

**VK 1 – 121/06**

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren des

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin

- Beigeladene -

wegen der Vergabe der Baumaßnahme „...flugplatz ... Umbau/Anpassung zur Wartungshalle ...“ (Maßnahme-Nr. ...) hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Seifert, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Korthals und den ehrenamtlichen Beisitzer Werner auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 2006 am 8. November 2006 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin, Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) hat die Baumaßnahme „...flugplatz ... Umbau/Anpassung zur Wartungshalle ...“ (Maßnahme-Nr. ...) im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Die Antragstellerin (ASt) reichte am 23. August 2006 fristgerecht ein Angebot ein. Über das Vermögen der ASt war zu diesem Zeitpunkt das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt worden. Der Geschäftsbetrieb der ASt wurde gemäß dem Beschluss der Gläubigerversammlung vom 5. September 2006 uneingeschränkt fortgeführt. Die Insolvenz der ASt war der Ag spätestens nach Erhalt eines Schreibens des Insolvenzverwalters vom 9. September 2006 bekannt.

Mit Schreiben vom 26. September 2006 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da der Ausschlussgrund gemäß § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. a) VOB/A erfüllt sei. Der Zuschlag solle vielmehr auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) erteilt werden. Daraufhin stellte die ASt bei der Vergabekammer am 5. Oktober 2006 einen Nachprüfungsantrag, den sie zeitgleich vorab per Telefax auch der Ag übermittelte. Der Nachprüfungsantrag ist von der Vergabekammer nicht zugestellt worden, da die ASt zu diesem Zeitpunkt Vergaberechtsfehler gegenüber der Ag nicht gerügt hatte. Daraufhin rügte die ASt am 9. Oktober 2006 ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren gegenüber der Ag und stellte am 10. Oktober 2006 erneut einen Nachprüfungsantrag. Die Vergabekammer hat die Zustellung des Nachprüfungsantrags am selben Tag veranlasst.

Die ASt ist der Ansicht, die Ag habe sie zu Unrecht gemäß § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. 1 a) VOB/A vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. § 8 Nr. 5 VOB/A sei eine „Kann-Bestimmung“, so dass die Nichtberücksichtigung eines in Insolvenz befindlichen Bieters nicht zwingend sei. Die Bestimmung sei so zu interpretieren, dass ein in Insolvenz befindliches Unternehmen hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verstärkt geprüft werden müsse. Könne das Unternehmen – wie vorliegend - nachweisen, dass die Leistungsfähigkeit des fortgeführten Unternehmens sichergestellt sei, gebe es keinen Grund, das betreffende Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen. Im Gegenteil sei der an einen Insolvenzverwalter

vergebene Auftrag zweifelsohne die sicherste Variante einer Auftragsvergabe überhaupt, denn für die hierdurch begründeten Masseverbindlichkeiten hafte der Insolvenzverwalter persönlich. Zudem sei die Durchführung des streitgegenständlichen Auftrages und die Fortführung des Unternehmens insgesamt durch die entsprechenden Vereinbarungen mit den Banken und dementsprechend geleistete Sicherheiten in vollem Umfang gewährleistet. Die ASt nehme in vollem Umfang am Geschäftsleben teil und arbeite derzeit eine Reihe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber ab. Die personelle und finanzielle Ausstattung des Unternehmens sei nachweisbar gesichert.

Außerdem habe sich die Ag von den Gegebenheiten vor Ort selber umfangreich informiert. Sie habe zu keinem Zeitpunkt Zweifel an der Leistungsfähigkeit der ASt geäußert. Darüber hinaus habe die Ag immer wieder – obwohl sie Kenntnis von der Insolvenz der ASt hatte - ergänzende Informationen und Bestätigungen angefordert, die allesamt umgehend erteilt worden seien. Der Ausschluss vom Vergabeverfahren sei somit für die ASt völlig überraschend gekommen.

Die ASt beantragt,

- festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist,
  - geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
- hilfsweise,
- für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch die Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,
  - Einsicht in die Vergabeakten gemäß §111 Abs. 1 GWB zu gewähren und
  - dem Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die ASt beantragt,

- den Nachprüfungsantrag zu verwerfen,
- die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen.

Die ASt sei rechtsfehlerfrei gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 i.V.m. § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. a) VOB/A i.V.m. Ziffer 1.3.2 der Regelung des § 25 A des Vergabehandbuch des Bundes vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden.

Zwar sei es zutreffend, dass gemäß § 8 Nr. 5 VOB/A ein Ausschluss des betreffenden Bieters nicht zwingend sei. Allerdings sei es genauso zutreffend, dass eine Vergabestelle bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale berechtigt sei, den betreffenden Bieter von der Wertung auszuschließen. Dies sei aus nachvollziehbaren Gründen im vorliegend zu beurteilenden Fall geschehen. Die Ag habe sich nicht auf die Darlegung der „rosigen Lage“ durch die ASt verlassen müssen. Zudem habe sich die ASt – unstrittig – in Verkaufsverhandlungen mit einem nicht genannten Investor befunden, so dass die Ag im Falle einer Auftragserteilung im Unklaren gewesen wäre, wer den Auftrag letztendlich ausführen würde. Auch die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters helfe nicht weiter, da auch in diesem Fall die Ag Gefahr laufe, dass ein ihr unbekanntes Unternehmen die Arbeiten ausführe und es auch nicht sicher sei, wer z.B. Mängelbeseitigungsarbeiten durchführe. Zudem räume die oben zitierte Vorschrift des Vergabehandbuchs des Bundes der Vergabestelle bei Vorliegen eines Insolvenzfalles keinen Ermessensspielraum mehr ein.

Mit Beschluss vom 17. Oktober 2006 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Die ASt hat gemäß § 111 Abs. 2 GWB unter Wahrung der Geschäftsheimnisse Akteneinsicht erhalten. In der mündlichen Verhandlung vom 2. November 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre jeweiligen Standpunkte vorzutragen und mit der Kammer umfassend zu erörtern. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf die eingereichten Schriftsätze, die Verfahrensakte sowie die der Kammer vorgelegten Vergabeakte verwiesen.

## II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.
  - a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers, der dem Bund zuzurechnen ist, oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts bezieht.
  - b) Die ASt ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie geltend macht, durch einen Vergaberechtsverstoß in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Durch die Abgabe eines Angebots hat sie ihr Interesse an der Auftragserteilung dokumentiert, so dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung auch ein Schaden droht.
  - c) Die ASt hat jedoch die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig gerügt. Gemäß § 107 Abs. 3 GWB muss der Bieter Vergaberechtsfehler, die er im Vergabeverfahren erkannt hat, unverzüglich – das heißt ohne schuldhaftes Zögern - rügen. Wie sich aus dem am 5. Oktober 2006 gestellten Nachprüfungsantrag ergibt, waren der ASt spätestens zu diesem Zeitpunkt alle den behaupteten Vergaberechtsverstoß begründenden Tatsachen bekannt. Zu diesem Zeitpunkt hatte sie auch bereits den Schluss gezogen, dass ein Vergaberechtsverstoß seitens der Ag vorlag, der einen Nachprüfungsantrag rechtfertigte. Die ASt benötigte somit keine weitere Frist, um ihrer Rügepflicht nachzukommen. Dennoch hat sie ihr Rügeschreiben an die Ag bis zum 9. Oktober 2006 hinausgezögert. Die Kopie des Nachprüfungsantrags, die die ASt der Ag am 5. Oktober 2006 vorab per Telefax zur Kenntnis übermittelte, kann nicht als Rügeschreiben angesehen werden, da die Ag zu diesem Zeitpunkt nicht mehr davon ausgehen konnte, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch eine Abhilfeentscheidung vermeiden zu können.
2. Der Nachprüfungsantrag ist darüber hinaus aber auch unbegründet. Die Ag hat die ASt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

- a) Die Ag durfte das Angebot der ASt gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 i.V.m. § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. a) VOB/A vom Vergabeverfahren ausschließen. Gemäß § 8 a Nr. 5 Abs. 1 VOB/A können Unternehmen von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Bei dieser Sachlage ist die Vergabestelle nicht verpflichtet, im Rahmen einer Eignungsprüfung zu ermitteln, ob die Leistungsfähigkeit trotz der Insolvenz weiter fortbesteht. Die VOB/A gibt der Vergabestelle vielmehr die Möglichkeit, das betreffende Unternehmen aufgrund der abstrakten Gefahrenlage ohne Prüfung des Risikos im konkreten Einzelfall auszuschließen. Dies ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Ausschlussgründe in § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A einerseits und § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A andererseits. Danach wird die Eignungsprüfung ausdrücklich von der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 8 Nr. 5 VOB/A unterschieden.
- b) Daraus ergibt sich, dass das Ermessen, das § 8 Nr. 5 VOB/A und § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A der Vergabestelle einräumen, die Vergabestelle zwar berechtigt, einen Bieter, über den das Insolvenzverfahren eröffnet ist, dennoch nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen. Sie ist jedoch nicht verpflichtet, im Einzelnen abzuwägen und zu begründen, weshalb sie einen solchen Bieter vom Verfahren ausschließt. Macht die Vergabestelle somit von der Möglichkeit des Ausschlusses, unabhängig von einer Eignungsprüfung im konkreten Einzelfall Gebrauch, begründet dies keine Rechtsverletzung des betroffenen Bieters. Dies gilt auch dann, wenn die Vergabestelle – wie hier geschehen – nach Kenntnisnahme von der Insolvenz den betreffenden Bieter zu einer Reihe von weiteren Auskünften und Versicherungen veranlasst. Insofern begründet sie zwar möglicherweise zu Unrecht die Erwartung des betreffenden Bieters, nicht aufgrund der Insolvenz vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Diese Erwartung stellt aber keinen rechtlich geschützten vergaberechtlichen Vertrauenstatbestand dar.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 GWB. Die Bg hat weder Anträge gestellt noch sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Sie hat deshalb kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet. Sie ist daher im Verhältnis zur ASt nicht als obsiegende Beteiligte anzusehen und trägt dementsprechend ihre Kosten selbst.

#### **IV.**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf – Vergabesenat - , Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Seifert

Korthals