

Kartellrechtliche Beurteilung von Bietergemeinschaften bei Ausschreibungen von Nahverkehrsleistungen

Positionspapier der Kartellbehörden des Bundes und der Länder

- I. Die Kartellbehörden des Bundes und der Länder haben sich auf der Kartellreferenten-Tagung II/2001 am 08.11.2001 mit der Frage der kartellrechtlichen Beurteilung von Bietergemeinschaften bei öffentlichen Ausschreibungen von Leistungen im Bereich des Personennahverkehrs (SPNV und ÖPNV) befasst. Sie haben damit der Tatsache Rechnung getragen, dass sich in der Vergangenheit vermehrt Verkehrsunternehmen an sie gewandt haben, um eine Bescheinigung über die kartellrechtliche Unbedenklichkeit einer beabsichtigten Bietergemeinschaft zu beantragen. Die Verkehrsunternehmen sahen sich zu diesen Anträgen veranlasst, weil Vergabestellen (Aufgabenträger) unter Berufung auf § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A von den Mitgliedern einer Bietergemeinschaft die Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung der zuständigen Kartellbehörde eingefordert haben. Gemäss § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A sind Angebote von Bietern von der weiteren Wertung auszuschließen, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben.

- II. Die Kartellbehörden des Bundes und der Länder vertreten im Hinblick auf die kartellrechtliche Beurteilung von Bietergemeinschaften bei Ausschreibungen von Nahverkehrsleistungen folgende Rechtsauffassung:
 1. Will eine Vergabestelle (Aufgabenträger) das Angebot einer Bietergemeinschaft unter Berufung auf § 25 Nr. 1 Abs. 1 Lit. f) VOL/A von der weiteren Wertung ausschließen, so hat sie das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die kartellrechtliche Unzulässigkeit einer Vereinbarung zur Bildung einer Bietergemeinschaft konkret nachzuweisen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 21.12.2000, "Abschleppaufträge", WuW/E Verg. 493, 496). Von der hierzu erforderlichen Prüfung, ob eine an der Ausschreibung beteiligte Bietergemeinschaft gegen das Verbot des § 1 GWB ver-

stößt, kann sich die Vergabestelle nicht dadurch befreien, dass sie die an einer Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen verpflichtet, eine kartellrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Kartellbehörde vorzulegen.

2. Im Hinblick auf die Anwendung des Kartellverbots des § 1 GWB auf Bietergemeinschaften verfügt die nach § 48 Abs. 2 GWB zuständige Kartellbehörde gemäß § 32 GWB und § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 47 OWiG über ein Aufgreifermessen. Ein Rechtsanspruch der Mitglieder einer Bietergemeinschaft auf eine kartellbehördliche Prüfung und ggf. die Erteilung einer kartellrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung besteht daher nicht. Eine solche Bescheinigung kann – sollte sie erteilt werden – ferner keine Bindungswirkung im Hinblick auf die vergaberechtliche Überprüfung der Ausschreibung entfalten.
3. Für die Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften bei Ausschreibungen von Nahverkehrsleistungen gelten die gleichen materiellen Beurteilungsmaßstäbe, die nach ständiger Rechts- und Verwaltungspraxis generell auf Arbeits- und Bietergemeinschaften anzuwenden sind. Danach ist eine Bietergemeinschaft dann kartellrechtlich unbedenklich, wenn die beteiligten Unternehmen – jedes für sich betrachtet – zur Zeit der Bildung der Bietergemeinschaft überhaupt nicht oder jedenfalls zu dieser Zeit nicht über die erforderliche Kapazität zur Durchführung des angestrebten Auftrags verfügen oder zwar über die erforderliche Kapazität verfügen, aber erst die Zusammenarbeit der Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben (vgl. BGH, Beschluss von 13.12.1983, "Bauvorhaben Schramberg", WuW/E BGH 2050). Eine Vereinbarung zur Bildung einer Bietergemeinschaft stellt hingegen dann eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB dar, wenn „der Entschluss zur Mitgliedschaft in der Bietergemeinschaft für eines der beteiligten Unternehmen keine im Rahmen zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Entscheidung ist“ (OLG Naumburg, Beschluss v. 21.12.2000, "Abschleppaufträge", WuW/E Verg. 493, 495).