

Mehrfachangebote manchmal erlaubt

Mehrfachbeteiligungen an öffentlichen Ausschreibungen sind zulässig, wenn sie nicht den Wettbewerb behindern. Spannende Fragen stellen sich seit der Vergaberechtsnovelle bei verbundenen Unternehmen.

*Bernhard Kall**

Immer wieder beteiligen sich Bieter mehrfach an einer Ausschreibung – durch Legung mehrerer Angebote, Teilnahme an mehreren Bietergemeinschaften, Legung mehrerer Subunternehmerangebote oder Teilnahme von mehreren verbundenen Unternehmen an einer Ausschreibung.

Unstrittig ist, dass eine Mehrfachbeteiligung durch Legung mehrerer Angebote unzulässig ist. Der Bieter hätte es dann in der Hand, seine Chancen auf Zuschlagserteilung auf unzulässige Weise zu erhöhen. Nicht so eindeutig sind die restlichen Fälle.

Wenn z. B. ein Bieter an mehreren Bietergemeinschaften teil-

nimmt, liegt nach der älteren Rechtsprechung eine unzulässige Mehrfachbeteiligung vor. Die Nachprüfungsbehörden sind davon ausgegangen, dass in diesem Fall zwischen dem Bieter und den anderen Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Bieterabsprachen getroffen wurden.

Die neuere Rechtsprechung geht im Gegensatz davon aus, dass der Ausscheidungstatbestand nur dann vorliegt, wenn der Bieter durch die Mehrfachbeteiligung tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil lukrieren und der Auftraggeber die für ihn nachteilige Absprache nachweisen kann. Es ist daher immer auf den konkreten Einzelfall abzustellen.

Diese Rechtsprechung ist zu be-

grüßen, da nicht ersichtlich ist, warum die Teilnahme an mehreren Bietergemeinschaften per se eine wettbewerbswidrige Absprache darstellt. Diese liegt etwa dann nicht vor, wenn ein Bieter als Mitglied einer Bietergemeinschaft auf die Preisgestaltung des Gesamtangebots keinen Einfluss hat und die Gespräche lediglich über die Bedingungen seiner Teilnahme sowie der Abgrenzung seines Leistungsteils geführt werden.

Es hängt vom Einzelfall ab

Auch bei einer Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob eine wettbewerbswidrige Bieterabsprache vorliegt. Dies wäre der Fall, wenn ein Subunternehmer aufgrund seines Kontakts zu einem Bieter, für den er ein Angebot als Subunternehmer legt, Kenntnis von dessen Angebotspreis hat und diese Informationen an einen anderen Bieter weiterleitet, für den er ebenfalls als Subunternehmer tätig ist.

Spannend ist die Frage, ob die Mehrfachbeteiligung von verbundenen Unternehmen vergaberechtlich zulässig ist. Diese Frage werden die Nachprüfungsbehörden in Zukunft vermehrt zu lösen haben. Die am 5. März 2010 in Kraft getretene Bundesvergabegesetznovelle hat nämlich die Möglichkeit geschaffen, den gesamten Auftrag an verbundene Unternehmen weiterzugeben; bisher war dies nur im Sektorenbereich zulässig. Wenn zukünftig größere Konzerne dies vermehrt nutzen, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich mehrere verbundene Unternehmen an einer Aus-

schreibung beteiligen; gleichzeitig steigert sich die Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen.

Von verbundenen Unternehmen spricht man dann, wenn die Jahresabschlüsse konsolidiert sind oder wenn durch das andere Unternehmen ein beherrschender Einfluss möglich ist. Ein solcher Einfluss wird gesetzlich z. B. dann vermutet, wenn Unternehmen unmittelbar oder mittelbar über die Mehrheit des gesetzlichen Kapitals verfügen: Eine 51-prozentige Beteiligung am Kapital eines anderen Unternehmens reicht aus. Ob der beherrschende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird, ist nicht weiter relevant.

Wie bei der Mehrfachbeteiligung an Bietergemeinschaften führt auch die Mehrfachbeteiligung verschiedener konzernverbundener Unternehmen an einer Ausschreibung nicht automatisch zum Ausschluss aller betroffenen Angebote. Dies selbst dann nicht, wenn personelle Verflechtungen vorliegen, wie z. B. dann, wenn dieselbe Person Geschäftsführer der Mutter- und der hundertprozentigen Tochtergesellschaft ist. Die Mehrfachbeteiligung durch verbundene Unternehmen bringt zwar ein erhöhtes Risiko von Bieterabsprachen mit sich, ein zwingendes Ausscheiden nur wegen der erhöhten Gefahrenlage ohne Prüfung der Umstände des Einzelfalles ist allerdings nicht zulässig.

**Dr. Bernhard Kall ist Rechtsanwalt bei Willheim Müller Rechtsanwälte. b.kall@wmlaw.at*