Kopie von HKLWdusRae , abgerufen am 26.09.2022 12:18 - Quelle: beck-online DIE DATENBANK

Fehlende Leistungsfähigkeit: Insolvente Unternehmen können ausgeschlossen werden!

1. Der öffentliche Auftraggeber kann unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren 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.
2. Liegen diese Voraussetzungen vor und hat sich der (insolvente) Bieter durch die Übertragung der wesentlichen Betriebsgrundlagen seines Unternehmens auf ein anderes Unternehmen tatsächlich außerstande gesetzt, den Auftrag zu erfüllen, ist ein Ausschluss vom Vergabeverfahren nicht ermessensfehlerhaft.

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

GWB § 124 Abs. 1

Problem/Sachverhalt

Aufgrund einer europaweiten Ausschreibung (offenes Verfahren) für Sicherheitsdienstleistungen in der Unterkunft für wohnungslose und geflüchtete Personen wurde ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet, in dessen Verlauf über das Vermögen des Antragstellers (ASt) erst die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet und dann das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Parallel dazu hat der Insolvenzverwalter einen Kaufvertrag über die wesentlichen Betriebsgrundlagen geschlossen. Das führte zu einem Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse auf dieses andere Unternehmen. Zwischenzeitlich hatte die Vergabestelle das Vergabeverfahren aufgehoben, weil sich durch die Aufnahme schutzbedürftiger Personen aus der Ukraine in einer der Unterkünfte die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich geändert hatten. Aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärungen des ASt und des Antragsgegners war nur noch über die Kosten der Verfahren vor dem OLG und der Vergabekammer zu entscheiden.

Entscheidung

Das OLG Schleswig legte dem ASt die Kosten auf und zwar sowohl für das Verfahren vor dem OLG als auch vor der Vergabekammer. Bei einer übereinstimmenden Erledigungserklärung kann auch im Nachprüfungsverfahren entsprechend § 91a ZPO nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 23.01.2013 - X ZB 8/11, VPRRS 2013, 0535) auf den mutmaßlichen Ausgang des Verfahrens ausschlaggebend abgestellt werden. Voraussetzung ist, dass dieser bei einer summarischen Prüfung nach dem bisherigen Sach- und Streitstand mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden kann. Ist der Verfahrensausgang eher offen, sind im Regelfall die Gerichtskosten hälftig zu teilen und die außergerichtlichen Kosten nicht zu erstatten. Im konkreten Fall wäre allerdings der ASt bei der Fortführung des Verfahrens unterlegen gewesen. Der Nachprüfungsantrag wäre als

unzulässig zurückzuweisen gewesen. Denn wäre das Vergabeverfahren nicht aufgehoben worden, hätte der ASt nach § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB ausgeschlossen werden müssen. Danach können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit **zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens ein Unternehmen von der weiteren Teilnahme ausschließen**. Das gilt für die Fälle, dass das **Unternehmen zahlungsunfähig** ist, über sein Vermögen ein **Insolvenzverfahren beantragt** bzw. eröffnet worden oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation befindet oder seine Tätigkeit eingestellt hat. Hier war der Ausschluss umso eher noch gerechtfertigt, weil durch die Übertragung der wesentlichen Betriebsgrundlagen der **ASt tatsächlich außerstande** gesetzt war den **Dienstleistungsauftrag zu erfüllen**.

Praxishinweis

Die Entscheidung stärkt die Entscheidungsmacht der Auftraggeber, in finanzielle Schwierigkeiten geratene Bieter auszuschließen.

RA und Notar, FA für Vergaberecht, FA für Bau- und Architektenrecht, FA für Verwaltungsrecht Prof. Wolfgang E. Trautner, Frankfurt a.M.