

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 17 vom 1.5.2008

## Vergaberecht

**Arbeitsgemeinschaften müssen sich im Teilnahmewettbewerb bilden. In der Angebotsphase führt das zum Ausschluss.**



Rechtsanwalt  
Dr. Martin  
Schellenberg von  
Heuking Kühn Lüer  
Wojtek, Hamburg

VK Bund, Az. VK 1-4/08

### Der Fall

Für einen Auftrag zur Sanierung der Kantine in einem Ministerium wurden drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Zuvor war ihre Eignung im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs überprüft worden. Zwei der aufgeforderten Unternehmen schlossen sich danach zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammen und gaben ein gemeinsames Angebot ab. Die Vergabestelle hat das Angebot zurückgewiesen und die Arbeitsgemeinschaft ausgeschlossen. Begründung: Zur Angebots-

abgabe waren nur die beiden Unternehmen einzeln aufgefordert, nicht jedoch die Arbeitsgemeinschaft. Deren nachträgliche Bildung sei unzulässig, so die Vergabestelle. Ließe man die Arbeitsgemeinschaft zu, so verstieße dies gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und beschränke den Wettbewerb. Den Zuschlag erhielt sodann der dritte Bieter. Die beteiligten Unternehmen wollten ihren Ausschluss nicht hinnehmen und beantragten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

### Die Folgen

Es hält zunehmend die Erkenntnis Einzug, dass Arbeitsgemeinschaften auch im Vergaberecht als eigenständige Rechtsträger anzuerkennen sind. Das OLG Celle hatte im vergangenen Jahr im September im Rahmen der Jade-Weser-Port-Entscheidung entschieden, dass ein Wechsel in der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft während des Verfahrens nicht zur Auflösung der Gesellschaft führt (OLG Celle, Az. 13 Verg 9/07). Es ist daher nur konsequent, wenn der Zusammenschluss zweier selbstständiger Bieter zu einer

Arbeitsgemeinschaft als das Eintreten eines neuen Teilnehmers in den Wettbewerb gewertet wird. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass beide Bieter im Teilnahmewettbewerb bereits ihre Eignung nachgewiesen haben und daher Eignungszweifel der Arbeitsgemeinschaft eigentlich nicht begründet sein können. Zu Recht weist das Bundeskartellamt zudem darauf hin, dass der Zusammenschluss darüber hinaus möglicherweise kartellrechtliche Auswirkungen hat, die bisher nicht geprüft werden konnten.

### Was ist zu tun?

Die Vergabepaxis fordert immer komplexere Leistungen wie Bau- und Betriebsmodelle im PPP-Bereich. Häufig entsteht damit die Notwendigkeit, schnell unterschiedliche Kompetenzen zu bündeln und in der Vergabe anzubieten. Die Entscheidung macht deutlich, dass ein solches An-

gebot im Rahmen einer Bietergemeinschaft bereits in der ersten Phase des Vergabeverfahrens, also im Teilnahmewettbewerb, konzipiert sein muss. Später, in der Angebotsphase, werden neue Konstellationen als Bietergemeinschaft nicht mehr akzeptiert. (ba)