ADVANT Beiten

OKTOBER 2024

NEWSLETTER VERGABERECHT

Stephan Rechten, Max Stanko, Sascha Opheys, Christopher Theis, Michael Brückner, Hans Georg Neumeier, Katrin Lüdtke, Magdalena Schneider

- Der richtige Umgang mit horizontalen Bietergemeinschaften
- Wann müssen Auftraggeber wirtschaftliche Wettbewerbsvorteile einzelner Bieter ausgleichen?
- Eintragung eines anderen Umsatzsteuersatzes – Änderung der Vergabeunterlagen?
- Vorgegebene Formblätter sind vollständig auszufüllen
- EU-Kommission: Klarstellungen zur Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten (FSR)

ADVANT Beiten

Newsletter Vergaberecht

Oktober 2024

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Oktober 2024.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten
Rechtsanwalt
vCard

Der richtige Umgang mit horizontalen Bietergemeinschaften

zum Artikel

Newsticker

Wann müssen Auftraggeber wirtschaftliche Wettbewerbsvorteile einzelner Bieter ausgleichen?

Eintragung eines anderen Umsatzsteuersatzes – Änderung der Vergabeunterlagen?

Vorgegebene Formblätter sind vollständig auszufüllen

EU-Kommission: Klarstellungen zur Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten (FSR)

zu den Artikeln

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com
www.advant-beiten.com

Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen. Wir verwenden das generische Maskulinum, womit alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

Der richtige Umgang mit horizontalen Bietergemeinschaften

Die Beteiligung an einer Bietergemeinschaft kann es Unternehmen ermöglichen, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen, für die sie sich allein nicht hätten bewerben können. Grund hierfür können die zu geringen eigenen Kapazitäten der beteiligten Einzelunternehmen sein oder auch dass die Einzelunternehmen allein die Eignungsvoraussetzungen nicht erfüllen können. Bietergemeinschaften dürfen jedoch keine kartellrechtlich unzulässige Absprache gemäß § 1 GWB getroffen haben. Der VGH Bayern hat sich vor Kurzem (Beschluss vom 26. Juli 2024 – 12 CE 24.1067) im Zusammenhang mit der Vergabe von Rettungsdienstleistungen mit der Zulässigkeit von sog. „horizontalen Bietergemeinschaften" auseinandergesetzt. Hierunter sind gemeinsame Beteiligungen von Unternehmen an einem Vergabeverfahren zu verstehen, die im selben Markt tätig sind. Der VGH Bayern kommt zum Schluss, dass ein solcher Zusammenschluss einen Wettbewerbsverstoß impliziere und daher von den Bietergemeinschaftsmitgliedern entkräftet werden müsse.

Sachverhalt

Der Auftraggeber veröffentlichte ein Verfahren über die Stationierung und den Betrieb von Notarzt-Einsatzfahrzeugen (NEF) und Krankentransportwagen (KTW). Auf zwei der vier Lose reichten drei Bieter ein Angebot ein, darunter die spätere Antragstellerin und eine Bietergemeinschaft, welche später Beigeladene war. Die teilnehmende Bietergemeinschaft bestand aus zwei Unternehmen, die beide auch isoliert Rettungsdienstleistungen auf dem Markt anbieten.

Der Auftraggeber teilte der Antragstellerin vor Zuschlagserteilung mit, dass sie nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht habe und der Zuschlag an die beigeladene Bietergemeinschaft erteilt werden solle. Daraufhin erhob die Antragstellerin Klage und beantragte die einstweilige Anordnung, den Auftraggeber zu verpflichten, weder der Bietergemeinschaft noch einem anderen Dritten den Zuschlag zu erteilen.

Das VG Regensburg lehnte die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als unbegründet ab. Das Gericht sah keinen Fehler im Auswahlverfahren, auf den sich die Antragstellerin hätte berufen können. Insbesondere erkannte das VG Regensburg keinen Verstoß gegen die

Auswahlunterlagen oder § 1 GWB, aufgrund dessen ein Ausschluss des Angebots der beigeladenen Bietergemeinschaft hätte erfolgen müssen.

Entscheidung

Der VGH hob den Beschluss des VG teilweise auf und entschied, dass die Beschwerde der Antragstellerin im weit überwiegenden Teil begründet sei, weshalb die Auswahlentscheidung auf eine neue Grundlage zu stellen sei. Dem VGH nach bestanden wegen § 1 GWB Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft. Zwar gibt es Fallgruppen von Ausnahmen, bei denen die Bildung einer Bietergemeinschaft zulässig ist, diese wurden jedoch vom Auftraggeber (und dem VG) nur genannt, nicht jedoch ihr Vorliegen überprüft.

Die erste Fallgruppe erlaubt die Bildung einer Bietergemeinschaft, wenn die beteiligten Einzelunternehmen wegen betrieblicher und geschäftlicher Verhältnisse nicht in der Lage sind, ein eigenständiges Angebot abzugeben, mit einer Bietergemeinschaft hingegen ein erfolgsversprechendes Angebot möglich wäre. Vorliegend handelt es sich bei den Mitgliedern der Bietergemeinschaft jedoch um Organisationen, die bundesweit im Rettungswesen tätig sind und somit nach Ansicht des VGH eigenständige Angebote hätten abgeben können.

Die zweite und dritte Fallgruppe erfordern, dass die Kapazitäten der Einzelunternehmen derzeit anderweitig gebunden sind oder die Bildung einer Bietergemeinschaft eine wirtschaftlich zweckmäßige und kaufmännisch vernünftige Entscheidung ist. Dies wurde vom Auftraggeber und auch vom VG nicht abgefragt und aufgeklärt. Auch die Bietergemeinschaft selbst hat in ihrem Angebot hierzu keine Angaben gemacht. Der VGH hat daher dem VG aufgegeben, diese Prüfung zu wiederholen und dabei zu beachten, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB bereits dann vermutet wird, wenn zwei leistungsfähige Unternehmen, die im Hinblick auf den Auftragsgegenstand Konkurrenten sind, eine Bietergemeinschaft bilden. Die Bietergemeinschaft bzw. die sie bildenden Einzelunternehmen müssen wiederum die Vermutung mit der Darlegung der konkreten Umstände entkräften. Für den Fall, dass die Bildung der Bietergemeinschaft ausschließlich zur Steigerung der Zuschlagschancen oder der Gewinnmaximierung diene, liegt nach Auffassung des VGH Bayern eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Absprache vor und die horizontale Bietergemeinschaft ist unzulässig.

Fazit und Praxistipp

Der VGH Bayern wendet die von der (vergaberechtlichen) Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit (horizontaler) Bietergemeinschaften an und kommt zu einem richtigen Ergebnis. Die Entscheidung dürfte – auch wenn vorliegend aufgrund der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB für Rettungsdienste nicht die Vergabenachprüfungsinstanzen, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig waren – auf das GWB-Vergaberecht übertragbar sein. Neben einer Sensibilisierung für die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften verdeutlicht die Entscheidung aber nochmals, wie wichtig die Dokumentation im Vergabeverfahren ist. Der Auftraggeber hat vorliegend die Zulässigkeit der Bietergemeinschaft nicht hinterfragt. Auch der Bieter hat hierzu keine Aussagen – z. B. im Rahmen seines Angebots –getroffen. Bereits dieser Dokumentationsmangel war ausreichend für das Gericht, die Wiederholung der Auswahlentscheidung anzuordnen.

Öffentlichen Auftraggebern ist daher zu raten, bei Bietergemeinschaften im Einzelfall kritisch hinzuschauen, ob es kartellrechtliche Bedenken geben könnte. Für die Mitglieder einer Bietergemeinschaften gilt zugleich, entweder proaktiv im Angebot oder für etwaige Nachfragen des öffentlichen Auftraggebers bereits eine Begründung für die Teilnahme als Bietergemeinschaft parat zu haben. Aus Bietersicht ist darauf zu achten, eine Begründung vorzutragen, die den von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen Rechnung trägt. Erfolgt dies nicht, droht der Ausschluss vom (Vergabe-)Verfahren.

Sascha Opheys
Partner / Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht
vCard

Magdalena Schneider
Rechtsanwältin
vCard

Newsticker

Wann müssen Auftraggeber wirtschaftliche Wettbewerbsvorteile einzelner Bieter ausgleichen?

Das Kammergericht (Beschluss vom 1. März 2024 – Verg 11/22) hat entschieden, dass Wettbewerbsvorteile des Bestandsdienstleisters gegenüber den anderen Bietern ausgeglichen werden müssen, wenn diese Wettbewerbsvorteile vom Bestandsdienstleister nicht in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren gewonnen wurden. Im vorliegenden Fall sparte ein Bestandsunternehmen erheblich, weil es eigene Werkstätten nutzen konnte, während andere Bieter zusätzliche Kosten für bereitgestellte Werkstattgrundstücke hatten. Dieser Vorteil beruhte nicht auf dem Ergebnis eines ordentlichen Vergabeverfahrens. Der Ausgleich solcher Vorteile ist notwendig, um den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 GWB zu wahren. Bloße Wettbewerbsvorteile aus der Marktstellung der Unternehmen müssen hingegen nicht ausgeglichen werden.

Eintragung eines anderen Umsatzsteuersatzes – Änderung der Vergabeunterlagen?

In einem Vergabeverfahren für Catering-Dienstleistungen war der Bruttopreis als Zuschlagskriterium festgelegt, wobei die Bieter Nettopreise angeben sollten und der Umsatzsteuerbetrag von 19 Prozent bereits in den Unterlagen eingetragen war. Ein Bieter trug jedoch bei einigen Positionen den ermäßigten Steuersatz von 7 Prozent ein. Daraufhin rügte ein Bieter und wollte den anderen Bieter gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 1 Nr. 5 VgV ausschließen lassen. Das Bayerische Oberste Landesgericht (Beschluss vom 29. Mai 2024 – Verg 20/23) entschied, dass dies keinen Ausschlussgrund darstelle, da die Bieter den Steuersatz ändern durften, sofern sie der Ansicht waren, dass ein ermäßigter Satz gelte. Ein Ausschluss wäre nur dann gerechtfertigt gewesen, wenn aus den Vergabeunterlagen eindeutig hervorgegangen wäre, dass der vorgegebene Steuersatz nicht geändert werden dürfe. Im Zweifelsfall sollten Bieter daher eine Bieterfrage stellen.

Vorgegebene Formblätter sind vollständig auszufüllen

Die Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 21. März 2024, VK2-78/23) hat im Rahmen einer Bauvergabe entschieden, dass ein

Bieter auszuschließen ist, wenn das geforderte Formblatt 223 (Aufgliederung von Einheitspreisen) nicht korrekt ausgefüllt oder abweichend formatiert eingereicht wird. Vorliegend forderte der öffentliche Auftraggeber das Formblatt zur Klärung erheblicher Preisabweichungen an, doch die spätere Antragstellerin reichte ein inhaltlich verändertes, umformatiertes Formular ein. Unvollständige oder abweichende Angaben können als Fehlen der geforderten Unterlagen und als verweigerte Auskunft gewertet werden. Da Formblätter aus einer Vielzahl von Einzelerklärungen bestehen, liegt ein „Fehlen" i. S. v. § 16 EU Nr. 4 S. 1 VOB/A bereits bei unvollständigen Eintragungen vor. Eine Nachforderung war nicht möglich, da diese nur für Unterlagen gilt, die nicht erst auf Anforderung einzureichen sind.

EU-Kommission: Klarstellungen zur Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten (FSR)

Die EU-Kommission hat ein Arbeitsdokument („Staff Working Document") veröffentlicht, das erste Erläuterungen zur Bewertung von ausländischen Subventionen im Binnenmarkt und zur Anwendung der Abwägungsprüfung gemäß der Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten („Foreign Subsidies Regulation") gibt. Es enthält Fragen und Antworten zur Auslegung des Begriffs der Marktverzerrung, insbesondere bei Unternehmenszusammenschlüssen und der Vergabe öffentlicher Aufträge. Dabei wird betont, dass Subventionen, wie unbegrenzte Garantien, den Binnenmarkt besonders stark verzerren können. Zudem wird der Ansatz der Kommission bei der Abwägungsprüfung und deren mögliche Auswirkungen auf Untersuchungsergebnisse erläutert. Das Dokument in englischer Sprache finden Sie hier. Weitere Details zum Thema erhalten Sie unter diesem Link.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin
Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten
Rechtsanwalt
vCard

Max Stanko
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard

Düsseldorf
Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard

Frankfurt am Main
Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard

München
Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner
Rechtsanwalt
vCard

Hans Georg Neumeier
Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht
vCard

Katrin Lüdtke
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht
vCard

Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit abmelden.

© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Alle Rechte vorbehalten 2024

Impressum

ADVANT Beiten
Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, 80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811
Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
https://www.advant-beiten.com/de/impressum

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.