen, verpflichtet ist nachzuprüfen, ob deren Angebote tatsächlich eigenständig und unabhängig sind, und zwar gegebenenfalls dadurch, dass er zusätzliche Informationen von diesen Bietern anfordert.

Schließlich stellte der EuGH fest, dass wenn sich herausstelle, dass die Angebote miteinander verbundener Bieter nicht eigenständig und unabhängig sind, Art. 2 der RL 2004/18/EG einem Zuschlag des Auftrags an die Bieter, die ein solches Angebot abgegeben haben, entgegensteht.

### Praxishinweis

Die Entscheidung des EuGH vertieft die zuletzt auch von nationalen Nachprüfungsinstanzen vertretene Pflicht, zunächst den Sachverhalt und ggf. vorliegende Unklarheiten im Vergabeverfahren aufzuklären und erst im zweiten Schritt Entscheidungen über den Fortgang des Vergabeverfahrens zu treffen.

Dem Urteil des EuGH ist daher zunächst darin zuzustimmen, dass auf nicht eigenständige und unabhängige Angebote miteinander verbundener Bieter der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Das entspricht oberflächlich betrachtet auch der nationalen Vergaberechtsprechung des OLG Düsseldorf. Die Schwelle für einen Ausschluss der Angebote scheint allerdings nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf niedriger zu sein.

Nach den Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 13. April 2011 – VII-Verg 4/11 (X-Unternehmensgruppe) und vom 11. Mai 2011 – Verg 8/11, erfordert ein Ausschluss wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache keine ausdrückliche Verständigung zwischen zwei Unternehmen darüber, wer welche Leistung zu welchem Preis anbietet, sondern ist vielmehr in aller Regel schon dann verwirklicht, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen des Konkurrenzangebots erstellt wird. Allerdings habe der Auftraggeber, nachdem er Kenntnis von der Verbundenheit von Unternehmen erlangt hat, zu prüfen und zu würdigen, ob der Inhalt der von den verbundenen Unternehmen abgegebenen Angebote durch die sich aus der Verbundenheit ergebenden Verflechtungen und Abhängigkeiten beeinflusst worden ist, wobei die Feststellung eines wie auch immer gearteten Einflusses für den Ausschluss dieser Unternehmen genüge. Beteiligen sich also mehrere oder zwei konzernverbundene Unternehmen mit eigenen Angeboten an einem Vergabeverfahren, bestehe grundsätzlich eine – widerlegbare – Vermutung dafür, dass der Geheimwettbewerb zwischen ihnen nicht gewahrt ist. Zur Widerlegung erforderlich seien allerdings konkrete Ausführungen der verbundenen Unternehmen zu den strukturellen Bedingungen der Angebotserstellung, insbesondere dazu, ob und in welcher Form die Konzernmutter Einfluss auf das Ausschreibungsverhalten nimmt und die Unternehmen einer entsprechenden Konzernstrategie unterworfen sind, ob und auf welchen Unternehmensebenen Abstimmungen vorgenommen werden, ob und ggf. welche organisatorischen und personellen Verflechtungen bestehen und ob die Unternehmen räumlich getrennt agieren.

Im Ergebnis liegen damit die Entscheidungen des EuGH und des OLG Düsseldorf doch auf einer Linie, da auch nach dem OLG Düsseldorf zuerst eine Pflicht des Auftraggebers zur Aufklärung besteht.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Auftraggeber schon standardisiert durch Gestaltung seiner Ausschreibungsunterlagen Einfluss auf die Abgabe von Angeboten konzernverbundener Unternehmen nehmen kann, wie dies die Entscheidung des EuGH suggeriert. Das OLG Düsseldorf hatte nämlich in seinem Beschluss vom 17. Februar 2016 – VII-Verg 41/15 (TENS- und EMS-Geräte) bereits entschieden, dass standardisierte Forderungen des Auftraggebers an verbundene Unternehmen schon in den Ausschreibungsunterlagen unzulässig sind. Konkret hatte der Auftraggeber im entschiedenen Fall in den Ausschreibungsunterlagen eine „Erklärung zu gesellschaftsrechtlichen und/oder personellen, räumlichen bzw. organisatorischen und sonstigen Verflechtungen des Bieters/der Mitglieder der Bietergemeinschaft mit anderen Unternehmen“ gefordert. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf verstieß diese Forderung des Auftraggebers, offenzulegen, ob und welches Schwesterunternehmen sich ebenfalls am Wettbewerb beteiligt, gegen das vergaberechtliche Grundsatzgebot des Geheimwettbewerbs. Darüber hinaus mangle es an der im Vergabeverfahren gebotenen Eindeutigkeit und sei dies den Bietern auch nicht zumutbar.

Die Entscheidung des EuGH steht im Ergebnis im Einklang mit der nationalen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf. Die vom EuGH offengelassene Frage, ob man bereits in den Ausschreibungsunterlagen standardmäßig Erklärungen von verbundenen Unternehmen fordern kann, ist allerdings zutreffend mit dem OLG Düsseldorf wegen Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb zu verneinen. Insoweit bleibt die Pflicht im Einzelfall nachzuprüfen.



**Dr. Hans von Gehlen,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Hans.VonGehlen@bblaw.com

## Newsticker

### +++ UVgO für Zuwendungsempfänger des Bundes +++

Das Bundesministerium für Finanzen hat mit Rundschreiben vom 25. April 2018 nebst Anlage, das im GMBI. Nr. 29/2018, S. 568 am 12. Juni 2018 veröffentlicht worden ist, die Verwaltungsvorschriften (VV) zu § 44 Bundeshaushaltsordnung (BHO) geändert. Die Änderungen wurden am 13. Juni 2018 wirksam.

Zuwendungsempfänger haben danach über die Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid (ANBest) statt der VOL/A nunmehr grundsätzlich die UVgO anzuwenden. Daneben wurde die zuletzt in den VV zu § 55 BHO entfallene Pflicht für öffentliche Auftraggeber, bei der Beschaffung von IT-Leistungen die EVB-IT anzuwenden, wieder eingeführt.

Sowohl die ANBest-I für die institutionelle Förderung als auch die ANBest-P für Zuwendungen zur Projektförderung geben wie bisher die Anwendung der VOB/A und der UVgO ab einem Zuwendungsbetrag von EUR 100.000 vor. Künftig kann die Bewilligungsbehörde diese Wertgrenze aber mit Einzelfallbegründung anheben. In den ANBest-P sind allerdings die Zuwendungsempfänger von einzelnen Vorschriften der UVgO freigestellt, wie u.a. in Bezug auf die Losaufteilung, Bekanntmachung und die E-Vergabe.

Die Bundesländer werden indes noch eigene Anpassungen der ANBest erlassen, die von den Bundes-Fassungen abweichen können.

Bei einem Verstoß gegen die UVgO (wie auch schon bei der VOL/A) droht eine anteilige oder vollständige Rückforderung der Fördermittel.

(Quelle: GMBI. Nr. 29/2018, S. 568 am 12.06.2018)

### +++ Leitlinie für innovative Beschaffung der EU-Kommission +++

Zur Förderung von Innovationen hat die EU-Kommission mit ihrer Mitteilung C(2018) 3051 final am 15. Mai 2018 eine Leitlinie für innovative Beschaffung herausgegeben. Ziel ist es, öffentliche Beschaffer zur Beschaffung innovativer Lösungen zu ermutigen. Sie enthält Best-Practice-Beispiele und will Anreize für neue Beschaffungswege geben.

Die Leitlinie liegt bisher nur in englischer Sprache vor und kann aus dem Dokumentenraum der EU Kommission heruntergeladen werden, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/29261/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>.

(Quelle: EU-Kommission)

### +++ Unzulässige Eignungskriterien des Auftraggebers +++

Nach dem OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Februar 2018 – VII-Verg 55/16 müssen die vom Auftraggeber in der öffentlichen Ausschreibung aufgestellten Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Der Auftraggeber darf daher nur diejenigen Eignungsanforderungen stellen, die zur Sicherstellung des Erfüllungsinteresses erforderlich sind, die mit den gesetzlichen Bestimmungen im Einklang stehen und die nicht unverhältnismäßig, nicht unangemessen und für den Bieter nicht unzumutbar sind.

Diese Vorgaben habe der Auftraggeber im entschiedenen Fall nicht eingehalten. Der Auftraggeber hatte bei der Ausschreibung der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst Eignungsanforderungen aufgestellt, die mit einem generellen Ausschluss von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie verbunden sind. Diese Forderung stehe zum Auftragsgegenstand und den Dienstleistungsaufträgen über die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst in keinem angemessenen Verhältnis.

Es sei im Ergebnis allerdings alleinige Sache des Auftraggebers, wie er den festgestellten Rechtsverstoß beheben wolle. Er könne dies u.a. tun, indem er die Ausschreibung nunmehr auch für Orthopäden und Unfallchirurgen eröffne.

### +++ Unzulässigkeit des Verbots von Unterauftragnehmern +++

Das OLG Rostock hat in seinem Beschluss vom 23. April 2018 – 17 Verg 1/18 entschieden, dass ein Selbstausführungsgebot und ein damit verbundenes Verbot der Einbindung von Unterauftragnehmern angesichts der Regelungen in § 36 VgV (Art. 71 RL 2014/24/EU) grundsätzlich unzulässig ist. Der Auftraggeber hatte im entschiedenen Fall soziale und andere besondere Dienstleistungen europaweit ausgeschrieben. Ein Bieter monierte, dass er entgegen den Ausschreibungsunterlagen einen Unterauftragnehmer, und zwar den AWO Kreisverband Sch.-P., einbinden wolle. Das OLG Rostock gab dem Bieter Recht. Wenn schon der öffentliche Auftraggeber auch nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 14.07.2016 – C-406/14 – Stadt Breslau) nicht vorschreiben dürfe, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der Arbeiten selbst ausführen müsse, dann dürfe er die Selbstausführung selbstverständlich auch nicht für wesentliche Teile vorschreiben. Die Voraussetzungen eines ausnahmsweise erlaubten Selbstausführungsgebots für bestimmte kritische Aufgaben gem. § 47 Abs. 5 VgV lägen im entschiedenen Fall nicht vor.

### +++ Pflicht zur vollständigen E-Vergabe ab 18. Oktober 2018 +++

In etwas mehr als 100 Tagen, am 18. Oktober 2018, geht die verpflichtende E-Vergabe für alle Auftraggeber bei EU-weiten Ausschreibungen an den Start. Ab diesem Zeitpunkt dürfen bei Vergabeverfahren, die den Schwellenwert überschreiten, grundsätzlich keine schriftlichen Angebote und Teilnahmeanträge mehr angenommen werden. Spätestens ab dann müssen Auftraggeber ihre Vergabeverfahren unter Nutzung entsprechender E-Vergabe-Systeme durchführen, um die Vertraulichkeit der elektronischen Wettbewerbsbeiträge hinreichend schützen und damit den Geheimwettbewerb gewährleisten zu können.

Sind Sie vorbereitet auf den „Tag X“? Sprechen Sie uns bei Bedarf gerne auf mögliche Lösungen an. Über einzelne Aspekte der E-Vergabe werden wir Sie auch in den kommenden Newslettern informieren.

### Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [newsletter@bblaw.com](mailto:newsletter@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

### Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

### Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,  
Rechtsanwalt

### Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann • [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten • [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

**Düsseldorf** • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich • [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys • [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

**Frankfurt am Main** • Mainzer Landstraße 36  
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195  
Dr. Hans von Gehlen • [Hans.VonGehlen@bblaw.com](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)

**Hamburg** • Neuer Wall 72 • 20354 Hamburg  
Tel.: +49 40 688745-145  
Jan Christian Eggers • [Jan.Eggers@bblaw.com](mailto:Jan.Eggers@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner • [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier • [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
HAMBURG • MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)