

## Update Vergaberecht

### **Ausschluss bei Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz**

#### **BayObLG, Beschluss vom 11.01.2023 – Verg 2/21**

Der Landkreis L schrieb Busverkehrsleistungen im Offenen Verfahren aus. Angebote legten u. a. die GmbH G und der Unternehmer U, der Alleingesellschafter und Geschäftsführer der G war, vor. L schloss beide Angebote aus, weil sie von derselben Person gefertigt worden seien und somit ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb und eine Wettbewerbsverfälschung gegeben sei. Auf Nachprüfungsantrag von G und U entschied die Vergabekammer, dass die Angebote wieder in das Verfahren aufzunehmen seien. Dagegen legte L sofortige Beschwerde ein.

Mit Erfolg! Die Angebote von G und U seien zu Recht ausgeschlossen worden. Zwar seien die Voraussetzungen des Ausschlussgrunds nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht erfüllt, da keine wettbewerbswidrige Vereinbarung (welche zwischen mehreren natürlichen Personen getroffen werden müsste) vorläge. Auch seien die in § 124 GWB normierten Ausschlussgründe abschließend. Ein Ausschluss sei aber unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des § 97 Abs. 2 GWB gerechtfertigt. Dieser Grundsatz sei verletzt, wenn man es zuließe, dass miteinander verbundene Bieter abgesprochene oder abgestimmte, d. h. weder eigenständige noch unabhängige, und ihnen deshalb gegenüber den anderen Bietern möglicherweise ungerechtfertigte Vorteile verschaffende Angebote einreichen könnten. Die Angebote von G und U seien nicht eigenständig und unabhängig voneinander abgegeben worden, da sich die personellen Verflechtungen auf die Erstellung der Angebote konkret ausgewirkt hätten.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Miteinander verbundene Unternehmen, die im selben Marktsegment tätig sind, sollten frühzeitig Vorkehrungen für die Beteiligung an Vergabeverfahren treffen. Parallel eingereichte Angebote müssen unabhängig voneinander erstellt werden. Dies kann bspw. durch „Chinese Walls“ sichergestellt werden. Alternativ könnte eine gemeinsame Teilnahme durch Bildung von Bietergemeinschaften erwogen werden (wobei deren Zulässigkeit zuvor vergaberechtlich geprüft werden müsste). In keinem Fall sollten parallele Angebote für dieselben Lose durch eine identische Person erstellt werden.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens hatte das Bayerische Oberste Landesgericht dem EuGH Fragen zur Reichweite der Ausschlussgründe nach der Richtlinie 2014/24/EU vorgelegt. Im Rahmen der Beantwortung dieser Fragen ließ der EuGH erkennen, dass er hier die Sektorenrichtlinie für einschlägig halte ([Update-Beitrag zur Entscheidung des EuGH](#)). Mit Spannung wurde erwartet, wie sich das BayObLG zur Anwendbarkeit des Sektorenvergaberechts bei der Vergabe von Verkehrsleistungen positionieren würde. Da das BayObLG die Thematik allerdings nicht für entscheidungserheblich hielt, ließ es diese Frage ausdrücklich offen.