

Update Vergaberecht

Verfahrensausschluss bei Bieterinsolvenz

OLG Schleswig, Beschluss vom 15.07.2022 – 54 Verg 12/21

Auftraggeber A teilte Bieter K in einer Ausschreibung von Sicherheitsdienstleistungen mit, dass sein Angebot nicht das wirtschaftlichste und Bieter B für den Zuschlag vorgesehen sei. Den hiergegen von K eingelegten Nachprüfungsantrag wies die Vergabekammer zurück. Nach Einlegung der sofortigen Beschwerde durch K wurde über das Vermögen des K zunächst die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet und später das Insolvenzverfahren eröffnet. Vor letzterem hatte A das Vergabeverfahren wegen grundlegender Änderung der Verfahrensgrundlagen aufgehoben. Kurz darauf erfuhr A, dass der Insolvenzverwalter über das Vermögen des K mit Unternehmen W einen Kaufvertrag über die wesentlichen Betriebsgrundlagen geschlossen hat, mit der Folge des Übergangs sämtlicher Arbeitsverhältnisse auf W. A und K erklärten das Nachprüfungsverfahren für erledigt und stritten weiter über die Kosten. A brachte u.a. vor, dass K vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre. Ihm sei nicht zumutbar, den mindestens ein Jahr zu erbringenden Auftrag einem in Abwicklung befindlichen Unternehmen zu erteilen; sein nach § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB auszuübendes Ermessen sei auf den Ausschluss reduziert gewesen.

Das OLG legt K die Kosten auf, da K bei Fortführung des Nachprüfungsverfahrens unterlegen wäre. Wenn das Vergabeverfahren nicht aufgehoben worden wäre, wäre K nach § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB auszuschließen gewesen. Hiernach könnten öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme ausschließen, wenn das Unternehmen zahlungsunfähig ist, über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist, die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation befindet oder seine Tätigkeit eingestellt hat. Diese Voraussetzungen hätten jedenfalls mit der (später durch die Insolvenzverfahrenseröffnung bestätigten) Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung vorgelegen. Angesichts dieser Umstände wäre es auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geboten gewesen, K auszuschließen. Dies gälte „umso mehr“, als K sich durch die Übertragung der wesentlichen Betriebsgrundlagen seines Unternehmens auf den am Vergabeverfahren nicht beteiligten W bereits tatsächlich außerstande gesetzt hat, den streitgegenständlichen Dienstleistungsauftrag zu erfüllen.

Bedeutung für die Praxis

Das OLG scheint zunächst das Vorliegen des (Insolvenz-)Tatbestands des von ihm wörtlich zitierten § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB für einen offenbar sogar zwingenden Ausschluss genügen zu lassen. Da die Norm eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers regelt, ist nach einhelliger Rechtsprechung indes eine Abwägung unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände erforderlich. Dass das OLG insoweit nur ergänzend und sehr knapp Ausführungen macht, dürfte sich durch den Charakter als Entscheidung „nur“ über die Kosten erklären lassen.