

Titel:

Ausschluss vom Vergabeverfahren

Normenkette:

GWB § 36 Abs. 2, § 124 Abs. 1 Nr. 4, § 160 Abs. 2, Abs. 3, § 172 Abs. 1

EU VOB/A § 5 Abs. 2 Nr. 3, § 13 Abs. 1 Nr. 5, § 16 Nr. 2

RL 2014/24/EU

Leitsätze:

1. Ein Verstoß gegen eine Loslimitierung führt grundsätzlich zum Ausschluss des Bieters nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5, § 16 EU Nr. 2 VOB/A. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)
2. Ein Ausschluss konzernverbundener Unternehmen wegen Verstoßes gegen die Loslimitierung kommt nur dann in Betracht, wenn sich aus dem für jeden Bieter erkennbaren Zweck der Loslimitierung für die Bieter eindeutig gibt, dass konzernverbundene, abhängige Unternehmen als „ein Bieter“ im Sinne der konkreten Bekanntmachung anzusehen sind. (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)
3. Welchen Zweck der Auftraggeber mit der Loslimitierung tatsächlich verfolgte, kann sich aus dem Vergabevermerk ergeben. (Rn. 40) (redaktioneller Leitsatz)
4. Selbst die Teilnahme zweier abhängiger Unternehmen an derselben Ausschreibung ist nicht per se unzulässig, sofern nicht ein Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs vorliegt. (Rn. 46) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Nachprüfungsverfahren, Vergabe, Trockenbauarbeiten, Angebot, Loslimitierung, Bieter, sofortige Beschwerde, Wirtschaftsteilnehmer, konzernverbundene, abhängige Unternehmen, Geheimwettbewerb, Verhältnismäßigkeit

Vorinstanz:

Vergabekammer München, Beschluss vom 07.08.2020 – 3194.Z3-3_01-20-22

Fundstellen:

VergabeR 2021, 523

NZBau 2021, 489

LSK 2020, 43859

ZfBR 2021, 468

BeckRS 2020, 43859

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde der Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 07.08.2020, Gz. 3194.Z3-3_01-20-22, in den Ziffern 1, 2 und 4 aufgehoben.
2. Der Nachprüfungsantrag und die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin werden zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen. Sie trägt auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beigeladenen. Der Antragsgegner trägt seine notwendigen Auslagen im Beschwerdeverfahren selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer wird für den Antragsgegner und die Beigeladene für notwendig erklärt.
5. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 230.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsgegner beabsichtigt, für den Neubau des Strafjustizzentrums M. das Gewerk Trockenbauarbeiten im offenen Verfahren, aufgeteilt auf zwei Lose, zu vergeben. In der Bekanntmachung im Supplement des Amtsblatts der EU ist ausgeführt, dass ein Bieter jeweils nur für ein Los ein Angebot abgeben darf. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Unter anderem die Antragstellerin und die Beigeladene gaben fristgerecht Angebote für Los 1 ab, wobei das Angebot der Beigeladenen aufgrund des niedrigsten Angebotspreises den ersten Rang belegte. Für Los 2 reichte neben anderen Bietern die R. P. Ausbau GmbH ein Angebot ein.

2

Die Beigeladene ist Mehrheitsgesellschafterin der R. P. Ausbau GmbH. Herr G. G. und Herr K. H. sind jeweils Prokuristen der Beigeladenen und Geschäftsführer der R. P. Ausbau GmbH.

3

Mit Schreiben vom 07.04.2020 rügte die Antragstellerin, dass die Angebote der Beigeladenen und die R. P. Ausbau GmbH aufgrund der juristischen und personellen Verflechtungen dieser Unternehmen gegen die Loslimitierung verstießen und daher auszuschließen seien. Weitere zwei Bieter seien ebenfalls auszuschließen, da sie je ein Angebot für Los 1 und Los 2 abgegeben hätten. Der Zuschlag für Los 1 sei daher der Antragstellerin zu erteilen.

4

Der Antragsgegner bat mit Schreiben vom 14.04.2020 die Beigeladene um Aufklärung der personellen und gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen sowie dazu, ob es Überschneidungen im Mitarbeiterstamm und bei den zur Leistungserbringung erforderlichen Gerätschaften, Maschinen und Fahrzeugen gebe. Die Beigeladene teilte hierauf mit, sie und die R. P. Ausbau GmbH agierten eigenständig und unabhängig voneinander am Markt. Es gebe abgesehen von Herrn G. und Herrn H. keine personellen Überschneidungen und eine infrastrukturelle Eigenständigkeit. Die Antragstellerin verfüge über eine eigene Belegschaft, sowie eigene Ausstattung an Geräten, Maschinen und Fahrzeugen.

5

Der Antragsgegner teilte mit Schreiben vom 11.05.2020 der Antragstellerin mit, die Bieter, die Angebote auf Los 1 und 2 abgegeben hätten, habe sie ausgeschlossen. Der Rüge bezüglich der Beigeladenen helfe sie nicht ab.

6

Im Schreiben vom 15.05.2020 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin, dass er beabsichtige, den Zuschlag für Los 1 der Beigeladenen zu erteilen. Mit Schreiben vom 20.05.2020 beantragte die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren.

7

Die Antragstellerin ist der Ansicht, die Beigeladene und die R. P. Ausbau GmbH seien beide demselben Konzern zuzurechnen, damit als Einheit zu sehen und hätten daher gegen die Loslimitierung verstoßen. Sie seien zwingend auszuschließen. Die personelle Verflechtung mit Herrn H. und Herrn G. könne nur den Sinn haben, die Geschäfte der beiden Unternehmen zu koordinieren. Zudem stelle es eine Wettbewerbsverzerrung und eine Ungleichbehandlung dar, wenn Unternehmen im Konzernverbund erlaubt werde, auf beide Lose zu bieten, anderen Unternehmen wie der Antragstellerin dies aber versagt bleibe, obwohl sie wirtschaftlich zur Abdeckung beider Lose ebenfalls imstande wäre.

8

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. Das Vergabeverfahren des Antragsgegners für das Bauvorhaben Strafjustizzentrum M., Neubau, Leistung: Trockenbauarbeiten, Vergabe-Nr. 30, ist zu prüfen.
2. Der Beigeladenen ist nicht der Zuschlag zu erteilen, sondern der Antragstellerin.
3. Die Erteilung des Zuschlags ist bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens auszusetzen.

9

Der Antragsgegner hat beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für notwendig zu erklären.

10

Der Antragsgegner ist der Ansicht, es sei nicht zu beanstanden, dass mit der Beigeladenen und der R. P. Ausbau GmbH zwei verbundene Unternehmen für zwei unterschiedliche Aufträge jeweils ein Angebot abgegeben hätten, da es neben Herrn G. und Herrn H. keine personellen oder sachlichen Überschneidungen gebe, vielmehr die beiden Unternehmen als eigenständige Einheiten geführt würden. Der behauptete Wettbewerbsnachteil der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Maßstab für den Wettbewerbsgrundsatz und die Verpflichtung zum Geheimwettbewerb sei der jeweilige Auftrag. Vorliegend handle es sich aber um zwei verschiedene Aufträge. Die Loslimitierung bezwecke, eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftragnehmer zu reduzieren. Diese stehe vorliegend auch unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen der Beigeladenen und der R. P. Ausbau GmbH nicht zu befürchten.

11

Im Übrigen sei nach der Entscheidung des EuGH vom 19.05.2009, Rs C-538/07 ein zwingender Ausschluss verbundener Unternehmer wegen der potentiellen Gefahr eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb unverhältnismäßig. Ein angeblicher Verstoß gegen den Geheimwettbewerb müsse anhand konkreter Umstände nachgewiesen werden, die hier nicht vorlägen.

12

Die Beigeladene hat beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

13

Die Beigeladene bestreitet, dass Herr G. und Herr H. beide Unternehmen koordinierten. Sie hätten das hier streitige Angebot der Beigeladenen weder kalkuliert noch erstellt. Die Beigeladene habe der R. P. Ausbau GmbH nur mitgeteilt, dass sie ein Angebot für Los 1 abgebe.

14

Die Rechtsprechung zur gesellschaftsrechtlichen Verflechtung bei Vergabeverfahren betreffe anders als vorliegend die Bewerbung verbundener Unternehmen für denselben Auftrag.

15

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 07.08.2020 dem Antragsgegner untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und das Verfahren in den Stand der Angebotswertung zurückversetzt. Der Antragsgegner habe die Angebotswertung der Beigeladenen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen.

16

Der Antragsgegner habe zu prüfen, ob die Beigeladene nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen sei. Er habe aufzuklären, ob und inwieweit die Beigeladene und die R. P. Ausbau GmbH bezüglich der Loslimitierung als ein Bieter anzusehen seien. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die beiden Unternehmen abgesprochen hätten, sich auf unterschiedliche Lose zu bewerben. Im Anschluss an die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 15.05.2000, Verg 6/00 seien verbundene Unternehmen entsprechend den Vorgaben des § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB als wettbewerbliche Einheit anzusehen. Allerdings folge daraus nicht ein zwingender Ausschluss wegen der Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Vielmehr müsse unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH vom 19.05.2009, Rs C538/07 der Beigeladenen die Möglichkeit eingeräumt werden nachzuweisen, dass durch die gesellschaftsrechtlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen im konkreten Vergabeverfahren keine tatsächliche Gefahr der Wettbewerbsverzerrung bestehe.

17

Dagegen wendet sich die Beigeladene mit ihrer Beschwerde.

18

Sie rügt, § 36 GWB sei nicht analog anwendbar, da es an einer vergleichbaren Interessenslage fehle. Anders als in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall gehe es vorliegend nicht um die Begrenzung drohender Marktmacht. Zudem begründe es bei der Bewerbung auf zwei unterschiedliche Lose auch keinen Wettbewerbsvorteil, wenn konzernverbundene Unternehmen das Angebot des jeweils anderen kennen würden. Außerdem sei dies hier noch nicht einmal der Fall. Herr G. und Herr H. seien mit den Vergabeverfahren und der Angebotserstellung nicht befasst gewesen. Dies habe die Beigeladene durch ihre Eigenerklärung vom 14.09.2020 auf Aufforderung des Antragsgegners auch hinreichend dargetan.

19

Die Beigeladene beantragt daher,

1. den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben.
2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

20

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zurückzuweisen.

21

Zudem beantragt die Antragstellerin mit ihrer Anschlussbeschwerde, nicht der Beigeladenen, sondern der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen.

22

Die Beigeladene beantragt,

die Anschlussbeschwerde zurückzuweisen.

23

Die Antragstellerin verteidigt den Beschluss der Vergabekammer, soweit er ihrem Nachprüfungsantrag folgt. Dass zwei Prokuristen der Beigeladenen gleichzeitig Geschäftsführer der R. P. Ausbau GmbH seien, zeige, dass die Gesellschaften nicht so eigenständig wie von der Beigeladenen behauptet geführt würden. Eine Eigenerklärung sei entgegen der Ansicht der Beigeladenen kein Nachweis. Im Übrigen könnten hier die Beigeladene und die R. P. Ausbau GmbH insbesondere bei der Baustelleneinrichtung Kosten auf die zwei Lose verteilen und damit günstiger anbieten als Konkurrenten. Schließlich verletze es das Gleichbehandlungsgebot, wenn konzernverbundenen Unternehmen ein Bieten auf mehrere Lose gestattet werde.

24

Da die Beigeladene auszuschließen sei, müsse der Zuschlag, wie mit der Anschlussbeschwerde beantragt, der Antragstellerin erteilt werden.

25

Der Antragsgegner stellt im Beschwerdeverfahren keine Anträge. Er trägt vor, er habe die Aufklärung, wie von der Vergabekammer gefordert, durchgeführt. Die Beigeladene habe die Vermutung der Abhängigkeit nicht widerlegt. Entgegen der Anforderung des Antragsgegners habe die Beigeladene insbesondere keine Nachweise vorgelegt; eine Eigenerklärung genüge nicht.

26

Ergänzend wird auf den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer, die gewechselten Schriftsätze der Beteiligten und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2020 Bezug genommen.

II.

27

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig und begründet. Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin verbleibt hingegen ohne Erfolg.

28

1. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig, insbesondere nach § 172 Abs. 1 GWB rechtzeitig eingelegt. Sie hat auch in der Sache Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zwar nach § 160 Abs. 2, Abs. 3 GWB zulässig, aber unbegründet.

29

1.1. Die Beigeladene ist nicht wegen eines Verstoßes gegen die Loslimitierung auszuschließen.

30

Der Antragsgegner hat in Ziff. II 1.4 der Bekanntmachung (Anlage AG 1) vorgeschrieben, dass jeder Bieter nur ein Angebot auf eines der Lose abgeben kann. Diese Loslimitierung war nach § 5 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A zulässig.

31

Ein Verstoß gegen eine Loslimitierung führt grundsätzlich zum Ausschluss des Bieters nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5, § 16 EU Nr. 2 VOB/A (Tomerius in: Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 5 VOB/A Rz. 19; Kus / Prieß / Simonis in: Kulartz / Kus / Marx/ Portz / Prieß, VgV, 1. Aufl. § 30 VgV Rz. 10; Mehltitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 30 VgV Rz. 15 ff). Indessen kommt vorliegend ein Ausschluss der Beigeladenen nicht in Betracht. Die Beigeladene hat sich nicht selbst auf Los 1 und Los 2, sondern nur auf Los 1 beworben. Der Regelung in Ziff. II 1.4 der Bekanntmachung lässt sich nicht entnehmen, dass der Antragsgegner auch Angebote abhängiger, aber juristisch eigenständiger Unternehmen auf Los 1 bzw. Los 2 untersagen wollte. Eine derartige Auslegung ergibt sich auch nicht aus europarechtlichen Vorgaben.

32

1.1.1. Aus der RL 2014/24/EU lässt sich nicht ableiten, dass im Falle einer Loslimitierung abhängige Unternehmen stets als „ein“ Bieter anzusehen wären. Nach Art. 46 Abs. 1 der RL 2014/24/EU ist eine Loslimitierung grundsätzlich zulässig. Gemäß Erwägungsgrund 79 der vorbezeichneten Richtlinie sollen die Auftraggeber „beispielsweise zur Wahrung des Wettbewerbs oder zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit die Zahl der Lose, für die ein Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot unterbreiten kann, begrenzen dürfen“. Gemäß Art. 2 Ziff. 10 der Richtlinie ist ein „Wirtschaftsteilnehmer eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und / oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, die beziehungsweise der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“.

33

Nach dieser Definition könnte sowohl das einzelne Unternehmen, das sich auf den Auftrag bewirbt, hier also die Beigeladene, als auch ggf. ein Konzern, sofern dieser einheitlich Bauleistungen am Markt anbietet, als „ein“ Wirtschaftsteilnehmer zu qualifizieren sein. Daraus lässt sich mithin nichts für die Frage ableiten, ob bei einer Loslimitierung konzernverbundene, abhängige Unternehmen zwingend als ein Wirtschaftsteilnehmer anzusehen sind.

34

1.1.2. Eine ausdrückliche Regelung in der vorliegenden Bekanntmachung, wonach abhängige Unternehmen als ein Bieter gelten und daher die Loslimitierung auch für abhängige, aber rechtlich selbständige juristische Personen gelten soll, findet sich nicht.

35

1.1.3. Ein Ausschluss der Beigeladenen wegen Verstoßes gegen die Loslimitierung käme daher nur dann in Betracht, wenn sich aus dem für jeden Bieter erkennbaren Zweck der Loslimitierung für die Bieter eindeutig ergeben hätte, dass konzernverbundene, abhängige Unternehmen als „ein Bieter“ im Sinne der konkreten Bekanntmachung anzusehen sind. Daran fehlt es vorliegend.

36

1.1.3.1. Das OLG Düsseldorf hatte im Beschluss vom 15.06.2000, Verg 6/00 (juris) (sog. „Münzplättchen-Entscheidung“) über einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick

auf die anstehende Einführung des Euro die Herstellung von Euro-Münzplättchen ausgeschrieben hatte. Nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf (a.a.O. Rz. 50 ff) werde die Vergabebedingung Loslimitierung verletzt, wenn mehrere Konzernunternehmen, die als verbundene Unternehmen im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB anzusehen seien, als mehrere Unternehmen und nicht als ein an die Loslimitierung gebundenes Unternehmen behandelt würden. Für die Vergabebedingung „Loslimitierung“ sei der Rechtsgedanke des § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB anwendbar. Die Behandlung des Konzerns als wettbewerbliche Einheit und einheitliches Unternehmen im Kartellrecht lasse es gerechtfertigt erscheinen, auch einen wettbewerblich geprägten Tatbestand des Vergaberechts wie die Loslimitierung auf den Konzern als Unternehmenseinheit zu beziehen. Da der Zweck der Loslimitierung auch die Vermeidung wirtschaftlicher Abhängigkeit des Auftraggebers von einem bestimmten Hersteller sei, sei es egal, ob die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Unternehmen oder einem Unternehmensverbund drohe. Mit drohender wirtschaftlicher Abhängigkeit des Auftraggebers sei die drohende wirtschaftliche Abhängigkeit des Auftraggebers als Nachfrager von einem Konzern als Hersteller mit erheblicher Marktmacht, der sich möglicherweise auf dem Weg zur Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung befinde, gemeint. Je marktmächtiger ein Konzern sei, desto größer sei die Gefahr, dass er demnächst die Auftragspreise ohne nennenswerten Wettbewerb diktieren könne. Diese Auslegung verstoße auch nicht gegen die Gebote der Transparenz und Eindeutigkeit, da von jedem gedachten Empfänger zu erwarten sei, dass er unter dem Begriff „ein Bieter“ auch einen Konzern im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB hätte verstehen können und müssen. Den Ausschlag für diese Auslegung ergebe der zu beachtende Zweck der Loslimitierung (zustimmend ohne nähere Begründung Mehltitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 30 Rz. 16 Fn. 6; Schneevogel in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 27 SektVO Rz. 55; abweichend Kadenbach in: Müller / Wrede, VgV/UVgO, 2017, § 30 VgV Rz. 19: maßgeblich sei, ob durch die Verbundenheit der Unternehmen die jeweiligen Angebotsinhalte in wettbewerbswidriger Weise beeinflusst würden).

37

1.1.3.2. Indessen lässt sich aus diesen Erwägungen des OLG Düsseldorf nicht ableiten, dass im vorliegenden Fall das Angebot der Beigeladenen wegen Verstoßes gegen die Loslimitierung auszuschließen wäre.

38

Das OLG Düsseldorf begründet den zwingenden Ausschluss im Kern damit, dass für jeden Bieter erkennbar der Zweck der Loslimitierung die Vermeidung der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Auftraggebers von einem Hersteller gewesen sei, der sich möglicherweise auf dem Weg zu einer marktbeherrschenden Stellung befinde, und damit Zweck auch der Erhalt und Schutz künftigen Wettbewerbs gewesen sei. An einer derartigen, noch dazu für Bieter zwingend erkennbaren Zwecksetzung fehlt es indessen im vorliegenden Fall. Anders als in der „Münzplättchen-Entscheidung“ geht es nicht um einen extrem umfangreichen Auftrag in einem sowohl auf Bieter- als auch auf Nachfrageseite stark eingeschränkten Markt. Der Auftraggeber hat vorliegend das in zwei Lose aufgeteilte Gewerk Trockenbauarbeiten für einen Neubau in München ausgeschrieben. Derartige Bauleistungen werden von einer unübersehbaren Anzahl an Bietern angeboten und von einer ebenfalls unübersehbaren Anzahl öffentlicher Auftraggeber nachgefragt. Allein der konkret ausgeschrieben Auftrag hat ersichtlich keinerlei Auswirkungen auf den Markt. Dass der Konzern der Beigeladenen auf dem Weg zu einer marktbeherrschenden Stellung wäre, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. Es steht auch nicht zu befürchten, dass einzelne Unternehmen oder Konzerne in Zukunft die Preise im Trockenbaumarkt diktieren könnten. Umfang und Bedeutung des Auftrags sind weder für den Auftraggeber noch für die Anbieterseite auch nur annähernd vergleichbar mit dem Sachverhalt, der der Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde lag. Anders als in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall war es somit hier aus Sicht der Bieter keineswegs naheliegend, dass auch konzernverbundene Unternehmen als „ein Bieter“ anzusehen wären und der Loslimitierung unterliegen sollten.

39

Mangels einer für die Bieter hinreichend klar ersichtlichen Vorgabe in der Ausschreibung kommt daher ein Ausschluss wegen Verstoßes gegen die Loslimitierung nicht in Betracht.

40

1.1.3.3. Welchen Zweck der Auftraggeber vorliegend mit der Loslimitierung tatsächlich verfolgte, ist im Vergabevermerk nicht dokumentiert.

41

Geht man davon aus, dass der Zweck die Förderung kleinerer und mittelständischer Unternehmen sei, lässt auch dies aus Bietersicht nicht zwingend darauf schließen, Angebote konzernverbundener Unternehmen jeweils auf eines der Lose seien untersagt. Auch mittelständische Unternehmen, die einem Konzernverbund angehören, können für sich genommen oder auch gemeinsam als Konzern nur mittelständischen Umfang erreichen. Zudem würde es den infolge der Loslimitierung ohnehin eingeschränkten Wettbewerb im Hinblick auf das konkrete Los weiter einschränken, wenn durch das Angebot eines Unternehmens die Beteiligung verbundener Unternehmen an der Ausschreibung für ein anderes Los untersagt würde.

42

Auch der denkbare Zweck einer Loslimitierung, die Versorgungssicherheit für den Auftraggeber zu erhöhen und die personelle Überforderung eines Bieters zu vermeiden lässt jedenfalls keinen eindeutigen Schluss zu, abhängige Unternehmen seien von der Loslimitierung umfasst.

43

Einerseits kann zwar bei Vergabe der Lose an zwei konzernverbundene Unternehmen die Versorgungssicherheit gefährdet sein, wenn der Konzern mit sämtlichen Gesellschaften in wirtschaftliche Schieflage gerät. Andererseits ist keineswegs zwingend, dass wirtschaftliche Schwierigkeiten eines konzernzugehörigen Unternehmens stets zu den gleichen Problemen bei anderen Unternehmen desselben Konzerns führen. Umgekehrt besteht die Möglichkeit, dass ein Unternehmen, das bei Abwicklung eines Auftrags in Probleme gerät, auf die Hilfe eines anderen Konzernunternehmens zurückgreifen könnte.

44

Schließlich ist für die Frage der Überforderung eines Bewerbers die Konzernzugehörigkeit per se gleichgültig, solange die Bieter je über eigene personelle und sachliche Ausstattung verfügen. Vorliegend hat die Antragsgegnerin aufgeklärt, dass die Beigeladene und die R. P. Ausbau GmbH abgesehen von den beiden Prokuristen über jeweils eigenständiges Personal, eigene Infraktstruktur und eigene Ausstattung mit Maschinen und Geräten verfügen.

45

1.1.3.4. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist die von ihr vertretene Auslegung auch nicht deshalb zwingend, da ansonsten nicht konzernabhängige Unternehmen ungerechtfertigt benachteiligt würden. Zwar verweist die Antragstellerin zutreffend darauf, dass im Falle des Konzernverbunds zwei Unternehmen die Chance hätten, sich je auf ein Los zu bewerben und damit letztlich der Konzern zwei Aufträge erhalten könnte. Ein Unternehmen, das wirtschaftlich stark genug sei, auf beide Lose zu bieten, könne hingegen nur einen Auftrag erhalten. Indessen übersieht die Antragstellerin, dass das Gebot der Gleichbehandlung von Bietern sich auf die konkrete Ausschreibung, also das einzelne Los bezieht (zum Geheimwettbewerbs s. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.07.2015, VII Verg 5/15, juris Tz. 31).

46

Zudem ist selbst die Teilnahme zweier abhängiger Unternehmen an derselben Ausschreibung nicht per se unzulässig, sofern nicht ein Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs vorliegt (s. dazu unten Ziff. 1.1.3.5 und 1.2.1). Bei der Bewerbung zweier konzernverbundener Unternehmen auf dasselbe Los erhöht sich aber ganz offensichtlich die Wahrscheinlichkeit für den Konzern, jedenfalls auf eines der beiden Angebote den Zuschlag zu erhalten. Nach der Argumentation der Antragstellerin läge damit ein eindeutiger Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot vor, wenn insoweit auf den Konzern abzustellen wäre. Diese Konsequenz wird indessen weder vom EuGH noch von der obergerichtlichen Rechtsprechung gezogen (s.u. Ziff. 1.1.3.5 und Ziff. 1.2.1). Mithin kommt es für den Gleichbehandlungsgrundsatz auf das konkrete Unternehmen an, das das Angebot abgibt. Die Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen bleibt insoweit ohne Belang.

47

1.1.3.5. Ergänzend sei auf Folgendes verwiesen:

48

Der EuGH hat im Urteil vom 19.05.2009, C-538/07 (juris) eine gesetzliche Regelung im italienischen Recht als unverhältnismäßig angesehen. Nach dieser waren Unternehmen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, zwingend auszuschließen, wenn sie Angebote für dieselbe Ausschreibung abgeben. Zur Begründung führt der EuGH aus (a.a.O. Tz. 30 ff), bei Unternehmensgruppen sei nicht zwangsläufig

ausgeschlossen, dass die abhängigen Unternehmen bei Gestaltung der Geschäftspolitik und Teilnahme an Ausschreibungen über gewisse Eigenständigkeiten verfügten. Daher berechtige die bloße Feststellung, dass ein Abhängigkeitsverhältnis durch Eigentum oder Stimmrechte bestehe, nicht zum Ausschluss, ohne zu prüfen, ob sich dies auf das Verhalten der Unternehmen in dem Verfahren ausgewirkt habe.

49

Die Entscheidung des EuGH betraf die Bewerbung abhängiger Unternehmen auf dieselbe Ausschreibung, in der die Gefahr einer inhaltlichen Abstimmung der Angebote durch abhängige Unternehmen jedenfalls nicht fernliegend erscheint. Dennoch ist nach Ansicht des EuGH in dieser Fallkonstellation ein automatischer Ausschluss unverhältnismäßig.

50

Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfte es auch bei einer Loslimitierung, die die Bewerbung abhängiger Unternehmen auf unterschiedliche Lose ausschließt, erforderlich sein, dass die Vergabestelle hierfür hinreichende sachliche Gründe hat. Je nach Zielsetzung könnten auch widerlegliche Vermutungen genügen.

51

1.2. Die Beigeladene ist nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen.

52

Ein Ausschluss nach dieser Norm kommt unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Betracht, wenn der Antragsgegner über hinreichende Anhaltspunkte verfügt, dass das Unternehmen mit anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirken oder bezwecken.

53

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

54

1.2.1. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin besteht keine Vermutung eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb, die von der Beigeladenen zu widerlegen wäre. Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu Bewerbungen verbundener Unternehmen auf dieselbe Ausschreibung ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin vorliegend nicht anwendbar.

55

Das OLG Düsseldorf geht in ständiger Rechtsprechung (z.B. Beschluss vom 11.05.2011, VII Verg 8/11, juris; Beschluss vom 19.09.2011, VII Verg 63/11, juris; Beschluss vom 03.06.2015, VII Verg 15/17, juris) davon aus, bei gemäß § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen, die jeweils Angebote im Rahmen einer Ausschreibung abgeben, bestehe die objektiv erhöhte Gefahr von Verstößen gegen den Geheimwettbewerb durch abgestimmtes Verhalten. Es bestehe daher die Vermutung eines Verstoßes, der von den Bietern zu widerlegen sei. Sie müssten Umstände und Vorkehrungen aufzeigen und nachweisen, die die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung gewährleisten.

56

Vorliegend steht zwar unstrittig fest, dass die Beigeladene Mehrheitsgesellschafterin der R. P. Ausbau GmbH ist, diese mithin verbundene Unternehmen im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB sind. Indessen ist die vom OLG Düsseldorf angenommene Vermutung vorliegend nicht anwendbar. Es geht hier nicht um die Beteiligung abhängiger Unternehmen an derselben Ausschreibung. Vielmehr haben sich die Beigeladene und die R. P. Ausbau GmbH um unterschiedliche Lose, mithin unterschiedliche Aufträge beworben. Das vergaberechtliche Gebot des Geheimwettbewerbs kann aber auch nach Ansicht des OLG Düsseldorf von konzernangehörigen Unternehmen nur verletzt werden, wenn sie getrennte Parallelangebote zu einer Ausschreibung einreichen, diese mithin in den Wettbewerb stellen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.07.2015, VII Verg 5/15, juris Tz. 31). Angebote, die auf unterschiedliche Lose für je eigenständige Aufträge abgegeben werden, stehen nicht in Wettbewerb zueinander. Ein Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs kommt daher von vornherein nicht in Betracht, noch weniger die Vermutung eines solchen.

57

Nur ergänzend sei darauf verwiesen, dass es auch keine ausreichenden Nachweise dafür gibt, dass die Beigeladene und die R. P. Ausbau GmbH sich über den Inhalt der Angebote abgestimmt hätten. Allein die Tatsache, dass zwei Prokuristen der Beigeladenen gleichzeitig Geschäftsführer der R. P. Ausbau GmbH sind, genügt hierfür nicht. Insoweit hat die Beigeladene ausführlich dargetan, die beiden Herren seien an der Kalkulation und Erstellung der Angebote nicht beteiligt gewesen und hätten keinen Einblick in die EDV- und Papiervorgänge dazu gehabt. Konkrete Anhaltspunkte, dass dies unzutreffend wäre, hat weder der Antragsgegner gesehen noch die Antragstellerin aufgezeigt. Die Erklärung der Beigeladenen, sie habe die Ruben Peter Ausbau GmbH darüber informiert, dass sie sich um Los 1 bewerbe, ist noch keine Absprache über den Inhalt der Angebote.

58

1.2.2. Mit der Behauptung, die Beigeladene und die R. P. Ausbau GmbH hätten die Kosten für die Baustelleneinrichtung in Absprache miteinander auf die zwei Lose verteilt und damit günstiger anbieten können, dringt die Antragstellerin ebenfalls nicht durch. Insoweit hat der Antragsgegner ausgeführt, bezogen auf die Einzelkosten seien die allgemeinen Geschäftskosten und die Baustellengemeinkosten im Angebot der Beigeladenen prozentual nur minimal niedriger als im Angebot der Antragstellerin. Dies zeige, dass sich die Abweichungen in den Angeboten aus den Stoffkosten ergäben. Diese lägen ohne Zuschläge bei der Antragstellerin um einen erheblichen Betrag höher als bei der Beigeladenen. Dieser Vortrag des Antragsgegners ist anhand der Anlagen AG 7 (Angaben zur Kalkulation der Antragstellerin) und AG 8 (Angaben zur Kalkulation der Beigeladenen) für den Senat nachvollziehbar und überzeugend und wird auch von der Antragstellerin nicht konkret in Abrede gestellt.

59

Die Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2020, auch die niedrigeren Stoffkosten stellten eine Wettbewerbsverzerrung dar, da die Beigeladene aufgrund ihrer Konzernzugehörigkeit günstiger einkaufen und daher auch bezüglich der Stoffkosten niedrigere Preise anbieten könne, führen zu keinem anderen Ergebnis. Über einen derartigen Vorteil verfügt jedes größere Unternehmen, das gleichzeitig mehrere gleichgelagerte Aufträge - für verschiedene Auftraggeber - ausführen, damit größere Mengen beschaffen und so ggf. günstigere Preise erzielen kann. Dieser Vorteil ist bei der Konkurrenz größerer und kleinerer Unternehmen im selben Markt unvermeidbar, stellt aber noch keine Wettbewerbsverzerrung dar.

60

1.2.3. Auch die Tatsache, dass die Beigeladene die Firma R. P. Ausbau GmbH darüber in Kenntnis gesetzt hat, dass sie sich auf Los 1 bewirbt, hält der Senat für unbedenklich.

61

2. Der Antrag der Antragstellerin, den Zuschlag nicht der Beigeladenen, sondern ihr zu erteilen, ist als Anschlussbeschwerde auszulegen. Diese ist zulässig, insbesondere innerhalb der Beschwerdeerwidlungsfrist eingelegt (vgl. zu dieser Anforderung Dicks in: Ziekow / Völlink, 4. Aufl., § 171 GWB Rz. 8 f). Indessen verbleibt die Anschlussbeschwerde aus den oben Ziff. 1 dargestellten Gründen ohne Erfolg. Das Angebot der Beigeladenen auf Los 1 ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht auszuschließen. Damit kommt eine Verpflichtung des Antragsgegners, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, von vornherein nicht in Betracht. Abgesehen davon unterliegt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer Ausschreibung keinem Kontrahierungszwang. Dementsprechend kommt im Nachprüfungsverfahren ein Ausspruch der Verpflichtung zur Zuschlagserteilung nur in ganz eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht.

62

3. Die Verpflichtung der Antragstellerin, die Kosten für das Verfahren vor der Vergabekammer zu tragen, ergibt sich aus § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB. Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB hat sie auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Des Weiteren entspricht es gemäß § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB der Billigkeit, dass die Antragstellerin auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen erstattet, da diese das Verfahren durch Anträge und Sachvortrag maßgeblich mit gefördert hat.

63

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts war für die Beigeladene und den Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer nötig. Streitgegenständlich sind schwierige Rechtsfragen unter Berücksichtigung der jeweiligen Rechtsprechung des EuGH bzw. der Oberlandesgerichte.

64

Bezüglich der Kosten des Beschwerdeverfahrens und der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nötigen Aufwendungen der Beigeladenen entspricht es nach § 175 Abs. 2, § 78 Satz 1 GWB der Billigkeit, diese der Antragstellerin aufzuerlegen, deren Nachprüfungsantrag erfolglos bleibt und die daher auch im Beschwerdeverfahren unterliegt. Da der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt hat, trägt sie ihre Aufwendungen selbst.