

## UPDATE VERGABERECHT

### ERMESSEN IM RAHMEN FAKULTATIVER AUSSCHLUSSGRÜNDE

#### OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2020 - 15 Verg 4/20

Auftraggeberin (A) schrieb europaweit im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb eine strategische Kooperationspartnerschaft zur Bewerbung um das Stromnetz auf ihrem Stadtgebiet aus. A teilte der Bieterin (B1) in einer Vorabinformation mit, dass der Zuschlag auf das Angebot von Bieterin (B2) erteilt werde. Die Vergabekammer wies den von B1 daraufhin gestellten Nachprüfungsantrag zurück. Hiergegen legte B1 sofortige Beschwerde ein. Sie rügte u. a., dass das Angebot der B2 hätte ausgeschlossen werden müssen, da hinreichende Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die Muttergesellschaft der B2 an einer den Wettbewerb beschränkenden Absprache beteiligt gewesen sei.

Ohne Erfolg! Laut dem OLG Karlsruhe habe A nicht gegen Bestimmungen des Vergaberechts verstoßen indem sie es ablehnte, B2 gemäß § 124 Abs. 1 GWB auszuschließen. A habe ihr Ermessen weder fehlerhaft ausgeübt noch die Grenzen ihres Ermessens überschritten. Insbesondere habe sie offenlassen können, ob tatsächlich ein Ausschlussgrund vorlag, da sie selbst bei Unterstellung eines solchen keinen Anlass gesehen habe, an der Integrität und Eignung der B2 zu zweifeln. Zweck der Ermessensausübung sei es nicht, ein Fehlverhalten zu sanktionieren, sondern zu prognostizieren, ob ein Bieter trotz eines (unterstellten) Verstoßes ein geeigneter und zuverlässiger Vertragspartner sein könne. Weiterhin stellte das OLG fest, dass es sich bei der Drei-Jahres-Frist nach § 126 Nr. 2 GWB um eine Höchstfrist handle, durch die nicht ausgeschlossen werde, dass der Auftraggeber vor Ablauf der drei Jahre im Rahmen der Ermessensausübung zu dem Ergebnis komme, dass eventuelle Verstöße des Bieters der Bejahung seiner Eignung nicht entgegenstehen.

#### Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass das dem Auftraggeber in § 124 GWB eingeräumte Ermessen stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auszuüben ist. Bemerkenswert ist, dass der Auftraggeber dabei offenlassen können soll, ob der Tatbestand der Ausschlussvorschrift tatsächlich erfüllt ist. Angesichts des Zwecks der fakultativen Ausschlussgründe, dem Auftraggeber den Ausschluss eines Bieters aus dem Vergabeverfahren zu ermöglichen, ist es im Umkehrschluss nachvollziehbar, diesem im Rahmen seiner Ermessensentscheidung gleichfalls zu ermöglichen, einen Bieter trotz unterstellter Tatbestandserfüllung als geeignet zu erachten. Dabei sollte der Auftraggeber jedoch den (möglicherweise) einen Ausschluss begründenden Sachverhalt ausreichend ermitteln und zur Kenntnis nehmen, um bei der Unterstellung vom schwerstmöglichen Verstoß ausgehen zu können. Nur dann ist dem Vorwurf eines Ermessensfehlers sicher zuvorkommen.