Gegenseitige Nachunternehmernennung zulässig

Benennen sich zwei Unternehmen bei derselben Ausschreibung in ihren Angeboten gegenseitig als Nachunternehmer, verstößt dies nicht gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn den Bietern kein eigener Kalkulationsspielraum mehr verbleibt (OLG Düsseldorf, 21.05.2012, VII-Verg 3/12).

Der Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB verbietet Verhaltensweisen von Unternehmen, die auf einen Scheinwettbewerb hinauslaufen. Kennt ein Unternehmen Angebotsinhalte eines konkurrierenden Bieters, ist ein echter Wettbewerb nicht mehr möglich (KG, 13.03.2008, 2 Verg 18/07). Deshalb verlangt das aus dem Wettbewerbsgrundsatz abgeleitete Gebot des Geheimwettbewerbs von Auftraggebern sicherzustellen, dass die Bieter keine Kenntnis von Grundlagen und Kalkulation der Angebote konkurrierender Unternehmen erhalten (OLG Düsseldorf, 16.09.2003, VII-Verg 52/03).

Kenntnis einzelner Angebotsteile unschädlich

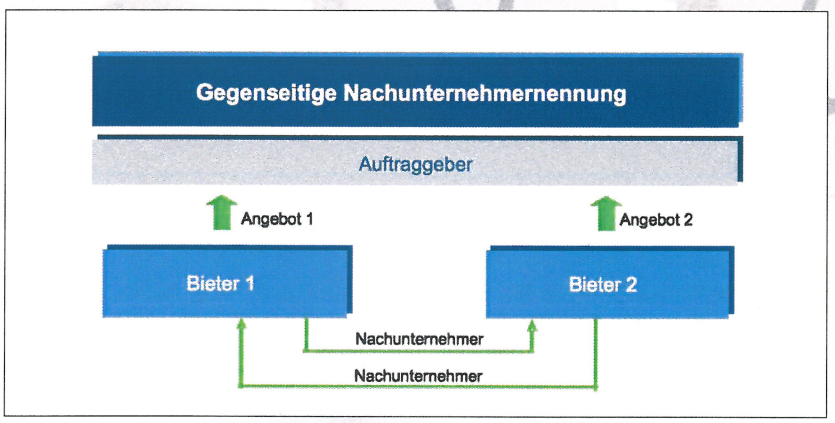
Benennen sich zwei Unternehmen bei derselben Ausschreibung in ihren Angeboten gegenseitig als Nachunternehmer, haben sie zwar Kenntnis von Teilen der Angebotskalkulation des jeweils anderen Bieters. Denn sie wissen, zu welchen Konditionen er diejenigen Teilleistungen einrechnen muss, für die er ein Nachunternehmerangebot von ihnen eingeholt hat. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um die Angebote beider Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Entscheidend ist, ob den Bietern bei der Kalkulation ihrer eigenen Angebote Spielräume verbleiben, die der jeweils andere Bieter nicht kennt. Bei der gegenseitigen Nachunternehmernennung ist dies regelmäßig der Fall. Zum einen haben die Bieter die Möglichkeit, ihre Nachunternehmerleistungen in den eigenen Angeboten zu verbesserten Konditionen anzubieten. Zum anderen wissen beide Bieter nicht, wie der Konkurrent den Teil der Leistungen kalkuliert, der über ihr Nachunternehmerangebot hinausgeht. Unter diesen Voraussetzungen besteht keine Gefahr einer wettbewerbswidrigen Einflussnahme auf den Ausgang der Ausschreibung (OLG Düsseldorf, 09.04.2008, VII-Verg 2/08; OLG Jena, 29.08.2008, Verg 5/08).

Verbleibender Spielraum entscheidend

Etwas anderes gilt jedoch, wenn mindestens einer der Bieter keinen nennenswerten Kalkulationsspielraum mehr hat. Dann kennt der andere Bieter dessen Angebot im Wesentlichen, so dass er seine Angebotskalkulation hieran ausrichten kann. Ein echter Wettbewerb ist nicht mehr gegeben.

Praxistipp

Der Beschluss des OLG Düsseldorf bestätigt die bisherige Rechtsprechung der Vergabesenate. Zwar sind gegenseitige Nachunternehmernennungen unzulässig, wenn mindestens einer der Bieter so viele Details des anderen Angebots kennt, dass er seine Preisgestaltung darauf ausrichten kann. Ein ungeprüfter Angebotsausschluss ist jedoch nicht erlaubt. Bestehen Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs, müssen Auftraggeber von den Bietern zunächst Aufklärung verlangen. Unter diesen Umständen kann sich die Darlegungs- und Beweislast für eine fehlende Wettbewerbsbeeinträchtigung zum Nachteil der Bieter umkehren (OLG Düsseldorf, 13.04.2011, VII-Verg 4/11). Das Problem stellt sich übrigens auch in Fällen, in denen das Mitglied einer Bietergemeinschaft zusätzlich allein ein Angebot abgeben will (sog. „Parallelangebot", vgl. EuGH, 23.12.2009, Rs. C-376/08).

Dr. Daniel Soudry LL.M.,
Rechtsanwalt, Heuking Kühn Lüer Wojtek