



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 138/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe von „Sicherungsleistungen; [...] (Vergabevorgang Nr.: [...])“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Jamrath auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2016 am 29. Februar 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb die Vergabe „Sicherungsleistungen; [...] (Vergabevorgang Nr.: [...])“ aus. Als Ausführungszeitraum ist nach § 5, dort Ziffer 5.2, des Vertragsentwurfs der Zeitraum zwischen dem 4. Januar 2016 und 30. Juni 2017 vorgesehen. Das entsprechende Vergabeverfahren wird von der Konzernmutter der Ag als Vergabestelle geführt.

Die Antragstellerin (ASt) ist Anbieterin von Sicherungsleistungen für den Gleisbau, wie sie vorliegend ausgeschrieben wurden; ca. 90% ihrer Umsätze erzielt die ASt mit Unternehmen aus dem Konzern der Ag oder von ihnen beauftragten Gleisbauunternehmen (dort als Nachunternehmerin). Geschäftsführer der ASt ist [...]. Die Geschäftsanteile der ASt werden von der [...] Beteiligungsgesellschaft mbH [...] gehalten, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer Herr [...] ist. Die [...] ist zudem alleinige Gesellschafterin der [...] GmbH Sicherungsdienst [...]; alleiniger Geschäftsführer der [...] ist Herr [...].

Am 14. Januar 2014 wurden im Rahmen eines bei der Staatsanwaltschaft [...] anhängigen Ermittlungsverfahrens (Az.: [...]) unter anderem die Geschäftsräume der ASt und der [...] durchsucht. Gegenstand des Ermittlungsverfahrens ist unter anderem der Vorwurf des gewerbsmäßigen Betrugs durch [...]. Mit Schreiben vom 16. Januar 2014 informierte die [...] die Konzernmutter der Ag über die erfolgten Durchsuchungen; als Grund für die Durchsuchung sei aufgeführt worden, dass der Verdacht bestehe, dass Arbeiten gegenüber dem Konzern der Ag in Rechnung gestellt worden seien, die nicht, nicht im abgerechneten Umfang oder nicht von den angegebenen Personen durchgeführt worden seien. Sie kündigte zudem die Bereitschaft zur umfassenden Aufklärung sowie gegebenenfalls zu den notwendigen Maßnahmen der Selbstreinigung an; soweit ein nachgewiesener Schaden entstanden sei, werde

Wiedergutmachung geleistet. Am 21. Januar 2014 fand zudem auf Bitten der [...] ein Gespräch mit Vertretern der Konzernmutter der Ag statt. Im Nachgang teilte diese mit Schreiben vom 22. Januar 2014 mit, sie sehe, da es sich derzeit nur um Verdachtsmomente handele, aktuell keinen Anlass, der [...] die Präqualifikation zu entziehen. Sollte sich die Situation anders darstellen, würde sie den Sachverhalt neu bewerten. Ergänzend wurde eine außerordentliche Überprüfung der [...] und der ASt durchgeführt, indem diese gebeten wurden, verschiedene Erklärungen abzugeben und Unterlagen einzureichen; dies tat die ASt mit Schreiben vom 21. Februar 2014.

Der Strafverteidiger von Herrn [...] beantragte mehrfach Akteneinsicht in die Ermittlungsakten, erhielt jedoch bisher nur in geringem Umfang Einsicht in die Ermittlungsakte mit Stand von Ende 2013. Vertreter der Konzernmutter der Ag erhielten am 15. Oktober 2015 Gelegenheit, mit Ermittlern bei der Bundespolizei zu sprechen und Einzelheiten zum Stand des Ermittlungsverfahrens zu erfahren. Im Nachgang erhielten sie einen ersten Entwurf des Abschlussberichts der Bundespolizei mit Stand vom 13. November 2015. Das über die Besprechung am 15. Oktober 2015 gefertigte Protokoll sowie der der Ag übersandte Entwurf des Abschlussberichts konnten, da die Ag insoweit die von den Ermittlungsbehörden geforderte Geheimhaltung aus Ermittlungsgründen geltend macht, der ASt nicht zur Verfügung gestellt werden.

Die Ag machte das vorliegende Vergabeverfahren im [...] 2015 bekannt. Voraussetzung für die Teilnahme war danach der Präqualifikationsnachweis in der Kategorie „Sicherungsleistung (Sipo + Sakra) mit u. ohne feste Absperrung“, der in dem Präqualifikationsverfahren der Konzernmutter der Ag erworben wurde. Die ASt hatte zuvor das entsprechende Präqualifikationsverfahren durchlaufen und einen Präqualifikationsnachweis für die Leistungskategorie „Sicherungsleistung (Sipo + Sakra) mit u. ohne feste Absperrung“ erhalten, und zwar zunächst unter dem 20. Mai 2014 und nach Umfirmierung unter dem 3. Juli 2015 (mit Gültigkeit bis zum 31. Mai 2018). „Sipo“ steht für Sicherungsposten, und „Sakra“ bedeutet Sicherheitsaufsicht.

Die Antragstellerin (ASt) sowie die Beigeladene (Bg) gaben jeweils ein Angebot ab. Entsprechend dem Vordruck der Angebotserklärung gaben die Bieter jeweils unter anderem die Erklärung ab,

- dass sie nicht von der Konzernmutter der Ag wegen Verfehlungen gesperrt und vom Wettbewerb ausgeschlossen worden seien,

- dass sie keine schwere Verfehlung begangen hätten, die ihre Zuverlässigkeit als Bieter in Frage stelle (§ 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO),
- dass über das Vermögen des Bieters kein Insolvenzverfahren oder kein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet sei, die Eröffnung weder beantragt noch ein Antrag mangels Masse abgelehnt worden sei und
- dass eine Präqualifikation für das Einkaufssegment Sicherungsleistungen bestehe und sämtliche Präqualifikationsvoraussetzungen weiterhin unverändert vorlägen.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2015 teilte die Konzernmutter der Ag der ASt mit, dass die ASt für die Dauer von drei Jahren von Auftragsvergaben des Konzerns ausgeschlossen werde und diese Vergabesperre mit Zugang des Schreibens wirksam werde. Die Vergabesperre gelte auch für Unterauftragsvergaben sowie Mitgliedschaften in Arbeits-, Bieter- und Planungsgemeinschaften. Mit Inkrafttreten der Vergabesperre würden bestehende Präqualifizierungen für laufende und zukünftige Vergabeverfahren aberkannt. Hintergrund der Vergabesperre sei eine schwere Verfehlung, die sich aus den dem Ermittlungsverfahren zugrundeliegenden Vorwürfen ergebe. Danach sei der Konzern der Ag in erheblichem Umfang durch überhöhte Abrechnungen bei Sicherungsleistungen geschädigt worden. Das entsprechende Verhalten dürfe dem Geschäftsführer der [...], Herrn [...], zugerechnet werden. Dieser sei alleiniger Geschäftsführer der [...] und auch der Gesellschafterin der [...], nämlich der TRB. Weiter lägen Informationen vor, wonach im Zusammenhang mit möglichen Straftaten der Geschäftsleitung der [...] nach § 263 Abs. 1, 3 StGB auch gegen Mitarbeiter des Konzerns der Ag wegen Betrugs und Untreue ermittelt werde. Ungeachtet dessen, ob im Einzelfall Sachverhalte zu Vertragsbeziehungen mit der ASt Gegenstand des Ermittlungsverfahrens seien, würden die genannten schweren Verfehlungen auf die ASt ausstrahlen, da Herr [...] Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer der alleinigen Gesellschafterin der ASt, der [...], sei. Zeitgleich wurde auch eine Vergabesperre gegen die [...] sowie weitere Schwesterunternehmen der ASt verhängt.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 informierte die Ag die ASt, dass sie den Zuschlag aus formalen Gründen nicht auf das Angebot der ASt erteilen werde. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Bg erteilt werden. Zur Begründung führte die Ag aus, dass sie inzwischen davon ausgehen müsse, dass die für eine Zuschlagserteilung erforderliche Zuverlässigkeit des ASt weggefallen sei. Von dem Vorliegen einer schweren Verfehlung gemäß § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO sei nachweislich auszugehen. Aufgrund der aus dem Ermittlungsverfahren

zwischenzeitlich erlangten Erkenntnisse müsse sie davon ausgehen, dass der Konzern der Ag in erheblichem Umfang durch überhöhte Abrechnungen bei Sicherungsleistungen geschädigt worden sei.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21. Dezember 2015 rügte die ASt ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren sowie die Aberkennung der Präqualifikation. Es sei noch überhaupt nicht erkennbar, ob Straftaten zu Lasten des Konzerns der Ag begangen worden seien; jedenfalls fehle es aufgrund des noch laufenden Ermittlungsverfahrens an der Nachweislichkeit einer schweren Verfehlung. Auch könne ein mögliches strafbares Verhalten von Herrn [...] nicht der ASt zugerechnet werden. Die Präqualifikation sei im Übrigen nicht gemäß § 24 Abs. 10 SektVO wirksam aberkannt worden. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2015 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Dezember 2015 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 28. Dezember 2015 übermittelt.

Am 7. Januar 2016 erhielten die Verfahrensbevollmächtigten der Ag erstmalig die Gelegenheit zur Einsicht in die Ermittlungsakten. Anschließend legten sie daraus folgende Aktenauszüge [1] bis [9] mit folgenden Inhalten im Nachprüfungsverfahren vor.

- [1] Ein [...] -internes Papier („Nachkalkulation“) zum Bauvorhaben „[...]“, aus dem sich in der Gegenüberstellung von erbrachten und abgerechneten Leistungen ein Vermögensvorteil (Überschuss) in erheblicher Höhe ergibt.
- [2] In einer E-Mail des kaufmännischen Leiters der [...] vom 15. Januar 2012 an Herrn [...] heißt es, dass bei einer Verbundvergabe (bei diesen werde pauschal abgerechnet und es müssten auch keine Leistungsnachweise gegengezeichnet werden) eine hohe Gewinnmarge erreicht werde; überwiegende Gewinnquelle sei die chronische Mengenminderung.
- [3] In einer weiteren E-Mail des kaufmännischen Leiters vom 27. September 2012 an Herrn [...] wird mitgeteilt, dass bei dem Bauvorhaben „[...]“ für eine eigentlich vorgesehene geringe Arbeitsleistung sehr viel Arbeitszeit verbraucht würde, da der zuständige Bauleiter oder Nachunternehmer für eine Art Vollbeschäftigung sorgen wolle. Nach seiner aktuellen Prognose sei zu mutmaßen, dass die [...] bei diesem Auswärts-Bauvorhaben trotz ausreichend kalkulierter Menge und guten Preisen wohl leider kein

Geld verdient habe, da die übliche Verbund-Rendite „Mengenminderung“ hier wohl offensichtlich nicht gegriffen habe.

- [4] In einer E-Mail des kaufmännischen Leiters vom 26. Oktober 2012 zum Bauvorhaben „Tunnelbau [...]“ heißt es, dass er für die Leistung „AWS [Automatic Warning System] vorhalten“ und „[...] betreiben“ nur jeweils auf bestimmte Werte komme, nach Rücksprache mit Herr [...] jedoch die vollen Werte abgerechnet würden. Hoffnungen auf zusätzliche Mengenminderungsansprüche aus den Pauschalen bräuchten sie sich wohl nicht zu machen. Zudem „haue leider der Pauschalnachweis ganz schön rein“, wenn man eine geringe Abrechnungsgrundlage habe.
- [5] In einer von einem weiteren Mitarbeiter der [...] an Herrn [...] gerichteten E-Mail vom 5. März 2013 zum Bauvorhaben „Bahnhof [...]“ heißt es, die zweiten ca. ... [ein Geldbetrag] würden sie durch die Personalunion SAKRA/BEB/SAS schaffen.
- [6] In einer E-Mail-Korrespondenz vom 7. Juni 2013 zwischen Mitarbeitern der [...], die auch Herr [...] als Kopie (cc:) erhielt, heißt es unter anderem: „Außerdem ziehen wir unseren Vorteil daraus, da wie Sie ja schon richtig ausgeführt haben, den Plus uns nehmen (im Normalfall). Diese Regelung ist weder an die ARGEN-Partner zu vermitteln, noch in den ARGEN-Verträgen festzuhalten. Dies gilt ab [...] und den weiteren aktuellen Baustellen. Dabei handelt es sich um eine betriebliche Anweisung.“
- [7] In einer E-Mail-Korrespondenz vom 2. September 2013 zum Bauvorhaben „Los 12 [...] Abzweig [...]“, die Herr [...] und der Geschäftsführer der ASt, Herr [...] als Kopie (cc:) erhalten haben, wird unter anderem von Herrn [...], der zum damaligen Zeitpunkt auch Compliance-Beauftragter der Unternehmensgruppe war, ausgeführt: „Dein Anliegen (eventuell NT an [...] wegen der langen Vorhaltedauer) verstehe ich sehr gut, aber die Ausführungen von ... bezüglich der Mengenminderung im Bereich Pauschalen Vor- und Nacharbeiten sind ebenso nachvollziehbar – hier ist auf der anderen Seite ordentlich Geld zusätzlich zu verdienen.“
- [8] Gemäß einer Rechnung der [...] wurden für einen bestimmten Mitarbeiter für den 2. September 2010 acht Stunden „Sakra“ für eine bestimmte Baumaßnahme abgerechnet. In der ebenfalls in der Ermittlungsakte enthaltenen tagesbezogenen Auflistung, die für namentlich benannte Mitarbeiter die Stundenanzahl einer bestimmten Tätigkeit bei einer bestimmten Baumaßnahme ausweist und für die die ASt geltend macht, dass es sich um keine [...]-interne eigene Dokumentation handelt, sondern dass sie allenfalls aus (Planungs-)Daten der [...] generiert wurde, ist der fragliche Mitarbeiter für den 2. September 2010 nicht aufgelistet; seine Gehaltsabrechnung weist für den Tag auch keine Stunden auf. In der genannten internen Dokumentation sind für die

Baumaßnahme zehn Stunden „Sakra“ für einen anderen Mitarbeiter notiert, der auch den Leistungsnachweis seitens der [...] gegengezeichnet hat.

- [9] Nach einer Rechnung der [...] für eine weitere Baumaßnahme wurden für den 19. Juni 2010 unter anderem mehrere Stunden „Sakra“ abgerechnet, davon zehn Stunden für eine bestimmte Mitarbeiterin. In der o.g. Auflistung sind demgegenüber für die Mitarbeiterin für den 19. Juni 2010 fünf Stunden „Sipo“ eingetragen. Für einen weiteren Mitarbeiter wurden für den 28. Juni 2010 zehn Stunden „Sipo“ abgerechnet. In der fraglichen Auflistung ist der betreffende Mitarbeiter mit Urlaub eingetragen. Ein anderer Mitarbeiter ist hingegen mit zehn Stunden „Sipo“ für die entsprechende Baumaßnahme eingetragen.

Am 8. Januar 2016 wurde für die ASt und die weiteren Unternehmen der [...]-Gruppe die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt. Mit Beschluss des Amtsgerichts [...] vom [...] Januar 2016 wurde für die ASt ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt. Die Ag erfuhr zunächst aus dem Internet von den Insolvenzanträgen. Mit E-Mail vom [...] Januar 2016 teilte der vorläufige Insolvenzverwalter der Ag mit, dass die gesamten laufenden Bauvorhaben der ASt und der weiteren Unternehmen uneingeschränkt fortgeführt würden. Die Fortführung der Bauvorhaben sei zunächst bis Ende Februar in jedem Fall abgesichert, da es ihm gelungen sei, eine Insolvenzgeldvorfinanzierung zu organisieren, was den Liquiditätsbedarf der Gesellschaften erheblich entlaste. Über die weitere Entwicklung in den kommenden Wochen würde er die Ag fortlaufend informieren. Mit Schreiben vom 14. Januar 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Ausschluss der ASt nunmehr auch auf den Ausschlussgrund des § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO stütze. Im Rahmen der Ermessensausübung sei zu berücksichtigen gewesen, dass alle Firmen der Firmengruppe der ASt Insolvenz angemeldet hätten. Es bestehe somit eine unsichere wirtschaftliche Situation im Hinblick auf die gesamte Firmengruppe, die auch zur Folge haben könnte, dass der Geschäftsbetrieb vollständig eingestellt werde. Daraus würden im Falle einer Beauftragung der ASt Risiken einer zeitlichen Verzögerung des vorliegenden Beschaffungsvorgangs und über das normale Maß bei einer drohenden Insolvenz hinausgehende finanzielle Risiken resultieren. Des Weiteren sei von maßgebender Bedeutung, dass die ASt wegen der festgestellten Betrugsdelikte vermutlich Schadensersatzprozessen ausgesetzt sein werde; die damit einhergehenden möglichen Entschädigungsansprüche sowie Prozesskosten könnten die wirtschaftliche Situation der ASt weiter verschlechtern. Die ASt rügte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. Januar 2016 den weiteren Ausschluss. Mit Schreiben vom 21. Januar 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen ihren Ausschluss aus dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren.

Der Ausschluss sei schon deshalb vergaberechtswidrig, weil die ASt gemäß dem Prüfungssystem des Konzerns der Ag gemäß § 24 SektVO präqualifiziert und damit geeignet sei. Eine wirksame Aberkennung dieser Präqualifikation nach § 24 Abs. 10 SektVO sei bisher nicht erfolgt. Insbesondere setze § 24 Abs. 10 Satz 2 SektVO in formeller Hinsicht voraus, dass das betroffene Unternehmen über die beabsichtigte Aberkennung mit einer Frist von 15 Kalendertagen vor dem Wirksamwerden der Aberkennung in Textform unter Angabe der Gründe informiert werde. Eine solche Vorabinformation habe die ASt nicht erhalten. Da die Vorschrift § 101a GWB bzw. Art. 2a Abs. 2 der Rechtsmittelrichtlinie nachgebildet sei, sei die Einhaltung der Frist Wirksamkeitsvoraussetzung.

Der Ausschluss sei auch deshalb vergaberechtswidrig, weil die Voraussetzungen nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO, auf den sich die Ag stütze, nicht vorliegen würden. Insbesondere sei derzeit nicht ersichtlich, dass es bei der [...] und ihren Schwestergesellschaften tatsächlich zur Verwirklichung eines Betrugs oder gar gewerbsmäßigen Betrugs zu Lasten der Ag bzw. des Konzerns gekommen sei. Erst recht sei nicht ersichtlich, dass sich Herr [...] entsprechend strafbar gemacht habe. Das Ermittlungsverfahren laufe vielmehr bereits seit über zwei Jahren ohne erkennbares Ergebnis. Hätte sich der Anfangsverdacht zu einem dringenden Tatverdacht verdichtet, wäre ein Haftbefehl gegen Herr [...] zu erwarten gewesen; dieser sei jedoch nicht erfolgt.

Anlass des fraglichen Ermittlungsverfahrens seien nach Erkenntnissen der ASt Anschuldigungen ehemaliger Mitarbeiter der [...], denen vorgeworfen worden sei, bereits vor 2013 die [...] zusammen mit einem Subunternehmer durch Abrechnung nicht erbrachter Leistungen geschädigt zu haben und in Buntmetalldiebstähle und andere Straftaten verwickelt gewesen zu sein. Die [...] habe daraufhin diesen Mitarbeitern im Mai 2013 gekündigt; zwei der Mitarbeiter seien 2014 rechtskräftig wegen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs zum Nachteil der [...] verurteilt worden. Der Verteidigung von Herrn [...] sei bisher weder substantiell Einsicht in die Ermittlungsakte gegeben worden noch sei – soweit ersichtlich – den Beweisanträgen aus der Verteidigungsschrift der ASt, insbesondere der Vernehmung von Entlastungszeugen, nachgegangen worden. Auch Herr [...] sei als Beschuldigter bisher nicht zu den Vorwürfen

gehört worden. Es habe bisher nicht die Gelegenheit gegeben, sich zu den Vorwürfen in der Sache zu äußern und Missverständnisse auszuräumen. Auch seien bestimmte Personen, wenn sie denn als Zeugen vernommen worden seien, nicht verlässlich bzw. seriös. Dass die Ag im Übrigen „neue Erkenntnisse“ aus dem Ermittlungsverfahren habe, wundere die ASt. Der Verteidiger von Herrn [...] sei zu einer Akteneinsicht Dritter bisher nicht angehört worden.

Auch die Nachweislichkeit einer schweren Verfehlung sei nicht gegeben. Ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts einer Straftat reiche dafür nicht aus. Dieses müsse zumindest abgeschlossen sein, und es müsse zu einer Behördenentscheidung in Form einer Anklageerhebung bzw. Beantragung eines Strafbefehls gekommen sein; Voraussetzung sei jeweils ein hinreichender Tatverdacht. Im Übrigen müsse der Auftraggeber das Vorliegen einer schweren Verfehlung nachweisen.

Die von der Ag vorgelegten Unterlagen würden die behaupteten Manipulationen gerade nicht belegen. Es gebe jeweils eine Erklärung für die Vorgänge, die in der Folge die Vorwürfe entkräften würden. So sei der Auftrag zum Bauvorhaben „[...]“ im Rahmen einer Verbundvergabe vergeben worden, und für die fraglichen Positionen sei daher ein Pauschalpreis abgerechnet worden, der auch vertraglich vereinbart worden sei und daher der [...] zustehe. Auch die E-Mail vom 15. Januar 2012 beziehe sich auf solche Verbundvergaben, die Gewinnmargen zwischen kalkulierten und tatsächlich erforderlichen Mengen zulasse. Die fragliche Gewinnmarge sei auch nicht unangemessen hoch, da der Auftragnehmer sämtliche Risiken – auch bei häufig unzureichenden Vorplanungen der Ag – auferlegt bekomme. Auch bei dem Bauvorhaben „[...]“ seien die Sicherungsleistungen zu einem Pauschalpreis an die [...] vergeben worden. Ebenso handele es sich um zu einem Pauschalpreis vergebene Leistungen im Falle der E-Mail vom 26. Oktober 2012; bei der hier tätigen Arbeitsgemeinschaft sei im Übrigen der Arbeitsgemeinschaftspartner der [...] technischer und kaufmännischer Geschäftsführer gewesen. Die E-Mail vom 5. März 2013 zum Bauvorhaben „Bahnhof [...]“ beziehe sich auf die völlig korrekte Möglichkeit, dass mit Zustimmung der Ag bestimmte Sicherungsfunktionen in Personalunion (von einem Mitarbeiter) ausgeführt würden; dies erlaube auch ein günstigeres Angebot. Bei dem Bauvorhaben „Los 12 [...] Abzweig [...]“ liege ebenfalls eine Verbundvergabe vor. In der dazu erfolgten E-Mail-Kommunikation sei es um die Überlegung gegangen, wegen längerer Vorhaltezeiten für die AWS-Technik – bedingt durch eine Bauzeitverschiebung von ursprünglich (geplant) Dezember 2012 auf September 2013 und dadurch geänderte Rahmenbedingungen – einen Nachtrag zu stellen. Dies sei jedoch mit dem

Hinweis auf anderweitige Minderungen in den Pauschalen abgelehnt worden – mit dem Ergebnis, dass die angebotenen und beauftragten Pauschalen unverändert abgerechnet worden seien. Der Vorwurf der Ag, die ASt würde regelmäßig und systematisch bei Pauschalverträgen nicht das von ihr geschuldete Leistungsoll erfüllen, was gleichbedeutend mit einer mangelhaften Leistungserbringung wäre, sei völlig unsubstantiiert und treffe auch nicht zu. Hiergegen spreche nicht nur die hervorragende Bewertung der ASt im Lieferantenmanagement [...] mit „outstanding“ (99 von 100 Punkten; Stand: 18. Dezember 2015), sondern auch, dass derartige Mängelvorwürfe zuvor nicht erhoben worden seien. Bei Verbundvergaben hätten im Übrigen die Gleisbauunternehmen ein Eigeninteresse daran, dass die ASt die von ihr geforderten Sicherungsleistungen erbringe.

Bereits kurz nach der Durchsichtung seien im Übrigen die beiden Niederlassungsleiter der ASt schriftlich angewiesen worden, in der Vergangenheit erfolgte Abrechnungsprozesse zu überprüfen und etwaige Ungereimtheiten oder Falschabrechnungen an die zuständige Compliance-Beauftragte der ASt zu melden. Derartige Falschabrechnungen seien jedoch nicht gemeldet worden.

Ein gegebenenfalls rechtswidriges Verhalten von Herrn [...] könne im Übrigen der ASt auch nicht zugerechnet werden, da dieser für die ASt nicht verantwortlich handele. Er sei weder Geschäftsführer der ASt noch verfüge er über Prokura oder Handlungsvollmacht. Er sei lediglich Gesellschafter der Gesellschafterin der ASt; dies genüge nach § 21 Abs. 2 SektVO nicht für einen Zurechnungszusammenhang.

Darüber hinaus fehle es auch an einer Prognoseentscheidung der Ag nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO, ob die ASt noch eine ordnungsgemäße und vertragsgerechte Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags einschließlich der Erbringung von Gewährleistungen erwarten lasse. Die Prognose setze einen vollständig und zutreffend ermittelten Sachverhalt voraus. Hieran fehle es, wie man schon dem Umstand entnehmen könne, dass die Ag meine, die vermeintliche schwere Verfehlung strahle auf die ASt ungeachtet dessen aus, ob im Einzelfall Vertragsbeziehungen mit der ASt Gegenstand des Ermittlungsverfahrens seien. Zudem habe die Ag eine Prognoseentscheidung nicht an ihre Konzernmutter delegieren dürfen. Ebenso liege keine ordnungsgemäße Ermessensausübung seitens der Ag vor.

Schließlich liege auch kein sonstiger Mangel der Zuverlässigkeit der ASt vor. Soweit die Ag geltend mache, dass die [...] zugesichert habe, über neue Informationen zu dem

Ermittlungsverfahren unverzüglich zu informieren, dies jedoch nicht getan habe, und hierin der versteckte Vorwurf liege, die [...] habe bei der Aufklärung der erhobenen Betrugsvorwürfe nicht in ausreichendem Maße mit dem Konzern der Ag zusammengearbeitet, treffe auch dies nicht zu. Denn die Staatsanwaltschaft habe der [...] seit Frühjahr 2014 tatsächlich keine neuen Erkenntnisse mitgeteilt, die an die Ag hätten weitergegeben werden können. Im Übrigen bestehe auch kein Anspruch der Ag auf Erhalt belastender Informationen, insbesondere nicht aus dem Gedanken der Selbstreinigung. Denn diese setze voraus, dass überhaupt eine nachweislich schwere Verfehlung festgestellt worden sei; erst danach könnten Selbstreinigungsmaßnahmen eingreifen.

Soweit die Ag den Ausschluss nunmehr auch auf § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO stütze, sei auch dies vergaberechtswidrig. Da die ASt die noch laufenden Aufträge trotz eingeleitetem Insolvenzverfahren weiter ordnungsgemäß ausführe, bestehe vorliegend kein Anlass für die Annahme, dass die ASt den streitgegenständlichen Auftrag nicht ordnungsgemäß ausführen werde. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der E-Mail des vorläufigen Insolvenzverwalters der ASt vom [...] Januar 2016. Denn in dieser E-Mail werde die uneingeschränkte Fortführung der gesamten Bauvorhaben zugesichert. Dies geschehe auch nicht „nur“ bis Ende Februar, wie es die Ag darstelle, sondern in jedem Fall „zunächst“ bis Ende Februar. Eine andere Zusage dürfe von einem vorläufigen Insolvenzverwalter zwei Tage nach seiner Einsetzung auch nicht erwartet werden. Im Übrigen ergebe sich aus der E-Mail, dass ganz kurzfristig und offenbar ohne Probleme eine Insolvenzgeldvorfinanzierung habe organisiert werden können, was für die Prognose spreche, dass eine ordnungsgemäße Weiterführung der Aufträge sichergestellt sei.

Unabhängig davon sei zu berücksichtigen, dass die von der Konzernmutter der Ag ausgesprochene Vergabesperre ursächlich für den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der ASt gewesen sei. Aufgrund der Vergabesperre habe sie auch in anderen Vergabeverfahren Absageschreiben erhalten oder sei erst gar nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Auch im Rahmen von sog. Verbundvergaben werde sie derzeit nicht von Gleisbauunternehmen zu Angeboten für Nachunternehmerleistungen aufgefordert. Bis zum Ausspruch der Vergabesperre seien die Geschäftsaussichten der ASt positiv gewesen; die ASt habe im vierten Quartal 2015 mehrere Vergabeverfahren gewonnen und Aufträge akquiriert. Die ASt erziele jedoch rund 90% ihres Umsatzes mit Konzernunternehmen der ASt oder für diese tätige Gleisbauunternehmen. Das Geschäft der ASt sei zudem sehr personalintensiv, und die ASt verfüge über kein größeres Sachvermögen.

Der Ausspruch der Vergabesperre habe die Liquidität der ASt daher unmittelbar bedroht. Nach insolvenzrechtlicher Beratung und mit Blick auf die Strafbarkeit von – auch fahrlässiger – Insolvenzverschleppung habe daher der Geschäftsführer der ASt beschlossen, einen Insolvenzantrag zu stellen, zumal die Grenze zwischen drohender und tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit schwer zu ziehen sei. Wenn die rechtswidrige Vergabesperre aufgehoben werde, was zu erwarten sei, könne das eingeleitete Insolvenzeröffnungsverfahren kurzfristig beendet werden.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, die Angebote unter Einbeziehung des Angebots der ASt und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten,
2. der ASt umfassende Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 111 Abs. 2 GWB zu gewähren,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Ag.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag wird für notwendig erklärt.

Nach Auffassung der Ag ist der Ausschluss der Antragstellerin aus dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu Recht erfolgt. Denn es liege eine schwere Verfehlung im Sinne des § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO nachweislich vor, die der ASt auch gemäß § 21 Abs. 4 Nr. 5 Alt. 2 i.V.m. Abs. 2 SektVO zuzurechnen sei.

Eine nachweislich schwere Verfehlung liege in den Betrugsdelikten, die sich aus dem anhängigen Ermittlungsverfahren ergäben. Herr [...] werde von den Ermittlungsbeamten als Hauptverantwortlicher in Bezug auf gewerbsmäßigen Betrug zu Lasten des Konzerns der Ag betrachtet, wobei die Ermittlungen vier verschiedene Arten von Manipulationen im personellen Bereich ergeben hätten:

- Fiktive Mitarbeiter würden erfunden und abgerechnet.

- Nicht erbrachte oder nicht vollständig erbrachte Leistungen würden doppelt und vollständig abgerechnet.
- Von der Bauüberwachung würden die Sicherungsleistungen bestätigt und durch Gesellschaften der Unternehmensgruppe der ASt – zum Teil ergänzt um fiktive Mitarbeiter – abgerechnet.
- Zwei Mitarbeiter, die jeweils in 12-Stunden-Schichten eingesetzt würden, würden als drei Mitarbeiter mit jeweils 8,5-Stunden-Schichten abgerechnet. Zusätzlich würden Leistungen für Buchhaltung, Verteilzeiten etc. abgerechnet.

Die Betrugshandlungen seien laut ermittelnder Polizei durch Vergleich der Rechnungen mit internen Leistungsfeststellungen nachgewiesen worden. Die Ermittlungen würden sich auf die Zeit nach März 2009 beschränken; es sei jedoch auch davon auszugehen, dass die Manipulationen bereits zuvor stattgefunden hätten. Manipulationen bei der Abrechnung der technischen Leistungen dürften ebenfalls vorliegen; dazu lägen jedoch noch keine aussagekräftigen Beweise vor. Derzeit sei laut Ermittlungsbehörden ein Schaden in Höhe von [...] Euro hinsichtlich der personellen Abrechnungsmanipulationen nachweisbar. Dabei sei von insgesamt [...] Fällen auszugehen; bei [...] dieser Fälle sei eine konkrete Schadenshöhe ermittelt worden. Insgesamt sei mit einem Gesamtschaden von [...] Euro zu rechnen. Auch der erste Entwurf des Abschlussberichts, den die Ag erhalten habe, nenne Herrn [...] als Hauptbeschuldigten wegen des Verdachts des gewerbsmäßigen bzw. bandenmäßigen Betrugs mit hohem Vermögensschaden. Wenn die Ermittlungsbehörde darlege, sie sei nach zweijährigen Ermittlungen zu dem Ergebnis gelangt, dass durch die ASt systematisch Vermögensdelikte begangen worden seien, und sich dies anhand von Zeugenaussagen und Unterlagen belegen lasse, müsse die Ag keine eigenen Ermittlungen anstellen. Der Abschluss der Ermittlungen sei im Übrigen nicht Voraussetzung für die Nachweislichkeit einer schweren Verfehlung.

Ferner ergebe sich aus den vorgelegten Unterlagen aus der erstmaligen Einsicht in die Ermittlungsakten am 7. Januar 2016 der Verfahrensbeteiligten der Ag bei der Ermittlungsbehörde, dass Betrugsdelikte nachweislich seien. Diese nach der Ausschlussentscheidung erlangten Erkenntnisse seien auch noch zu berücksichtigen. Sowohl aus internen Papieren der [...] als auch aus E-Mails, die Herr [...] als unmittelbarer Adressat oder in Kopie (cc:) erhalten habe, würden sich eindeutige Hinweise auf die Zufügung von Vermögensschäden durch vertragswidrig erbrachte, aber in voller Höhe abgerechnete Minderleistungen ergeben. Den Unterlagen lasse sich entnehmen, dass bei Aufträgen planmäßig Minderleistungen erbracht, jedoch in voller Höhe abgerechnet worden seien. Zudem

ergebe sich daraus, dass die vorsätzlich und systematisch erfolgten Zuvielberechnungen in Kenntnis und auf Anweisung von Herrn [...] erfolgt seien. Wie die E-Mail vom 5. März 2013 zeigen würde, würden Doppelfunktionen von Mitarbeitern bereits in der Angebotserstellungsphase festgelegt. Die E-Mail-Korrespondenz vom 7. Juni 2013 deute an, dass Betrugsstraftaten auch zu Lasten von ARGE-Partnern begangen worden seien. Dass auch der Geschäftsführer, Herr [...], von den Manipulationen wusste und dass auch bei der ASt Minderleistungen in voller Höhe abgerechnet worden seien, lasse sich anhand der E-Mail-Korrespondenz vom 2. September 2013 belegen. Auch bei sog. Verbundvergaben als Pauschalverträgen sei der Auftragnehmer verpflichtet, gemäß den rechtlichen Vorgaben und dem Umfang der vertraglich zugesicherten Leistungen, die fraglichen Sicherungsleistungen in einem bestimmten Umfang zu erbringen. Wenn etwa bei dem Bauvorhaben „[...]“ nur ein Bruchteil der (pauschal) abgerechneten Stunden „Sipo“ tatsächlich erbracht worden sei, liege es auf der Hand, dass hier die vertraglich zugesicherte Leistungsumfang nicht erbracht sei und der Betrugstatbestand erfüllt sei. Aus den ferner vorgelegten Rechnungen der [...] in Verbindung anderen Unterlagen lasse sich auch entnehmen, dass die [...] Arbeitsstunden für Mitarbeiter abgerechnet habe, die von diesen gar nicht oder nicht in der fraglichen (teureren) Funktion erbracht worden seien.

Die Herrn [...] angelasteten Tatvorwürfe des gewerbsmäßigen Betrugs seien ferner berufs- und unternehmensbezogen und würden folglich eine schwere Verfehlung im Sinne des § 21 Abs. 4 Nr. 5 Alt. 2 SektVO darstellen. Auch die Nachweislichkeit der schweren Verfehlung sei gegeben. Diese setze nicht den Abschluss der Ermittlungen, die Anklageerhebung oder gar die rechtskräftige Verurteilung voraus; dies müsse die Ag nicht abwarten. Es reichten belastbare Hinweise aus seriösen Erkenntnisquellen, die konkrete, objektivierbare Anhaltspunkte für eine schwere Verfehlung beinhalten würden, wobei im Hinblick auf den Grad der Erkenntnissicherheit der dem Auftraggeber zur Verfügung stehende kurze Zeitraum für eine Ausschlussentscheidung zu berücksichtigen sei. Bei der Ermittlungsakte handele es sich um eine solche seriöse Erkenntnisquelle. Die schriftlich in der Ermittlungsakte festgehaltenen Zeugenaussagen, die Aussagen der Ermittlungsbehörde und insbesondere die vorgelegten E-Mails aus der Akteneinsicht würden den dringenden Tatverdacht begründen, dass die Betrugsstraftaten auf Anweisung des wirtschaftlichen Eigentümers, Herrn [...], erfolgt seien und dieser jedenfalls Anstifter der Taten sei.

Die schwere Verfehlung des Herrn [...] sei der ASt auch nach § 21 Abs. 2 Alt. 1 SektVO zurechenbar. Denn er sei wirtschaftlicher Eigentümer der ASt und Geschäftsführer der die

Anteile der ASt allein haltenden [...]; dadurch habe er Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsführung der beherrschten Gesellschaft, der ASt, und somit auch die Möglichkeit der Einflussnahme auf das operative Geschäft der ASt. Zudem habe Herr [...] im Gespräch am 21. Januar 2014 gegenüber Vertretern der Konzernmutter der Ag auf Nachfrage geäußert, dass er als geschäftsführender Gesellschafter der [...] durchaus persönlichen Einfluss in der ASt ausüben könne und dies auch geschehe. Des Weiteren sei die Buchhaltung der ASt wie auch der anderen Gesellschaften zentral am Sitz der [...] eingerichtet. Außerdem habe auch der Geschäftsführer der ASt selbst Kenntnis von den Abrechnungsmanipulationen der [...]-Gruppe gehabt.

Ferner sei die nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO zu treffende Prognoseentscheidung nicht zu beanstanden. Die festgestellten schweren Verfehlungen führten zu dem Schluss, dass die ASt im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag nicht die Gewähr dafür bietet, dass der Auftrag ordnungsgemäß durchgeführt werde. In Anbetracht der Vielzahl der Fälle und des Umstands, dass wohl systematisch und über Jahre hinweg nicht erbrachte Leistungen abgerechnet worden seien, und dies – so der sich aufdrängende Eindruck – auf die Anweisungen des wirtschaftlichen Eigentümers der [...]-Gruppe zurückzuführen sei bzw. dieser jedenfalls Kenntnis von den Manipulationen gehabt habe, habe keine positive Prognose im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Auftragsdurchführung vorgenommen werden können. Von maßgeblicher Bedeutung für die Prognoseentscheidung seien auch Selbstreinigungsmaßnahmen. Diese seien hier nicht zu erwarten bzw. nicht erfolversprechend. Zwar hätten Herr [...] und der Compliance-Beauftragte mit Schreiben vom 16. Januar 2014 gegenüber der Konzernmutter der ASt zugesichert, bei den Ermittlungen unterstützend tätig zu werden und Maßnahmen zur Selbstreinigung vorzunehmen. Die schwere Verfehlung sei jedoch gerade vom wirtschaftlichen Eigentümer der ASt, Herrn [...], zu verantworten, und der Compliance-Beauftragte habe selbst Kenntnis von den Betrugshandlungen gehabt. Mit Rücksicht auf die Vielzahl der Fälle des tatsächenerhärteten Abrechnungsbetrugs sowie der Höhe des Schadens und in Anbetracht der negativen Prognoseentscheidung bleibe kein Raum mehr für eine Ermessensausübung. Jedenfalls sei von einem intendierten Ermessen auszugehen, das wegen fehlender Anhaltspunkte für eine andere Entscheidung nur den Ausschluss der ASt habe nach sich ziehen können.

Die Präqualifikation der ASt stehe einer Berücksichtigung der schweren Verfehlung nicht entgegen. Der Auftraggeber dürfe – wie hier die Ag – im Zusammenhang mit einer konkreten Auftragsvergabe gewonnene Erkenntnisse, die eine Unzuverlässigkeit des präqualifizierten

Bieters belegen würden, zum Anlass nehmen, diesen auszuschließen. Die Präqualifikation stelle nur eine widerlegbare Eignungsvermutung dar. Es könne dem Auftraggeber nicht zugemutet werden, während des Aberkennungsverfahrens noch Aufträge an den entsprechenden Bieter erteilen zu müssen, obwohl die fehlende Eignung feststehe.

Darüber hinaus sei die ASt gemäß § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO auszuschließen. Maßgeblich für die Ausschlussentscheidung sei nicht nur die Kumulation der nachweislich schweren Verfehlung mit der Insolvenzanmeldung und die Insolvenzgefährdung der gesamten Unternehmensgruppe gewesen, sondern auch der Umstand, dass eine ordnungsgemäße Auftragsdurchführung bis zur Beendigung des hier betroffenen Bauvorhabens im [...] 2017 ausweislich der Aussage des vorläufigen Insolvenzverwalters der ASt nicht gesichert sei und die hieraus entstehenden Risiken für die Ag nicht tragbar seien. Die Aussage des vorläufigen Insolvenzverwalters, dass eine Auftragsdurchführung „zunächst“ bis Ende Februar gesichert sei, begründe erhebliche Zweifel im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit der ASt, die in der Lage sein müsse, den Auftrag bis zum 30. Juni 2017 auszuführen. Dabei sei von maßgeblicher Bedeutung, dass bei endgültigem Wegfall der Leistungsfähigkeit der ASt keine Arbeiten mehr durchgeführt werden könnten; die Sicherungsmaßnahmen seien nach den gesetzlichen Bestimmungen zwingende Voraussetzung für die Durchführung von Gleisbauarbeiten, weil andernfalls Leib und Leben der Arbeiter gefährdet würden. Es würde des Weiteren zu erheblichen Bauablaufstörungen kommen, mit der Folge, dass weitere Kosten wegen Baustillständen und zu später Fertigstellung entstehen würden. Zudem würden die Sperrpausen, die mit einer Vorlaufzeit von 30 Wochen angemeldet werden müssen, ungenutzt bleiben, was bei Neuanmeldungen zu weiteren erheblichen Bauablaufstörungen führen würde. Die vom vorläufigen Insolvenzverwalter erreichte Insolvenzgeldvorfinanzierung lasse die Unsicherheit im Hinblick auf eine fortbestehende Leistungsfähigkeit auch nicht entfallen. Das Insolvenzgeld sichere nur den Arbeitsentgeltanspruch der Arbeitnehmer für die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab. Dieser Zeitraum verlängere sich auch nicht durch eine Insolvenzgeldvorfinanzierung. Im Übrigen entbehre es jeglicher Tatsachengrundlage, dass die verhängten Vergabesperren innerhalb von zwei bis drei Wochen ursächlich für die Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sein sollten. Ungeachtet des Umstands, dass die Unternehmen der [...] -Gruppe nach eigener Aussage noch Aufträge ausführen würden, stelle sich die Frage, ob ein Bieter mit künftigen Aufträgen, die in einem echten Wettbewerb vergeben würden, zwingend rechnen und seinen Geschäftsbetrieb daran ausrichten könne.

Die ASt habe im Übrigen nicht schlüssig dargelegt, dass die von der Konzernmutter der Ag ausgesprochene Vergabesperre allein ursächlich für die Beantragung der Insolvenzeröffnung der ASt gewesen sei. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, dass Banken nur aufgrund der Möglichkeit der ASt, an künftigen Vergabeverfahren, die von der Vergabesperre betroffen seien, teilnehmen zu können, und damit ohne ausreichende Sicherheit Darlehen gewähren würden. Auch führe die Firmengruppe der ASt derzeit immer noch Aufträge aus.

Mit Beschluss vom 11. Januar 2016 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie trägt weder schriftsätzlich noch mündlich vor und stellt auch keine Anträge.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 26. Januar 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 26. Januar 2016 wurde die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB zunächst bis zum 15. Februar 2016 einschließlich verlängert. Mit weiterer Verfügung des Vorsitzenden vom 15. Februar 2016 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 29. Februar 2016 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12. Februar 2016 wurde nicht berücksichtigt.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere ist die ASt gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt und ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nachgekommen. Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Der Ausschluss der ASt vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren ist zwar zunächst rechtswidrig erfolgt, da die Voraussetzungen nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO derzeit nicht nachweislich im Sinne der vorgenannten Norm vorliegen (siehe unten a)). Jedoch darf die Ag mit Eintreten des neuen Ausschlussgrundes nach § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO zu Recht an dem Ausschluss der ASt festhalten (siehe unten b)).

- a) Der Ausschluss der ASt nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO ist aufgrund der bisher der Vergabekammer bekannten und berücksichtigungsfähigen tatsächlichen Umstände zu Unrecht erfolgt. Berücksichtigungsfähig sind dabei nur Tatsachen und Umstände, die allen Beteiligten im Nachprüfungsverfahren bekannt sind; ein in-camera-Verfahren ist nicht zulässig (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007, VII-Verg 40/07; OLG München, Beschluss vom 11. Mai 2007, Verg 4/07). Vorliegend fehlt es – entgegen der Auffassung der Ag – bereits an der Voraussetzung des § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO, dass eine schwere Verfehlung – hier von Herrn [...] oder einer anderen der ASt zuzurechnenden Person – nachweislich vorliegt.

Als schwere Verfehlung sind unter anderem schwerwiegende Rechtsverstöße wie Straftaten (z.B. Betrug nach § 263 StGB) oder Ordnungswidrigkeiten von einigem Gewicht anzusehen, insbesondere wenn sie sich auf die Auftragsdurchführung beziehen (vgl. KG, Urteil vom 17. Januar 2011, 2 U 4/06; OLG München, Beschluss vom 22. November 2012, Verg 22/12). Ferner kann die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten durch einen Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich als eine Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit angesehen werden (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012, Rs. C-465/11; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juli 2012, VII-Verg 27/12, zu § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB), wenn es um Verstöße gegen Rechtspflichten von einigem Gewicht geht (vgl. KG, Urteil vom 8. November 2011, 2 U 11/11 Kart). Der EuGH stellt insoweit auf Vorsatz oder eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere ab; demnach stellt nicht jede nicht ordnungsgemäße, ungenaue oder mangelhafte Erfüllung eines Vertrags oder eines Vertragsteils automatisch auch eine schwere Verfehlung dar (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012, Rs. C-465/11). Eine schwere Verfehlung muss zudem nachweislich vorliegen, d.h. es müssen die die schweren Verfehlungen belegenden Indiztatsachen einiges Gewicht haben und einer kritischen Prüfung durch ein mit der Sache befasstes Gericht standhalten (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Dezember 2003, 1 Verg 4/03). Bei schweren Verfehlungen in Form von Straftaten wird daher der Haftbefehl an sich, der dringenden

Tatverdacht voraussetzt, als ausreichender Nachweis der Verfehlung angesehen, da er nicht nur auf den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft, sondern auf der Prüfung und Entscheidung durch ein unabhängiges Gericht beruht (vgl. OLG München, Beschluss vom 22. November 2012, Verg 22/12; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Dezember 2003, 1 Verg 4/03); eine rechtskräftige Verurteilung oder Feststellung ist hingegen nicht erforderlich (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012, Rs. C-465/11; OLG München, Beschluss vom 22. November 2012, Verg 22/12; KG, Urteil vom 17. Januar 2011, 2 U 4/06; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Dezember 2003, 1 Verg 4/03). Auch ist es nicht erforderlich, die Anklageerhebung oder Eröffnung des Hauptverfahrens abzuwarten (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Dezember 2003, 1 Verg 4/03). Sind die Indizien hingegen schwach bzw. zweifelhaft und bedürfen einer Erhärtung und Konkretisierung durch weitere Beweiserhebungen, reicht dies im Nachprüfungsverfahren mit Blick auf den Beschleunigungsgrundsatz nicht aus (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Dezember 2003, 1 Verg 4/03). Bloße Behauptungen, unspezifizierte Vorwürfe, Vermutungen oder vage Verdachtsgründe reichen nicht aus (vgl. KG, Urteil vom 17. Januar 2011, 2 U 4/06; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Dezember 2003, 1 Verg 4/03). Die Feststellung einer schweren Verfehlung durch den Auftraggeber muss demgemäß auf einer gesicherten Erkenntnisgrundlage beruhen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, mit Verweis auf BGH, Urteil vom 26. Oktober 1999, X ZR 30/98; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Dezember 2007, VII-Verg 34/07). Ob eine schwere Verfehlung nachweislich vorliegt, ist von den Nachprüfungsinstanzen uneingeschränkt überprüfbar (vgl. OLG München, Beschluss vom 22. November 2012, Verg 22/12). Die Feststellungslast für eine schwere Verfehlung trägt der öffentliche Auftraggeber nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13; Beschluss vom 25. Juni 2014, VII-Verg 39/13).

Nach diesem Maßstab fehlt es am Nachweis einer schweren Verfehlung von Herrn [...] oder einer anderen der ASt zuzurechnenden Person im Sinne des § 21 Abs. 4 Nr. 5, Abs. 2 SektVO. Die Ag beruft sich zum einen auf die mutmaßlichen Straftaten, die Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bei der Staatsanwaltschaft [...] sind. Hier reicht es jedoch nicht aus, wenn sich die Ag auf die Existenz des Ermittlungsverfahrens an sich und den Umstand beruft, dass das Verfahren schon eine geraume Zeit andauere und seitens der Ermittlungsbehörden nicht signalisiert werde, das Verfahren

einzustellen. Denn diese Umstände belegen selbst keine konkrete Verfehlung bzw. Straftat und auch nicht diejenige einer konkreten Person, da es schon an der Konkretisierung einer Tathandlung fehlt. Auch soweit sich die Ag auf die Existenz von vorläufigen Zwischenergebnissen der Ermittlungsbehörden und die darin zum Teil enthaltene (überschlägige) inhaltliche Zusammenfassung beruft, wie sie die Ag im Gespräch am 15. Oktober 2015 und mit Übersendung des Entwurfs eines Abschlussberichts mit Stand vom 13. November 2015 erhalten hat, stellt dies keinen Nachweis einer konkreten Tat dar. Der pauschale Nachweis einer mutmaßlichen Straftat dadurch, dass sich allein auf den Aktivitäten der Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte berufen wird, ist nach der Rechtsprechung nur möglich, wenn es (gegebenenfalls vorläufige) Ermittlungsergebnisse gibt, die einer gerichtlichen Prüfung standgehalten haben, wie im Falle eines Haftbefehls oder der Eröffnung des Hauptverfahrens (d.h. dringender (§ 112 Abs. 1 Satz 1 StPO) oder jedenfalls hinreichender (§ 203 StPO) Tatverdacht). Vor diesem Hintergrund war auch die von der Ag angebotene Vernehmung eines Ermittlungsbeamten als Zeugen entbehrlich.

Das Fehlen einer solchen gerichtlichen Überprüfung bedeutet allerdings nicht, dass nicht bereits in einem früheren Stadium des Strafverfahrens (wie auch ansonsten in Fällen, in denen überhaupt kein Ermittlungsverfahren geführt wird, etwa bei der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten) konkrete schwere Verfehlungen anderweitig nachgewiesen werden können. Ferner ist nicht die Strafbarkeit mit allen Teilaspekten nachzuweisen, sondern nur eine schwere Verfehlung, etwa die (nicht unerhebliche) Verletzung vertraglicher Pflichten. Die von der Ag insoweit im Nachprüfungsverfahren (rechtzeitig) vorgelegten Unterlagen vermögen eine schwere Verfehlung im Sinne des § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO jedoch nicht mit der erforderlichen Gewissheit zu belegen. Daher ist vorliegend auch nicht entscheidungserheblich, dass die vorgelegten Unterlagen, da die Ag diese erst in der während des Nachprüfungsverfahrens erfolgten Akteneinsicht in die Ermittlungsakten erhalten hat, nicht Grundlage der ursprünglichen Ausschlussentscheidung der Ag waren.

Zu den Unterlagen im Einzelnen (entsprechend der Nummerierung in der Aufzählung unter I.):

- [1] Mit der Vorlage des [...]-internen Dokuments „Nachkalkulation“ für das Bauvorhaben „[...]“ meint die Ag aus der Gegenüberstellung von erbrachten und abgerechneten Leistungen (nach Stunden) entnehmen zu können, dass von der

[...] mehr Leistungen abgerechnet worden seien, als zulässig gewesen sei. Tatsächlich hat die ASt jedoch belegt, dass dort, wo angeblich mehr Mengen abgerechnet worden seien als geleistet, Pauschalpreise vereinbart wurden; genau diese wurden offensichtlich und damit vertragskonform geltend gemacht. Für die von der Ag aufgebrachte Vermutung, dass eine erheblich geringere Anzahl an Stunden geleistet worden sei, als vertraglich erforderlich gewesen sei, bedürfte es weiterer Nachweise dahingehend, was nach dem Vertrag konkret geschuldet war.

- [2] Soweit in einer E-Mail von „chronischer Mengenminderung“ und einer hohen Gewinnmarge die Rede ist, kann dieser Aussage an sich nicht zweifelsfrei entnommen werden, dass damit eine vertragswidrige bzw. sogar betrügerische Mengenminderung gemeint ist, durch die der Gewinn erzielt wird.
- [3] Ebenso wenig lässt sich aus der Aussage in einer E-Mail, dass die „übliche Verbund-Rendite“ „Mengenminderung“ offensichtlich nicht (als Gewinnquelle) gegriffen habe, nicht zwingend auf eine in Bezug auf andere Aufträge vertragswidrige Mengenminderung schließen.
- [4] Mit der E-Mail das Vorhalten und Betreiben des [...] betreffend legt die Ag Unterlagen zu technischen Leistungen vor, zu denen – wie die Ag selbst vorträgt – nach Aussage der Ermittlungsbehörden bisher keine aussagekräftigen Beweise vorlägen. Im Übrigen ist auch hieraus nicht erkennbar, was vertraglich geschuldet war bzw. abgerechnet werden durfte. Hinzu kommt, dass es sich nach Aussagen der ASt zum einen um pauschal beauftragte Leistungen gehandelt habe und zum anderen die [...] die Arbeiten in Arbeitsgemeinschaft mit einem anderen Unternehmen erbracht habe, das auch die kaufmännische Geschäftsführung innegehabt habe.
- [5] Soweit die Ag der E-Mail vom 5. März 2013 entnimmt, dass die [...] durch Festlegung von Doppelfunktionen vertragswidrige Mengenminderungen vorbereite, ist auch dies dem Gesamtinhalt der E-Mail keineswegs zweifelsfrei zu entnehmen. Vielmehr scheint die Erklärung der ASt dahingehend, dass hier überlegt wurde, Funktionen in Personalunion zu erbringen, um entsprechend günstiger anbieten zu können, wobei jedoch die Erforderlichkeit der Genehmigung durch die Ag gesehen wurde, nachvollziehbar.
- [6] Der E-Mail-Korrespondenz vom 7. Juni 2013 kann allenfalls die Vermutung entnommen werden, dass die [...] zu Lasten von Arbeitsgemeinschaftspartnern vertragswidrig gehandelt hat. Aufgrund der verklausulierten Ausführungen ist

jedoch letztlich nicht konkret erkennbar, worauf die [...] einen Anspruch hätte und was sie darüber hinaus möglicherweise unzulässigerweise erlangt hat.

- [7] Entgegen der Auffassung der Ag ist der E-Mail-Korrespondenz vom 2. September 2013 relativ deutlich zu entnehmen, dass – nachdem eine Baubesprechung mit der Festlegung von Leistungszeiten erfolgt war – zu Gunsten des Vertragspartners auf einen Nachtrag verzichtet wurde und dabei Berücksichtigung fand, dass anderweitige, pauschal abzurechnende Leistungen nur in geringerem Umfang zu erbringen sein würden, so dass sich Mehr- und Minderaufwand in gewissem Umfang ausgleichen würden.
- [8] Mit Vorlage der Rechnung vom 2. September 2010 macht die Ag geltend, dass damit nachgewiesen sei, dass die [...] zu Unrecht acht Stunden „Sakra“ abgerechnet habe, obwohl der entsprechend bezeichnete Mitarbeiter nach interner Dokumentation an dem Tag nicht gearbeitet habe. Die Ag übersieht dabei, dass nach den internen Daten für einen anderen Mitarbeiter die fraglichen acht Stunden „Sakra“ für das fragliche Bauvorhaben notiert waren. Danach ist es eher wahrscheinlich, dass es sich entweder bei den internen Daten um Planungsdaten gehandelt hat (so die ASt) und in der tatsächlichen Ausführung ein anderer Mitarbeiter eingesetzt wurde oder aber der Mitarbeiter, der die Leistungen tatsächlich ausgeführt hat, im Leistungsnachweis falsch benannt wurde. In beiden Fällen wären jedoch die fraglichen acht Stunden „Sakra“ tatsächlich geleistet worden.
- [9] Soweit die Ag aus der Rechnung vom 19. Juni 2010 ersehen will, dass die [...] für zwei Mitarbeiter mehr Stunden bzw. teurere Leistungen als erbracht abgerechnet hat, steht auch dies nicht zweifelsfrei fest. Soweit für einen bestimmten Mitarbeiter zehn Stunden „Sipo“ veranschlagt wurden, handelt es sich um eine vergleichbare Konstellation wie unter [8]. Denn auch hier ist in der fraglichen Aufstellung, die die Ag als Ist-Aufstellung verstehen will, nach Vortrag der ASt jedoch nur Planungsdaten enthält, jedenfalls ein anderer Mitarbeiter mit zehn Stunden „Sipo“ für die fragliche Baumaßnahme eingetragen. Hinsichtlich der verbleibenden Diskrepanz zwischen abgerechneten zehn Stunden „Sakra“ und nur fünf in der Aufstellung vermerkten Stunden „Sipo“ für eine weitere Mitarbeiterin müsste zunächst erst aufgeklärt werden, woher die Aufstellung stammt, welche Daten sie enthält und ob die Daten belastbar sind.

Die weiteren Unterlagen mit neuen Tatsachen, die die Ag unter Verstoß gegen § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung als Anlagen Ag 24 ff. mit Schriftsatz vom 1. Februar 2016 vorlegt hat, können nicht mehr berücksichtigt werden. Soweit der Ag in der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 2016 Schriftsatznachlass zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 22. Januar 2016 gewährt wurde, war davon nicht neuer Tatsachenvortrag zu schweren Verfehlungen umfasst; dieser war nicht nachgelassen. Zu dem neuem Tatsachenvortrag müsste andernfalls den anderen Verfahrensbeteiligten, insbesondere der ASt, Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden bzw. in die mündliche Verhandlung wieder eingetreten werden. So wäre z.B. aufzuklären, ob sich eine weitere, von der Ag nicht genannte Mitarbeiterkategorie und die jeweils erhebliche Anzahl von geleisteten Stunden, mit der diese Mitarbeiterkategorie in der IST-Analyse der [...] in den Anlagen Ag 31 und Ag 34 aufgeführt ist, auf die Beurteilung des Vorwurfs der Stundenminderungen auswirken. Eine entsprechende Verzögerung ist mit dem für das Nachprüfungsverfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatz vorliegend nicht zu vereinbaren (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 13. Dezember 2011, 11 Verg 8/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2006, VII-Verg 18/06).

Nach allem lässt sich feststellen, dass sich die Ag für den Ausschluss nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO vor allem auf die Existenz eines Ermittlungsverfahrens an sich und den Umstand, dass die Ermittlungsbehörden weiter ermitteln, stützt, was jedoch für sich genommen im vorliegenden Stadium des Strafverfahrens nicht ausreichend ist, da es diesbezüglich an einer Prüfung durch ein unabhängiges Gericht fehlt; selbst ein Zwischenverfahren wurde bisher nicht durch Erhebung der Anklage eingeleitet. Belastbare Beweise für einen Abrechnungsbetrug, der Herrn [...] oder gegebenenfalls einem anderen Verantwortlichen im Sinne des § 21 Abs. 2 oder Abs. 4 Nr. 5 SektVO als Beschuldigten im strafrechtlichen Sinne oder als Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, sind im Nachprüfungsverfahren bisher nicht vorgelegt worden. Ob solche belastbaren Beweise in den Dokumenten enthalten sind, die bisher nicht in einer Form vorgelegt wurden, die allen Beteiligten zugänglich gemacht werden konnte, muss wie bereits ausgeführt wegen des Verbots einer Verwertung im sog. in-camera-Verfahrens (siehe hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007, VII-Verg 40/07) unberücksichtigt bleiben. Insoweit war auch die seitens der Ag angeregte Vernehmung des ermittelnden Beamten der Bundespolizei nicht angezeigt, da der Ermittlungsbericht, der Grundlage dieser Vernehmung gewesen wäre, auf ausdrückliches Verlangen der

Ag nicht in das Verfahren eingeführt werden sollte, was seitens der Vergabekammer zu respektieren war. Bei allen vorgelegten Unterlagen bleiben damit im Ergebnis Zweifel an der Stichhaltigkeit; teilweise wird seitens der Ag sogar aus den Unterlagen – sei es bewusst oder unbewusst – derart verkürzt vorgetragen, dass dabei auch auf der Hand liegende entlastende bzw. den Vorwurf ausräumende Informationen völlig außen vor bleiben.

Was die Verhängung der Vergabesperre als solches anbelangt, weist die Vergabekammer darauf hin, dass diese nicht Gegenstand der Entscheidung ist, da eine abstrakt-generelle Vergabesperre grundsätzlich nicht Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein kann, sondern mit dem Nachprüfungsverfahren – wie hier geschehen – nur die konkrete Ausschlussentscheidung zu prüfen ist. Prüfungsmaßstab der Vergabekammer war hier mithin ausschließlich die Frage, ob die der Vergabesperre zugrundeliegenden Tatsachen den Ausschluss der ASt im konkreten Fall und zu einem konkreten Zeitpunkt rechtfertigen können (vgl. hierzu auch VK Bund, Beschluss vom 25. August 2015, VK 1-51/15).

- b) Der Ausschluss der ASt aus dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren ist jedoch wegen § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO letztlich zu Recht erfolgt.

Tatbestandsvoraussetzung für einen Ausschluss nach § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO ist zunächst, dass über das Vermögen des betroffenen Unternehmens, hier der ASt, ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt. Denn die ASt hat am [...] Januar 2016 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt.

Das ihr in der Rechtsfolge nach § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO zustehende Ermessen hat die Ag ordnungsgemäß ausgeübt.

Einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung hat im Falle des § 21 Abs. 4 Nr. SektVO – wie im Falle der Parallelvorschriften der VOB/A und VOL/A – eine gezielte und konkrete, d.h. einzelfallbezogene Prüfung der Eignung des Bieters, hier der ASt, im Hinblick auf seine Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit trotz eingeleitetem oder – wie hier – beantragtem Insolvenzverfahrens seitens des

Auftraggebers, hier der Ag, zugrunde zu liegen (vgl. grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss 5. Dezember 2006, VII-Verg 56/06; OLG Schleswig, Beschluss vom 30. Mai 2012, 1 Verg 2/12; OLG Celle, Beschluss vom 18. Februar 2013, 13 Verg 1/13). Der Auftraggeber hat dementsprechend eine Eignungsprognose vorzunehmen, wobei ihm ein Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 18. Februar 2013, 13 Verg 1/13; OLG Schleswig, Beschluss vom 30. Mai 2012, 1 Verg 2/12; OLG Düsseldorf, Beschluss 5. Dezember 2006, VII-Verg 56/06). Die Ermessensausübung lediglich auf die durch die Eröffnung oder Beantragung eines Insolvenzverfahrens eingetretene abstrakte Gefährdungslage zu stützen ist nicht ausreichend; die in § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO niedergelegten Anwendungsvoraussetzungen sind dementsprechend nur in einem typisierenden Sinne zu verstehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss 5. Dezember 2006, VII-Verg 56/06). Auch gilt keine Regelvermutung dahingehend, dass nach Eröffnung (oder vielleicht auch Beantragung) eines Insolvenzverfahrens der Bieter finanziell nicht leistungsfähig ist (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 18. Februar 2013, 13 Verg 1/13). Die Prognose muss sich insbesondere auf den streitgegenständlichen Auftrag beziehen und darf es nicht dabei belassen, auf allgemeine Insolvenz(abwicklungs)risiken abzustellen (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 30. Mai 2012, 1 Verg 2/12). Diesen Anforderungen werden die der Ausschlussentscheidung der Ag zugrunde liegenden Erwägungen gerecht.

Die Ag gründet ihren Ausschluss zum einen auf den Umstand, dass nicht nur die ASt, sondern alle Unternehmen der Firmengruppe ein Insolvenzverfahren beantragt hätten und dass diese unsichere wirtschaftliche Situation zur Folge haben könnte, dass der Geschäftsbetrieb vollständig eingestellt werde. Insbesondere bestünden erhebliche Zweifel im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit der ASt, weil sie im vorliegenden Fall in der Lage sein müsse, den Vertrag bis zum 30. Juni 2017 auszuführen. Eine Auftragsdurchführung (bereits erteilter Aufträge) sei vom vorläufigen Insolvenzverwalter der ASt bisher nur bis Ende Februar 2016 zugesichert worden. Die Insolvenzgeldvorfinanzierung, die der vorläufige Insolvenzverwalter erreicht habe, betreffe die Gehälter der Mitarbeiter nur für drei Monate. Eine Kausalität zwischen der ausgesprochenen Vergabesperre und der Beantragung des Insolvenzverfahrens (und damit umgekehrt die Erwartung, mit Wegfall der Vergabesperre ließe sich auch das Insolvenzverfahren schnell beenden) sei im Übrigen nicht gegeben.

Zwar ist festzustellen, dass die Ag für ihre Prognose über die Beantragung des Insolvenzverfahrens durch die ASt und ihrer Schwesterunternehmen und den einmaligen Kontakt mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter hinaus keine weiteren finanziellen Daten zur wirtschaftlichen Lage bzw. finanziellen Leistungsfähigkeit der ASt eingeholt hat. Dies kann insbesondere, wenn relevante Fakten nicht berücksichtigt wurden, dazu führen, dass die Grenzen des dem Auftraggeber hier zustehenden Beurteilungsspielraums, deren Einhaltung durch die Nachprüfungsinstanzen zu überprüfen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss 5. Dezember 2006, VII-Verg 56/06; OLG Celle, Beschluss vom 18. Februar 2013, 13 Verg 1/13), überschritten sind und ein Vergaberechtsverstoß vorliegt. Im vorliegenden Fall ist allerdings – wie es auch die Ag tut – zu berücksichtigen, dass der streitgegenständliche Auftrag Dienstleistungen zum Gegenstand hat, die über einen vergleichsweise langen Zeitraum von anderthalb Jahren zu erbringen sind (vgl. auch OLG Schleswig, Beschluss vom 30. Mai 2012, 1 Verg 2/12), d.h. dass die Eignungsprognose vorliegend zum Gegenstand hat, ob insbesondere die finanzielle Leistungsfähigkeit der ASt bis zum Ende der Auftragsdurchführung gegeben sein wird. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die Gleisbauarbeiten, die von den hier ausgeschriebenen Sicherungsleistungen abgesichert werden sollen, auf langfristig anzumeldende Sperrpausen für den Schienenverkehr angewiesen sind, die dementsprechend nicht kurzfristig verschoben werden können, etwa im Fall, dass die ASt wegen Insolvenz ihren Geschäftsbetrieb einstellt und ein neuer Auftragnehmer nicht direkt einspringen kann. Für eine solche längerfristige Eignungsprognose haben insbesondere kurzfristige Zwischenfinanzierungen wie etwa die Insolvenzgeldvorfinanzierung nur eine geringe Bedeutung. Eine langfristig positive Prognose, wie sie im vorliegenden Fall erforderlich wäre, setzt demgegenüber wirtschaftliche Umstände voraus, die längerfristig belastbar sind. Hierfür gibt es derzeit keine Anhaltspunkte und wurde auch nichts von der ASt vorgetragen.

Ausgehend von der danach nicht zu beanstandenden Prognose der Ag, wonach die für den Auftrag erforderliche Leistungsfähigkeit der ASt weiter zweifelhaft ist, hat die Ag auch ihr Ermessen bei der Entscheidung über einen Ausschluss fehlerfrei ausgeübt. Vorliegend sind keine Anhaltspunkte für einen Ermessensfehler erkennbar. Insbesondere berücksichtigt die Ag zutreffend die konkreten und beträchtlichen Risiken für den Bauablauf des Bauvorhabens, für das die hier ausgeschriebenen

Sicherungsleistungen vorgesehen sind, bei Ausfall der ASt als Auftragnehmers wegen Insolvenz.

Dem Ausschluss der ASt steht auch nicht entgegen, dass – wie die ASt meint – die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kausal auf die Verhängung der Vergabesperre zurückzuführen ist. Die ASt macht insoweit geltend, dass gerade die ihres Erachtens rechtswidrige Vergabesperre die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeigeführt habe, da sie mehr als 90% ihres Umsatzes mit den Konzernunternehmen der Ag oder für diese tätige Unternehmen erziele und aufgrund der Vergabesperre nunmehr keine weiteren Aufträge erhalte. Eine solche Kausalität kann jedoch nicht als weitere ungeschriebene tatbestandsausschließende Voraussetzung in § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO hineingelesen werden. Denn der Schutzzweck des § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO ist allein darauf gerichtet, dass es einem Auftraggeber grundsätzlich nicht zumutbar ist, vertragliche Verpflichtungen mit einem Vertragspartner einzugehen, der aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, den Auftrag abzuwickeln (siehe zur vergleichbaren Vorschrift in der VOB/A: Verfürth in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Auflage, § 16 Rn. 132). Dieser Schutzzweck ist unabhängig von der Insolvenzursache zu respektieren, da bei einem Auftragsabbruch – was hier aufgrund der Verzahnung des streitgegenständlichen Auftrags mit anderen Leistungen in besonderem Maße gilt – das Beschaffungsziel zunächst nicht erreicht werden kann, was durch einen Auftraggeber grundsätzlich nicht hingenommen werden muss. Soweit es dabei auf den ersten Blick nicht gerechtfertigt erscheinen mag, einen Bieter wegen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vom Vergabeverfahren selbst dann auszuschließen, wenn die Insolvenzeröffnung kausal auf ein (vergabe)rechtswidriges Verhalten des Auftraggebers zurückzuführen ist, ist dem entgegen zu halten, dass es einem Bieter unbenommen bleibt, in diesem Fall seinen Schaden – ohne Auswirkung auf die Verwirklichung des Beschaffungsmaßnahme und damit gleichermaßen ohne Beeinträchtigung des vorrangigen Schutzzwecks des § 21 Abs. 4 Nr. 1 SektVO – außerhalb eines laufenden Vergabeverfahrens vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht hingegen nicht der Billigkeit nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die Bg hat weder Sachanträge gestellt noch sich durch Vortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zu Ausschlussgründen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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 Beschwerdebegründung 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 Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Behrens

Ohlerich