

Februar 2006

**Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft
Kartell-, vergaberechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte**

Gutachten

im Auftrag der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs

Verfasser

E. Schneider, H. Wollmann

unter Mitarbeit von

W. Leitner, Th. Mathoi, U. Sehrschrön

Kurzfassung

Der Markt, auf dem die Bauwirtschaft operiert, weist signifikante Unterschiede zu anderen Märkten (etwa in der Konsumgüterindustrie) auf. Jeder Auftrag in der Bauwirtschaft ist ein "Einzelstück" und muss gesondert kalkuliert werden. Schon allein deswegen erfolgt die Auftragsvergabe fast durchwegs im Wege öffentlicher Ausschreibungen, die sich an den Bestimmungen des BVergG orientieren. Die wettbewerbliche Analyse solcher Ausschreibungsmärkte ist durch zwei Charakteristika geprägt:

- Art und Intensität des Wettbewerbs werden maßgeblich vom Auftraggeber vorgegeben. Dieser bestimmt weitgehend durch die Umschreibung des Ausschreibungsgegenstandes, durch die Festlegung von Eignungskriterien und durch die Wahl des Vergabeverfahrens, welche Unternehmen in der Lage sind, kompetitive Angebote abzugeben.
- Zusammenschlüsse von Bauunternehmen (seien sie dauerhaft oder temporär, namentlich in Form von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften) werfen nur dann wettbewerbliche Probleme auf, wenn aufgrund des Zusammenschlusses keine ausreichende Anzahl an potentiellen Anbietern mehr vorhanden ist, welche angesichts ihrer Größe und Leistungsfähigkeit in der Lage sind, um das fragliche Projekt zu konkurrenzieren. Vergangenheitsbezogene Marktanteile sind für die zu erwartende Intensität des Ausschreibungswettbewerbs ein kaum geeigneter Gradmesser.

Die empirischen Auswertungen, die für die Zwecke dieser Studie angestellt wurden, bestätigen die hohe betriebswirtschaftliche Bedeutung von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft. Selbst bei Großunternehmen werden rund 20% der Gesamtleistung in Arbeitsgemeinschaften erwirtschaftet. Der Anteil in einzelnen Sparten, die technisch besonders anspruchsvoll sind, liegt noch darüber. Bei mittelständischen Bauunternehmen, die sich bei Großprojekten im Infrastrukturbau engagieren, liegt der Anteil an der Gesamtleistung im Schnitt sogar bei 50%, spartenbezogen vereinzelt bis zu 80%. Dies ist ein deutlicher Ausdruck dafür, welche Bedeutung die Bildung von Arbeitsgemeinschaften für die Bauwirtschaft hat und welche Synergieeffekte dieser Organisationsform zugemessen werden. Dass diese Synergien auch den Auftraggebern zugute kommen, zeigt sich an der höheren Erfolgsrate, die ARGEn im Wettbewerb mit Einzelanbietern haben. Auf der anderen Seite indiziert das den Verfassern der Studie vorliegende empirische Material, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften in aller Regel nicht zu einer spürbaren Verengung des Anbietermarktes führt. Häufig wirken ARGEn sogar markterschließend, indem sie Unternehmen die Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht, die allein kein Angebot abgegeben hätten. Bloß in besonderen Einzelfällen dürfte ernsthaft die Gefahr einer kritischen Marktverengung bestehen. Hier kann der Auftraggeber – durch entsprechende Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen – schon im Ansatz gegensteuern.

Die kartellrechtliche Diskussion in Österreich in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften war zuletzt von der These geprägt, dass mit der KartG-Novelle 2002 die bislang bestehende Freistellungsregelung weggefallen sei. Daraus darf nicht der Schluss gezogen wer-

den, dass Arbeitsgemeinschaften (namentlich in der Bauwirtschaft) mit einem Mal gesetzlich verpönt wären. Zum einen ist es – selbst ohne ausdrücklichen Freistellungstatbestand – so, dass die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft stets dann kartellrechtlich unbedenklich ist, wenn für die beteiligten Unternehmen eine selbstständige Teilnahme an der Ausschreibung wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig wäre. Erweist sich die unternehmerische Entscheidung gegen die Alleinbewerbung als objektiv nachvollziehbar, so ist von der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Arbeitsgemeinschaft auszugehen. Darüber hinaus ist nach der modernen Doktrin des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung, wie sie in Österreich spätestens mit dem KartG 2005 Einzug gehalten hat, eine Bietergemeinschaft nur dann kritisch zu betrachten, wenn zu befürchten ist, dass sie spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse hat. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob die Mitglieder der Bietergemeinschaft im Zeitpunkt der Angebotslegung davon ausgehen können, dass sie keinem intensiven Außenwettbewerb durch andere Bieter oder Bietergruppen ausgesetzt sind. Ein hinreichender Außenwettbewerb ist aber in aller Regel vorhanden.

Selbst wenn Arbeitsgemeinschaften zu einer wettbewerblich nachteiligen Verengung der Bieterstruktur führen, können sie nach dem Legalausnahmeprinzip der VO 1/2003 bzw. des KartG 2005 kartellrechtlich zulässig sein. Dies ist im Wesentlichen dann der Fall, wenn die Vorteile für den Auftraggeber die Nachteile aus der Beschränkung der Anbieterzahl überwiegen. In diesem Zusammenhang sind vor allem folgende positiven Aspekte für den Auftraggeber zu berücksichtigen: (i) höhere Ausführungssicherheit durch eine Mehrheit von haftenden Bauunternehmen (Solidarhaftung); (ii) Preisvorteile durch Weitergabe von Kosteneinsparungen.

Ausgehend davon sind für eine rechts- und wirtschaftspolitisch sinnvolle Handhabung des Phänomens von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft folgende Empfehlungen an die Bauwirtschaft selbst, an die Auftraggeber sowie an den Gesetz- und Verordnungsgeber abzuleiten:

- Die **Unternehmen der Bauwirtschaft** sollten darauf achten, dass Arbeitsgemeinschaften nicht rein routinemäßig oder aus überwiegend strategischen Gründen gebildet werden. Vielmehr sollte vor einer Kooperation stets eine objektiv nachvollziehbare Bewertung stattfinden. Sie soll Klarheit schaffen, ob die Bildung einer Bietergemeinschaft (und zwar auch mit den konkreten Partnern) wirtschaftlich zweckmäßiger und kaufmännisch vernünftiger ist als eine selbstständige Bewerbung um das fragliche Projekt. Bei dieser Beurteilung können unter anderem Faktoren wie Kosteneinsparungen, Erfüllung von Eignungsvoraussetzungen oder Minderung des Ausführungsrisikos (zB im Fall unzureichender Kapazitäten) eine Rolle spielen. Nicht zu berücksichtigen sind dabei vorwiegend wettbewerbliche Überlegungen, also namentlich das Bestreben, die Zahl konkurrierender Angebote im Rahmen der Ausschreibung zu begrenzen, oder (allgemein) der Wunsch nach Schaffung eines Klimas der Kooperation statt der wettbewerblichen Konfrontation.

- Die **Auftraggeber** sollten und müssen sich ihrer bedeutenden Rolle bei der Gestaltung des Wettbewerbs um Bauvorhaben bewusst sein. Von dem vorhandenen vergaberechtlichen Instrumentarium sollte verantwortungsvoll Gebrauch gemacht werden. Dies inkludiert, dass die Auftraggeber Beschränkungen der Bildung von Bietergemeinschaften vorsehen sollten, wo dies objektiv – im Hinblick auf eine strukturell verengte Anbieterstruktur – erforderlich ist. In der Regel sollte der Wettbewerb um Bauprojekte aber möglichst beschränkungsfrei und im Wege offener Vergabeverfahren abgewickelt werden. Der Auftraggeber begibt sich sonst der Vorteile, die ARGEN nicht zuletzt auch für ihn häufig bedeuten. Darüber hinaus sollten die Auftraggeber – sofern keine zwingenden Gründe dagegen sprechen – die Legung von Alternativangeboten (auch ohne Hauptangebot) im Normalfall zulassen. Ohne Zulassung von Alternativangeboten erscheint in der Bauwirtschaft ein Innovationswettbewerb kaum denkbar.
- Gerade angesichts der ex ante gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten des Auftraggebers ist es nicht zweckmäßig, wenn nach einer Ausschreibung noch regelmäßig eine kartellrechtliche ex post Prüfung der Bildung von Bietergemeinschaften stattfindet. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit würde das betriebs- und volkswirtschaftlich wichtige Instrument der Arbeitsgemeinschaften in unangemessener Weise behindern und könnte nur allzu leicht dazu führen, dass letztlich wirtschaftlich sinnvolle Kooperationen unterbleiben. Aus diesem Grund richtet sich an den **Gesetz- bzw. Verordnungsgeber** die Empfehlung, dass der Bundesminister für Justiz im Rahmen der in Kürze zu erwartenden Neufassung der Freistellungsverordnung nach **§ 3 KartG 2005** die **Bildung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften bei** Aufträgen, welche im Wege eines **Vergabeverfahrens** in Übereinstimmung mit dem BVergG vergeben werden, von der Anwendung des KartG **freistellt**.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung.....	6
2.	Rechtlicher Rahmen	9
2.1	Europäisches Kartellrecht	9
2.2	Österreichisches Kartellrecht.....	10
2.3	Vergaberechtliche Grundlagen.....	11
2.3.1	Öffentliche Ausschreibung	11
2.3.2	Zulässigkeit und Anreiz zur Bildung von Bietergemeinschaften	12
2.3.3	Ausscheidung kartellrechtswidriger Bietergemeinschaften	17
2.3.4	Verbot der Mehrfachbeteiligung	19
3.	Strukturmerkmale des Wettbewerbs in der Bauwirtschaft	21
4.	Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft – Begriff und betriebswirtschaftlicher Hintergrund.....	24
4.1	Begriff	24
4.2	Rechtsform	24
4.3	Betriebswirtschaftliche Aspekte aus Sicht der Bauunternehmen	26
4.4	Betriebswirtschaftliche Aspekte aus Sicht der Auftraggeber	28
5.	Auswirkungen von Arbeitsgemeinschaften auf den Bieterwettbewerb	29
6.	Effizienzgewinne und Verbrauchervorteile durch Arbeitsgemeinschaften.....	35
7.	Zusammenfassung und Empfehlungen.....	39

1. Einleitung

- (1) Arbeitsgemeinschaften spielen in der Bauwirtschaft eine bedeutende Rolle. Nicht nur in Österreich, sondern auch in Deutschland und anderen europäischen Ländern wird diese Form der temporären, auf die Erfüllung eines bestimmten Bauauftrages beschränkten Kooperation vor allem bei großen oder technisch anspruchsvollen Bauprojekten genutzt. Eine Analyse der Ausschreibungen von AS-FINAG und ÖSAG zeigt, daß im Zeitraum 2001 bis 2004¹ bei insgesamt 35 Vergabeverfahren mit einem Auftragswert von mehr als € 3 Mio mehr als 60% aller abgegebenen Angebote von Bietergemeinschaften stammten. Aus einer Auswertung der Geschäftsberichte 2003 der österreichischen Baukonzerne STRABAG, PORR und ALPINE geht hervor, daß jeweils rund 20% der Gesamtleistungen in Arbeitsgemeinschaften erwirtschaftet wurden. In einzelnen Sparten wie zB dem Tunnelbau liegt dieser Anteil bei über 50%. Noch größer ist die Bedeutung von Arbeitsgemeinschaften für mittelständische Bauunternehmen, die sich an Großprojekten beteiligen. Hier liegt der in Arbeitsgemeinschaften erwirtschaftete Anteil an der Gesamtleistung im Schnitt bei 50%, spartenbezogen beträgt er vereinzelt über 80%.
- (2) Für die Bildung von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft sprechen bedeutsame betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Gründe. Aus der temporären Zusammenarbeit resultieren nach der Erfahrung der Bauunternehmen technische und wirtschaftliche Synergien (zB durch Bündelung von Know-How, durch die gleichmäßigere Auslastung maschineller und personeller Kapazitäten oder durch Streuung des Ausführungsrisikos), die mittelbar auch den Auftraggebern in Form niedriger Baupreise zugute kommen. Darüber hinaus bringt die Vergabe eines Bauauftrages an eine Arbeitsgemeinschaft dem Auftraggeber unmittelbar den Vorteil einer erhöhten Ausführungssicherheit. Die Partnerfirmen einer Arbeitsgemeinschaft haften nämlich nicht nur solidarisch für alle ARGE-Verbindlichkeiten, sondern auch für die Erfüllung des gesamten Bauauftrages. Fällt daher ein ARGE-Partner zB konkursbedingt aus, müssen die anderen Partner den Werkvertrag ungeachtet dessen zur Gänze auftragsgemäß in der vereinbarten Zeit erfüllen. Dem Auftraggeber bleiben daher langwierige Verfahren und daraus resultierende Bauzeitverzögerungen erspart.
- (3) Wohl nicht zuletzt vor diesem Hintergrund hat der österreichische Gesetzgeber Arbeitsgemeinschaften von der Anwendung des nationalen Kartellrechts (KartG 1988) lange Zeit explizit ausgenommen. § 11 Z 1 lit c der Durchführungsverordnung zu § 17 KartG 1988 bestimmt, daß die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zur Durchführung eines bestimmten Auftrags nicht den gesetzlichen Bestimmungen über Kartelle unterliegt. Mit der KartG-Novelle 2002 ist nach einer weit verbreiteten Lehrmeinung die gesetzliche Grundlage für diese Freistellungsregelung

¹ Stand: Oktober 2004.

entfallen.² Arbeitsgemeinschaften sind seither – möglicherweise – nicht mehr automatisch "kartellrechtsimmun". Dazu kommt, daß schon bisher die nationale Freistellungsregelung Arbeitsgemeinschaften dann keinen Freiraum verschafft hat, wenn die fragliche Kooperation spürbare Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr hat und damit im Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts (Art 81 EGV) liegt. In diesem Fall ist seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union die kartellrechtliche Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften vorrangig nach europarechtlichen Maßstäben zu prüfen. Art 81 EGV und den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen ist aber ein genereller Ausnahmetatbestand für Arbeitsgemeinschaften fremd.

- (4) Das europarechtliche "Vorbild" hat spätestens dieser Tage auch für rein österreichische Sachverhalte entscheidende Bedeutung erlangt. Am 01.01.2006 ist das neue **KartG 2005** in Kraft getreten³, welches in Bezug auf Kartelle und unternehmerische Kooperationen eine völlige Angleichung der nationalen Rechtslage an den europäischen Rechtsrahmen vorsieht. Spätestens damit wird die Auslegungspraxis zu Art 81 EGV die Behandlung von Arbeitsgemeinschaften auch im nationalen Kartellrecht prägen.
- (5) Gegenstand der vorliegenden interdisziplinären Studie ist es, die rechtlichen und bauwirtschaftlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften im neuen Rechtsrahmen abzustecken. Ziel der Studie ist es, möglichst konkrete Maßstäbe für die kartellrechtliche Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften zu finden und damit einen Beitrag zur Rechtssicherheit in diesem schwierigen und volkswirtschaftlich wichtigen Gebiet zu leisten. Die Studie wendet sich zum einen an die Bauwirtschaft selbst. Sie soll eine Entscheidungshilfe geben, unter welchen Voraussetzungen die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft regelmäßig unbedenklich ist. Gleichzeitig adressiert sie die (vorwiegend öffentlichen) Auftraggeber der Bauwirtschaft. Ihnen soll Unterstützung bei der Beantwortung der Frage geboten werden, unter welchen Voraussetzungen Beschränkungen in Bezug auf die Bildung von Bietergemeinschaften aus kartellrechtlichen Gründen im Vergabeverfahren angezeigt sein könnten. Schließlich wendet sich die Studie an den nationalen und an den europäischen Verordnungsgeber. Das KartG 2005 enthält ebenso wie das geltende Recht eine Ermächtigung des Bundesministers für Justiz, Verordnungen über die Nichtanwendbarkeit des KartG auf bestimmte Formen der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit zu erlassen. Es stellt sich die Frage, ob und mit welchem Inhalt von dieser Verordnungsermächtigung in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft Gebrauch gemacht werden sollte. Auf europäischer Ebene ist der Erlass einer solchen Verordnung momentan nicht möglich. Hier wäre es aber nicht nur für die österreichische Bauwirtschaft von Interesse, nähere Klarstellungen zur kartellrechtlichen Behandlung des Phänomens Arbeitsgemeinschaft (etwa in den Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit

² Vgl dazu *Gruber*, Arbeitsgemeinschaften nicht mehr generell kartellrechtsimmun – Grund zur Sorge? ZVB 2004, 7.

³ BGBl I 61/2005.

von Art 81 EGV auf Vereinbarungen über die horizontale Zusammenarbeit) zu erreichen.

2. Rechtlicher Rahmen

2.1 Europäisches Kartellrecht

- (6) Art 81 Abs 1 EGV verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt bezweckt oder bewirkt wird und die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr innerhalb der Gemeinschaft zu beeinträchtigen. Verträge, die gegen dieses Kartellverbot verstoßen, sind zivilrechtlich unwirksam. Darüber hinaus können über die Teilnehmer an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen (hohe) Bußgelder verhängt werden.
- (7) Nach Art 81 Abs 3 EGV gilt das Kartellverbot nicht absolut. Es ist nicht anwendbar, wenn eine Vereinbarung (trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung) zu einer Verbesserung der Warenverteilung und/oder zu einer Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Zudem ist erforderlich, daß die Verbraucher⁴ an den daraus entstehenden Vorteilen angemessen beteiligt werden. Schließlich dürfen im Rahmen einer zulässigen Kooperation keine unerläßlichen Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart werden, und die Kooperation darf für die beteiligten Unternehmen nicht insgesamt die Möglichkeit eröffnen, den Wettbewerb auszuschalten. Art 81 Abs 3 EGV ist ein Ausdruck der Erkenntnis des Gesetzgebers, daß das Wettbewerbsprinzip nicht verabsolutiert werden darf. Stets ist zu prüfen, ob nicht im Einzelfall (oder in Bezug auf ganze Typen von Vereinbarungen) die gesamtwirtschaftlichen Vorteile einer Absprache die Nachteile für den Wettbewerb überwiegen.
- (8) Bis Ende April 2004 war zwar das Kartellverbot nach Art 81 Abs 1 EGV unmittelbar anwendbar, nicht jedoch der Ausnahmetatbestand. Wenn Unternehmen für eine konkrete Absprache eine Freistellung vom Kartellverbot in Anspruch nehmen wollten, mußten sie diese zuvor bei der Europäischen Kommission notifizieren. Angesichts des temporären Charakters von Arbeitsgemeinschaften und der notorisch langen Dauer solcher Freistellungsverfahren wurde davon in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften nur sehr selten Gebrauch gemacht. Ein Beispiel ist die Einzelfreistellung, welche die Europäische Kommission dem Konsortium für Errichtung und Betrieb des Eurotunnels erteilt hat.⁵
- (9) Mit Inkrafttreten der VO 1/2003 am 01.05.2004 hat sich das System zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV grundlegend geändert. Nach Art 1 Abs 2 VO 1/2003 ist nunmehr auch der Freistellungstatbestand unmittelbar anwendbar, er wirkt als Legalausnahme. Wenn eine Unternehmenskooperation die Bedingungen von

⁴ Darunter sind alle Abnehmer der handelnden Unternehmen, also etwa auch öffentliche Auftraggeber in der Bauwirtschaft, zu verstehen.

⁵ Entscheidung der Kommission v 24.10.1988, IV/32.437, *Eurotunnel*, ABI 1988 L 311/36..

Art 81 Abs 3 EGV erfüllt, ist sie von der Anwendung des Kartellverbotes ausgenommen, ohne daß es dazu noch einer vorhergehenden behördlichen oder gerichtlichen Feststellung bedürfte. Ebenfalls klarstellt wurde mit der VO 1/2003, dass nicht nur das Kartellverbot, sondern auch der Ausnahmetatbestand Vorrang vor nationalem Kartellrecht haben. Wenn das Gemeinschaftsrecht eine bestimmte Kooperation (mit zwischenstaatlichen Auswirkungen) nicht untersagt (sei es, weil der Kartelltatbestand nicht erfüllt wird, sei es wegen der Anwendbarkeit der Legalausnahme), wäre auch ein Eingreifen des nationalen Rechts dagegen unzulässig.

- (10) Von dem oben skizzierten rechtlichen Hintergrund ist in kartellrechtlicher Sicht in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft folgendes zu prüfen:
- a) Unter welchen Voraussetzungen bezweckt oder bewirkt eine Arbeitsgemeinschaft eine Beschränkung des Wettbewerbs? Regelmäßig geht es hier um die Befürchtung, daß durch die Bildung von Bieter-/Arbeitsgemeinschaften die Zahl der konkurrierenden Anbieter in einem Ausschreibungsverfahren so reduziert wird, daß ein effektiver Vergabewettbewerb gefährdet ist.
 - b) Für den Fall, daß in einer bestimmten Konstellation eine bedenkliche Verkleinerung des Bieterkreises eintritt: Unter welchen Voraussetzungen ist die Kooperation dennoch nach Art 81 Abs 3 EGV vom Kartellverbot ausgenommen? In diesem Zusammenhang geht es um die Abwägung der Synergieeffekte aus der Kooperation mit den Nachteilen für den Wettbewerb.
- (11) Beide Themenbereiche werden im wesentlichen in zwei (rechtlich nicht bindenden, praktisch aber höchst bedeutsamen) Bekanntmachungen der Europäischen Kommission behandelt. In den Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV⁶ beschreibt die Kommission allgemein, wann nach ihrer Auffassung eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art 81 Abs 1 EGV gegeben ist, und wie sie die Anwendungsvoraussetzungen für den Ausnahmetatbestand interpretiert. In den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit⁷ wird spezifisch auf Kooperationen zwischen Unternehmen auf gleicher Wirtschaftsstufe eingegangen. Detaillierte Aussagen zu Arbeitsgemeinschaften finden sich dort leider nicht. Gewisse allgemeine Aussagen lassen sich aber aus der Einleitung zu den Leitlinien und aus der Behandlung von Produktionsgemeinschaften ableiten.

2.2 Österreichisches Kartellrecht

- (12) Das KartG 1988 stand – ebenso wie das europäische Kartellrecht vor Inkrafttreten der VO 1/2003 – auf dem Boden eines Anmeldesystems. Absprachen, welche eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken, waren verboten (vgl § 18

⁶ ABI 2004 C 101/97, Rz 13ff; im folgenden auch "LL Art 81".

⁷ ABI 2001 C 3/2; im folgenden auch "LL Horiz".

Abs 1 KartG) und nichtig (§ 22 KartG). Diese Rechtsfolgen griffen nicht ein, wenn das Vorhaben vom Kartellgericht nach § 23 KartG explizit genehmigt wurde. Maßgeblich dafür war volkswirtschaftliche Rechtfertigung der Zusammenarbeit. Für Arbeitsgemeinschaften wurde, soweit ersichtlich, von dieser Genehmigungsmöglichkeit nie Gebrauch gemacht. Ein Grund dafür könnte darin liegen, daß die Dauer eines Genehmigungsverfahrens zumindest sechs Monate betrug. Anders als nach europäischem Recht durfte das Vorhaben bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluß nicht durchgeführt werden. Bei den punktuellen und temporären Projekten, um die es bei Arbeitsgemeinschaften typischerweise geht, ist dies ein zu langer Zeitraum. Möglicherweise war auch dies ein Grund für die gruppenweise Freistellung von Arbeitsgemeinschaften in der Durchführungsverordnung zu § 17 KartG.

- (13) Mit dem KartG 2005 wurde das österreichische System grundlegend geändert. Der neue § 1 KartG 2005 enthält – anstelle der stark ausdifferenzierten Kartelltatbestände und Rechtsfolgenanordnungen – ein Kartellverbot in nahezu wörtlicher Übereinstimmung mit Art 81 Abs 1 EGV. Nur das Kriterium der "Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels" scheint naturgemäß im österreichischen Recht nicht auf. § 2 Abs 1 KartG 2005 sieht eine Art 81 Abs 3 EGV entsprechende Legalausnahmebestimmung vor. Gemäß § 3 KartG 2005 ist der Bundesminister für Justiz auch im neuen Rechtsrahmen berechtigt, durch Verordnung festzustellen, welche Typen von Absprachen nicht dem Kartellverbot unterliegen. Ungeklärt ist, welche Auswirkungen dies auf die Geltung der momentan bestehenden Freistellungsverordnung zu § 17 KartG 1988 hat. Vertretbar ist, daß mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes (solange der Bundesminister für Justiz keine Nachfolgeregelung erläßt) die Freistellungsverordnung weiterhin Bestand hat, also gleichsam als auf der neuen Ermächtigungsgrundlage erlassen gilt. Dies könnte allenfalls zu einer Konvalidation der momentan unter Umständen unzulässig gewordenen Regelungen über Arbeitsgemeinschaften führen.

2.3 Vergaberechtliche Grundlagen

2.3.1 Öffentliche Ausschreibung

- (14) Ein wesentliches Strukturmerkmal der Bauwirtschaft ist, daß die Erteilung der Aufträge in aller Regel im Rahmen von mehr oder weniger formalisierten **Vergabeverfahren** stattfindet. Ein maßgeblicher Grund dafür ist, daß es sich bei Bauprojekten nicht um standardisierte Massengüter handelt, sondern um individuell erstellte Werke, für die es keinen allgemein gültigen Marktpreis gibt. Vielmehr muß der Preis des Angebots von Projekt zu Projekt neu kalkuliert werden. Die Einholung einer Mehrzahl von Angeboten ist in diesem Fall für den (privaten wie öffentlichen) Auftraggeber ein nahezu unerläßliches Mittel, um vom Wettbewerb der Anbieter zu profitieren und sich ein Bild von der Preissituation am Markt zu machen (vgl dazu näher unten Abschnitt 3).

- (15) Dazu kommt, daß in weiten Bereichen eine **gesetzliche Ausschreibungspflicht** besteht: Öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber gemäß § 7 BVergG 2002 (§ 3 Abs 1 BVergG 2006), Baukonzessionäre sowie private Bauherren gemäß § 8 BVergG 2002 (§ 3 Abs 2 bis 4 BVergG 2006) unterliegen bei Bauvorhaben im Oberschwellenbereich, die zu mehr als 50% durch die öffentliche Hand finanziert oder gefördert werden, dem persönlichen Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVergG 2002)⁸ bzw des mit 1.2.2006 in Kraft tretenden Bundesvergabegesetz 2006.⁹ Mit Inkrafttreten des BVergG 2002 wurde zudem das materielle Vergaberecht bundesweit vereinheitlicht und dessen sachlicher Anwendungsbereich auf den so genannten Unterschwellenbereich ausgedehnt. Bauvorhaben mit einem geschätzten Auftragswert über EUR 120.000,- exkl USt sind grundsätzlich österreichweit im offenen oder nicht offenen Verfahren auszuschreiben (§ 24 BVergG 2002 bzw § 37 Abs 1 BVergG 2006). Unter dieser Schwelle sind zumindest fünf geeignete Unternehmer zur Angebotslegung einzuladen (§ 26 Abs 1 Z 1 BVergG 2002 bzw § 102 Abs 3 BVergG 2006). Eine formlose Direktvergabe kommt nur bis zu einem Auftragswert von höchstens EUR 20.000,- (§ 27 BVergG 2002) bzw EUR 40.000,- (§ 41 BVergG 2006) in Betracht. Ab einem Auftragswert von EUR 5,923 Mio exkl USt ist eine EU-weite Bekanntmachung erforderlich.¹⁰ Für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen gilt gemäß § 13 BVergG 2002 (§ 14 BVergG 2006) der Vorhabensbegriff. Sämtliche Gewerke sind einzubeziehen, so dass die genannten Schwellenwerte auch bei kleineren Bauvorhaben rasch überschritten werden. Lediglich für Baulose im Unterschwellenbereich bringt § 14 Abs 4 BVergG 2006 insoweit eine Erleichterung, als für die Wahl des Vergabeverfahrens der Wert des einzelnen Gewerkes als Auftragswert gilt. Der sachliche Anwendungsbereich umfasst gemäß § 3 Abs 1 Z 3 BVergG 2002 (§ 4 Z 3 BVergG 2006) auch die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte „gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen gleichgültig mit welchen Mitteln“, so dass auch der mittelbare Erwerb von Bauleistungen durch öffentliche Auftraggeber zB in Form von Bauträger- oder Leasingmodellen der Ausschreibungspflicht unterliegt, sofern die betreffende Immobilie nach den Vorgaben des späteren Erwerbers bzw Mieters errichtet wird.¹¹ Fälle, in denen ein Bauauftrag ohne öffentliche Ausschreibungen vergeben werden kann, sind nach all dem geradezu die Ausnahme.

2.3.2 Zulässigkeit und Anreiz zur Bildung von Bietergemeinschaften

- (16) Das **BVergG** enthält nur wenige ausdrückliche Bestimmungen über Bietergemeinschaften: Neben den Begriffsbestimmungen des § 20 Z 3 BVergG 2002 bzw

⁸ BGBl I 99/2002.

⁹ Noch nicht im BGBl erschienen.

¹⁰ § 9 Abs 1 Z 3 und § 10 Abs 1 Z 2 BVergG idF Schwellenwerteverordnung 2005, BGBl II 56/2005. Anfang 2005 ist aufgrund des aktuellen EUR-Dollar-Kurses mit einer substanziellen Absenkung der Schwellenwerte zu rechnen.

¹¹ Ausführliche Darstellung des Meinungsstandes siehe *Heid* in: *Heid & Partner Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte* (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*² (2005), 125ff.

§ 2 Z 7 BVergG 2006 (Arbeitsgemeinschaft) und § 20 Z 11 BVergG 2002 bzw § 2 Z 14 BVergG 2006 (Bietergemeinschaft) bestimmt § 30 Abs 2 BVergG 2002 (§ 20 Abs 2 BVergG 2006), dass Bietergemeinschaften grundsätzlich zur Angebotslegung zuzulassen sind und von diesen nicht die Wahl einer bestimmten Rechtsform verlangt werden darf. Das BVergG geht also von der **prinzipiellen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften** aus. Im Auftragsfall schulden die Mitglieder der Bietergemeinschaft die Leistungserbringung in solidarischer Haftung. Gemäß § 98 Z 10 BVergG 2002 sind Angebote von Bietergemeinschaften, die eine Erklärung über die solidarische Haftung gegenüber dem Auftraggeber nicht abgegeben haben, zwingend auszuschneiden. Dieser Ausscheidenstatbestand ist im BVergG 2006 zwar entfallen, die solidarische Haftung tritt im Auftragsfall aber bereits ex lege ein. § 30 Abs 2 BVergG 2002 (§ 20 Abs 2 BVergG 2006) bestimmt weiters, dass im nicht offenen und im Verhandlungsverfahren die zur Angebotslegung eingeladenen Bewerber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist anzuzeigen haben. Eine Verletzung dieser Mitteilungspflicht bildet jedoch keinen Ausscheidensgrund.¹²

- (17) Nach den Gesetzesmaterialien zum BVergG 2002¹³ hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen Festlegungen über die Zulässigkeit von Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften zu treffen. Anhaltspunkte, inwieweit der Auftraggeber dabei Beschränkungen von Bietergemeinschaften vorsehen darf, sind weder den Bestimmungen des BVergG¹⁴ noch den EU-Vergaberichtlinien zu entnehmen.¹⁵ Manche Autoren schließen daraus auf das gemeinschaftsrechtliche Gebot der unbeschränkten Zulassung von Bietergemeinschaften.¹⁶ In der Rechtssache „*Makedoniko Metro*“¹⁷ hat der EuGH jedoch ausgesprochen, dass die Regelung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt und Beschränkungen gemeinschaftsrechtlich nicht ausgeschlossen sind. Auch das BVA hat in der Rechtssache „*Stadionneubau Klagenfurt Waidmannsdorf*“ grundsätzlich anerkannt, dass eine Beschränkung der Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft bei Vorliegen eines sehr engen „Anbietermarktes“ sachlich gerechtfertigt sein kann, um ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten.¹⁸ Das OLG Düsseldorf hat in diesem Sinne ebenfalls eine Ausschreibungsbestimmung für zulässig erklärt, in der der Auftraggeber Unternehmen, die im Bereich der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen einen Jahresumsatz von mehr als EUR 50 Mio erwirtschaftet haben, die Gründung von Bietergemeinschaften mit einem ebenso umsatzstarken Unternehmen untersagt hat. Dem Auftraggeber

¹² AB 1118 BlgNR XXI. GP zu § 30.

¹³ AB 1118 BlgNR XXI. GP zu § 30.

¹⁴ Einzelne Landesvergabegesetze nach Rechtslage vor dem BVergG 2002, nämlich das Burgenländische Landesvergabegesetz, LGBl 29/2001, sowie das Wiener Landesvergabegesetz, LGBl 36/1995, hatten hingegen eine ausdrückliche Beschränkungsmöglichkeit der Zahl der Mitglieder vorgesehen. Ebenso ÖNORM A 2050 idF 1.1.1993.

¹⁵ Vgl *Gruber*, *Ausgewählte Probleme der Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht* in: *Bundesvergabeamt* (Hrsg.), *Standpunkte zum Vergaberecht* (2003) 18f.

¹⁶ *Casati*, *Bietergemeinschaften am Gängelband des Vergaberechts?* RPA 2002, 206; *Pock* in: *Heid & Partner Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte* (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*² (2005), 333.

¹⁷ FN 10.

¹⁸ BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29.

sei es unbenommen, auch über die gesetzlich geregelten Kartellverbote hinausgehende Beschränkungen festzulegen, sofern diese sachlich gerechtfertigt sind.¹⁹

- (18) Von erheblicher praktischer Bedeutung ist, daß der Auftraggeber durch die Gestaltung seiner Ausschreibung den anschließenden Bieterwettbewerb entscheidend prägt. Das beginnt bereits beim **Ausschreibungsgegenstand**. Wenn eine Ausschreibung etwa ein bestimmtes technisches Bauverfahren vorschreibt (zB im Wohnbau Fertigteilbauweise), hat dies unmittelbare Auswirkungen auf den Kreis der potentiellen Bieter.²⁰ Ebenso bedeutsam sind die geforderten **Eignungskriterien**, etwa im Hinblick auf die erforderlichen gewerberechtlichen Befugnisse sowie wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit. Sie bilden häufig die entscheidende Marktzutrittsschranke zur Teilnahme an konkreten Projekten. Dies gilt umso mehr, als Angebote von ungeeigneten Bietern zwingend auszuschneiden sind. Zwar bestimmt § 52 Abs 2 BVergG 2002 bzw § 70 Abs 2 BVergG 2006, dass Eignungsnachweise vom öffentlichen Auftraggeber nur soweit verlangt werden dürfen, wie dies durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist. Trotz dieses Verhältnismäßigkeitsprinzips kommt dem öffentlichen Auftraggeber jedoch ein signifikanter Ermessensspielraum zu. Schließlich zählen zu den Gestaltungsmöglichkeiten des Auftraggebers die oben diskutierten Beschränkungen hinsichtlich der **Bildung von Bietergemeinschaften**, durch die der Kunde – wenn er ernsthaft Bedenken hegt, daß der Kreis potentieller Anbieter vergleichsweise gering sein könnte – auf eine hinreichende Angebotszahl achten kann.
- (19) Diese Aspekte verbinden sich mit der **Wahl des Ausschreibungsverfahrens**. Dabei geht es vor allem darum, ob der Auftraggeber ein offenes Verfahren oder ein zweistufiges Vergabeverfahren (nicht offenes bzw Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung) anstrebt. In zweistufigen Verfahren kündigt der Auftraggeber an, aus der Zahl der Bewerber nur jene zur konkreten Angebotslegung einzuladen, die bestimmte von ihm festgelegte Auswahlkriterien am besten erfüllen (Präqualifikation). Zu diesen Kriterien zählen häufig Erfahrungen mit vergleichbaren Projekten (Referenzen), Qualifikation des vorgesehenen Schlüsselpersonals bzw auch finanzielle Stabilität und dergleichen. Wer diese Kriterien besser erfüllt (also zB mehr einschlägige Referenzen aufzuweisen hat oder besser für die fristgerechte Auftragserfüllung geeignet erscheint), hat bessere Chancen in der Präqualifikation.
- (20) Alle diese Maßnahmen wirken sich unmittelbar auf die Bildung von Bietergemeinschaften aus. Häufig bilden Bauunternehmen deswegen Arbeitsgemeinschaften, weil sie – für sich allein - die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen oder zumindest nicht in einem solchen Maß, daß ihnen die Präqualifikation gewiß ist. Bei hohen oder schlecht überschaubaren Präqualifikationsanforderungen können

¹⁹ OLG Düsseldorf 3.6.2004, VI-W (Kart) 14/04.

²⁰ Zur grundsätzlichen Systemwahlfreiheit des Auftraggebers zwischen vergleichbaren technischen Lösungen – ungeachtet der Zulässigkeit von Alternativangeboten – vgl EuGH 29.9.1997, Rs T-83/97 (Sateba); BVA 21.2.2003, 17N-75/02-18.

selbst Unternehmen, die nach eigener Einschätzung den Auftrag auch ohne Partner erbringen könnten, gezwungen sein, als Bietergemeinschaft anzubieten (um auf mehr Referenzen oder auf mehr Ausführungssicherheit verweisen zu können). Letzteres gilt umso mehr, als im zweistufigen Verfahren die Entscheidung über die Zusammensetzung der Bietergemeinschaft bereits zu einem Zeitpunkt erfolgen muß, in dem den beteiligten Unternehmen die konkreten Ausschreibungsunterlagen und damit die Details des Auftragsgegenstandes noch gar nicht bekannt sind. Nach der Rechtsprechung des BVA ist eine nachträgliche Reduktion der Mitglieder einer Bietergemeinschaft während des Vergabeverfahrens ein zwingender Ausscheidensgrund²¹. Die Bewerber werden dadurch angeleitet, zunächst möglichst umfassende Bietergemeinschaften zu bilden, auch wenn sich diese nachträglich (nach der Präqualifikationsphase) als „überdimensioniert“ erweisen sollten.

- (21) Ein gutes Beispiel für das Ausmaß, in dem der Auftraggeber den Wettbewerb um "sein" Projekt bestimmt, ist die zuletzt in der Öffentlichkeit intensiv diskutierte Totalunternehmerausschreibung „*Stadion Klagenfurt EURO 2008*“. Die Ausschreibung war dadurch charakterisiert, dass der Bewerber als Totalunternehmer sowohl Planung als auch Ausführung eines Stadionneubaus in Klagenfurt anbieten musste. "Reine" Ziviltechniker waren damit von der Angebotslegung ebenso ausgeschlossen wie "reine" Baufirmen. Die Vergabe sollte in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren erfolgen, wobei aus der Zahl der insgesamt eingelangten Interessensbekundungen höchstens die fünf bestqualifizierten Bewerber zur Angebotslegung eingeladen werden sollten. Die Auswahl sollte durch eine Kommission nach einem Bewertungsschema erfolgen, in das Referenzprojekte in den Bereichen Stadionbau, Generalunternehmeraufträge im Veranstaltungsbereich und architektonische Qualität einfließen. Bietergemeinschaften wurden zur Angebotslegung zugelassen, soweit ihnen nicht mehr als zwei Unternehmen angehören. Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wurden Angaben zur Zahl der beschäftigten Dienstnehmer (mindestens 200) und zum Jahresumsatz (mindestens € 50 Mio) gefordert, die bei Bietergemeinschaften von jedem der Bieter gesondert zu erbringen waren. Insgesamt war die Ausschreibung so gestaltet, dass auf der einen Seite nur ein sehr begrenzter Bieterkreis in Betracht kam, auf der anderen Seite die Bildung von Bietergemeinschaften aber nahezu verboten wurde.
- (22) Schließlich ist in diesem Zusammenhang auf § 70 BVergG 2002 hinzuweisen, wonach die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig ist und überdies der Auftragnehmer wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen hat. Diese Bestimmung steht einer Einzelbewerbung mit der Absicht, nachträglich wesentliche Teile des Auftrags an Dritte zu vergeben, entgegen. Eine Baufirma, die mit Kapazitätsengpässen auch nur möglicherweise rechnen muß, ist deswegen gut beraten, von vornherein eine Bieter- und Arbeitsgemeinschaft zu bilden. Die Verpflichtung zur eigenständigen Erbringung wesent-

²¹ BVA 23.7.2004, 04N-50/04-46.

licher Teilleistungen ist allerdings durch § 83 BVergG 2006 gefallen, das Verbot der Weitergabe des Gesamtauftrags besteht weiterhin.

- (23) Aus den hier skizzierten vergaberechtlichen Gründen liegt die praktische Verantwortung dafür, wie intensiv der Wettbewerb bei einem bestimmten Ausschreibungsprojekt letztendlich ist, maßgeblich beim Auftraggeber. Er hat es in der Hand, den Wettbewerb nach seinen Vorstellungen zu prägen. Diese Auftraggeberverantwortung betont auch der Ministerialentwurf für das Bundesvergabegesetz 2006:²² Im Anschreiben zur Aussendung im Begutachtungsverfahren wird um Stellungnahme ersucht, ob Auftraggebern die Möglichkeit zukommen soll, „die Bildung von Bietergemeinschaften bei Vergaben in so genannten „engen Märkten“ einzuschränken, damit ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet ist (zB. durch Beschränkung der Anzahl der Mitglieder einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft).“ Dahinter steht die – uE im Prinzip zutreffende – Auffassung, daß der Auftraggeber am besten wissen sollte, wie viele und welche Anbieter bei der von ihm gewählten Ausschreibungsvariante potentiell in Betracht kommen, und ob er sich in einem "engen Markt" bewegt. Aufgrund der überwiegend zustimmenden Stellungnahmen von Auftraggeberseite hat diese Auftraggeberverantwortung insofern Eingang in den Gesetzestext gefunden, als nach § 20 Abs 2 BVergG 2006 in der Ausschreibung die Teilnahme oder Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften aus sachlichen Gründen für unzulässig erklärt werden kann. Ebenso kann der Auftraggeber aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Die Erläuterungen²³ führen dazu aus:

„Sachliche Gründe sind etwa, wenn in einem Marktsegment nur eine begrenzte Anzahl von Bietern existiert und zur Sicherung des Wettbewerbes eine Beschränkung der Teilnehmeranzahl am Vergabewettbewerb durch Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht erfolgen soll. Der Auftraggeber hat ferner die Möglichkeit, die Mitgliederanzahl zu beschränken oder Beschränkungen hinsichtlich der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften (etwa ein Verbot der Mehrfachbeteiligung) vorzusehen. Die Zulässigkeit dieser Regelung ergibt sich ebenfalls aus dem Erkenntnis in der Rs C-57/01, Makedoniko Metro. Darin hat der EuGH festgehalten (vgl. Rz 60), dass die RL „keine Bestimmung über die Zusammensetzung derartiger Bietergemeinschaften [enthält]. Die Regelung der Zusammensetzung fällt deshalb in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.“ Die Beschränkungsmöglichkeiten hinsichtlich der Arbeits- oder Bietergemeinschaften sollen dem Auftraggeber die Möglichkeit geben, einen echten Wettbewerb bei der Vergabe der Leistung zu gewährleisten. Durch diese Regelungen darf jedoch nicht die Teilnahme von KMU's an Vergabeverfahren behindert werden. Aus diesem Grund muss die Beschränkung stets sachlich gerechtfertigt werden können. Diese Festlegungen sind der Nachprüfung zugänglich.“

- (24) Für das Ausmaß an **Innovationswettbewerb** in der Bauindustrie ist die **Alternativangebotsfreundlichkeit** des öffentlichen Auftraggebers entscheidend. (Nur)

²² Abrufbar unter www.bka.gv.at/vergaberecht

²³ 1171 BlgNR XXII. GP.

soweit Bauunternehmen berechtigt sind, dem Auftraggeber ihre Gedanken über die bestmögliche technische Ausführung eines Bauwerkes vorzutragen, haben sie einen Anreiz, sich um die Entwicklung neuer Erkenntnisse und Verfahren zu bemühen. Gemäß § 69 Abs 1 BVergG 2002 ist die Nichtzulassung von technischen Alternativangeboten nur aus wichtigen Gründen zulässig und auf jene Teilleistungen zu beschränken, für die eine sachliche Notwendigkeit besteht. Rein rechtliche und kommerzielle Alternativen kann der Auftraggeber ohne Angabe von Gründen ausschließen. Diese grundsätzliche Alternativangebotsfreundlichkeit des Vergaberechts wird durch das neue BVergG 2006 ins Gegenteil verkehrt: Gemäß § 81 Abs 1 BVergG 2006 sind Alternativangebote unzulässig, wenn der Auftraggeber diese nicht ausdrücklich zugelassen hat. Im Interesse des Wettbewerbs sollten die Auftraggeber uE in aller Regel die Abgabe von Alternativangeboten selbst ohne Legung eines Hauptangebotes zulassen und damit auch Unternehmen eine Teilnahme am Wettbewerb ermöglichen, welche die in der Ausschreibung geforderte Ausführung nicht erbringen könnten, jedoch innovative Vorschläge haben.

- (25) Nach dem Wortlaut des § 69 Abs 1 BVergG 2002 bzw § 81 Abs 1 BVergG 2006 ist die Legung von Alternativangeboten nur bei Wahl des Bestbieterprinzips zulässig. Hingegen steht die im BVergG 2006 neu eingeführte Kategorie der so genannten „Abänderungsangebote“ auch bei „Billigstbietervergaben“ zur Verfügung. Dabei handelt es sich gemäß § 2 Z 1 BVergG 2006 um ein Angebot eines Bieters, das „im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht“. Diese Neuerung ist – aus wettbewerblicher Sicht - zu begrüßen.

2.3.3 Ausscheidung kartellrechtswidriger Bietergemeinschaften

- (26) Ungeachtet der Zulässigkeit von Beschränkungen hinsichtlich der Bildung von Bietergemeinschaften in der Ausschreibung sind die Ausschluss- bzw Ausscheidensgründe des BVergG zu beachten:

Gemäß § 51 Z 4 BVergG 2002 (§ 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006) hat der öffentliche Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, *„wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde“*. Als schwere Verfehlung wird auch ein Verstoß gegen die kartellrechtlichen Bestimmungen zu verstehen sein.

Gemäß § 98 Z 9 BVergG 2002 (§ 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006) sind Angebote von Bietern auszuschließen, *„die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs*

verstoßende Abreden getroffen haben.“ Nach der Judikatur des BVA sind unter diesen Tatbestand insbesondere auch Verhaltensweisen der Bieter, die die Bieteranzahl beschränken²⁴, sowie Verstöße gegen Artikel 81 EG und das KartG²⁵ zu subsumieren. Aus all dem ergibt sich, daß **kartellrechtswidrige Arbeitsgemeinschaften** aus dem Vergabeverfahren **auszuscheiden** sind.

- (27) An das Vorliegen des Ausschlußgrundes gemäß § 51 Z 4 BVergG 2002 (§ 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006) oder des Ausscheidenstatbestandes des § 98 Z 9 BVergG 2002 (§ 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006) sind freilich strenge Maßstäbe anzulegen.²⁶ Nach den Gesetzesmaterialien zum BVergG müssen sich die Fakten, auf die der Auftraggeber seine Auffassung über das Vorliegen einer schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber stützt, auf objektive, nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegende Umstände gründen.²⁷ Eine Verfehlung ist dann nachweislich, wenn die Vergabestelle zur vollen Überzeugung der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens kommen konnte, "sowie wenn ein Verhalten unbestritten ist oder in einem behördlichen Ermittlungsverfahren ein Geständnis vorliegt".²⁸ Die Einbringung einer Sachverhaltsdarstellung reicht nicht aus.²⁹ Dies entspricht dem im Kartellrecht allgemein anerkannten Prinzip, daß die Beweislast für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung bei der Wettbewerbsbehörde liegt, Kartellverstöße also nicht einfach vermutet werden dürfen.³⁰ Die deutsche Rechtsprechung vertritt in diesem Zusammenhang den Standpunkt, daß sich der Auftraggeber von der Prüfung, ob eine an der Ausschreibung beteiligte Bietergemeinschaft gegen das Kartellverbot verstößt, nicht dadurch befreien kann, daß er die an einer Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen verpflichtet, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Kartellbehörde vorzulegen.³¹ Das ist insoweit konsequent, als Unbedenklichkeitsbescheinigungen im System der Legalausnahme, wie es in Europa mit der VO 1/2003 und in Österreich mit dem KartG 2005 eingeführt wurde, nicht mehr erhältlich sind. Für die praktische Handhabung wirft dies erhebliche Probleme auf. In aller Regel kann im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens von den Vergabekontrollbehörden das Vorliegen eines Kartellverstoßes nicht wirklich beurteilt werden.³² Auf der anderen Seite steht unterlegenen Bietern der Einwand, wonach die siegreiche ARGE kartellrechtswidrig sei, offen. Das mittlerweile nicht seltene Resultat dieser Konstellation ist, daß in Nachprüfungsverfahren gegen Bietergemeinschaften der Kartellrechtseinwand erhoben und mehr oder weniger

²⁴ BVA 26.9.2001, N-80/01.

²⁵ BVA 11.12.2002, 12N-52/02-26.

²⁶ Gruber, Arbeitsgemeinschaften nicht mehr generell kartellrechtsimmun – Grund zur Sorge? ZVB 2004, 7.

²⁷ AB 1118 BlgNR 21. GP, 41.

²⁸ Hahn, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) K.1. zu § 51 unter Verweis auf *Elsner*, Vergaberecht (1999) A 75.

²⁹ BVA 26.4.2004, 12N-2/04-55.

³⁰ Explizit idS Art 3 Abs 1 VO 1/2003.

³¹ OLG Naumburg 21.12.2000, WuW/E Verg 493.

³² Obiter dictum BVA 11.12.2002, 12N-52/02-26 OGH 17.12.2001. Allgemein zur Zuständigkeitsabgrenzung OGH 22. 11. 1994, 4 Ob 573/94 = *ecolex* 1995, 328 = *Wbl* 1997, 524; zu Kartellgerichtsbarkeit und Vergabekontrolle OGH 16.12.2002, 16 Ok 14/02 (16 Ok 15/02) „LKW-Maut“.

aufwändig geprüft wird, sich letztlich aber als nicht belegbar erweist. Volkswirtschaftlich ist das eine ungünstige Konstellation, werden dadurch doch öffentliche Auftraggeber, Unternehmen und Vergabekontrollbehörden mit einem unnötigen Zeit- und Kostenaufwand belastet. **Rechtspolitisch** spricht deswegen einiges dafür, die kartell- und damit auch die vergaberechtliche **Zulässigkeit** von Arbeitsgemeinschaften **ex ante** zu **regeln** und nicht einer nachprüfenden Kontrolle im Einzelfall zu unterwerfen.

2.3.4 Verbot der Mehrfachbeteiligung

- (28) Eine wesentliche Konsequenz der (zulässigen) Bildung einer Bietergemeinschaft ist, daß die Teilnehmer keine parallelen Einzelangebote abgeben oder sich an anderen Bietergemeinschaften für das gleiche Projekt beteiligen dürfen. In der Rechtssache „*Chipkarte I*“ hat das BVA die Beteiligung eines Unternehmens als Mitglied an mehreren konkurrierenden Bietergemeinschaften als wettbewerbsbeschränkende Absprache und damit als zwingenden Ausscheidensgrund gemäß § 98 Z 9 BVergG für sämtliche betroffene Angebote angesehen. Maßgeblich Gesichtspunkt dafür war, daß der „mehrfache“ Bieter Kenntnis vom Angebotsinhalt des Mitbewerbers hat und dessen Preisgestaltung beeinflussen könne.³³ Der UVS Niederösterreich hat zwar in einer jüngeren Entscheidung trotz Mehrfachbeteiligung desselben Unternehmens das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes verneint, weil das Mitglied der Bietergemeinschaft über seinen Leistungsteil hinaus keine Einflussmöglichkeit auf die Angebotsgestaltung hatte und in sämtlichen Angeboten sein Leistungsteil mit demselben Preis aufschien.³⁴ Im Regelfall wird jedoch im Lichte der zitierten Rechtsprechung das Ausscheiden der betroffenen Angebote zwingend geboten sein, wenn der durch § 21 Abs 5 BVergG 2002 (§ 23 Abs 1 BVergG 2006) gebotene Geheimwettbewerb verletzt wurde und eine (gegenseitige) Einflussnahme auf die Angebotsgestaltung nicht ausgeschlossen werden kann. Dasselbe gilt für eine Beteiligung als Subunternehmer eines Bieters und gleichzeitiger Mitgliedschaft in einer anderen Bietergemeinschaft bzw als Einzelbieter und gleichzeitiger Mitgliedschaft in einer Bietergemeinschaft. Die Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens als Subunternehmer mehrerer Bieter wurde in der Rechtsprechung hingegen grundsätzlich als zulässig erachtet³⁵.
- (29) Fraglich ist, wie im Unterschied zur „echten“ Mehrfachbeteiligung desselben Bieters ein Fall zu beurteilen ist, in dem sich zwei (oder mehrere) miteinander verbundene Unternehmen jeweils mit einem eigenen Angebot an einer Ausschreibung beteiligen. In dieser Konstellation kommt – wovon die Praxis zu Recht ausgeht - ein Ausscheidensautomatismus nicht in Frage. Zwar gibt es bislang keine Rechtsprechung der österreichischen Vergabekontrollinstanzen zur Beteiligung verbundener Unternehmen an derselben Ausschreibung. Die herrschende deutsche Rechtsprechung geht aber davon aus, daß die bloße Verbundenheit zweier

³³ BVA 19.3.2001, N-12/01-32, N-16/01-23 und N-17/01-21, „Chipkarte I“.

³⁴ UVS NÖ 7.3.2002, Senat-AB-02-1003 und 1004, RPA 2002, 220.

³⁵ BVA 20.10.2001, N-80/01-19.

ansonsten selbständiger juristischer Personen nicht die Vermutung begründen könne, dass wechselseitige Kenntnis von der Wettbewerbsteilnahme, von Angebotsgrundlagen und von Angebotskalkulation herrscht. Dem entspricht die praktische Erfahrung, wonach es konzerninternen Wettbewerb – gerade in der Bauwirtschaft – häufig gibt. Eine generelle Beschränkung des Bieterkreises wegen Konzernverbundenheit wäre mit den Grundsätzen des Vergaberechts nicht vereinbar.³⁶

³⁶ vgl. VK Düsseldorf 21.11.2003, VK-33/2003-L ; OLG Düsseldorf 13.9.2004 VergabeR 1/2005, 217 mit Anm. von *Wagner*.

3. Strukturmerkmale des Wettbewerbs in der Bauwirtschaft

- (30) Die meisten Märkte (Konsumgüter ebenso wie Industrieprodukte) sind dadurch gekennzeichnet, daß die Anbieter Preis und Qualität ihrer Produkte für eine im Vorhinein unbestimmte Zahl von Abnehmern und/oder für eine unbestimmte Zahl von Verkaufsvorgängen festsetzen. Das kann am Beispiel eines Kfz-Herstellers illustriert werden. Nachdem ein Kfz-Hersteller ein neues Fahrzeugmodell entwickelt hat, setzt er für dieses Modell einen (oder mehrere) Abgabepreise an Wiederverkäufer (Vertragshändler) und/oder Endkunden fest. Er tut dies in der Hoffnung, dass möglichst viele Kunden (bzw Wiederverkäufer in möglichst hohem Ausmaß) von diesem Angebot Gebrauch machen. Sollte der vom Hersteller kalkulierte Preis über dem liegen, was ein bestimmter (einzelner) Kunde für das Fahrzeug zu bezahlen bereit ist, bedeutet dies nicht, daß der Hersteller mit dem Modell überhaupt keine Geschäfte macht. Es wird andere Kunden geben, die das Angebot annehmen; nur insgesamt wird der Verkaufserfolg hinter den Erwartungen zurückbleiben. Auf solchen "normal" strukturierten Märkten ist der Marktanteil eines Anbieters ein wesentlicher Indikator für seine Marktmacht.³⁷
- (31) In der Bauwirtschaft ist dies anders. Bauunternehmen fertigen fast ausschließlich Unikate für jeweils einen bestimmten Kunden. Eine Produktion auf Lager ist unmöglich, die Nachfrage ist äußerst individuell. Die Bauunternehmen sind im Grunde mit keinem bestimmten Produkt am Markt präsent, sondern bieten ihre Bereitschaft an, eine Bauleistung auszuführen.
- (32) Diese speziellen Produktionsbedingungen in der Bauwirtschaft bringen es mit sich, dass die Kunden zu Beginn eines Projektes mit mangelnder Markttransparenz konfrontiert sind. Die Bauherren werden zwar (zumal die Nachfrager in der Bauwirtschaft zumeist sehr sachkundig sind) üblicher Weise wissen, welche Firmen für die Erstellung eines bestimmten Bauwerkes grundsätzlich in Frage kommen. Ihnen ist vorab aber nicht bekannt, wie hoch der Wettbewerbspreis für dieses Werk ist. Dies führt dazu, daß die Bauherren in aller Regel eine Mehrheit von Angeboten einholen, um sich einen Überblick über die Marktsituation zu verschaffen. Erst die Aufforderung zu Angeboten, öffentlich oder beschränkt, führt zur Vergleichbarkeit der Leistungen der verschiedenen Anbieter.³⁸ Gleichzeitig bewirkt die Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung eine Homogenisierung des Angebots. Jedes Angebot, welches die technischen Kriterien der Leistungsbeschreibung erfüllt und bei dem die Bieter die allgemeinen Eignungskriterien nachweisen können, wird als gleichwertig betrachtet. Der Zuschlag wird nach ei-

³⁷ Vgl *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law², RZ 14.01f; *Immenga*, Fusionskontrolle auf Ausschreibungsmärkten, WuW 1998, 809, 811ff.

³⁸ Vgl *Immenga*, aaO, 809, 813.

nem reinen Billigstbieterprinzip erteilt. Qualitative Kriterien (wie etwa auch die Termintreue des Bauunternehmens) werden über Verträge erzwungen.³⁹

- (33) Der Umstand, daß die Auftragsvergabe in der Bauwirtschaft weitaus überwiegend im Wege von Ausschreibungen erfolgt, hat wesentliche Auswirkungen auf die kartellrechtliche Beurteilung. In der Wettbewerbsökonomie (und der darauf aufbauenden Judikatur der Gerichte) ist allgemein anerkannt, dass Ausschreibungsmärkte eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegen, nämlich – in aller Regel – ein höheres Maß an Wettbewerbsintensität aufweisen. Das deutsche Kammergericht hat dies im Fall *Hochtief/Philipp Holzmann*⁴⁰ wie folgt ausgedrückt:

Die Effektivität insbesondere des Ausschreibungswesens als wettbewerbliches Kontrollinstrument gering zu schätzen, wäre verfehlt.

Insbesondere ist anerkannt, daß Marktanteile (die sich aus dem Erfolg bei früheren Ausschreibungen ergeben) auf Ausschreibungsmärkten keine oder nur geringe Aussagekraft über die Marktmacht der Anbieter haben. Selbst Unternehmen mit geringen oder sogar fehlenden Marktanteilen (letzteres betrifft Newcomer auf dem Markt) können effektiven Wettbewerbsdruck auf die etablierten Anbieter ausüben und die durch die Ausschreibung verwirklichten Abschlußpreise entscheidend beeinflussen. Auf Ausschreibungsmärkten ist nicht der Marktanteil der verschiedenen Anbieter bedeutsam, sondern die Fähigkeit der potentiellen Bieter, in Bezug auf das konkrete Projekt ein wettbewerbsfähiges Angebot zu legen.⁴¹

- (34) Im Ergebnis führen diese Überlegungen dazu, daß auf Ausschreibungsmärkten wettbewerbliche Probleme erst und nur dann auftreten, wenn in Folge der Bildung von Bietergemeinschaften keine ausreichende Anzahl an potentiellen Anbietern mehr vorhanden ist, welche angesichts ihrer Größe und Leistungsfähigkeit in der Lage sind, um das fragliche Projekt zu konkurrenzieren.⁴²
- (35) Zu beachten ist, daß es für diese Einschätzung auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe (aus Sicht der Baufirmen also auf eine ex ante-Betrachtung) und nicht auf den Zeitpunkt der Angebotseröffnung (ex post-Ermittlung der tatsächlich gelegten Angebote) ankommt. Wie kompetitiv ein bestimmter Bieter sein Angebot kalkuliert, richtet sich danach, mit wie vielen und welchen Konkurrenzangeboten der betreffende Bieter (bzw die Bietergemeinschaft) rechnet. Ist das Angebot einmal gelegt, hat sich der Wettbewerbsdruck bereits verwirklicht. Er wird nicht aufgehoben, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, daß die tatsächliche Zahl der Angebote unter den Erwartungen des Bieters liegt. Mit wie vielen kon-

³⁹ In diesem sind auch *T. Bauer*, Marktmechanismen und Wertemanagement in der Bauwirtschaft, Vortrag an der Universität Innsbruck vom 07.11.2002.

⁴⁰ Beschluss vom 18.03.1998, Kart 3/95 WuW/E DE-R 94.

⁴¹ Vgl *Immenga*, aaO, 812 und *Bischof/Walker*, aaO.

⁴² In diesem Sinn auch VK Sachsen in einem Beschluß v 05.01.2005. Dort wurde bezweifelt, ob die fragliche Bietergemeinschaft eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs herbeiführen konnte, zumal es sieben Konkurrenzangebote gab.

kurrierenden Bietern bei einer bestimmten Ausschreibung im Vorhinein gerechnet werden muß, ist im Wesentlichen eine Frage der strukturellen Marktzutrittschranken. Hier geht es etwa darum, welche Bauunternehmen aus Transportkostenüberlegungen, im Hinblick auf den Zugang zu wesentlichen Vorprodukten und/oder im Hinblick auf ihre Finanzkraft zu einer Angebotslegung in der Lage sind.

- (36) Wesentlich erscheint uns, daß diese Faktoren zwar den Auftraggebern, nicht aber unbedingt den Baufirmen bekannt sind. Insbesondere dann, wenn der Auftraggeber eine Präqualifikation durchführt, wissen die Bieter zu dem Zeitpunkt, zu dem sie sich für oder gegen die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft entscheiden müssen, noch gar nicht, wie die Leistungsbeschreibung für das fragliche Projekt im einzelnen beschaffen sein wird. Die Verantwortung dafür, daß die Zahl der Bieter durch die Bildung von Arbeitsgemeinschaften nicht unzumutbar beeinträchtigt wird, liegt deswegen in erster Linie beim Auftraggeber. Darauf ist im folgenden noch zurückzukommen.
- (37) Eine weitere wettbewerbsökonomische Frage ist, wie hoch die Zahl der Bieter sein muss, von denen Erfolg versprechende Angebote erwartet werden können, um eine kompetitive Angebotserstellung zu bewirken. Wie viele (potentielle) Bieter sind genug?
- (38) Dies lässt sich nicht verallgemeinern. Empirische Studien und die Fallpraxis verschiedener europäischer Wettbewerbsbehörden⁴³ zeigen, daß es Fälle gibt, in denen bereits zwei unabhängige Angebote hinreichend sind. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn auf eine einzelne Ausschreibung ein erheblicher Anteil des Gesamtmarktvolumens entfällt. In diese Kategorie wird man in der jüngeren österreichischen Bauwirtschaft etwa die aktuelle Ausschreibung der ASFINAG für das Verkehrsprojekt "PPP Ostregion" einzureihen haben. Dort, wo Ausschreibungen hingegen relativ häufig sind und jeweils nur einen geringen Teil des Gesamtmarktvolumens auf sich vereinen (sodaß der Verlust einer einzelnen Ausschreibung keine gravierenden Konsequenzen für die Bieter hat), ist eine höhere Bieterzahl erforderlich.⁴⁴ Aus dem Verhalten der Nachfrager auf Baumärkten bei beschränkten Ausschreibungen (also daraus, wie viele Bieter bei einer beschränkten Ausschreibung zur Angebotslegung eingeladen werden), ist darauf zu schließen, dass drei bis fünf unabhängige Bieter üblicher Weise als hinreichend angesehen werden.⁴⁵

⁴³ Vgl dazu *Bischof/Walker*, aaO, RZ 14.03ff.

⁴⁴ Vgl *Bischof/Walker*, aaO, RZ 14.03 Fn 4.

⁴⁵ *Immenga*, aaO, 818; in Österreich entspricht dies der Wertung von § 26 Abs 1 Z 1 BVergG.

4. Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft – Begriff und betriebswirtschaftlicher Hintergrund

4.1 Begriff

- (39) § 20 Z 3 BVergG 2002 (§ 2 Z 7 BVergG 2006) definiert eine **Arbeitsgemeinschaft** als einen *Zusammenschluß mehrerer Unternehmen, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten*. Das prägende Strukturmerkmal ist die Zusammenlegung der Ressourcen von zwei oder mehr Unternehmen im Rahmen der Durchführung eines bestimmten Projekts. **Bietergemeinschaft** ist ein *Zusammenschluß mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes*. (§ 20 Z 11 BVergG 2002 bzw § 2 Z 14 BVergG 2006).
- (40) Der Normalfall in der Bauwirtschaft ist eine ARGE, bei der sämtliche beteiligten Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber offen in Erscheinung treten. Bei einer so genannten „**stillen Arge**“ tritt demgegenüber nur ein ARGE-Partner (Gesellschafter) dem Bauherrn gegenüber als Vertragspartner in Erscheinung. Die ARGE tritt nach außen nicht auf, es liegt eine so genannte „Innengesellschaft“ vor. Diese Form der ARGE unterscheidet sich von der klassischen Arge in Bezug auf die Haftung ihrer Mitglieder Dritten gegenüber. Die sonst übliche Solidarhaftung gegenüber dem Auftraggeber findet nicht statt.
- (41) Bei der „**Los-Arge**“ oder „**Dach-Arge**“ wird ein Bauauftrag gemeinsam von den Partnern als ARGE übernommen, im Innenverhältnis jedoch vereinbart, dass die Arbeiten im Wege von Subunternehmerverträgen klar abgegrenzt (als Einzellose) von den einzelnen Partnern oder Los-Argen ausgeführt werden. Diese ARGE-Form hat vornehmlich Auswirkungen im Innenverhältnis.
- (42) Eine „**fortgesetzte Arge**“ liegt vor, wenn die Partner einer ARGE im unveränderten Beteiligungsverhältnis ein weiteres Bauvorhaben ausführen. Rechtlich ergeben sich für die „fortgesetzte Arge“ keine Besonderheiten, im steuerlichen Bereich könnten sich jedoch Probleme hinsichtlich der Ertragssteuern ergeben.

4.2 Rechtsform

- (43) Aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht handelt es sich bei Arbeitsgemeinschaften in aller Regel um Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GesbR; §§ 1175 bis 1216 ABGB). Im Unterschied zu allen anderen Gesellschaftsformen ist die GesBR nicht selbst rechtsfähig. Träger aller Rechte und Pflichten aus dem Werkvertrag mit dem Auftraggeber sind vielmehr die einzelnen ARGE-Partner. Zwar

kann die ARGE über eigenes, also Gesellschaftsvermögen, verfügen. Formal steht es aber im gesamthändischen Miteigentum der Partner.

- (44) Angesichts der nur rudimentären gesetzlichen Regelungen über Gesellschaften bürgerlichen Rechts hat sich in der bauwirtschaftlichen Praxis eine nähere Ausgestaltung anhand von Vertragsmodellen herausgebildet. Die genaue Struktur von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft folgt weitgehend den Mustern für einen Arbeitsgemeinschaftsvertrag sowie für die Geschäftsordnung für ARGE-Verträge, welche von der VIBÖ geschaffen wurden und laufend weiterentwickelt werden. Dieses Modell sieht vor, daß im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften ein Firmenrat als Aufsichtsgremium, eine technische und kaufmännische Geschäftsführung sowie eine Bauleitung eingerichtet werden.
- (45) Der **Firmenrat** – das oberste Organ der Arbeitsgemeinschaft - setzt sich aus den Firmenbevollmächtigten zusammen, wobei pro Partnerfirma nur ein Bevollmächtigter, jedoch mehrere Stellvertreter benannt werden können. Gleichgestellt sind die Inhaber von Einzelunternehmen, Vorstandsmitglieder von AG, Geschäftsführer von Ges.m.b.H. oder Personengesellschaften. Der Firmenrat entscheidet in der Regel endgültig in allen grundsätzlichen und wichtigen Angelegenheiten der Arbeitsdurchführung sowie in Fragen, die von der technischen Geschäftsführung oder den Partnerfirmen beim Firmenrat anhängig gemacht werden. Er tritt bei Bedarf zusammen und ist beschlussfähig, wenn mindestens 50 % der Stimmrechte vertreten sind, wobei jeder stimmberechtigten Partnerfirma das Stimmrecht entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis zusteht. Personelle Änderungen in der technischen, der kaufmännischen Geschäftsführung sowie der Bauleitung bedürfen der Zustimmung der Mehrheit der Stimmrechte aller Partnerfirmen.
- (46) Die **Geschäftsführung** – das operative Organ der Arbeitsgemeinschaft – wird von den Partnerfirmen bestellt. Sie besteht aus der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung, die jeweils einer im ARGE-Vertrag genannten Partnerfirma übertragen wird. In wesentlichen und grundsätzlichen Fragen sowie in allen Angelegenheiten, in denen es die Geschäftsordnung vorsieht, haben die Geschäftsführer das Einvernehmen herzustellen und erforderlichenfalls die Entscheidung des Firmenrates einzuholen. Der Geschäftsführung obliegt die Willensbildung im Innenverhältnis (Geschäftsführung im rechtlichen Sinne) und die Vertretung der Arge nach außen (hier sind sowohl technische als auch kaufmännische Geschäftsführung jeweils alleine vertretungsbefugt). Die **technische Geschäftsführung** ist verantwortlich für die ordnungsgemäße technische Durchführung des Bauvorhabens, für die Einhaltung des ARGE-Vertrages und der Beschlüsse des Firmenrates in technischer Hinsicht. Die **kaufmännische Geschäftsführung** ist verantwortlich für die ordnungsgemäße Durchführung sämtlicher kaufmännischer Arbeiten der Arbeitsgemeinschaft, für die Einhaltung des ARGE-Vertrages und der Beschlüsse des Firmenrates in kaufmännischer Hinsicht.

- (47) Die **Bauleitung** besteht aus dem Bauleiter und dem Baukaufmann. Der Bauleitung obliegt die Durchführung des Bauauftrages im Einvernehmen mit der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung. Des Weiteren obliegt ihr die Erstellung aller Rechnungen an den Bauherren, an die Partnerfirmen und an Dritte sowie die Umrechnung veränderlicher Preise.

4.3 Betriebswirtschaftliche Aspekte aus Sicht der Bauunternehmen

- (48) Aus Sicht der beteiligten Unternehmen hat die Bildung von Arbeitsgemeinschaften eine Reihe von **unternehmerischen** und **betrieblichen Vorteilen**. Dazu zählen:

- Verstetigung der Kapazitätsauslastung
- Verstetigung des Umsatzes
- Verbesserung des gesamtunternehmerischen Risikoprofils durch breitere Risikostreuung (Risikominimierung)
- Verbesserung der Markteintrittschancen (lokal, national, international) durch Erschließung neuer Geschäftsfelder und Erhöhung des Umsatzes⁴⁶
- Synergieeffekte, wenn Unternehmen an mehreren gleichartigen ARGEN beteiligt sind.

- (49) An zweiter Stelle stehen **technische** Vorteile. Diese liegen in der Optimierung der Verfahrenstechnik und der organisatorischen Abwicklung durch den Input mehrerer Partner, die sowohl Kosteneinsparungen mit sich bringen als auch das Risiko (etwa durch Fehler in der Bauabwicklung) reduzieren können. Von Vorteil kann auch die gemeinsame Beschaffung bzw. Entwicklung von Spezialgeräten sein. Dasselbe gilt für die Bündelung der personellen Ressourcen und der Logistik.

- (50) An dritter Stelle sind **wirtschaftliche und finanzielle** Vorteile zu nennen:

- Bessere Einkaufsbedingungen durch größeres Einkaufsvolumen und Übernahme der Einkaufskonditionen der größeren ARGE-Partner
- Erleichterung der Vorfinanzierung von Baustellen (Investitionen, Betriebskapital)

- (51) Im Zuge eines Forschungsprojekts der Universität Duisburg-Essen über "Unternehmenskooperationen in der Bauwirtschaft", bei dem 800 Unternehmen des deutschen Bauhauptgewerbes befragt wurden (Rücklaufquote der Fragebögen 15,5%), haben die Interviewpartner folgende Einschätzung über die Wirkung von Kooperationen abgegeben:

⁴⁶ Besonders deutlich ist dieser Effekt bei Bauvorhaben, bei denen die Bieter Referenzprojekte vorzuweisen haben. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen ist die Bildung von ARGEN vielfach die einzige Möglichkeit, am Wettbewerb teilnehmen zu können und selbst Referenzen zu erwerben.

- 91% der Bauunternehmen, die sich an der Befragung beteiligt haben, gaben Verbesserungen in der Kapazitätsauslastung als Grund und positive Wirkung der gemeinsamen Leistungserstellung an.
 - Für 89% der Befragten spielte der Zugriff auf spezielle Leistungen eine besondere Rolle.
 - 81% der Befragten verwiesen auf mögliche Kosteneinsparungen.
 - 55% der Befragten sahen in der Kooperation eine Möglichkeit zum Gewinn von zusätzlichem Wissen und Fertigkeiten.
- (52) Den oben angeführten Vorteilen stehen aus Sicht der Bauunternehmen geringe Nachteile gegenüber. Hier ist an erster Stelle die **Solidarhaftung** zu nennen, die aus Sicht der Baufirma einer Risikoübernahme für fremdes Handeln gleichkommt. Gravierende Nachteile können sich aus dem Ausfall eines ARGE-Partners nach Angebotsabgabe, jedoch vor Zuschlagserteilung ergeben. Da eine nachträgliche Änderung der Bietergemeinschaft vergaberechtlich unzulässig ist, führt die Insolvenz eines Partners dazu, daß sich auch die verbliebenen Partner nicht mehr an dem konkreten Projekt beteiligen können.
- (53) Gelegentlich wird auch der bei Arbeitsgemeinschaften höhere **administrative Aufwand** als Nachteil angeführt. So sahen 78% der Unternehmen, welche am Forschungsprojekt der Universität Duisburg-Essen teilnahmen, die Notwendigkeit, die Leistungen der Kooperationspartner durch eigenes Personal zu kontrollieren. In Österreich ist der Administrationsaufwand jedoch auf Grund des ausgereiften und allgemein akzeptierten Mustervertrages gering. Für Firmen, die sich erstmals an einer Arbeitsgemeinschaft beteiligen und die mit den durch den Muster-ARGEvertrag und die allgemeinen Geschäftsbedingungen normierten administrativen Abläufen noch nicht vertraut sind, kann sich anfänglich ein höherer administrativer Aufwand ergeben. Die Geschäftsführungskosten (Gestionen), die ein bis zwei Prozent des Umsatzes ausmachen können, sind kein echter Mehraufwand, weil die Arbeit der Geschäftsführer, die im Wesentlichen in der Steuerung und Kontrolle der Bauabwicklung besteht, eine Leistung ist, die in jedem Fall zu erbringen ist.
- (54) Im Idealfall wird eine Arbeitsgemeinschaft geführt wie ein gutes Unternehmen. Kompetente Geschäftsführer, die Erfahrungen aus verschiedenen Bereichen mitbringen und ein guter Mix aus verschiedenen Unternehmenskulturen bringen oft bessere Ergebnisse als bei der Abwicklung von Projekten innerhalb komplex strukturierter Einzelunternehmen zustande. Ein wesentlicher Faktor dafür ist die klare und transparente Führungsstruktur mit den drei Ebenen Firmenrat, Geschäftsführung, Bauleitung ebenso wie das in Arbeitsgemeinschaften übliche Vier-Augen-Prinzip bei allen wichtigen Entscheidungen.

4.4 Betriebswirtschaftliche Aspekte aus Sicht der Auftraggeber

- (55) Aus Sicht der öffentlichen Auftraggeber ist die Teilnahme von Arbeitsgemeinschaften an einer Ausschreibung häufig von Vorteil. Dabei geht es – gerade bei größeren Projekten – zum einen um die Solidarhaftung, die das Ausführungsrisiko mindert und die Termintreue fördert. Zum anderen erlaubt (selbst wenn das Bauwerk nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben und vergeben wird) die Wissensbündelung in einer ARGE Qualitätsverbesserungen. Schließlich profitiert der Auftraggeber dann von ARGE, wenn die Kooperation Kosteneinsparungen und daraus resultierende Preisvorteile mit sich bringt, oder wenn die Bietergemeinschaft Unternehmen eine Beteiligung an der Ausschreibung gestattet, die ansonsten den Aufwand der Angebotserstellung nicht auf sich genommen oder aus sonstigen Gründen kein Angebot gelegt hätten. Bedenklich erscheinen ARGE aus Sicht der Auftraggeber nur dann, wenn sie so viele Unternehmen in sich vereinen, daß – von vornherein ersichtlich – der Wettbewerb gedämpft wird und dadurch das Preisniveau steigt.

5. Auswirkungen von Arbeitsgemeinschaften auf den Bieterwettbewerb

- (56) Nach den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV ("LL Art 81") setzt das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art 81 Abs 1 EGV zweierlei voraus:

Beschränkung der Handlungsfreiheit: Im Rahmen der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise muß es zu einem Eingriff in die Verhaltensfreiheit der beteiligten Unternehmen am Markt kommen. Mindestens ein Unternehmen muß sich gegenüber einem anderen Unternehmen zu einem bestimmten Marktverhalten verpflichten. Dem wird gleichgehalten, wenn in Folge der Kontakte zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewißheit über ihr Marktverhalten beseitigt bzw erheblich verringert wird.⁴⁷

Negative Auswirkungen auf das Marktergebnis: Darüber hinaus muß die fragliche Vereinbarung geeignet sein, spürbar negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter im Markt, wie namentlich Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation zu haben. Die Auswirkungen können insbesondere eintreten, wenn der Wettbewerbsdruck zwischen den Parteien der Vereinbarung oder zwischen ihnen und Dritten erheblich gemindert wird. Bei sogenannten Kernbeschränkungen (das sind im wesentlichen Preisabsprachen, Vereinbarungen über die Marktaufteilung und/oder Vereinbarungen über Produktions- oder Absatzquoten) werden nachteilige Marktauswirkungen vermutet. Ansonsten ist die Eignung der unternehmerischen Zusammenarbeit, sich nachteilig auf die Wettbewerbsverhältnisse auszuwirken, konkret nachzuweisen.⁴⁸

- (57) Zu einer **Beschränkung der Handlungsfreiheit** der beteiligten Unternehmen wird es im Zuge der Bildung von Bietergemeinschaften in aller Regel kommen. Dies ergibt sich schon aus dem vergaberechtlichen Grundsatz, daß es den Mitgliedern einer Bietergemeinschaft nicht gestattet ist, neben der gemeinsamen Beteiligung an der Ausschreibung noch konkurrierende Einzelangebote zu legen oder sich an konkurrierenden Bietergemeinschaften zu beteiligen (vgl dazu oben Rz 28ff). Der Verzicht auf die Abgabe von Konkurrenzangeboten entspricht im übrigen auch der wechselseitigen Treuepflicht, wie sie für Gesellschaften bürgerlichen Rechts gesetzlich vorgesehen ist (vgl § 1186 ABGB). Im Vordergrund der Prüfung der Anwendbarkeit von Art 81 Abs 1 EGV auf Bietergemeinschaften steht demnach die Frage, unter welchen Voraussetzungen spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Marktverhältnisse zu erwarten sind.
- (58) Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung können Bietergemeinschaften nur dann **spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Marktverhältnisse** haben,

⁴⁷ LL Art 81, Rz 15.

⁴⁸ Vgl LL Art 81, Rz 21ff.

wenn die beteiligten Unternehmen – jedes für sich betrachtet – zur Zeit der Bildung der Gemeinschaft in der Lage gewesen wären, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben. Fehlt es an der **individuellen Marktfähigkeit** der ARGE-Partner, ist die Zusammenarbeit nicht wettbewerbsbeschränkend, sondern - ganz im Gegenteil – wettbewerbserschließend. Sie ermöglicht in diesem Fall ein Angebot, welches es ohne die Kooperation nicht gäbe. Dieses Prinzip wird bspw in den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art 81 EGV auf Vereinbarungen über die horizontale Zusammenarbeit anerkannt. Dort heißt es, daß Vereinbarungen zwischen Unternehmen dann nicht vom Kartellverbot erfaßt werden, wenn die Beteiligten die von der Zusammenarbeit betroffene Tätigkeit oder das Projekt nicht eigenständig durchführen könnten.⁴⁹ Kartellrechtliche Probleme könnten sich in diesem Fall nur dann ergeben, wenn an der Zusammenarbeit Unternehmen mit erheblicher Marktmacht beteiligt sind und die Zusammenarbeit zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führt. In der früheren "Kooperationsbekanntmachung" der Kommission hieß es, daß Vereinbarungen, die lediglich die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zur Durchführung von Aufträgen zum Gegenstand haben, den Wettbewerb nicht beschränken, wenn die beteiligten Unternehmen hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen nicht miteinander im Wettbewerb stehen oder für sich allein nicht in der Lage sind, die Aufträge durchzuführen oder ein erfolversprechendes Angebot abzugeben. Bei dieser Prüfung sei ua zu berücksichtigen, ob die Unternehmen für sich allein über hinreichende Erfahrung, die nötigen Spezialkenntnisse, Kapazität oder Finanzkraft verfügen, ob sie die Arbeit termingerecht durchführen und ob sie das finanzielle Risiko allein tragen können.⁵⁰ Unbedenklich sind demnach jedenfalls Bietergemeinschaften, bei denen die einzelnen Mitglieder für sich allein nicht die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise (Befugnis, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit) erbringen können.⁵¹ Eine solche Situation findet sich häufig bei Bietergemeinschaften aus Mitgliedern unterschiedlicher Fachrichtungen, die sich zur Erbringung einer komplexen Bauleistung ergänzen.

- (59) Die ausführlichste Auseinandersetzung mit dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken und der individuellen Marktfähigkeit findet, soweit ersichtlich, in Deutschland statt. Grundlegend ist die Entscheidung des BGH im Fall *Bauvorhaben Schramberg*, in der es um die kartellrechtliche Bewertung einer gemeinsamen Bewerbung von Zweigniederlassungen dreier Großunternehmen der Bauindustrie ging. Der BGH führte aus, daß ein Zusammenschluß mehrerer Unternehmen zu einer Arbeits- und Bietergemeinschaft nur dann gegen § 1 GWB verstoße, wenn die zugrundeliegende Vereinbarung eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirken könne. Dies sei im konkreten Fall nicht anzunehmen gewesen, weil sich keines der beteiligten Unternehmen selbständig an der Ausschreibung beteiligt hätte.⁵² Bei der Prüfung der individuellen Marktfähigkeit kommt es nicht ausschließlich auf

⁴⁹ LL Horiz Rz 24

⁵⁰ ABI1968 C 75/3.

⁵¹ EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia.

⁵² Grundsatzentscheidung BGH 13.12.1983, "Bauvorhaben Schramberg", WuW/E BGH 2050 = BauR 1984, 302; zuletzt bestätigt durch BGH 5.2.2002, KZR 3/01.

technische Gesichtspunkte an. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Entscheidung für die Bildung der Bietergemeinschaft von den einzelnen Unternehmen in der Erkenntnis getroffen wurde, daß eine selbständige Teilnahme an der Ausschreibung „wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig gewesen wäre“.⁵³ Dabei sind auch unternehmerische Überlegungen wie Risikoverteilung, Größenvorteile bei Abwicklung mehrerer Teillöse, Personaleinsparungen oder Standortvorteile zu berücksichtigen. Erweist sich die unternehmerische Entscheidung gegen die Alleinbewerbung als objektiv nachvollziehbar (wobei ein gewisser unternehmerischer Beurteilungsspielraum besteht), so ist von der Zulässigkeit der Bietergemeinschaft auszugehen.⁵⁴ Die Bildung einer Bietergemeinschaft führt daher nur dann zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, wenn der Entschluß zur Mitgliedschaft in der Bietergemeinschaft für eines der beteiligten Unternehmen keine im Rahmen zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Entscheidung ist. Es kommt nicht allein darauf an, ob das betreffende Unternehmen abstrakt in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag allein zu erbringen, sondern auch darauf, ob die einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft bereit gewesen wären, sich allein um die Auftragsvergabe zu bewerben.⁵⁵

- (60) Vor diesem Hintergrund ist der Bauwirtschaft zu empfehlen, Arbeitsgemeinschaften nicht rein „routinemäßig“ zu bilden. Die oben geschilderte Entscheidungspraxis hat ein Unternehmen vor Augen, das zunächst – für sich allein – prüft, ob bei einer bestimmten Ausschreibung ein individuelles Angebot abgegeben werden kann. Scheidet aus objektiv nachvollziehbaren Gründen eine Einzelbewerbung aus, kann ohne rechtliche Beanstandung mit jedem Unternehmen, für das eine individuelle Angebotslegung gleichfalls nicht in Betracht kommt, eine Bietergemeinschaft gebildet werden. Jedem gemeinsamen Angebot sollte deswegen eine – auch dokumentierte – interne Prüfung vorausgehen, ob in Bezug auf das konkrete Projekt eine Einzelbewerbung wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig wäre. Ist dies nicht der Fall, ist die maßgebliche "Hürde" für die kartellrechtskonforme Bildung einer ARGE genommen.
- (61) Selbst dann, wenn der Entschluß von Unternehmen zur Bildung einer Bietergemeinschaft in einem konkreten Fall – objektiv betrachtet – nicht wirtschaftlich geboten ist (ein Einzelangebot also durchaus möglich gewesen wäre), bedeutet dies nicht zwangsläufig, daß die Bietergemeinschaft zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs führt. Wie in den LL Art 81 festgehalten wird (Rz 25), ergeben sich negative Auswirkungen einer Kooperation auf den Wettbewerb in aller Regel nur dann, wenn die Parteien einzeln oder gemeinsam ein gewisses Maß an Marktmacht haben und die Vereinbarung zur Begründung, Erhaltung oder Stärkung dieser Marktmacht beiträgt oder es den Parteien ermöglicht, ihre Marktmacht auszunutzen. Marktmacht ist definiert als die Fähigkeit, Preise

⁵³ OLG Naumburg 21.12.2000, „Abschleppaufträge“, WuW/E Verg 493, 495.

⁵⁴ BGH 11.12.1997, KVR 7/96, „Europapokalheimspiele“, WuW 1998, 163; BKartA 11.11.2002, VK 2 - 82/02, „Kanalbau“.

⁵⁵ VK Sachsen 20.01.2005, 1(SVK/127-04).

über einen erheblichen Zeitraum auf einer Höhe oberhalb des freien Marktpreises, oder aber Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation für einen erheblichen Zeitraum unterhalb des Wettbewerbsniveaus aufrecht zu erhalten.

- (62) Bei der Anwendung dieser Kriterien auf die Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft kommt den Besonderheiten des Baumarktes wesentliche Bedeutung zu. Wie oben (Rz 14f) ausgeführt, spielt sich der Wettbewerb in der Bauwirtschaft fast durchwegs im Rahmen geregelter Vergabeverfahren, also in Form eines Ausschreibungswettbewerbs um Unikate, ab. Der Preis bildet sich dabei nicht in einem Wechselspiel von Angebot und Nachfrage, bei der sich auf beiden Seiten mehrere Marktteilnehmer gegenüberstehen. Vielmehr ist die Nachfrage – was mögliche Mengenanpassungen betrifft – gänzlich unelastisch. In einem derartigen wettbewerblichen Umfeld sind die Marktanteile der an einer Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen nur wenig aussagekräftig, wenn es um die Beurteilung der Marktmacht geht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Bildung einer Bietergemeinschaft dazu führt, daß die Anzahl der potentiellen Wettbewerber, die erfolversprechende Angebote abgeben können, unter das für einen funktionierenden Wettbewerb notwendige Maß fällt.⁵⁶ Dabei ist eine ex ante-Beurteilung aus Sicht der Bieter anzustellen. Es kommt nicht darauf an, wieviel Angebote aufgrund einer Ausschreibung tatsächlich abgegeben werden. Maßgeblich ist vielmehr, mit welcher Anzahl von erfolversprechenden Konkurrenzangeboten die potentiellen Mitglieder einer Bietergemeinschaft bei objektiver Beurteilung rechnen müssen. Daraus (also aus dieser ex ante-Einschätzung) ergibt sich der Wettbewerbsdruck, dem die Bieter bei der Erarbeitung ihres Angebots ausgesetzt sind.
- (63) Fraglich ist, wie viele (potentielle) Angebote unter den oben dargelegten Prämissen erforderlich sind, um einen funktionierenden Wettbewerb im Vergabeverfahren zu gewährleisten. Aus § 26 Abs 1 Z 1 BVergG 2002 bzw § 102 Abs 3 BVergG 2006 läßt sich normativ ableiten, daß der Gesetzgeber in der Regel eine Bieterzahl von fünf für ausreichend, aber auch notwendig hält. Nach der ökonomischen Theorie (vgl dazu oben 38) können bereits zwei ernsthaft miteinander konkurrierende Angebote für wirksamen Wettbewerb genügen.
- (64) Die empirischen Daten, die den Verfassern dieser Studie vorliegen, deuten darauf hin, daß die Bildung von Bietergemeinschaften in aller Regel nicht zu einer wettbewerblich bedenklichen Beschränkung der Zahl der Angebote führt. Das i3b Innsbruck hat in diesem Zusammenhang die Submissionsergebnisse von 45 **Infrastrukturprojekten** der letzten Jahre ausgewertet. Diese Analyse zeigt zum einen deutlich den hohen Stellenwert der Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft. Für die ausgewerteten Projekte wurden insgesamt 297 Anbote abgegeben, da-

⁵⁶ Vgl zuletzt OLG Frankfurt 27.6.2003, 11 Verg 2/03, WuW 2003, Verg 823 = EWIR 2004, 287 (Anm Lotze) = NZBau 2004, 60. Vgl *Duursma*, kartellrechtliche Aspekte bei der Konzeption von PPP-Strukturen, in: *Mittendorfer/Weber* (Hrsg), Public Private Partnerships (2004), 201ff; *Müller*, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148ff.

von 116 von Einzelbieter und 181 von Bietergemeinschaften. Bei einigen Großprojekten war die Situation so, daß überhaupt lediglich Angebote von Bietergemeinschaften vorlagen. Dies betraf hauptsächlich Baulose im U-Bahn-Bereich sowie maschinell aufgefahrene Eisenbahntunnel. Bei diesen Projekten wäre ersichtlich sowohl das technische als auch das wirtschaftliche Risiko für einen Einzelbieter zu groß.

- (65) Die Anzahl der eingelangten Angebote variierte für die untersuchten Projekte zwischen drei und zwölf. Im Durchschnitt lagen 6,6 Angebote vor (2,6 Einzelbieter gegenüber 4,0 Bietergemeinschaften). Dies spricht dafür, daß trotz der hohen Beteiligung an Bietergemeinschaften noch genügend Angebote eingegangen sind, um funktionsfähigen Wettbewerb zu gewährleisten.
- (66) Interessant ist, daß lediglich in 10 der 45 Projekte im Ergebnis ein Einzelbieter im Zuge der Submission als Billigstbieter verlesen wurde. Bei 35 Projekten (oder 78% aller Vorhaben) gaben Bietergemeinschaften das billigste Angebot ab. Daraus läßt sich ableiten, daß Bietergemeinschaften häufig in der Lage sind, günstigere Angebote zu legen als Einzelbieter. Insoweit überrascht die in der Regel positive Einstellung öffentlicher Auftraggeber gegenüber der Bildung von Bietergemeinschaften nicht. Die Streuung der Angebotssummen im Rahmen der Analyse zeigt den vom Bauherrn gewünschten und auch volkswirtschaftlich sinnvollen Wettbewerb. Für die betrachteten Projekte ergab sich insgesamt eine Preisspanne von 119% (Billigstbieter = 100%). Eine tabellarische Aufstellung über sämtliche ausgewerteten Projekte ist dem **Anhang** zu entnehmen.
- (67) Ein etwas anderes, aber ebenso interessantes Bild zeigt eine Auswertung der Angebote, welche die **Straßenbauunternehmen im Raum Amstetten** in den Jahren 2003 und 2004 gegenüber dem Amt der NÖ Landesregierung, Straßenbauabteilung 6 abgegeben haben.⁵⁷ Hier geht es um Straßenbaulose, bei denen Asphaltmischgut Verwendung fand und die – verglichen mit den oben analysierten Infrastrukturprojekten – vielfach wesentlich geringere Bauvolumina betreffen (zum Teil weniger als € 50.000 Gesamtvolumen). In insgesamt 85 Ausschreibungen wurden in Summe 662 Angebote abgegeben, im Schnitt also 7,8 Angebote pro Ausschreibung. Davon stammten nur 35 Angebote von Bietergemeinschaften (im Schnitt weniger als 0,4 pro Ausschreibung). Der weitaus überwiegende Teil der Angebote wurde von Baufirmen einzeln gelegt. Die Erfolgsrate der Bietergemeinschaften war absolut betrachtet gering (in nur 6 Fällen wurde der Zuschlag einer ARGE erteilt), in Relation zur Gesamtzahl der abgegebenen Angebote aber vergleichsweise hoch: Während jedes sechste Angebot einer ARGE Erfolg hatte ("Erfolgsrate" 17,1%), lag die Erfolgsrate der Einzelangebote bei 13,6%.
- (68) Diese Auswertung zeigt zum einen, dass die Kooperation von Baufirmen in Form von ARGEn bei kleineren Projekten wesentlich weniger häufig stattfindet als bei

⁵⁷ Die NÖ Straßenbauabteilung 6 hat die Angebotseröffnungsprotokolle dem Kartellgericht im (noch anhängigen) Verfahren 25 Kt 183, 184/04 vorgelegt.

Großvorhaben. Das liegt mit hoher Wahrscheinlichkeit daran, dass kleinere Projekte auch von Einzelfirmen kaufmännisch vernünftig angeboten und durchgeführt werden können. Wenn ARGEN gebildet wurden, haben sie nicht zu einer wettbewerblich spürbaren Reduktion der Gesamtbieterzahl geführt. Die etwas höhere Erfolgsrate der ARGEN (im Vergleich zu Einzelangeboten) bestätigt schließlich den kostensenkenden Effekt der gemeinsamen Leistungserstellung, auch wenn diese Vorteile bei kleineren Vorhaben ersichtlich weniger bedeutsam sind.

- (69) Im **Ergebnis** ist festzuhalten: Für die Frage, ob Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft eine Beschränkung des Wettbewerbs herbeiführen, kommt es zunächst darauf an, ob die beteiligten Unternehmen in der Lage wären, den fraglichen Auftrag auch ohne Kooperation mit anderen durchzuführen. Dafür ist entscheidend, ob der Verzicht auf ein Einzelangebot objektiv betrachtet wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist. Wettbewerbliche Überlegungen (also namentlich der Wunsch, potentielle Konkurrenten „ins eigene Boot zu holen“), sind dabei nicht zu berücksichtigen. Aus Sicht der beteiligten Unternehmen sollte der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Einzelfall stets eine sorgfältige betriebswirtschaftliche Beurteilung vorausgehen.
- (70) Zusätzlich kommt es darauf an, wie groß die Anzahl der potentiellen Konkurrenten ist, die – trotz Bildung der Bieter-/Arbeitsgemeinschaft – in der Lage sind, konkurrenzfähige Vergleichsangebote abzugeben. Die den Verfassern dieser Studie vorliegenden empirischen Daten deuten darauf hin, daß eine reale Beschränkung des funktionierenden Wettbewerbs die Ausnahme ist. Derartigen Situationen kann mit vergaberechtlichen Instrumenten vorgebeugt werden.

6. Effizienzgewinne und Verbrauchervorteile durch Arbeitsgemeinschaften

(71) Nach Art 81 Abs 3 EGV (bzw zukünftig § 2 Abs 1 KartG 2005) sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vom Kartellverbot ausgenommen, wenn folgende vier Voraussetzungen – kumulativ – erfüllt sind:

- Die Vereinbarung muß zur **Verbesserung der Warenerzeugung** oder – verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen.
- Die **Verbraucher** müssen eine **angemessene Beteiligung** an dem entstehenden Gewinn erhalten.
- Die Beschränkungen des Wettbewerbs müssen für die Verwirklichung der Ziele der Vereinbarung **unerlässlich** sein; und schließlich
- darf die Vereinbarung den beteiligten Unternehmen **nicht** die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen im **Wettbewerb auszuschalten**.

Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, geht der Gesetzgeber davon aus, daß die Vereinbarung insgesamt wettbewerbslich positiv zu beurteilen ist, weil sie die beteiligten Unternehmen veranlaßt oder es ihnen gestattet, den Verbrauchern billigere oder bessere Produkte anzubieten und auf diese Weise zugunsten der Abnehmer die nachteiligen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen ausgleicht.

(72) Unter einer "**Verbesserung der Warenverteilung**" im Sinne des ersten Kriteriums der Legalausnahme versteht die Europäische Kommission in erster Linie quantifizierbare Effizienzgewinne in Form von **Kosteneinsparungen**.⁵⁸ Dabei kann es sich um Economies of Scale handeln, die sich daraus ergeben, daß vorhandene Produktionsanlagen oder Maschinen besser ausgelastet werden und dadurch eine günstigere Verteilung der Fixkosten erreicht wird. Ein anderes Beispiel für Skalenvorteile wären Kosteneinsparungen aus Optimierungen der Logistikstruktur, in dem zB Transportwege reduziert werden. Als eine weitere Quelle von Kosteneinsparungen gibt die Kommission Economies of Scope (Verbundvorteile) an, welche sich insbesondere daraus ergeben können, daß dieselben Produktionsfaktoren zur Herstellung einer Mehrzahl von Produkten eingesetzt werden. In der Bauwirtschaft wäre in diesem Zusammenhang etwa daran zu denken, daß eine bereits vorhandene Baustelleneinrichtung für ein weiteres Projekt genutzt wird.

⁵⁸ Vgl LL Art 81, Rz 59ff.

- (73) Wesentlich ist, daß die Wettbewerbsaufsicht Effizienzgewinne nur dann anerkennt, wenn die Vorteile zahlenmäßig belegbar sind, also kalkulatorisch nachgewiesen werden können. Um diesen Nachweis zu führen, würde man bei Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft im Grunde am zweckmäßigsten so vorgehen, dass man die (individuell kalkulierten) Einzelangebote dem gemeinsamen Angebot gegenüberstellt.⁵⁹ Ist das gemeinsame Angebot für den Auftraggeber preisgünstiger als das beste Einzelangebot, liegen offenkundig reale Kostenvorteile vor.⁶⁰ In der Praxis ist hier freilich Vorsicht geboten: Es darf nicht dazu kommen, dass bereits in der Phase der Erstellung eines Gemeinschaftsangebots wettbewerblich sensible Informationen (namentlich über beabsichtigte Individualangebote) ausgetauscht werden, die dann, wenn es doch nicht zur Bildung einer Bietergemeinschaft kommt (zB weil sich keine Kostenvorteile ergeben), einen uneingeschränkten Wettbewerb auf Einzelbasis ausschließen. Insoweit wird man sich auf eine Vergleichsrechnung bei jenen Kostenpositionen zu beschränken haben, bei denen Synergien in signifikantem Maß möglich erscheinen.
- (74) Neben Kosteneinsparungen akzeptieren die LL Art 81 auch qualitative Effizienzgewinne als Vorteil im Sinne von Art 81 Abs 3 EGV. Freilich hat die Kommission dabei ersichtlich Konstellationen vor Augen, in denen es zu einer Verknüpfung von hochwertigem Know-How kommt, wo also etwa die beteiligten Unternehmen patentierte Technologien zusammenführen, um ein neues Produkt herstellen zu können. Reine "Soft Facts", wie zB (bezogen auf die Bauwirtschaft) die Zusammenführung des Erfahrungshorizonts der Bauleiter zweier an sich konkurrierender Firmen, wären in diesem Kontext wohl zu wenig konkret, um Anerkennung finden zu können.
- (75) Die zweite Voraussetzung von Art 81 Abs 3 EGV ist die **angemessene Beteiligung der Verbraucher**. Dabei ist der Begriff "Verbraucher" nicht eng zu verstehen. Er umfaßt alle Nutzer der Produkte oder Dienstleistungen, auf die sich die fragliche Vereinbarung bezieht⁶¹, ist in der Bauwirtschaft also im wesentlichen mit dem Auftraggeber gleichzusetzen. Ein maßgeblicher Vorteil für den Auftraggeber bei Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft ist (vgl oben 4.3) die **Solidarhaftung**. Sie verringert das Risiko des Auftraggebers, daß das Projekt aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen (Insolvenz eines Bieters) nicht oder nicht in der vorgesehenen Zeit durchgeführt werden kann. Die Solidarhaftung gegenüber dem Auftraggeber ist gewissermaßen das Pendant zum Wunsch der anbietenden Unternehmen, ihr Risiko aus dem Projekt zu streuen. Auch in diesem Fall ist – im Rahmen der Prüfung nach Art 81 Abs 3 EGV – eine Quantifizierung des Verbrauchervorteils geboten. Tendenziell wiegt die Solidarhaftung um so schwerer, je

⁵⁹ Wenn es keine individuell erstellten Einzelangebote gibt, weil kein Mitglied der ARGE aus objektiven Gründen für sich allein am Wettbewerb teilgenommen hätte, ist diese Prüfung selbstverständlich obsolet. In diesem Fall mangelt es bereits am Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung (vgl dazu oben Rz 59ff), so daß es auf die Kriterien der Legalausnahme nicht mehr ankommt.

⁶⁰ Sollte das gemeinsame Angebot nicht das Günstigste sein, müßte die Bildung der Bietergemeinschaft unterbleiben.

⁶¹ Vgl LL Art 81 Rz 84.

risikobehafteter das Projekt ist bzw je finanziell unstabiler die konkreten Bieter sind.

- (76) Ein weiterer Vorteil aus der Bildung von Bietergemeinschaften für den Auftraggeber sind **Kosteneinsparungen**, soweit sie an ihn weitergegeben werden. Daß es zu einer Weitergabe kommt, ist im Beurteilungsrahmen nach Art 81 Abs 3 EGV nicht als selbstverständlich vorauszusetzen. Die Frage nach der Anwendbarkeit der Legalausnahme stellt sich nämlich von vornherein nur in Situationen, in denen die Zahl der potentiellen Bieter unter das für funktionierenden Wettbewerb erforderliche Maß fällt, der Wettbewerbsdruck auf die Mitglieder der Bietergemeinschaft also spürbar verringert wird. Es genügt deswegen in diesem Zusammenhang nicht darauf hinzuweisen, daß der übliche Ausschreibungswettbewerb in der Bauwirtschaft und das allgemein übliche strenge Billigstbieterprinzip jeden Bieter zwangsläufig zu einer möglichst knappen Kalkulation zwingt. Die Stärke des Restwettbewerbs ist in diesen Kontext zwar nicht unbeachtlich, sie allein vermag aber eine Rechtfertigung von Bietergemeinschaften nicht zu begründen. Tendentiell gehen die LL zu Art 81 EGV davon aus, daß Reduzierungen der variablen Kosten eher an die Abnehmer weitergegeben werden, als dies bei Fixkostendegressionen der Fall ist.⁶² Unmittelbar nachweisen läßt sich die Weitergabe von Kostenvorteilen dann, wenn gezeigt werden kann, dass jedes der (unabhängig voneinander) kalkulierten Einzelangebote der Mitglieder der ARGE höher war als das letztendlich tatsächlich abgegebene Gemeinschaftsangebot.
- (77) Zweifelhaft ist, ob bei der Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft qualitative Effizienzgewinne stark zum Tragen gebracht werden können. Der allgemeinen Auffassung in der Baubranche entspricht es (auftraggeberseitig), daß Bauwerke ein homogenes Gut in dem Sinn sind, daß jede Baufirma, welche über die notwendigen Grundvoraussetzungen verfügt, im Ergebnis das Projekt in gleicher Qualität erstellt. Eine Argumentation der Bauwirtschaft dahingehend, daß sie durch die Zusammenarbeit in einer Arbeitsgemeinschaft in die Lage versetzt werde, dem Auftraggeber eine bessere Bauausführung zu verschaffen, ist damit nur schwer zu belegen. Soweit die Mitglieder der Bietergemeinschaft ohne die Zusammenarbeit die grundlegend notwendigen Eignungsvoraussetzung zur Erstellung des Werkes nicht erfüllen, liegt ohnehin keine Beschränkung des Wettbewerbs vor.
- (78) Die dritte Voraussetzung nach Art 81 Abs 3 EGV ist die **Unerläßlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen**. Dies bedeutet zum einen, daß im Rahmen der Kooperation keine überschießenden Einschränkungen der Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen vereinbart werden dürfen. Überschießend könnte etwa eine Verpflichtung der Parteien sein, auch zukünftige Projekte als gemeinsame ARGE durchzuführen. Ebenso kritisch sind in diesem Zusammenhang Regelungen zu betrachten, wonach den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft über den vergaberechtlichen Rahmen hinaus verboten sein soll, sich als Subunternehmen

⁶² Vgl LL Art 81 RZ 98.

an anderen Angeboten zu beteiligen. Letzteres ist vor allem in Situationen bedeutsam, wo tatsächlich natürliche Begrenzungen der Anbieterzahl existieren (etwa im Hinblick auf die Notwendigkeit, Zugriff auf lokale Vorleistungen zu erhalten; als Beispiel dafür wird häufig im Straßenbau die Angewiesenheit von Baufirmen auf die lokale Zulieferung von Schotter und/oder bituminöses Mischgut angeführt). In solchen Situationen kann es für die Sicherstellung eines hinreichenden Wettbewerbsniveaus wichtig sein, daß die Mitglieder der Bietergemeinschaft – wenn im Ergebnis einem Dritten der Zuschlag erteilt wird – für diesen Dritten die Vorleistungen erbringen dürfen.

- (79) Nach Auffassung der Europäischen Kommission ist darüber hinaus im Zusammenhang mit dem Kriterium der Unerläßlichkeit zu prüfen, ob sich die angestrebten Effizienzgewinne nur durch die fragliche Vereinbarung erzielen lassen, oder ob es andere wirtschaftlich machbare und weniger wettbewerbsbeschränkende Möglichkeiten gibt. Bei Arbeitsgemeinschaften kann dieses Kriterium insbesondere im Hinblick auf die Auswahl der Partnerfirmen Bedeutung erlangen. Im Rahmen der Beurteilung nach Art 81 Abs 3 EGV sollte eine Bietergemeinschaft stets so zusammengesetzt sein, daß die Abgabe konkurrierender Angebote im größtmöglichen Ausmaß gewahrt bleibt. Wenn ein Bauunternehmen daher beispielsweise vor der Wahl steht, im Interesse seiner Risikostreuung mit mehreren kleinen Bauunternehmen zusammenzuarbeiten (die jede für sich nicht allein marktfähig wären), oder aber sich mit einem größeren Konkurrenten zusammenzuschließen (dem eine individuelle Angebotsabgabe möglich wäre), müßte im Zweifel die Kooperation im kleineren Rahmen gewählt werden.
- (80) Die vierte Voraussetzung nach Art 81 Abs 3 EGV ist schließlich, daß es durch die Kooperation nicht zu einer **Ausschaltung des Wettbewerbs** kommen darf. Damit ist nicht der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen gemeint (dieser wird durch Bietergemeinschaften – abgesehen von der Möglichkeit zur Subunternehmerschaft bei Dritten – regelmäßig zur Gänze ausgeschlossen). Vielmehr geht es in diesem Zusammenhang um die Wettbewerbsstruktur insgesamt. Letztendlich bedeutet dieses Kriterium, daß eine Kooperation sämtlicher potentieller Bieter in einer gemeinsamen Bietergemeinschaft kartellrechtlich unzulässig ist. Zumindest ein konkurrenzfähiges Gegenangebot muß realistisch möglich bleiben. Die Bildung einer monopolistischen Bietergemeinschaft wäre nur dann zulässig, wenn zB angesichts der Größe des Projekts tatsächlich keiner der Bieter die fraglichen Leistungen für sich allein oder in Kooperation mit nur einigen der übrigen Wettbewerber erbringen könnte.

7. Zusammenfassung und Empfehlungen

- (81) Die Märkte, auf denen die Bauwirtschaft operiert, weisen signifikante Unterschiede zu "traditionellen" Märkten (etwa in der Konsumgüterindustrie) auf. Jeder Auftrag in der Bauwirtschaft ist ein "Einzelstück" und muss gesondert kalkuliert werden. Schon allein deswegen erfolgt die Auftragsvergabe fast durchwegs im Wege öffentlicher Ausschreibungen, die sich an den Bestimmungen des BVergG orientieren. Die wettbewerbliche Analyse solcher Ausschreibungsmärkte ist durch zwei Charakteristika geprägt:
- Art und Intensität des Wettbewerbs werden maßgeblich vom Auftraggeber vorgegeben. Dieser bestimmt durch die Umschreibung des Ausschreibungsgegenstandes, durch die Festlegung von Eignungskriterien und durch die Wahl des Vergabeverfahrens, welche Unternehmen in der Lage sind, kompetitive Angebote abzugeben.
 - Zusammenschlüsse von Bauunternehmen (seien sie dauerhaft oder temporär, namentlich in Form von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften) werfen nur dann wettbewerbliche Probleme auf, wenn aufgrund des Zusammenschlusses keine ausreichende Anzahl an potentiellen Anbietern mehr vorhanden ist, welche angesichts ihrer Größe und Leistungsfähigkeit in der Lage sind, um das fragliche Projekt zu konkurrenzieren. Vergangenheitsbezogene Marktanteile sind für die zu erwartende Intensität des Ausschreibungswettbewerbs ein kaum geeigneter Gradmesser.
- (82) Die empirischen Auswertungen, die für die Zwecke dieser Studie angestellt wurden, bestätigen die hohe betriebswirtschaftliche Bedeutung von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft. Selbst bei Großunternehmen werden rund 20% der Gesamtleistung in Arbeitsgemeinschaften erwirtschaftet. Der Anteil in einzelnen Sparten, die technisch besonders anspruchsvoll sind, liegt noch darüber. Bei mittelständischen Bauunternehmen, die sich bei Großprojekten im Infrastrukturbau engagieren, liegt der Anteil an der Gesamtleistung im Schnitt sogar bei 50%, spartenbezogen bei bis zu 80%. Dies ist ein deutlicher Ausdruck der Synergien, welche Bauunternehmen durch die Bildung von Arbeitsgemeinschaften realisieren können. Dass diese Synergien auch den Auftraggebern zugute kommen, zeigt sich an der höheren Erfolgsrate, die ARGEn insbesondere bei Großprojekten im Infrastrukturbau im Wettbewerb mit Einzelanbietern haben. Auf der anderen Seite indiziert das den Verfassern der Studie vorliegende empirische Material, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften in aller Regel nicht zu einer spürbaren Verengung des Anbietermarktes führt. Häufig wirken ARGEn sogar markterschließend, indem sie Unternehmen die Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht, die allein kein Angebot abgegeben hätten. Bloß in besonderen Einzelfällen dürfte die Gefahr einer kritischen Marktverengung ernsthaft bestehen. Hier kann der Auftraggeber – durch entsprechende Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen – schon im Ansatz gegensteuern.

- (83) Die kartellrechtliche Diskussion in Österreich in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften war zuletzt von der These geprägt, dass mit dem KartG 2002 die bislang bestehende Freistellungsregelung weggefallen sei. Daraus darf nicht der Schluß gezogen werden, daß Arbeitsgemeinschaften (namentlich in der Bauwirtschaft) mit einem Mal gesetzlich verpönt wären. Zum einen ist es – selbst ohne ausdrücklichen Freistellungstatbestand – so, dass die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft stets dann kartellrechtlich unbedenklich ist, wenn für die beteiligten Unternehmen eine selbstständige Teilnahme an der Ausschreibung wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig wäre. Erweist sich die unternehmerische Entscheidung gegen die Alleinbewerbung als objektiv nachvollziehbar, so ist von der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Arbeitsgemeinschaft auszugehen. Darüber hinaus ist nach der modernen Doktrin des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung, wie sie in Österreich spätestens mit dem KartG 2005 Einzug hält, eine Bietergemeinschaft nur dann kritisch zu betrachten, wenn zu befürchten ist, dass sie spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse hat. Dies hängt, wie oben ausgeführt, maßgeblich davon ab, ob die Mitglieder der Bietergemeinschaft im Zeitpunkt der Angebotslegung davon ausgehen können, dass sie keinem intensiven Außenwettbewerb durch andere Bieter oder Bietergruppen ausgesetzt sind. Ein hinreichender Außenwettbewerb ist aber in aller Regel vorhanden.
- (84) Selbst wenn Arbeitsgemeinschaften zu einer wettbewerblich nachteiligen Verengung der Bieterstruktur führen, können sie nach dem Legalausnahmeprinzip der VO 1/2003 bzw des KartG 2005 kartellrechtlich zulässig sein. Dies ist im Wesentlichen dann der Fall, wenn die Vorteile für den Auftraggeber die Nachteile aus der Beschränkung der Anbieterzahl überwiegen. In diesem Zusammenhang sind vor allem folgende positiven Aspekte für den Auftraggeber zu berücksichtigen: (i) höhere Ausführungssicherheit durch eine Mehrheit von haftenden Bauunternehmen (Solidarhaftung); (ii) Preisvorteile durch Weitergabe von Kosteneinsparungen.
- (85) Ausgehend davon sind für eine rechts- und wirtschaftspolitisch sinnvolle Handhabung des Phänomens von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft folgende Empfehlungen an die Bauwirtschaft selbst, an die Auftraggeber sowie an den Gesetz- und Verordnungsgeber abzuleiten:
- (a) Die **Unternehmen der Bauwirtschaft** sollten darauf achten, dass Arbeitsgemeinschaften nicht rein routinemäßig oder vorwiegend aus strategischen Gründen gebildet werden. Vielmehr sollte vor einer Kooperation stets eine objektiv nachvollziehbare Bewertung stattfinden, ob die Bildung einer Bietergemeinschaft (und zwar auch mit den konkreten Partnern) wirtschaftlich zweckmäßiger und kaufmännisch vernünftiger ist als eine selbstständige Bewerbung um das fragliche Projekt. Bei dieser Beurteilung können unter anderem Faktoren wie Kosteneinsparungen, Erfüllung von Eignungsvoraussetzungen oder Minderung des Ausführungsrisikos (zB im Fall unzureichender Kapazitäten) eine Rolle spielen. Nicht zu

berücksichtigen sind dabei vorwiegend wettbewerbliche Überlegungen, also namentlich das Bestreben, die Zahl konkurrierender Angebote im Rahmen der Ausschreibung zu begrenzen, oder (allgemeiner) der Wunsch nach Schaffung eines Klimas der Kooperation statt der wettbewerblichen Konfrontation.

- (b) Die **Auftraggeber** sollten und müssen sich ihrer bedeutenden Rolle bei der Gestaltung des Wettbewerbs um Bauvorhaben bewusst sein. Von dem vorhandenen vergaberechtlichen Instrumentarium sollte verantwortungsvoll Gebrauch gemacht werden. Dies inkludiert, dass die Auftraggeber Beschränkungen der Bildung von Bietergemeinschaften vorsehen sollten, wo dies objektiv – im Hinblick auf eine strukturell verengte Anbieterstruktur – erforderlich ist. In der Regel sollte der Wettbewerb um Bauprojekte aber möglichst beschränkungsfrei und im Wege offener Vergabeverfahren abgewickelt werden. Der Auftraggeber begibt sich sonst der möglichen Vorteile, die ARGEN nicht zuletzt auch für ihn bedeuten.
- (c) An den **Gesetz- bzw. Verordnungsgeber** richtet sich die Empfehlung, zum einen die Gestaltungsmöglichkeiten der Auftraggeber hinsichtlich der zulässigen Bildung von Bietergemeinschaften offen zu lassen und eine flexible, den Verhältnissen des Einzelfalles angepaßte Vorgangsweise zu ermöglichen. Als Branchenkundige sind die Auftraggeber am besten in der Lage, jene (seltenen) Fälle zu erkennen, in denen Beschränkungen hinsichtlich der Bildung von Bietergemeinschaften objektiv erforderlich sind. In diesem Zusammenhang ist zu begrüßen, daß die **vergaberechtlichen Bestimmungen** – auch nach dem BVergG 2006 – dem Auftraggeber nicht die unreflektierte Beschränkung von Rahmenbedingungen erlauben, die für den Angebotswettbewerb wesentlich sind. Vielmehr dürfen und sollten die Auftraggeber von den ihnen zukommenden Gestaltungsrechten nur bei sachlicher Rechtfertigung Gebrauch machen. Diese Forderung betrifft nicht nur Beschränkungen hinsichtlich der Bildung von Bietergemeinschaften selbst, sondern auch andere für den vergaberechtlichen Wettbewerb entscheidende Festlegungen des Auftraggebers. Unglücklich geregelt ist in diesem Zusammenhang die Zulässigkeit von Alternativangeboten nach dem BVergG 2006. Der dort eingeführte "Beschränkungsautomatismus" (wonach die Legung eines Alternativangebotes unzulässig ist, wenn es nicht ausdrücklich gestattet wurde) beschränkt den Innovationswettbewerb. Dieser Effekt sollte in der Praxis vermieden werden, indem die Auftraggeber – sofern keine zwingenden Gründe dagegen sprechen – die Legung von Alternativangeboten (auch ohne Hauptangebot) im Normalfall zulassen. Ohne Zulassung von Alternativangeboten erscheint in der Bauwirtschaft ein Innovationswettbewerb kaum denkbar.

Gerade angesichts der ex ante gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten des Auftraggebers ist es nicht zweckmäßig, wenn nach einer Ausschreibung noch regelmäßig eine kartellrechtliche ex post Prüfung der Bildung von Bietergemeinschaften stattfindet. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit würde das betriebs- und volkswirtschaftlich wichtige Instrument der Arbeitsgemeinschaften in unangemessener Weise behindern und könnte nur allzu leicht dazu führen, dass

letztlich wirtschaftlich sinnvolle Kooperationen unterbleiben. Aus diesem Grund wird angeregt, dass der Bundesminister für Justiz von seiner Befugnis gemäß **§ 3 KartG 2005** Gebrauch macht und die Bildung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften bei Aufträgen, welche im Wege eines Vergabeverfahrens in Übereinstimmung mit dem BVergG vergeben werden, von der Anwendung des KartG freistellt.