

SCHLESWIG-HOLSTEINISCHES OBERLANDESGERICHT



Az.: 1 Verg 2/12

BESCHLUSS

In der Vergabesache

Z. S. GmbH & Co. KG,

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

g e g e n

die **Stadt B.**

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

wegen

Ausschreibung „Löschgruppenfahrzeug LF 20/16“, Lose 2 - 4

hier: Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung
der sofortigen Beschwerde

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig am 30. Mai 2012 beschlossen:

Auf Antrag der Antragstellerin wird die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29. März 2012 (VK-SH 04/12)

bis zur endgültigen Entscheidung über die Beschwerde verlängert.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin vertreibt Feuerwehrfahrzeuge und -technik, die von der Firma AZ hergestellt werden. Die Fa. AZ ist insolvent; das Insolvenzverfahren wurde (endgültig) am 1. November 2011 eröffnet.

Die Antragsgegnerin schrieb im europaweiten offenen Verfahren die Lieferung eines Löschgruppenfahrzeugs „LF 20/16“ in vier Losen aus. Los 1 betraf das Fahrgestell, Los 2 den Aufbau, Los 3 die Beladung (Schutzbekleidung und -gerät) und Los 4 die Atemschutzgeräte und Gasmessstation. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien war für die vier Lose unterschiedlich ausgestaltet.

Bei der Antragsgegnerin gingen sechs Angebote ein, davon je eines der Antragstellerin für die Lose 2, 3 und 4. Darin wurde als Nachunternehmerin die Fa. AZ benannt, die die angebotenen Leistungen ausschließlich erbringt. Im Angebot war unter „Zahlungsbedingungen“ eingetragen *„1/3 Anzahlung nach Auftragseingang gegen Vorlage einer Bankbürgschaft. Rest sofort netto nach Lieferung oder nach besonderer Vereinbarung.“* Mit Schreiben vom 26. Januar 2012 „bestätigte“ die Antragstellerin, dass „eine Anzahlung bei Auftragseingang nicht zu leisten“ und der „gesamte Betrag ... sofort netto nach Lieferung zu leisten“ sei. Zu den angebotenen Preisen wurde - an einer im Angebots-Formblatt vorgesehenen Stelle - erklärt, dass „bei Zusammenfassung der Lose Nr. 2, 3 und 4“ ein „Preisnachlass“ von 3.570,00 € gewährt werde.

Im Ranking der angebotenen Preise nahm das Angebot der Antragstellerin zu Los 2 den ersten Rang, zu Los 3 den zweiten Rang und zu Los 4 den vierten Rang ein. Bei einer Zusammenfassung der Lose 2 - 4 ergab sich unter Berücksichtigung des von der Antragstellerin angebotenen „Preisnachlasses“ eine Summe, die ca. 1.300,00 € höher liegt als die Summe der günstigsten Preisangebote zu den Losen 2 - 4.

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 30. Januar 2012 mit, dass der Zuschlag für Los 2 der Fa. Lentner erteilt werden solle; das Angebot der Antragstellerin werde ausgeschlossen, weil über das Vermögen der Fa. AZ das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Dies wurde in sog. „Erläuterungen“ begründet.

Die Antragstellerin rügte dies zwei Tage später und bot als „zusätzliche Sicherheit für eine ordnungsgemäße Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags“ eine Verpflichtungserklärung des Insolvenzverwalters der Fa. AZ an. Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab.

Mit dem kurz darauf bei der Vergabekammer gestellten Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin im Wesentlichen geltend gemacht, sie sei - einschließlich ihrer Nachunternehmerin - leistungsfähig; die Antragsgegnerin habe zudem das bei einem Ausschluss der vorliegenden Art obwaltende Ermessen fehlerhaft ausgeübt.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 29. März 2012 zurückgewiesen und zur Begründung u. a. ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin sei bereits wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen - hinsichtlich der Forderung einer 1/3 Vorauszahlung - zwingend auszuschließen (§ 19 III d VOL/A). Zu dem auf die Insolvenz der Nachunternehmerin gestützten Ausschluss bedürfe es danach keiner abschließenden Entscheidung mehr. Dazu sei zu „erwägen“: Ob ein Ausschluss nach § 19 Abs. 4, § 6 Abs. 6 EG VOL/A möglich ist, könne offen bleiben (die Vorschriften erfassen nur den Bieter, nicht den Nachunternehmer), jedenfalls sei ein Ausschluss nach § 19 Abs. 5 EG VOL/A möglich. Die Insolvenz der Nachunternehmerin begründe zwar nur einen ermessensgebundenen Eignungsgrund, doch dürfe die Antragsgegnerin insoweit einen weiten Beurteilungsspielraum in Anspruch nehmen. Es spreche Vieles dafür, dass das Ermessen fehlerfrei ausgeübt worden sei. Die im Rahmen der Eignungsprüfung zu treffende Prognoseentscheidung über die Risiken der Vertragsabwicklung müsse in einem zumutbaren Rahmen bleiben.

Gegen den am 29. März 2012 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 12. April 2012 sofortige Beschwerde eingelegt. Sie hält den Ausschluss ihres Angebots aus den - auch - im Beschluss der Vergabekammer angeführten Gründen für rechtswidrig. Zur Leistungsfähigkeit seien im Beschwerdeverfahren auch *neue* Tatsachen zu berücksichtigen, wie sie mit den durchgeführten Restrukturierungen bei der Fa. AZ, der von der Gläubigerversammlung am 16. Januar 2012 beschlossenen

Fortführung des Betriebes und der von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft testierten positiven Fortführungsprognose vorlägen.

Die Antragsgegnerin meint, das Angebot der Antragstellerin sei wegen mangelnder Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auszuschließen. Die Zuverlässigkeit fehle, weil die wechselnden Erklärungen der Antragstellerin zur Anzahlung bzw. zum Verzicht darauf zu einer nicht hinnehmbaren Unklarheit über den Angebotsinhalt führten. Die Antragstellerin habe sich auch geweigert, die geforderte Eigenerklärung zu „Selbstreinigungsmaßnahmen“ der Nachunternehmerin AZ abzugeben. Damit sei nicht nur die Nachunternehmerin, sondern auch die Antragstellerin selbst unzuverlässig. Die Leistungsfähigkeit fehle, denn es sei nicht absehbar, ob das Insolvenzverfahren erfolgreich durchgeführt werden würde. Das Risiko des Leistungsausfalls sei bei einem insolventen Bieter größer als bei anderen Bietern. Die Masse könne sich als unzulänglich erweisen und ein Insolvenzplan könne scheitern. Eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters führe allenfalls zum Schadensersatz. Auf nachträgliche Umstände komme es auch aus Rechtsgründen nicht an.

II.

Der Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ist gem. § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig und begründet. Der Senat entscheidet - wie aus dem Tenor ersichtlich -, ohne zuvor den oder die anderen von der Entscheidung betroffenen Auftragsbewerber (nachholend) beizuladen (§ 109 Satz 1 GWB; vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2002, Verg 24/02, NZBau 2002, 639 m. w. N.). Eine Beiladung wirkt verfahrenskosten erhöhend; dazu sowie zu der Frage, welche Bieter für eine Beiladung in Betracht kommen, sollen die (bisherigen) Beteiligten im Beschwerdeverfahren zunächst angehört werden. Die vorliegende Entscheidung nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB verlängert nur den Suspensiveffekt der Beschwerde, ohne bereits abschließend auf Rechte Beizuladender einzuwirken. Der Senat beabsichtigt, im Beschwerdeverfahren zeitnah zu terminieren, so dass der oder die Beizuladende(n) noch zu Gehör kommen können.

Ein Antrag nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB ist (nur dann) abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise betroffenen Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die sofortige Be-

schwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Als „Vorteile“ in diesem Sinne sind auch die Interessen der Antragstellerin an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes anzusehen; dieses (Individual-)Interesse dient zugleich dem öffentlichen Interesse an einer Durchsetzung der im Interesse der Allgemeinheit liegenden Beachtung des Vergaberechts (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 3. April 2012, 2 Verg 3/12, Juris [Tn. 24]). Den Interessen der Antragstellerin an einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde käme ein geringes Gewicht zu, wenn ihrer Beschwerde bereits jetzt - absehbar - die Erfolgsaussichten abzusprechen wären. Das ist indes nicht der Fall.

Dabei behält der Senat die Frage, ob die Rechtslage - unterschiedslos - für alle drei betroffenen Lose gleich zu beurteilen ist, der (zeitnahen, s. o.) Klärung im Hauptsacheverfahren vor. Eine unterschiedliche Beurteilung könnte - im Hinblick auf § 107 Abs. 2 GWB - in Betracht kommen, weil das Angebot der Antragstellerin nur in Bezug auf Los 2 das Günstigste ist, während es in Bezug auf Los 3 und Los 4 nur zweit- bzw. viertrangig ausgefallen ist. Ob im Hinblick auf den für den Fall einer Zusammenfassung der Lose 2 - 4 angebotenen „Preisnachlass“ für die Antragstellerin - rechtlich bedenkenfrei (vgl. VK Bund, Beschluss vom 5. Februar 2008, VK-3 08/08, S. 10 des Beschluss-Abdrucks, zu b; a. A. VK Nordbayern, Beschluss vom 30. September 2010, 21.VK-3194-33/10, S. 12 des Beschluss-Abdrucks, zu bb) - eine *alle* Lose umfassende Zuschlagschance entsteht, erscheint auch rechnerisch zweifelhaft. Dies bedarf weiterer Erörterung, so dass eine nach Losen differenzierte Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde im vorliegenden Verfahren unterbleibt.

Soweit die Vergabekammer sich in ihrem Beschluss - nach der Formulierung der Beschlussgründe sogar entscheidungstragend - von Amts wegen auf den (zwingenden) Ausschlussgrund nach § 19 Abs. 3 lit. d EG VOL/A gestützt hat, überzeugt dies nicht. Die Antragstellerin hat die (Vergabe- oder) Vertragsunterlagen in ihrem Angebot nicht geändert, sie hat lediglich an einer - nach dem Angebotsvordruck zur Ausfüllung vorgesehenen Stelle - ihre Zahlungsbedingungen („1/3 Anzahlung ...“) eingetragen. Der Senat folgt insoweit der Beschwerdebegründung (S. 9 - 11); die Frage, ob der später, im Schreiben vom 26. Januar 2012 erklärte „Verzicht“ auf die Anzahlung eine unzulässige Nachverhandlung ist, ist unerheblich.

Im Beschwerdeverfahren wird - entscheidend - um die Frage gestritten, ob der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen fehlender Eignung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EG VOL/A) zu Recht erfolgt ist. Insoweit greift die sofortige Beschwerde die Entscheidungen der Vergabestelle und der Vergabekammer mit erfolgversprechenden Argumenten an.

Dabei ist - vorab - darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin in ihrer Vergabemitteilung (§ 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB) als „Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung“ allein die Insolvenz der Nachunternehmerin der Antragstellerin und den daraus abgeleiteten (ermessensgebundenen) Ausschlussgrund nach § 6 Abs. 6 EG VOL/A und § 19 Abs. 4 EG VOL/A angeführt hat. Die weiteren, das Eignungsmerkmal „Zuverlässigkeit“ betreffenden Ausschlussgründe sind erst in der Beschwerdeerwiderung angeführt worden. Ob ein derartiges „Nachschieben“ von Gründen einschränkungslos zulässig ist, mag der Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben (denkbar ist dies möglicherweise bei Ausschlussgründen, die ohne Wertungsspielraum greifen); im vorliegenden Verfahren spricht Überwiegendes dafür, dass die Antragstellerin nicht wegen mangelnder vergaberechtlicher Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden darf.

Die These der Antragsgegnerin, die „wechselnden Erklärungen“ der Antragstellerin zur 1/3-Anzahlung bzw. zu einem „Verzicht“ darauf hätten zu einer nicht hinnehmbaren Unklarheit über den Angebotsinhalt geführt, überzeugt nicht: Der Angebotsinhalt zu den „Zahlungsbedingungen“ war - zunächst - klar. Wenn das Angebot später - wie die Vergabekammer meint, im Rahmen von Nachverhandlungen, an denen auch die Antragsgegnerin teilgenommen hat - im Sinne des Schreibens der Antragstellerin vom 26. Januar 2012 dahingehend verändert worden ist, dass „eine Anzahlung bei Auftragseingang nicht zu leisten ist“, war auch dies klar. Aus der im Beschwerdeschriftsatz der Antragstellerin (S. 12) enthaltenen Erklärung, sie sei „weiter bereit“, zu den „ursprünglich angebotenen Zahlungsbedingungen zu liefern“, kann nicht - jedenfalls nicht zwingend - gefolgert werden, das unmittelbar an die Antragsgegnerin gerichtete Schreiben vom 26. Januar 2012 sei „nur zum Schein“ erfolgt. Eine Veränderung der Vergabeunterlagen i. S. d. § 19 Abs. 3 lit. d EG VOL/A ist im Zusammenhang mit dem Verlangen einer Anzahlung nicht erfolgt (s. o.). Eine vergaberechtliche Unzuverlässigkeit ergibt sich aus diesen Vorgängen somit nicht.

Das Gleiche gilt auch für die (nachträglich, in der Beschwerdeerwiderung angesprochene) Weigerung der Antragstellerin, die geforderte Eigenerklärung zu „Selbstreinigungsmaßnahmen“ der Nachunternehmerin Fa. AZ abzugeben. Eine Unzuverlässigkeit der Nachunternehmerin oder - auch - der Antragstellerin selbst ist daraus nicht abzuleiten. Eine Erklärung zu „Selbstreinigungsmaßnahmen“ war nach den Vergabeunterlagen abzugeben. Soweit die Antragstellerin diese (selbst) nicht ausgefüllt hat, war dies korrekt, da das Formblatt „Auskunft zur ... Selbstreinigung des Unternehmens“ nur Bieter anspricht, die „in der Vergangenheit wettbewerbsbeschränkende Abreden oder Handlungen vorgenommen“ haben. Dazu gehörte die neu gegründete Antragstellerin nicht. Eine vergleichbare Erklärung von Nachunternehmern ist nicht gefordert worden. Es mag zulässig sein, im Rahmen einer Aufklärung über die Bieterernennung (§ 18 EG VOL/A) auch diesbezügliche Informationen über Nachunternehmer zu erfragen. Indes wäre auch dann, wenn eine solche Frage - ausdrücklich - erfolgt (was sich auch aus der Beschwerdeerwiderung [S. 4] nicht ergibt) und unbeantwortet geblieben wäre, daraus nicht sogleich eine Unzuverlässigkeit - im Sinne eines Eignungsmangels - abzuleiten. Insoweit gelten gleiche Regeln wie im Verfahren der „normalen“ Erbringung von Eignungsnachweisen: Nach § 7 Abs. 12 und Abs. 13 EG VOL/A werden für die Vorlage von - für erforderlich erachteten - Eignungsnachweisen Fristen gesetzt oder Aufforderungen zur Vervollständigung und Erläuterung übermittelt. Nichts davon ist vorliegend - nach Aktenlage - geschehen. Eine vergaberechtliche Unzuverlässigkeit ist damit nicht anzunehmen.

Zur - im Mittelpunkt des Vergaberechtstreits stehenden - Frage eines Ausschlusses des Angebots der Antragstellerin wegen mangelnder Leistungsfähigkeit ist eine abschließende Beurteilung der Rechtmäßigkeit der diesbezüglichen Entscheidung der Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren nicht möglich. Nach derzeitigem Sach- und Streitstand spricht aber Überwiegendes dafür, dass die Ausschlussentscheidung der Antragsgegnerin jedenfalls mit der ihr konkret beigegebenen Begründung (oder, wie es in der Vergabemitteilung vom 30. Januar 2012 heißt, den „Erläuterungen“) einer rechtlichen Überprüfung nicht standhält.

Im Ausgangspunkt ist der Antragsgegnerin und der Vergabekammer darin zu folgen, dass eine (insolvenzbedingte) Leistungsunfähigkeit der Nachunternehmerin Fa. AZ der Antragstellerin wie eine eigene Leistungsunfähigkeit - und damit Ungeeignetheit - zuzurechnen ist, mit der Folge, dass ihr Angebot für eine Zuschlagerteilung nicht in

Betracht kommt (§ 19 Abs. 5 EG VOL/A; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2011, VII-Verg 60/11, VergabeR 2012, 179). Folglich ist der Fokus auf die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Fa. AZ zu richten.

Rechtsgrundlage für die diesbezügliche Ausschlussentscheidung ist § 19 Abs. 4 EG VOL/A i. V. m. § 6 Abs. 6 lit. a EG VOL/A. Die genannten Normen fordern auf der Tatbestandsseite ein Insolvenzverfahren oder einen darauf zielenden Eröffnungsantrag (*das ist bzgl. der Fa. AZ gegeben*) und auf der Rechtsfolgende Seite Ermessen (*„können ... ausgeschlossen werden“*). Die Prüfung erfolgt - wie das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 5. Dezember 2006 (VII-Verg 56/06, NZBau 2007, 668/670) formuliert hat, zunächst „in einem typisierenden Sinn“, um anschließend - einzelfallbezogen - eine beurteilungs- und ermessensgerechte Entscheidung zu finden.

Die allgemeine, mit jeder Auftragsvergabe verbundene Gefahr, dass ein Bieter/Auftragnehmer - mehr oder weniger zeitnah - *nach* Zuschlagserteilung insolvent wird, muss jeder Auftraggeber hinnehmen (zu § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B 2006 vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 9. Dezember 2011, 1 U 72/11, ZInsO 2012, 440). Demgegenüber eröffnet der Fall der Insolvenz bzw. der auf eine Insolvenzeröffnung gerichtete Antrag *vor* Zuschlags-/Auftragserteilung einen Entscheidungsspielraum des Auftraggebers zum Bieterausschluss, wenn dem Bieter infolge dieser Umstände „die für die Erfüllung der vertraglichen Pflicht erforderliche Eignung“ (Leistungsfähigkeit) abhanden gekommen ist (vgl. § 19 Abs. 5 EG VOL/A). Zur Tatbestandsseite der in § 19 Abs. 4 EG VOL/A i. V. m. § 6 Abs. 6 lit. a EG VOL/A bestimmten Ausschlussnormen gehören damit nicht nur das „Faktum“ der Insolvenz bzw. eines Insolvenzantrages und die dadurch entstandene „abstrakte Gefahrenlage“ für die Vergabestelle. Erforderlich ist auch eine - einzelfallbezogene - Prognose zur entfallenen bzw. zur fortbestehenden Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens. Bei dieser Prognoseentscheidung steht der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt daraufhin nachprüfbar ist, ob allgemeine Bewertungsgrundsätze beachtet worden sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. August 2011, VII Verg 34/11, VergabeR 2011, 855 [bei Juris Tn. 51], m. w. N.).

Die Ergebnisse der zur Tatbestandsseite gehörenden Prüfungen führen zu einer - mehr oder weniger starken - Wirkung auf die Ermessensentscheidung, insbesondere, was die Verantwortbarkeit der Übernahme verbleibender Prognoseunsicherheiten

und Risiken anbetrifft. Je stärker solche Unsicherheiten die Erfüllung der (künftigen) vertraglichen Verpflichtungen gefährden, desto eher wird die Ermessensentscheidung für einen Ausschluss ausfallen dürfen. Bei längerfristig abzuwickelnden Aufträgen wird dies anders zu beurteilen sein als bei Verträgen über einmalige Lieferungen. Auch die Rechtsfolgen eines erst *nach* Insolvenzeröffnung geschlossenen Vertrages sind im Rahmen der Ermessensentscheidung abzuwägen; in Bezug auf den konkreten Auftrag ist zu entscheiden, ob eine - auf diese Weise entstehende - vorab zu berichtigende Masseverbindlichkeit (§ 55 InsO) die Vertragserfüllung hinreichend sichern kann. Für eine Masseverbindlichkeit haftet der Insolvenzverwalter (§ 61 InsO), der bezüglich einer Fortführung des Unternehmers zu einer realistischen Einschätzung der Werthaltigkeit diesbezüglicher Geschäfte verpflichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2011, IX ZR 105/09, ZInsO 2012, 137). Eine Vergabestelle ist - sicher - nicht dazu aufgerufen, eine Planinsolvenz (§§ 217 ff. InsO) bzw. eine sanierende Insolvenz zu unterstützen, sie ist aber gehalten, in ihre Ermessensentscheidung eine einzelfallbezogene Beurteilung der Risiken einer Beauftragung einzustellen. Die Beurteilung dieser Risiken hängt auch davon ab, welche „Sicherungen“ durch insolvenzrechtliche Vorschriften und Prüfpflichten bestehen.

Den damit umrissenen Anforderungen an die nach § 19 Abs. 4 EG VOL/A i. V. m. § 6 Abs. 6 lit. a EG VOL/A zu treffende Ausschlussentscheidung wird die von der Antragsgegnerin getroffene Entscheidung nicht gerecht.

In den der Vergabeinformation vom 30. Januar 2012 beigefügten „Erläuterungen“ hat die Antragsgegnerin ihre Ausschlussentscheidung wie folgt begründet:

» Hinsichtlich der Fa. Z.S. fehlt es an der Leistungsfähigkeit. Sie müsste sich auf die Firma [AZ] im Sinne von § 7 EG Abs. 9 VOL/A 2009 berufen (Eignungsleihe). Hierin liegt der Ausschlussgrund von § 6 EG Abs. 6 VOL/A 2009 (Insolvenzverfahren), der bei einem unmittelbaren Angebot durch die genannte Firma [AZ] auch auf der Ebene der Angebote zu berücksichtigen wäre (§ 19 EG Abs. 4 VOL/A 2009).

Im Rahmen des der Vergabestelle eingeräumten Ermessens besteht hier die Auffassung, dass die Risiken, die aus der Einschaltung eines solchen insolventen Nachunternehmers, ohne dessen Leistungsfähigkeit der Auftrag nicht abgewickelt werden kann, zu groß sind, um hingenommen zu werden. Der Ausschlussgrund soll dem öffentlichen Auftraggeber diese Risiken im Sinne eines verantwortungsvollen Umgangs mit öffentlichen Haushaltsmitteln gerade ersparen. Dieser Ausschlussgrund bei dem unabdingbaren Nachunternehmer bewirkt jedenfalls auf der Ebene der Eignungsprüfung, dass das Angebot im Sinne von § 19 EG Abs. 5 VOL/A 2009 für den Zuschlag nicht in Betracht zu ziehen ist. Durch die Zwischenschaltung der Neugründung ändern sich aus hiesiger Sicht die Risiken der Sache nicht. «

Diese „Erläuterungen“ lassen sich in zwei Aussagen zusammenfassen:

- Wegen der „Eignungsleihe“ komme es nur auf die Fa. AZ an.
- Der Ausschluss der Antragstellerin erfolge wegen der Risiken für die Auftragsabwicklung.

Der ersten Aussage ist zuzustimmen; sie wird im zweiten Absatz der „Erläuterungen“ mit dem Hinweis auf den „unabdingbaren Nachunternehmer“ nochmals wiederholt. Die Antragsgegnerin spricht damit allein die Tatbestandsseite der o. g. Ausschlussnormen an. Ermessensgründe sind damit nicht gewonnen, solche müssen vielmehr hinzukommen.

Der zweiten Aussage sind solche Gründe nicht zu entnehmen. Allein die Erwähnung des „eingräumten Ermessens“ ist noch keine Ermessensausübung.

Die „Erläuterungen“ enthalten lediglich eine - pauschale - Prognose über „zu große“ Risiken, der jeder Einzelfallbezug fehlt. Es bleibt (tatbestandlich) unklar, welcher Art die Risiken sind, worauf sie sich beziehen und was ihre „Größe“ ausmacht. Damit kann auch (im Ermessen) nicht abgewogen werden, ob verbleibende Unsicherheiten hingenommen werden können oder nicht. Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin bei Abfassung der Erläuterungen davon ausging (und auch ausgehen durfte), dass keine 1/3-Anzahlung zu leisten sein wird, konnte ein Risiko der Art, wie es im benachbarten Rendsburg eingetreten ist, hier keine Rolle spielen. Umso mehr wäre es geboten gewesen, einzelfallbezogene Risiken zu benennen. Wenn es zum insolventen Nachunternehmer heißt, der Auftrag könne „ohne dessen Leistungsfähigkeit“ nicht abgewickelt werden, wäre eine - zumindest ansatzweise - Begründung dafür angezeigt gewesen, warum die Leistungsfähigkeit im *hier* gegebenen Einzelfall „für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen“ (§ 19 Abs. 5 EG VOL/A) in zu großem Umfang ungewiss war. Der Hinweis auf das Gebot eines „verantwortungsvollen Umgangs mit öffentlichen Haushaltsmitteln“ kann nur als Allerweltsfloskel gelten, zumal zu dieser Verantwortung auch eine *wirtschaftliche* Vergabe gehört, wie es - an anderer Stelle - z. B. in § 3 Abs. 4 lit. j EG VOL/A zum Ausdruck kommt.

Den mitgeteilten Gründen zum Ausschluss der Antragstellerin fehlen damit - erkennbare - Ermessenserwägungen.

Der Senat hat berücksichtigt, dass weder an die „Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung“ i. S. d. § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB noch an die (konkrete) Ermessensausübung im Zusammenhang mit der Ausschlussentscheidung nach § 19 Abs. 4 EG VOL/A i. V. m. § 6 Abs. 6 lit. a EG VOL/A überspannte Anforderungen gestellt werden dürfen. Im Rahmen des § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB darf die Vergabestelle sich kurz fassen (vgl. Zeiss, in: jurisPK-Vergaberecht, 2011, § 101a Rn. 31 m. w. N.). Die Ausfüllung der Beurteilungs- und Ermessensspielräume zum Bieterausschluss bei Insolvenz verlangt keine zeitraubende Recherche, die dem Beschleunigungsziel des Vergabeverfahrens zuwiderläuft. Als Mindeststandard muss - aber - eine aussagekräftige Begründung unter Verzicht auf allgemeine Floskeln verlangt werden. Das Ausschlussermessen muss - erkennbar - ausgeübt worden sein, indem auf die konkreten Umstände des Einzelfalls zumindest kurz eingegangen wird. Die Antragstellerin hat zur gesellschaftsrechtlichen Struktur von „Ziegler alt“ und „Ziegler neu“ und zum Geschäftsbesorgungsvertrag „Material“ für die Ermessenausübung geliefert, das in den „Erläuterungen“ der Antragsgegnerin keinerlei Niederschlag gefunden hat. Eine nur auf „typisierende“ allgemeine Merkmale abstellende Entscheidung verfehlt die - gewollte - Überprüfung dieser Merkmale durch konkrete, einzelfallbezogene Ermessenserwägungen.

Der Senat hat erwogen, ob die nach § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB mitgeteilten „Erläuterungen“ durch spätere - nachgeschobene - Ermessensgründe erweitert oder auch ersetzt werden können. Würde dies verneint, bedürfte es keiner Prüfung der gedankenreichen Anwaltsüberlegungen im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren auf - eine Ausschlussentscheidung tragende - Ermessensgründe.

Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 5. Dezember 2006 (a.a.O., S. 670 [zu 2.]) ohne nähere Begründung spätere, erst im Nachprüfungsverfahren vorgetragene Beurteilungs- und Ermessensgründe berücksichtigt; diese Gründe beruhten auf einer Entscheidung der Vergabestelle. Ob dies auch auf Gründe anwendbar ist, die sich in Schriftsätzen des Beschwerdeverfahrens finden, ist zweifelhaft. Im Verwaltungsrecht ist eine Nachholung oder nachträgliche Ergänzung der Begründung von Ermessensentscheidungen zwar grundsätzlich zulässig (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG, § 114 Satz 2 VwGO), doch gilt dies nicht bei erstmaliger Ausübung bisher fehlenden Ermessens, wenn es maßgeblich auf den Zeitpunkt der Behördenentscheidung ankommt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 14. Januar 1999, 6 B 133.98,

NJW 1999, 2912; vgl. Fricke, in: jurisPR-BVerwG 8/2012, Anm. 4). Auf das Vergaberecht übertragen könnte zwar argumentiert werden, dass die Vergabestelle „ihre“ Vergabe auch während der Dauer eines Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahrens „unter Kontrolle“ halten darf und - dementsprechend - die Vergabeentscheidung auch nachträglich ändern oder auf andere (neue) Gründe stützen darf. Allerdings sind nachträglich vorgebrachte Argumente nicht zugleich auch als „Ermessensgründe“ anzuerkennen. Eine sachgerechte Ermessensentscheidung entsteht aus einer ergebnisoffenen Faktengrundlage und ihrer Bewertung, nicht aus einer bloßen Abwehr von Argumenten des Prozessgegners.

Eine abschließende Entscheidung der Fragen, auf welchen Zeitpunkt das nach § 19 Abs. 4 EG VOL/A i. V. m. § 6 Abs. 6 lit. a EG VOL/A obwaltende Ausschlussermessen abzustellen hat und unter welchen Voraussetzungen „nachgeschobene“ Gründe die Ausschlussentscheidung zu tragen vermögen, kann dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben, weil die in der Beschwerdeerwiderung angeführten (nachträglichen) Argumente der Antragsgegnerin nichts an den Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde ändern. Die Antragsgegnerin weist zwar zutreffend auf die Mitwirkungsobliegenheit der Antragstellerin bei der Klärung der Eignungszweifel hin. Eine nähere - ergebnisoffene - Prüfung der Frage, ob über die „abstrakte Gefährdungslage“ hinaus auch eine konkrete Gefahr besteht, fehlt aber weiterhin. Der allgemeine Hinweis darauf, dass eine erfolgreiche Durchführung des Insolvenzverfahrens nicht absehbar sei, lenkt davon ab, dass es nur auf eine Prognose zur Abwicklung des *hier* streitigen Lieferauftrages ankommt. Zum Risiko eines Leistungsausfalls bei einem insolventen Bieter wird auf allgemeine Insolvenzabwicklungsrisiken hingewiesen (unzulängliche Masse, scheiternder Insolvenzplan), die - wollte man sie durchschlagen lassen - immer zum Angebotsausschluss führen müssten. Mit der einzelfallbezogenen Ermessensnorm in § 19 Abs. 4 EG VOL/A i. V. m. § 6 Abs. 6 lit. a EG VOL/A wäre das nicht vereinbar.

Das Interesse an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens (§ 118 Abs. 2 Satz 3 GWB) steht einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nicht entgegen. Die Antragsgegnerin hat zwar eine Dringlichkeit der Beschaffung wegen der erfolgten Außerdienststellung des Vorgängerfahrzeuges geltend gemacht, zugleich aber mitgeteilt, dass der Freiwilligen Feuerwehr derzeit ein Löschgruppenfahrzeug LF 16/12 und ein Tanklöschfahrzeug LF 16/25 für den „ersten

Anmarsch“ sowie ein weiteres Pumpenfahrzeug LF 16/TS für den „zweiten Anmarsch“ zur Verfügung stehe. Die - allgemeinen - Umstände, dass das „faktisch“ zu nutzende Pumpenfahrzeug LF 16/TS „jederzeit abberufen“ werden könne (wofür konkrete Anhaltspunkte fehlen) und nach dem (informellen) Feuerwehrbedarfsplan in B. ein „Defizit“ an 222 „Fahrzeugpunkten“ bestehe, begründen keine derart überwiegende - kurzfristige - Dringlichkeit der Beschaffung, dass davor der Anspruch der Antragstellerin auf Sicherung ihres effektiven Rechtsschutzes und das öffentliche Interesse an einer Beachtung des Vergaberechts zurückweichen müsste. Die von der Antragsgegnerin angeführten Gesichtspunkte hätten allenfalls einen bereits (sehr) viel früheren Beginn des Vergabeverfahrens begründen können. Sie bleiben auch während der langen Lieferfrist für das Neufahrzeug bestehen. Dem Allgemeininteresse an einem leistungsfähigen Brandschutz in B. und an einer möglichst kurzen „Zeitspanne“ bis zur „Wiederherstellung der vollen Einsatzfähigkeit entspricht der Senat dadurch, dass zeitnah zur Hauptsache verhandelt werden soll.

Dem Antrag nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB war nach alledem stattzugeben.

Eine Kostenentscheidung ist im vorliegenden Verfahren nicht veranlasst; sie ergeht zusammen mit der Kostenentscheidung im Beschwerdeverfahren.

William
Vors. Richter am OLG

Wilke
Richter am OVG

Janssen
Richter am OLG