



Beschluss OLG Frankfurt am Main vom 25. November 2021  
zur Frage von richtigem Ermessen

## Über den Autor



### Lars Mörchen

*Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht*

In einem Vergabenachprüfungsverfahren ist euros-Anwalt Lars Mörchen (u.a. Referent bei FORUM Institut für Management) auch vor dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main erfolgreich

Telefon: +49 391 5628 6912  
Email: l.moerchen@euros.de

## Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

Ermessensentscheidungen von öffentlichen Auftraggebern und ihre gerichtliche Nachprüfbarkeit sind kein einfaches Thema.

Lesen Sie hier eine brandaktuelle Entscheidung aus November 2021, in der unser Referent Lars Mörchen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht bei euros GmbH, Magdeburg für seine Mandantin obsiegte, weil die Ermessensentscheidung des Auftraggebers fehlerhaft ergangen war.

Der Inhalt dieses Whitepapers wurde freundlicherweise von der euros gmbh steuerberatungsgesellschaft rechtsanwalts-gesellschaft zur Verfügung gestellt.

Freundliche Grüße

Claudia Hülz  
Konferenzmanagerin Recht  
FORUM · Institut für Management GmbH

13.12.2021

*Das Oberlandesgericht (OLG) hat in seinem Beschluss vom 25. November 2021 (Aktenzeichen: 11 Verg 2/21) die sofortige Beschwerde des Landes Hessen gegen die eureos-Mandantin ergangene Entscheidung der 2. Vergabekammer des Landes Hessen (Aktenzeichen 69d-VK 2-16/2021) zurückgewiesen. Der öffentliche Auftraggeber muss im Rahmen seines Ermessens sehr sorgfältig prüfen, ob es nicht gerechtfertigt ist, weiter aufzuklären oder gegebenenfalls fehlende Unterlagen nachzufordern, bevor er ein Angebot ausschließt.*

*Damit wurde die von RA Mörchen erhobene Beanstandung gegen den Ausschluss des Angebotes seiner Mandantin im Ergebnis bestätigt.*

## **Sachverhalt**

Der öffentliche Auftraggeber schrieb mit europaweiter Bekanntmachung die Ausbildung von Atemschutzgeräteträgern durch Nutzung einer mobilen Brandsimulationsanlage zunächst im offenen Verfahren aus. Es gingen lediglich zwei Angebote fristgerecht ein. Der Auftraggeber hob in der Folge das Vergabeverfahren auf. Grund hierfür war, dass ein Angebot der Leistungsbeschreibung nicht entsprach und das andere Angebot erheblich über der Kostenschätzung lag. Gleichzeitig teilte der Auftraggeber den Bietern mit, dass die ausgeschriebene Leistung in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nummer 1 VgV vergeben werden soll.

Nach Überarbeitung der Vergabeunterlagen wurden die beiden im offenen Verfahren beteiligten Bieter zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Beide Bieter wurden zur Preisauflärung aufgefordert und es wurde mit beiden Unternehmen ein Verhandlungsgespräch durchgeführt. Anschließend informierte der öffentliche Auftraggeber unsere Mandantin darüber, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das andere Gebot zu erteilen. Auf unsere Rüge nahm der öffentliche Auftraggeber die Vorabinformation zurück und setzte das Verhandlungsverfahren in den Zeitpunkt vor Abschluss der Verhandlungen zurück. Die Bieter erhielten die Möglichkeit, unter Einbeziehung der sich aus den Verhandlungsgesprächen ergebenden Erkenntnisse, ein finales Angebot abzugeben.

Nachdem beide Unternehmen ein entsprechendes Angebot abgegeben haben, beabsichtigte der öffentliche Auftraggeber, das Angebot unserer Mandantin erneut auszuschließen. Es wurde darauf abgestellt, dass bezüglich der Fachkunde und Leistungsfähigkeit Zweifel bestünden und notwendige Unterlagen nicht beigebracht worden seien. Nach Auffassung des Auftraggebers sei eine Nachforderung der fehlenden Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 VgV weder geboten noch erforderlich. In Ausübung des ihm zustehenden Ermessens könne der Auftraggeber wegen „einer weiteren, unzumutbaren Verzögerung“ des Vergabeverfahrens von der Nachforderung absehen.

Nachdem der erneuten Rüge vom Auftraggeber nicht abgeholfen wurde, wurde ein erfolgreiches Vergabenachprüfungsverfahren eingeleitet.

Die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde wies das OLG mit der Maßgabe zurück, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet wird, das Vergabeverfahren in den Zustand vor Ausschluss des Angebotes unserer Mandantin zurückzusetzen und dieses Angebot unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu prüfen.

## **Entscheidungsgründe**

Das OLG bestätigte im Ergebnis, dass es dem öffentlichen Auftraggeber in dem vorliegenden Fall nicht möglich war, das Angebot auszuschließen – unabhängig davon, ob ein Nachunternehmer zum Einsatz kommen soll oder nicht.

Das Gericht führte aus, dass die vom öffentlichen Auftraggeber vorgenommene Ermessensentscheidung fehlerhaft ergangen ist.

Zum einen wurde darauf abgestellt, dass die – gegebenenfalls notwendige – Nachforderung von Unterlagen immer zu einer zeitlichen Verzögerung führen kann. Da Nachforderungen „aber gleichwohl grundsätzlich zulässig sind“, kann ein pauschaler Hinweis auf Verzögerungen allein keine tragfähige Ermessenserwägung darstellen. Es müsse daher auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden. Jedenfalls könne eine Nachreichung eines einzelnen Formulars „auch ohne besondere Eile binnen weniger Tage, bei Eilbedürftigkeit notfalls auch binnen weniger Stunden möglich“ sein. Im Übrigen hat das OLG darauf hingewiesen, dass die zeitliche Verzögerung auch dem Umstand geschuldet war, dass der Auftraggeber früheren Rügen des Bieters abgeholfen hat und daher von einer berechtigten Rüge auszugehen war.

Zum anderen hätte es dem öffentlichen Auftraggeber obliegen, bei seiner Ermessensentscheidung auch zu berücksichtigen, dass bei Ausschluss des Bieters nur noch ein einziger Bewerber übriggeblieben wäre. Damit könne der Zweck des Vergabeverfahrens, die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers, zu den bestmöglichen Konditionen zu befriedigen, nur noch unzulänglich erreicht werden. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 19. Juni 2018 – X ZR 100/16) wurde zudem darauf verwiesen, dass § 56 Abs. 2 VgV gerade bezweckt, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren.

Soweit der öffentliche Auftraggeber seinen Ausschluss auch darauf stützte, dass das Angebot unserer Mandantin nicht eindeutig gewesen sei, hätte der Auftraggeber aufklären müssen. Auch insoweit war die Entscheidung des Auftraggebers ermessensfehlerhaft.

## Praktische Hinweise

Die Entscheidung des OLG macht deutlich, dass ein Auftraggeber sehr genau prüfen sollte, wenn er beabsichtigt, einen Bieter aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Insbesondere dann, wenn ein Ausschluss aus rein formalen Gründen dazu führt, dass nur noch ein Bewerber übrigbleibt, hat der Auftraggeber sehr sorgfältig zu prüfen, ob eine Nachforderung von Unterlagen möglich ist und somit zu sachgerechten Ergebnissen führt. Anderenfalls würde der Wettbewerb unnötig reduziert werden. Unter Umständen verliert der Auftraggeber in diesem Fall die Möglichkeit, auf ein für ihn günstiges Angebot den Zuschlag erteilen zu können.

Auch wenn das dem öffentlichen Auftraggeber eingeräumte Ermessen nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann, sollte jeder Auftraggeber bei der beabsichtigten Entscheidung sehr genau abwägen, ob das Ermessen im Einzelfall richtig ausgeübt wurde.

Letztlich ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Begründung für die Ermessensentscheidung ordnungsgemäß dokumentiert wird.



Für Fragen rund um  
das Thema Vergaberecht  
stehen wir Ihnen gern  
zur Verfügung.  
Sprechen Sie uns an.

## Passende Weiterbildungen finden Sie hier:

### Weiterbildung zum Thema Recht

Finden Sie aus unserem breiten, erstklassigen Weiterbildungsangebot die für Ihre Bedürfnisse passende Fortbildung. Profitieren Sie von unseren maßgeschneiderten Seminaren und Lehrgängen mit erfahrenen, hochkarätigen Experten rund um das Thema Recht. [Jetzt informieren.](#)

### e-Learning – Klicken und Lernen

Das FORUM Institut bietet mit hochwertigen e-Learning-Programmen eine flexible Weiterbildungsform. Entscheiden Sie selbst, wann und wo Sie lernen.

[Jetzt testen.](#)

### Inhouse-Seminare – Maßgeschneiderte Lösungen

Alle unsere Seminare eignen sich auch hervorragend als [Inhouse-Training](#). Jetzt individuelles [Angebot anfordern](#).