



## UPDATE VERGABERECHT

### ANHALTSPUNKTE FÜR EINE WETTBEWERBSBESCHRÄNKENDE ABREDE

#### OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.01.2018 – Verg 39/17

Das OLG Düsseldorf hatte sich in zweiter Instanz u.a. mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Bietergemeinschaft gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen war. Im konkreten Fall wurden Baggerarbeiten vergeben. Hierauf bewarb sich auch eine Bietergemeinschaft, die aus zwei Unternehmen bestand, wovon eines auch aus eigener Kraft zu der Erbringung des Auftrags in der Lage gewesen wäre. Ein Mitbewerber verlangte den Ausschluss der Bietergemeinschaft, da hier der Ausschlussgrund der wettbewerbsbeschränkenden Abrede im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorliege.

Mit diesem Vorbringen blieb der Mitbewerber auch in zweiter Instanz erfolglos. Das OLG Düsseldorf betonte, dass § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nur dann greifen könne, wenn „*aufgrund objektiver Tatsachen die Überzeugung gewonnen werden kann, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB/Art. 101 AEUV mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt*“. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Allein die Tatsache, dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft auch allein zur Auftragserfüllung in der Lage gewesen wäre, sei schon deswegen nicht ausreichend, da das andere Mitglied hierzu nicht in der Lage gewesen wäre. Eine Wettbewerbsverzerrung sei ohne weitere Anhaltspunkte daher nicht zu erwarten. Die Vergabestelle sei nicht verpflichtet, „*kartellrechtliche Ermittlungen, wie sie das Bundeskartellamt durchführt*“, im Vergabeverfahren durchzuführen.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Die Entscheidung stärkt vorliegend die Rolle von Bietergemeinschaften. Diese müssen nicht bloß „aus der Not heraus geboren“ werden. Ebenso schärft sie das Profil des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Bloße Anhaltspunkte, die auf eine Wettbewerbsverzerrung hindeuten könnten, reichen nicht aus. Die Gesetzesbegründung unterscheidet hier bspw. zwischen Ermittlungen des Bundeskartellamts, die für sich genommen nicht ausreichen sollen und dem festgestellten Verstoß, der den Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllt. Ähnlich sollten Vergabestellen vorgehen. Nur wenn eine Wettbewerbsverzerrung offensichtlich und objektiv feststellbar ist, sollte zur gravierenden Sanktion des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB gegriffen werden. Auch hier ist dann allerdings eine Ausschlussentscheidung nicht automatisch, sondern in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu treffen.