



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 86/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „[...]“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Gerlach auf die mündliche Verhandlung vom 14. August 2017 am 18. September 2017 beschlossen:

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

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen ihren Ausschluss vom vorliegenden Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, den die Antragsgegnerin (Ag) aufgrund angeblicher Schlechtleistungen der ASt in einem früheren Auftrag für Winterdienststräumleistungen vorgenommen hat.

1. Die Ag schrieb eine Rahmenvereinbarung für „Winterdienststräumleistungen [...]“. Der ausgeschriebene Auftrag hat eine Laufzeit vom 1. November 2017 bis zum 31. Oktober 2019, enthalten ist eine Verlängerungsoption um zweimal ein Jahr. Vorausgegangen war ein entsprechender Rahmenvertrag zwischen der ASt und der Ag, der am 31. Oktober 2017 regulär endet ([...]). Bei der Abwicklung dieses Vertrags kam es zu Defiziten bei der Leistungserbringung durch die ASt, die wiederum im Rahmen der vorliegenden Vergabe zu der Entscheidung der Ag führten, der ASt die Eignung insbesondere nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB abzusprechen. Die in diesem Vertrag enthaltene Verlängerungsoption über diesen Termin hinaus zog die Ag nicht.

Ziffer 9.4 der Bewerbungsbedingungen sieht im vorliegenden Vergabeverfahren vor, dass dem Angebot die von der Ag benannten Unterlagen beizulegen seien; andere Unterlagen seien nicht zugelassen. Anhang E der Vergabeunterlagen beinhaltet eine „Checkliste: Benötigte Dokumente/Nachweise für Teilnahmewettbewerb und Angebotsabgabe“, in welcher – getrennt für den Teilnahmewettbewerb und für die Angebotsabgabe – alle Unterlagen aufgeführt werden, die der Teilnehmer bzw. der Bieter an die Ag zurück zu senden hat. Als für die Angebotsabgabe zurück zu senden ist dabei u.a. der den Vergabeunterlagen beigefügte „Anhang B Bewertungsmatrix“ angekreuzt. Dieser Anhang B ist relevant für die qualitative Bewertung der Angebote, denn Zuschlagskriterien ist neben dem Preis (60 %) zu 40 % auch die sog. „Qualitätserhöhung durch besondere Arbeitsorganisation“, wonach 40, 20 oder 0 Punkte erzielt werden können, je nachdem, wie viele disziplinarische Ebenen zwischen Ansprechpartner und Räumkraft bestehen.

Die ASt gab am 26. Juni 2017 ein Angebot für insgesamt sieben Lose ab. Dabei fügte die ASt ein für alle Lose geltendes, sechsseitiges „Konzept zur Leistungsausführung [...]“ bei. Die Angebotsfrist endete nach Verlängerung letztlich am 30. Juni 2017.

Am 12. Juli 2017 fand zwischen der ASt und der Ag ein Gesprächstermin statt. Im Ergebnis dieses Gesprächs verneinte die Ag die fachtechnische Eignung der ASt mit der Begründung:

„Keine Kapazität Personale [...] gebunden.“

Mit Schreiben vom 13. Juli 2017 teilte die Ag der ASt mit, die ASt werde vom weiteren Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen. Zur Begründung gab die Ag an, die ASt habe im Rahmen des vorangegangenen Rahmenvertrages vom 1. November 2015 bis zum

31. Oktober 2017 mehrfach die vertraglich geschuldeten Winterdienstleistungen in erheblicher Weise nicht vertragsgemäß erbracht. Insbesondere seien die Mitarbeiter der ASt verspätet zur Winterdienstübung erschienen. Ferner habe die Ag die Sicherungspläne neu erstellen müssen, da die ASt diese durch handschriftliche Angaben in den falschen Bereichen entwertet gehabt habe. Darüber hinaus habe die ASt große Sicherungspläne bei einem Einsatz herangezogen, obwohl diese nicht verwendet werden dürften. Die ASt habe zudem nicht sichergestellt, dass jemand über die geforderten 24 Stunden erreichbar gewesen sei. Letztlich habe die ASt ohne vorherige Zustimmung der Ag einen Subunternehmer eingesetzt. Das Pausenbuch sei durch die ASt nicht lückenlos gepflegt worden und habe herausgerissene Seiten aufgewiesen. Die ASt habe ungeeignete Mitarbeiter eingesetzt, es hätten Nachweise über erforderliche Untersuchungen und Unterweisungen sowie der Ersthelfer gefehlt. Letztlich habe die Verkehrssicherungspflicht gegenüber Dritten nicht gewährleistet werden können. Trotz Abmahnung sei das Verhalten nicht abgestellt worden. Daher lasse die Ag den Vertrag auslaufen, ohne von der Verlängerungsoption Gebrauch zu machen, was einer Kündigung oder einer vergleichbaren Rechtsfolge gleich stehe. Es sei vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass die ASt nicht die Gewähr biete, ihre vertraglichen Leistungen künftig vertrags- und vorschriftsgemäß zu erbringen.

Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 rügte die ASt ihren Ausschluss gegenüber der Ag ohne nähere Begründung.

2. Mit anwaltlichem Schreiben vom 20. Juli 2017 übermittelte die ASt der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag.

a) Es habe bei der Durchführung des vorhergehenden Auftrags keine erheblichen Mängel gegeben, sondern lediglich bei einer einzigen Kontrolle am 7. November 2016 Beanstandungen, die zum Teil unberechtigt gewesen seien und zum Teil völlig unwesentliche Fehler betroffen hätten. Diese angeblichen Mängel hätten zu einer Abmahnung mit Schreiben vom 15. November 2016 geführt, welcher die ASt mit Schreiben vom 18. November 2016 widersprochen habe. In dem Ausschlusschreiben der Ag vom 13. Juli 2017 griffe die Ag die angeblichen Mängelpunkte, die keine Sicherheitsrelevanz hätten, jedenfalls aber in keiner Weise Personen gefährdet hätten, erneut auf, zu denen die ASt Folgendes anmerkt:

- Schulungslehrgang der Ag für die Mitarbeiter der ASt, zu dem wesentlich weniger Mitarbeiter der ASt erschienen seien als angemeldet: Der ASt sei es aufgrund eines anderweitigen Einsatzes nicht möglich gewesen, die volle Anzahl an Mitarbeitern zu der Schulung zu schicken.
- Zu den angeblichen Feststellungen der Ag bei der Übung am [...]:

- Verspätetes Erscheinen der Mitarbeiter zur Winterdienstübung: Die Mitarbeiter seien tatsächlich verspätet eingetroffen, aber nur einmalig und nur zu einer Übung.
 - Eine Einweisung der Mitarbeiter in die Winterdiensttätigkeit durch die ASt habe stattgefunden.
 - Die Sicherungspläne hätten neu durch die Ag erstellt werden müssen: Soweit die Ag der ASt vorwerfe, die Arbeitnehmer der ASt hätten bei der Kontrolle am 7. November 2016 nicht die aktuellen Sicherungspläne bzgl. [...] etc. mitgeführt, so hätte dies daran gelegen, dass die ASt diese Pläne – die von der [...] freigegeben werden müssten und durch die Ag zur Verfügung zu stellen seien – nicht rechtzeitig von der Ag erhalten habe.
 - Keine 24-stündige Erreichbarkeit entgegen der Vertragsbedingungen: Die Leitstelle der ASt sei bei Erhalt des Kontrollanrufs am 7. November 2017 erreichbar gewesen, lediglich nicht die Geschäftsführerin, was aber der 24-stündigen Erreichbarkeit nicht entgegenstehe.
 - Einsatz von Subunternehmen ohne vorherige Zustimmung der Ag: Diese Behauptung der Ag sei falsch, alle Mitarbeiter, die am [...] angetroffen worden seien, seien Arbeitnehmer der ASt. Ob Herr [...], der einen Teilzeitarbeitsvertrag mit der ASt habe, ferner noch in einem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Unternehmen stehe, wisse die ASt nicht.
 - Pausenbuch mit herausgerissenen Seiten, nicht lückenlos gepflegt: Die Behauptung sei falsch, die Pausen seien in dem handschriftlich geführten Buch fortlaufend dokumentiert worden.
 - Einsatz nicht geeigneter Mitarbeiter, z.B. fehlende Untersuchungs- und Unterweisungsnachweise: Zwar habe die Geltungsdauer der bahnärztlichen Untersuchung von Herrn [...] schon am 23. Oktober 2016 und damit vor der Übung am [...] geendet. Eine um wenige Tage abgelaufene Geltungsdauer stelle aber keine gravierende Vertragsverletzung dar.
 - Keine Stellung ausreichender Selbstsicherer: Vorwurf unbegründet.
 - Die Ausrüstung der Mitarbeiter der ASt (Schaufeln) sei geeignet gewesen.
- [...]: Von den 88 Räumkräften und 2 Selbstsicherern, die von der Ag hierfür angefordert worden waren, seien tatsächlich 82 Räumkräfte und 2 Selbstsicherer erschienen. Dies sei in Anbetracht der sehr kurzen Abruffrist eine ordentliche Leistung. Es sei im Übrigen nur um einen Test gegangen, so dass Gefahren im Bahnverkehr nicht in Rede stünden.

In Summe läge selbst bei Zutreffen der Vorwürfe keinesfalls eine schwerwiegende Vertragsverletzung vor. Wesentlich sei aber auch, dass die Vorwürfe mit dem Ausspruch einer Abmahnung rechtlich verbraucht seien und nicht noch einmal zu weiteren Konsequenzen führen könnten. Es sei auch keine Beendigung des Rahmenvertrags ausgesprochen worden oder eine ähnliche Maßnahme ergriffen worden wie § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB dies voraussetze. Das Nichtausüben des Optionsrechts zur Verlängerung des Vertrags sei keine vergleichbare Rechtsfolge. Soweit die Ag sich auf von ihr nicht bezahlte Rechnungen beziehe, so werde die Begründetheit der Rechnungskürzungen bestritten, die ASt werde den noch offenen Vergütungsanspruch noch geltend machen. Streit über den Umfang der Vergütung sei nicht gleichzusetzen mit einer fristlosen Kündigung des Vertrags o.ä..

Ebenso wenig sei eine schwere Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB gegeben. Soweit sich die Ag hier darauf berufe, dass die ASt falsche Angaben über die Anzahl der am 7. November 2016 vorhandenen Räumler und Selbstsicherer gemacht habe, so sei dies nicht zutreffend; die ASt habe nämlich mit ihrer Unterzeichnung und Rücksendung einer Bestellung per Telefax lediglich die Bestellung als solche bestätigt, nicht aber bestätigt, wer vor Ort sei, so dass keine Erklärung abgegeben worden sei, dass eine entsprechende Anzahl von Personal vor Ort sein werde. Entsprechendes gelte auch für den [...], wo lediglich die Bestellung bestätigt worden sei, nicht aber erklärt worden sei, dass eine bestimmte Anzahl Mitarbeiter vor Ort seien würden. Letztlich rekurriere die Ag immer wieder auf die beiden Daten 7. November 2016 und 31. Januar 2017, also auf die Tests, bei denen keine Gefahr [...] bestanden habe; bei den normalen Einsätzen seien die Leistungen der ASt ohne jede nennenswerte Beanstandung gewesen.

Der Vorwurf der Ag, der ASt sei insgesamt die Eignung abzusprechen, gehe ins Leere, insbesondere stehe der ASt ausreichend Personal für die Auftragsabwicklung zur Verfügung; eine Konkurrenzsituation um das identische Personal mit der Schwesterfirma der ASt, der „[...]“, die sich für einen Auftrag bei der Ag im Bereich der Niederlassung [...] beworben habe, bestehe nicht.

Die Ag, die am Tag der Submission die Angebotsfrist noch verlängert habe, habe sich offenbar veranlasst gesehen, einen Weg zu suchen, um bei Ausschluss der ASt noch weitere Bieter zu haben. Technische Probleme auf dem Server des Portals, mit denen die Ag die Verlängerung der Angebotsfrist begründet habe, hätten tatsächlich nicht vorgelegen, so dass offenbar bestimmten Bietern noch die Gelegenheit gegeben werden sollte, ihr Angebot abzugeben.

Entgegen der Auffassung der Ag habe die ASt auch keine Abweichung von den Vertragsbedingungen vorgenommen, denn das dem Angebot beigefügte Konzept habe lediglich Transparenz in die geplante Arbeitsweise geben sollen, es sei gar nicht Teil des Angebots geworden, sondern

eher ein Werbepamphlet, was für die Ag auch erkennbar gewesen sei. Es gebe keine Rechtsgrundlage für einen Ausschluss, wenn ein Bieter außerhalb des Angebots noch Unterlagen vorlege, die erkennbar nicht Inhalt des Angebots werden sollten. Für die Frage, ob eine Änderung der Vergabeunterlagen mit der Ausschlussrechtsfolge vorliegt, sei die zivilrechtliche Beurteilung maßgeblich. Nur, wenn sich das Angebot unter Berücksichtigung von §§ 133, 154 BGB als inhaltlich von der Nachfrage abweichend darstelle, fehle es an der erforderlichen Entsprechung von Angebotsbedingungen und Angebot. Maßgeblich sei die Sicht des objektiven Erklärungsempfängers und nicht etwa die Sicht einer ausschreibenden Stelle, die mit Macht Gründe zu konstruieren suche, um einen Bieter aus mehr oder weniger irrationalen Gründen ausschließen zu können. Unter Zugrundelegung der allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre stelle die Vorlage eines Konzepts keine Erklärung der ASt gegenüber der Ag dar, von den Ausschreibungsbedingungen abweichen zu wollen. Ebenso wenig könne dem Konzept entnommen werden, dass die ASt nicht bereit sei, die gestellten Anforderungen zu erfüllen. Die ASt habe auch keine Streichungen oder Hinzufügungen zu den Vergabeunterlagen vorgenommen. Inhaltlich läge kein Widerspruch zwischen den Vorgaben der Leistungsbeschreibung und dem Konzept vor, was die ASt im Einzelnen darlegt. Was die Verwendung des Stempels eines anderen Unternehmens anbelange, so sei offensichtlich gewesen, dass hier eine Verwechslung vorgelegen habe.

Die ASt beantragt,

1. die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 107 ff. GWB: Darin möge die Vergabekammer die Ag anweisen, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens „[...]“ wiederherzustellen.
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 111 Abs. 1 GWB zu gewähren,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Auslagen der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Die ASt sei unabhängig von der Eignungsthematik auch wegen des Verstoßes gegen die Bewerbungsbedingungen der Ag zwingend auszuschließen:

- Verstoß gegen Ziffer 11.3, zwingende Einhaltung der Vertragsbedingungen: In dem eigenmächtig eingereichten und daher nach Ziffer 9.4 der Bewerbungsbedingungen unzulässigen Konzept, welches die ASt eingereicht habe, formuliere sie zahlreiche Vorbehalte gegen die inhaltlichen Vorgaben der Ag, was die Ag im Einzelnen konkretisiert, insbesondere bei der Frage nach der „Mannstärke“ sowie der Reaktionszeiten zwischen Anforderung durch die Ag und Durchführung des Einsatzes. Aufgrund der Abweichungen zwischen Konzept und Leistungsbeschreibung sei ein Ausschlussgrund gegeben; das Angebot sei eigentlich ein Nebenangebot, welches vorliegend nach Ziffer 12.2 der Bewerbungsbedingungen aber nicht zugelassen sei.

- Verstoß gegen Ziffer 15.2, Änderungen an den Vergabeunterlagen als Ausschlussgrund: Beim qualitativen Wertungskriterium „Qualitätserhöhung“ hätte die im Anhang B beigefügte Excel-Tabelle ausgefüllt beigefügt werden müssen, stattdessen habe die ASt aber auf ihr unzulässiger Weise beigefügtes Konzept verwiesen. Ferner sei der Anhang B mit einem Stempelabdruck nicht der ASt, sondern eines mit ihr verbundenen Unternehmens versehen worden, so dass unklar sei, ob es sich um eine Angabe der ASt handle.

Die Ausschlussgründe des § 124 GWB könnten herangezogen werden, obwohl die Ag die ASt zunächst zur Angebotsabgabe aufgefordert habe. Für die Ag sei eine Zusammenarbeit mit der ASt unter keinen Umständen zumutbar, weil diese in keiner Weise geeignet für die Durchführung von Winterdienstleistungen sei. Unzureichend durchgeführte Winterdienstleistungen [...] bedeuteten eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter, [...]. Der laxer Umgang mit Sicherheitsbestimmungen für Arbeiten [...] bedinge erhebliche Gefahren für das Personal der ASt, so dass diese permanent gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen verstoße.

- Die Voraussetzungen von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB lägen vor. Die ASt habe bereits einen Rahmenvertrag mit der Ag, [...], aus dem Jahr 2015.
 - Die Pflichten aus diesem Vertrag habe die ASt vollkommen unzureichend erfüllt und sei lax mit allen Vorgaben umgegangen, es stehe fest, dass der ASt die Bedeutung für Leib und Leben Dritter und für [...] vollkommen gleichgültig sei. Der Winterdienst habe allerhöchste Priorität für die Ag, nicht geräumte [...] stellten eine Gefahr für Leib und Leben Dritter dar und führten zu Einschränkungen [...]. Die ASt nehme die Verkehrssicherungspflicht an den [...] wahr und trage damit eine enorme Verantwortung gegenüber Dritten sowie gegenüber den eigenen

Mitarbeitern, [...]. So habe die Ag extra für die ASt eine Schulung organisiert, in welcher Selbstsicherer ausgebildet werden sollten, nachdem die ASt die erforderliche Anzahl von Selbstsicherern nicht habe stellen können. Die ASt habe zehn Personen für diese Schulung angemeldet, von denen am zweiten Tag nur noch fünf erschienen seien und schließlich ein Mitarbeiter die Prüfung bestanden habe.

Am 7. November 2016 habe eine Übung stattgefunden, bei der die Ag im [...] Kontrollen zu verschiedenen Uhrzeiten durchgeführt habe. Die Mitarbeiter der ASt seien hierzu ca. 45 Minuten verspätet eingetroffen und nicht in der durch die Ag geforderten und auch seitens der ASt bestätigten Anzahl, wobei teilweise der nach den einschlägigen Vorschriften zwingend erforderliche Selbstsicherer für Arbeiten [...] gefehlt habe; einer der beiden Mitarbeiter sei kein Angestellter der ASt gewesen, ohne dass die ASt den Einsatz von Subunternehmen beantragt hätte; diese, als Selbstsicherer eingesetzte Person habe nur über eine abgelaufene bahnärztlich Untersuchung verfügt; bei anderen Mitarbeitern habe die arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchung für Fahr-, Steuer- und Überwachungstätigkeiten gefehlt. Eine Einweisung der Mitarbeiter in die Räumlichkeiten habe nicht stattgefunden, die Ausrüstung für die Räumlichkeiten sei unvollständig und ungeeignet gewesen. Der gültige Sicherheitsplan für die Maßnahme habe gefehlt bzw. sei ungültig gewesen.

Am 15. November 2016 habe ein Gespräch stattgefunden, in dem eine Abmahnung übergeben worden sei. Die festgestellten Mängel habe die ASt, wie eine E-Mail der ASt vom 18. November 2016 belege, auch eingestanden. Die daraufhin von der ASt zugesagten Verbesserungen blieben aus. Aufgrund der Qualitätsmängel bei der Übung am 7. November 2016 habe am 12. Dezember 2016 eine Wiederholung der Winterdienstübung stattgefunden, bei der erneut gravierende Mängel, letztlich die gleichen Defizite wie in der Übung vom 7. November 2016, festgestellt worden seien. Erneut seien die Mitarbeiter nicht eingewiesen worden, es sei kein Selbstsicherer vor Ort gewesen, in vier Fällen habe die arbeitsmedizinische Untersuchung gefehlt. Die Leistungsdefizite seien im Einzelnen den vorgelegten Prüfprotokollen zu entnehmen. Mitarbeiter der Ag könnten die Leistungsdefizite bezeugen.

Am 31. Januar 2017 sei ein vorher angekündigter sog. „Schwerlasttest“ durchgeführt worden, der die ordnungsgemäße Ausführung der geschuldeten Winterdienstleistungen für den Fall habe sicherstellen sollen, in dem an allen Sammelstellen und auf allen Touren gleichzeitig Arbeiten durchzuführen seien. Auch hier seien die Leistungen vollkommen unzureichend gewesen. Ausweislich der Leistungsübersicht hätten 88 Räumkräfte und sechs Selbstsicherer vor Ort sein müssen, tatsächlich seien nur 54 Räumkräfte und kein einziger Selbstsicherer vor Ort gewesen. Prüfer der Ag, die alle Sammelstellen und Touren überprüft hätten, hätten die Anzahl der vorhandenen Mitarbeiter der ASt im Einzelnen protokolliert, wofür die Ag die entsprechenden Prüfprotokolle auszugsweise vorlegt. Die Aussage der ASt, tatsächlich seien 82 Mitarbeiter vor Ort gewesen, sei falsch und könne seitens der ASt auch nicht durch namentliche Benennung der Mitarbeiter belegt werden. Die ASt habe ihre Mitarbeiter in nicht hinnehmbarer Weise Gefahren [...] ausgesetzt, indem sie keine Selbstsicherer eingesetzt habe. Die Ag dürfe die ASt nicht ohne Selbstsicherer [...] arbeiten lassen. Im Ergebnis des Schwerlasttests sei festzustellen, dass die Leistungserbringung unverändert vollkommen unzureichend gewesen sei.

Es sei für die Gefährdung der Mitarbeiter der ASt egal, ob deren Einsatz [...] im Rahmen einer Übung erfolge oder im Ernstfall zutage trete. Im Übrigen habe die ASt nicht nur bei Übungen versagt, sondern auch im Ernstfall. So sei die ASt bei einer Reihe von Winterdiensteinsätzen, welche die Ag im Einzelnen benennt (S. 13 – 15 des Schriftsatzes vom 10. August 2017) teilweise gar nicht erschienen. So sei bei Prüfungen in einem Monat bei neun von insgesamt 17 Einsätzen das Ergebnis „Schichtausfall“ gewesen, im Zeitraum 13. – 15. Januar 2017 acht Schichtausfälle bei 14 Prüfungen. Das Ordnungsamt der Stadt [...] habe im Januar 2016 wegen vollkommen unzureichender Leistungserbringung durch die ASt angedroht, die [...] auf Kosten der Ag selbst von Schnee und Eis zu räumen, um die Verkehrssicherheit zu gewährleisten.

- Die Ag habe daraufhin Anfang Februar entschieden, die Verlängerungsoption nicht auszuüben, was in diesem Fall einer außerordentlichen Kündigung gleichkomme. Bei ordnungsgemäßer Erfüllung hätte die Ag das Optionsrecht selbstverständlich ausgeübt. Der letzte Einsatz der ASt habe am 12. Februar 2017

stattgefunden. Bei der Abwägung zwischen Nichtausüben der Option und Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung hätten die besseren Gründe für die Nichtausübung der Option gesprochen, da das Ende des Leistungszeitraums – der 30. April 2017 – absehbar gewesen sei und die Ag nicht gänzlich ohne Dienstleister habe dastehen wollen. Ferner sei der Winter mild gewesen und damit absehbar, dass die Ag die Leistungen der ASt nur noch in sehr begrenztem Umfang in Anspruch würde nehmen müssen. Bei einer außerordentlichen Kündigung hätte die Ag bis Ende April 2017 einen neuen Dienstleister finden und einarbeiten müssen, was mit erheblichem Aufwand verbunden gewesen wäre.

Ferner habe die Ag zahlreiche Rechnungen der ASt um bis zu 100 % gekürzt und damit Schadenersatz- oder vergleichbare Ansprüche geltend gemacht, die beispielhaft im Einzelnen einschließlich der konkreten Gründe für die Kürzungen aufgelistet würden. Wann immer eine Kontrolle durchgeführt worden sei, sei es zu einer Rechnungskürzung gekommen.

- Die Entscheidung der Ag sei ermessensfehlerfrei ergangen. Die Pflichtverletzungen lägen erst wenige Monate zurück und hätten die gesamte Wintersaison andauert. Anzeichen der Besserung seien nicht erkennbar gewesen.
- Unabhängig von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB lägen auch die Voraussetzungen von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, schwere Verfehlung, vor. Die ASt habe Mitarbeiter im [...], sicherheitsrelevanten [...] eingesetzt, ohne dass diese über die erforderlichen ärztlichen Untersuchungen verfügt hätten, was die ASt gewusst habe. Das Personal sei nicht geeignet gewesen, die Zusammenarbeit mit einem Auftragnehmer, der wiederholt ungeeignetes Personal schicke, sei nicht zumutbar. Wiederholt habe die ASt falsche Angaben gemacht, so über die Anzahl der anwesenden Mitarbeiter und deren Eignung. So seien beim Schwerlasttest 88 Räumkräfte und 6 Selbstsicherer seitens der ASt abgerufen und von der ASt bestätigt worden, tatsächlich aber nur 54 Räumkräfte und kein Selbstsicherer vor Ort gewesen.
- Die Ag berufe sich auch auf § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB, da die ASt permanent gegen Sicherheitsvorschriften zur Unfallverhütung (keine Einweisung), gegen Vorschriften der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung und der Ag selbst (Ziffer 2.15 der Leistungsbeschreibung) verstoße. Die ASt verletze damit in grober Form die Fürsorgepflichten

gegenüber ihren Mitarbeitern. Gleiches gelte für die Pausenbücher, denen nicht entnommen werden könne, ob die Mitarbeiter ausreichend Ruhezeiten hätten, insbesondere, wenn diese – wie Herr [...] – bei mehreren Firmen angestellt seien.

Insgesamt müsse der ASt die Eignung gänzlich abgesprochen werden. Hinzu käme, dass sich ein mit der ASt konzernverbundenes Unternehmen auf eine Ausschreibung der Ag für Winterdienstleistungen beworben habe, wo dieses Unternehmen die Ag als Referenz angegeben habe, ohne in der Vergangenheit für diese tätig gewesen zu sein. Der Personalstamm für den Winterdienst sei wohl für beide Firmen identisch. Dieser Personalstamm sei keinesfalls ausreichend, um den Winterdienst in zwei Niederlassungen der Ag sicherzustellen. Die ASt sei – was ihre Personalstärke von 100 Personen für den Winterdienst anbelange – bereits nicht geeignet, die Winterdienstleistungen für die angebotenen Lose zu erbringen, da die ASt auch für andere zahlreiche Kunden Winterdienstleistungen mit demselben Personal erbringe. In einem Bietergespräch am 12. Juli 2017 sei die fachtechnische Eignung der ASt verneint worden, das Protokoll über das Gespräch habe die ASt unterzeichnet und die Verneinung der fachtechnischen Eignung nicht angegriffen oder gerügt.

Zur Notwendigkeit der Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten trägt die Ag vor, dass die Konzernrechtsabteilung der Ag zwar eine laufende Rechtsberatung bei alltäglichen Fragen bieten könne, jedoch keine Kapazitäten bestünden, aufwendige Verfahren wie Nachprüfungsverfahren selbst zu bewältigen. Eine permanente Vorhaltung von Personal für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren sei aus unternehmerischen Gründen nicht möglich. Vorliegend sei der Sachverhalt auch besonders komplex gewesen und eine umfangreiche Einarbeitung notwendig gewesen; ungeklärte Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Ausschlussgründen hätten sich gestellt. Erschwerend sei die Urlaubszeit hinzugekommen.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. Der Sach- und Streitstand wurde mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung am 14. August 2017 umfassend erörtert. Die Ag hat erst nach der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 17. August 2017 zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten vorgetragen, so dass der ASt im Nachgang zur Verhandlung noch eine angemessene Stellungnahmefrist ausschließlich zur Frage der Hinzuziehungsnotwendigkeit einzuräumen war. Die reguläre fünfwöchige Entscheidungsfrist wurde daraufhin nach § 167 Abs. 1 S. 2 GWB mit Verfügung der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 18. August 2017 verlängert bis zum 18. September 2017 einschließlich.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

Soweit die ASt am 23. August 2017 sowie am 1. September 2017 Schriftsätze eingereicht hat, so waren diese nicht nachgelassen, denn sie bezogen sich inhaltlich nicht auf die Frage der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag; nur insoweit war thematisch eingegrenzt Schriftsatznachlass gewährt worden. Die Ausführungen der ASt wurden dennoch zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Die von der ASt mit Schriftsatz vom 23. August 2017 eingeforderte Einräumung einer erneuten Stellungnahmemöglichkeit zu den partiell streitigen Vorkommnissen im Zusammenhang mit der von der Ag vorgetragenen Schlechtleistung in der Vergangenheit war nicht erforderlich, da es auf die Details der früheren Vertragserfüllung nicht entscheidungserheblich ankommt.

II.

Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen weder Bedenken noch sind insoweit Einwände seitens der Ag geltend gemacht worden, so dass es an dieser Stelle keiner detaillierten Ausführungen bedarf. Die Ag ist ein dem Bund zuzurechnender Sektorenauftraggeber, der Auftrag liegt über dem für die europaweite Vergabe relevanten Auftragsschwellenwert. Die ASt ist als Teilnehmerin am Wettbewerb antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB, und hat den am 13. Juli 2017 kommunizierten Ausschluss vom Vergabeverfahren mangels Eignung mit Schreiben vom 14. Juli 2017 fristgerecht gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist vorliegend nicht einschlägig, da die Ag auf die Rüge nicht reagiert hat. Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache jedoch unbegründet.

1. Ein Ausschlussgrund in Bezug auf das Angebot der ASt liegt bereits darin, dass die ASt ein inhaltliches Konzept eingereicht hat, welches nicht gefordert war und das damit nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen ausdrücklich nicht zugelassen war. Die Bewerbungsbedingungen sehen in Ziffer 9.4 nämlich vor, dass die von der Ag bezeichneten Unterlagen einzureichen sind, andere als die geforderten Unterlagen aber nicht zugelassen sind. Zudem weicht dieses Konzept inhaltlich von den Vorgaben des Mustervertrags-

entwurfs, der seitens der Ag vorgegeben war, ab. Damit hat die ASt die Unterlagen unzulässig abgeändert sowie gleichzeitig ergänzt, was einen zwingenden Ausschlussgrund darstellt.

- a) Allein die Tatsache der Beifügung dieses Konzepts steht rein formal betrachtet in Widerspruch zu den Bewerbungsbedingungen. Die Tatsache der Beifügung des Konzepts stellt damit schon für sich genommen und ungeachtet des Inhalts des Konzepts ein Abweichen von den Vergabeunterlagen dar, zu denen regelmäßig auch die Bewerbungsbedingungen gehören, so z.B. § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VgV. Dem entspricht die von der Ag in Ziffer 4.2 der Bewerbungsbedingungen vorgenommene Definition der Vergabeunterlagen (Bl. 00026 der Vergabeakte), wonach die Bewerbungsbedingungen als Teil der Vergabeunterlagen unter dem zweiten Bulletpoint aufgeführt werden. Gleichzeitig liegt in der Beifügung des Konzepts eine unzulässige Ergänzung der Vergabeunterlagen.

Sowohl ein Abweichen von den Vergabeunterlagen als auch deren unzulässige Ergänzung stellt aber einen zwingenden Ausschlussgrund dar. Zwar sieht die hier einschlägige SektVO nicht explizit eine beispielsweise dem § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV entsprechende Regelung vor. Dies bedeutet aber nicht, dass im Anwendungsbereich der SektVO von zwingenden Vorgaben des Auftraggebers abgewichen werden dürfte, ohne dass dies die Rechtsfolge des Ausschlusses nach sich ziehen würde. Es ergibt sich vielmehr aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und aus der Pflicht zur Durchführung eines transparenten Verfahrens, § 97 Abs. 1 GWB, dass der Auftraggeber die selbst gesetzten Vorgaben gleichförmig bei allen Bietern auch einzuhalten hat. Die Tatsache, dass es sich um ein Verhandlungsverfahren handelt, ändert vorliegend nichts hieran, da die Ag das Verbot, weitere als die geforderten Unterlagen einzureichen, als zwingende Vorgabe für den Ablauf des Vergabeverfahrens gesetzt hat. Das Verhandlungsverfahren, das im Rahmen der SektVO nicht anders abläuft als nach anderen Verfahrensordnungen, ist eingebettet in das übrige Vergaberecht und erlaubt nur dort Ausnahmen, wo diese in den Vorschriften vorgesehen sind; die zentrale Abweichung für das Verhandlungsverfahren liegt in der Nichtgeltung des Nachverhandlungsverbots, das beim offenen und beim nichtoffenen Verfahren greift, vgl. §§ 15 Abs. 5 S. 2, 16 Abs. 9 VgV. Eine Ausnahme dahin, dass die Angebote den Vorgaben des Auftraggebers nicht entsprechen müssen, kommt nur dann in Betracht, wenn die Vorgaben als dispositiv und verhandelbar ausgewiesen sind, was hier

nicht der Fall ist (vgl. zu einer solchen Konstellation 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 28. Februar 2017, VK 1 – 5/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juni 2017 - VII-Verg 7/17); die Ag hat in Ziffer 15.2.1 der Bewerbungsbedingungen ebenfalls und in Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen normiert, dass die Änderung der Vergabeunterlagen oder die Ergänzung derselben außerhalb der dafür vorgesehenen Stellen zum Ausschluss führt. Die Ausschlussgründe des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV gelten entsprechend (zur entsprechenden Geltung von Ausschlussgründen im Anwendungsbereich der SektVO vgl.: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30. 4. 2014, VII-Verg 35/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.8.2013, VII-Verg 15/13 unter Hinweis auf OLG München, Beschl. v. 29.9.2009, Verg 12/09 zur VOB/A SKR; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2009 - Verg 52/09; Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 5.3.2014, VK 2 – 9/14, sowie Beschl. v. 10. 5. 2013 - VK 1-27/13; Beschl. v. 3. Februar 2017 – VK 2-139/16).

- b) Es verhält sich auch nicht so, dass es sich bei dem gebotenen Ausschluss wegen der Beifügung des Konzepts um eine pure Förmerei handeln würde, der durch keinerlei Sinn und Zweck untermauert würde. Dies wäre – was hier keiner Entscheidung bedarf - möglicherweise der Fall, wenn es sich bei dem Konzept, wie die ASt meint, inhaltlich um ein reines „Werbepamphlet“ handeln würde. Ein solches läge vor, wenn die ASt eine reine Unternehmensdarstellung beigefügt hätte, die keinen Bezug zum Auftrag aufweist. Das ist aber nicht der Fall. Das Konzept (Blatt 000236 ff. der Vergabeakte) bezieht sich vielmehr unter Benennung des Auftrags und der Lose, auf die ein Angebot abgegeben wurde, sehr konkret auf die Auftragsausführung und legt im Einzelnen dar, wie die ASt den Auftrag zu erbringen gedenkt.

Inhaltlich ergeben sich dabei durchaus gewisse Widersprüche zu den Vorgaben des von der Ag vorgegebenen Vertragsentwurfs. So ist der Auftragnehmer nach Ziffer 1.1 des Vertragsentwurfs verpflichtet, die [...] Winterdienstleistungen gemäß Anlage 1 zum Vertragsentwurf zu erbringen. Die Anlage 1.a sieht dabei für die einzelnen Einsatzorte eine exakt festgelegte Anzahl von Reinigern und Selbstsicherern pro Schicht sowie für den Mehrschichteinsatz vor. Die ASt schreibt in ihrem Konzept dagegen: *„Die Mannstärke ist so geplant, dass ein reibungsfreier Betrieb gewährleistet wird.“* Diese Aussage impliziert, dass die ASt davon ausgeht, die jeweils erforderliche Mannstärke ausgerichtet an ihrer Vorstellung von einem reibungslosen Betrieb selbst festzulegen, wobei sich Abweichungen von den Vorgaben der Ag ergeben können. Würde

auf das Angebot der ASt einschließlich ihres Konzepts der Zuschlag ergehen, so würde das Konzept als Teil des Angebots Vertragsbestandteil und die ASt könnte sich bei Auftragsdurchführung darauf berufen, dass sie ausweislich ihres bezuschlagten Angebots berechtigt sei, die Personalstärke selbst und abweichend von den Vorgaben der Ag festzulegen. Damit entstünde zumindest eine unklare und auslegungsbedürftige Vertragslage, mit der sich im Streitfall die Zivilgerichte zu befassen hätten. Der Ausschluss des Angebots allein aufgrund der Tatsache der Konzeptbeifügung ungeachtet von dessen Inhalt macht vor diesem Hintergrund durchaus Sinn, denn es kann nicht Aufgabe des Auftraggebers sein, ein bieterseitig ungefragt beigefügtes Dokument erst einmal, wie die ASt meint, nach zivilrechtlichen Grundsätzen auslegen zu müssen, um feststellen zu können, ob von den Vorgaben abgewichen wird.

Dass eine solche denkbare Interpretation des Vertragsinhalts durch die ASt nicht gänzlich abwegig ist, zeigt der Vortrag der ASt im hiesigen Verfahren. Zum Vortrag der Ag, die ASt habe falsche Angaben über die Anwesenheit der von der Ag bestellten Mitarbeiter gemacht, indem die ASt die geforderte Anzahl zwar bestätigt, dann aber nicht zum Einsatz gebracht habe (Schriftsatz der Ag vom 2. August 2017, S. 19 unten), lässt sich die ASt dahin ein, mit der von der ASt unterschriebenen Rücksendung der Bestellung an die Ag habe die ASt lediglich die Bestellung, nicht dagegen die konkrete Anwesenheit der angeforderten Mitarbeiter vor Ort bestätigt (Schriftsatz der ASt vom 7. August 2017, S. 19 unten). Tatsächlich dürfte es sich jedoch eher so verhalten, dass mit der Bestätigung der Anforderung einer bestimmten Anzahl von Räumkräften etc. nicht nur die Anforderung als solche bestätigt wird, sondern darin auch die Zusage liegt, die geforderte und bestätigte Anzahl an Einsatzkräften auch wirklich zum Einsatz zu bringen.

Gleichzeitig ergibt sich aus dem geschilderten Vergleich des Vertragsentwurfs mit dem Konzept, dass auch inhaltlich ein Abweichen von den Vergabeunterlagen und damit auch aus diesem Grund, also auf einer der bloßen Tatsache der Konzepteinreichung als solcher nachgelagerten Ebene ein zwingender Ausschlussgrund gegeben ist. Die obigen Ausführungen zur entsprechenden Geltung der Ausschlussgründe, abgeleitet aus § 97 Abs. 1 GWB, gelten auch hier.

2. Ohne dass es bei dieser Sachlage noch entscheidungserheblich auf die Eignung der ASt ankommt, hat die Ag ihren Beurteilungsspielraum mit der Verneinung der Eignung der ASt nicht überschritten.

a) Im Ausgangspunkt ist hier allerdings festzustellen, dass die Ag nunmehr zwar die Auffassung vertritt, dass die ASt „in keiner Weise“ geeignet sei und der Ag eine Zusammenarbeit mit der ASt „unter keinen Umständen zumutbar“ sei, sie aber dennoch die ASt nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs zur Angebotsabgabe aufgefordert hat. Es ist aber Spezifikum des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb, dass ausschließlich solche Bieter, die sich im Teilnahmewettbewerb als geeignet qualifiziert haben, zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen, so z.B. § 17 Abs. 4 S. 1 VgV. Die Defizite bei der Erfüllung des Altvertrags, auf welche die Ag sich stützt, haben sich aber bereits Ende 2016 und Anfang 2017 ereignet und waren mithin schon im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung des streitgegenständlichen Auftrags am [...] hinlänglich bekannt. Es liegt also kein neuer Sachverhalt vor. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe hat die Ag der ASt gegenüber einen Vertrauensstatbestand dahin gesetzt, dass sie als geeignet angesehen wird (zum Wiedereintritt in eine bereits abgeschlossene Eignungsprüfung vgl. BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 – X ZB 15/13).

Dennoch ist es in der Sache letztendlich richtig, einen eigenen Fehler zu korrigieren, und auch bei einem gleichbleibenden, bereits bekannten Sachverhalt erneut in die Eignungsprüfung einzutreten, wenn der Auftraggeber erst später feststellt, dass er die Eignung trotz Kenntnis aller Tatsachen falsch beurteilt hat. Gerade bei einem Auftrag wie dem vorliegenden, wo es um die Sicherheit [...] geht, kann der Auftraggeber, hier die Ag, nicht aufgrund der Setzung eines Vertrauensstatbestands einem Wettbewerbsteilnehmer gegenüber vergaberechtlich gezwungen werden, einem ungeeigneten Bieter den Auftrag zu erteilen. Die Korrektur eines eigenen Fehlers im Vergabeverfahren ist stets sinnvoll und möglich, allerdings möglicherweise verbunden mit etwaigen Schadenersatzansprüchen des Bieters hinsichtlich der Angebotserstellungskosten als negatives Interesse; die Angebotserstellungskosten wären hier der ASt nicht entstanden, wenn die Ag die Eignung bereits im Teilnahmewettbewerb verneint und die ASt nicht mehr zur Angebotsabgabe aufgefordert hätte.

b) Trotz dieses Widerspruchs im Vorgehen der Ag ist der Beurteilungsspielraum der Ag, der ihr bei den hier allein in Rede stehenden fakultativen Ausschlussgründen des § 124 Abs. 1 GWB zusteht, letztendlich nicht überschritten. Details der früheren Vertragserfüllung und der Vortrag der Ag aus dem Schriftsatz vom 10. August 2017, zu welchem die ASt mit Schriftsatz vom 11. August 2017 indirekt nochmaligen Schriftsatznachlass begehrt, soweit es darauf ankommen sollte, sind nicht entscheidungserheblich. Im Übrigen wurde die Eignungsthematik intensiv in der mündlichen Verhandlung am 14. August 2017 besprochen. Zentraler Punkt im Rahmen der Eignung ist die von der Ag angeführte Schlechtleistung in der Vergangenheit, § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB.

aa) Die Bestimmung setzt tatbestandlich einmal voraus, dass eine wesentliche Anforderung bei Ausführung eines früheren Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt wurde. Hierzu ist einmal anzumerken, dass die Frage, was eine „wesentliche Anforderung“ und eine „erhebliche“ Schlechterfüllung ist, nicht allgemeinabstrakt, sondern konkret auf den jeweiligen Auftrag bezogen zu beantworten ist. Geht es, um ein anderes Beispiel zu bilden, um die Durchführung von Gartenpflegedienstleistungen in einer Liegenschaft, so mag im verspäteten Erscheinen oder im teilweisen Nichterscheinen von Mitarbeitern zum Arbeitsantritt nicht gleich die Nichterfüllung einer wesentlichen Anforderung liegen. Hier geht es aber um die Durchführung des Winterdienstes für [...]. Kommt es zu einem Wintereinbruch, so muss der Winterdienst reibungslos funktionieren. Die Ag hat darauf hingewiesen, dass es im Extremfall zu Gefahren für Leib und Leben Dritter sowie zu [...] kommen kann, jedenfalls aber kann – z.B. bei eingefrorenen [...] mit enormen wirtschaftlichen Schäden für die Ag erfahren. Vor diesem Hintergrund ist es im vorliegenden Zusammenhang nicht beurteilungs- oder ermessensfehlerhaft, im Nichterscheinen von Mitarbeitern, welche die Ag vertragsgemäß angefordert hat und anfordern durfte, bereits die erhebliche mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung zu sehen, insbesondere wenn diese gar nicht über die notwendigen und vertraglich ebenfalls verpflichtend vorgegebenen gesundheitlichen und sonstigen Nachweise (z.B. [...] Untersuchung) verfügen. Sowohl das verspätete und das gänzliche Nichterscheinen angeforderter Mitarbeiter als auch das Fehlen von Gesundheitsnachweisen ist unstrittig zwischen den Parteien; es geht im Detail ausschließlich um die Anzahl der von der Ag zwar angeforderten, von der ASt aber nicht gestellten Mitarbeiter, so hat z.B. die Ag beim Schwerlasttest am 31. Ja-

nuar 2017 substantiiert vorgetragen, nur 54 der geforderten 88 Räumkräfte sei anwesend gewesen, wohingegen die ASt vorträgt, es seien 82 Räumkräfte vor Ort gewesen. Der von der ASt angebotene Zeugenbeweis war nicht zu erheben, da auch das Fehlen von sechs Mitarbeitern aufgrund der Bedeutung der Dienstleistung für die Sicherheit [...] schon ausreicht, um die Einstufung als nicht wesentliche Anforderung des Vertrags als nicht ermessensfehlerhaft anzusehen; ebenso wenig kann die Tatsache, dass die Übungen teilweise 24 Stunden vor Durchführung anberaumt wurde, das Fehlen von Mitarbeitern entschuldigen, da dies exakt der in Ziffer 4.3 der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Mindestfrist entspricht. Ebenso wenig ist es ermessensfehlerhaft, wenn die Ag das Fehlen von Untersuchungs- und Unterweisungsnachweisen für die Mitarbeiter der ASt als erhebliche Nichterfüllung einer wesentlichen Anforderung ansieht. Die Winterdienstmitarbeiter bewegen sich im [...] und üben damit eine erheblich gefahrgeneigte Tätigkeit aus. Zur Sicherheit dieser Mitarbeiter ist es unerlässlich, dass sie auch die gesundheitlichen und sonstigen persönlichen Voraussetzungen für diese Tätigkeit besitzen. Unstreitig ist, dass jedenfalls Herr [...] nicht über eine aktuelle [...] Untersuchung verfügte.

Der Umstand, dass sich die wesentlichen Tatsachen, auf welche sich die Ag beruft, im Rahmen von Übungen ereignet haben, führt nicht dazu, dass die Verneinung der Eignung als beurteilungs- oder ermessensfehlerhaft anzusehen wäre. Die Winterübungen sind vertraglich vereinbart, vgl. Ziffer 4 der Leistungsbeschreibung, und werden zu den vereinbarten Stundenverrechnungssätzen vergütet, § 4.4. Es ist gerade Sinn und Zweck der Übungen, das Funktionieren des Winterdienstes im Ernstfall sicherzustellen. Auch im Rahmen der Übung arbeiten die Mitarbeiter [...], so dass sich das Fehlen gesundheitlicher Voraussetzungen oder zumindest das Fehlen entsprechender Bescheinigungen im Rahmen einer Übung nicht anders auswirkt als im Ernstfall.

bb) Was die Rechtsfolge anbelangt, die nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB aus der Schlechtleistung gezogen werden muss, so erscheint es angesichts der von der Ag vorgetragenen Defizite bei der Vertragserfüllung als nicht gänzlich konsequent, dass die Ag nicht spätestens nach dem Schwerlasttest am 31. Januar 2017 eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat. Ebenso wie bei der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots durch die ASt steht der Vortrag der Ag im hiesigen

Verfahren in einem gewissen Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten im Vergabeverfahren. Wenn die Defizite in der Leistungserbringung durch die ASt – was in der Sache nachvollzogen werden kann – so gravierend in ihrer Auswirkung auch auf Rechtsgüter wie Leib und Leben sein können, so war es – gemessen am eigenen Vortrag der Ag, die Räumungsdienstleistungen dienten dem Schutz von Leib und Leben Dritter – sachlich gerade nicht nachzuvollziehen, die ASt weiter arbeiten zu lassen, auch wenn die Ag dann – wie sie vorträgt – ohne Dienstleister dagestanden hätte.

Vorliegend geht es aber nicht darum, zu überprüfen, ob die Ag möglicherweise eine gravierendere rechtliche Konsequenz zu Lasten der ASt hätte ziehen müssen. Die Vertragsfortführung war zum Vorteil der ASt. Tatsächlich hat die Ag aber diverse von der ASt gestellte Rechnungen für Einzelabrufe infolge der Schlechtleistungen bzw. wegen Schichtausfall etc., und zwar nicht nur bei Übungen, sondern auch im regulären Winterdiensteinsatz, gekürzt bzw. gar nicht bezahlt. Dies hat die Ag durch die auszugsweise Vorlagen von Abrechnungen glaubhaft gemacht. Die ASt hatte diesen Rechnungskürzungen, die aus den Monaten Dezember 2016 bis Februar 2017 stammen, bislang nicht widersprochen, sie trägt lediglich im vorliegenden Verfahren vor, zukünftig gegen die Kürzungen vorgehen zu wollen.

Das Nichtbezahlen von Rechnungen bzw. die Kürzung von Einzelrechnungen infolge Nichterbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen ist eine vergleichbare Rechtsfolge im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Auch wenn auf die fehlende Stringenz des Verhaltens der Ag bereits hingewiesen wurde, so kann ein Auftraggeber nicht gezwungen sein, stets außerordentlich kündigen zu müssen, um die Eignung eines Dienstleisters in einem nachfolgenden Vergabeverfahren verneinen zu können. Der Gesichtspunkt, dann erst einmal keinen Dienstleister mehr zu haben und die Schwierigkeiten, noch im Februar 2017 „auf die Schnelle“ einen Dienstleister für die ohnehin auslaufende Wintersaison zu finden oder ggf. eigene Kräfte einsetzen zu müssen, sind nicht von der Hand zu weisen. Im Übrigen war die Tatsache der Nichtkündigung zum Vorteil der ASt.

- cc) Ob neben der Schlechtleistung gleichzeitig weitere fakultative Ausschlussgründe vorliegen, kann offen bleiben. Hinzuweisen ist für künftige Vergabeverfahren auf die Möglichkeit einer Selbstreinigung nach § 125 GWB, welche der ASt offen steht,

sowie darauf, dass nach § 126 GWB eine zeitliche Grenze für den Ausschluss mangels Eignung infolge der Schlechterfüllung greift.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 4 GWB.

Die Ag hätte, wie in den Gründen dargelegt, die ASt zwar bereits nach dem Teilnahmewettbewerb nicht zur Angebotsabgabe auffordern dürfen. Ebenso wenig hat die Ag den Ausschluss der ASt mit dem unzulässig beigefügten Konzept begründet, sondern diesen Punkt erst im Nachprüfungsverfahren angeführt. Dennoch haben diese Umstände jedoch keine Auswirkung auf die Kostenentscheidung, insbesondere sind nicht i.S.v. § 182 Abs. 3 S. 3 GWB Kosten für das Nachprüfungsverfahren durch Verschulden der Ag entstanden. Denn die Ag hat der ASt gegenüber die fehlende Eignung als Grund für ihre Nichtberücksichtigung genannt; die unnütz aufgewandten Angebotserstellungskosten sind nicht im Rahmen der vorliegenden Kostenentscheidung zu berücksichtigen, sondern im Rahmen möglicher Schadenersatzansprüche, gerichtet auf das negative Interesse. Die Tatsache, dass die Konzeptbeifügung als zusätzliches Ausschlussargument seitens der Ag erstmalig im Nachprüfungsverfahren angeführt wurde, ist prozessual überholt, da die ASt diesen Grund nicht anerkannt hat; sie hat nicht etwa den Nachprüfungsantrag zurückgenommen, sondern ist gegen diesen zusätzlichen Ausschlussgrund vorgegangen. Eine Kausalität zwischen unterlassener Information der ASt und Stellung des Nachprüfungsantrags ist damit zu verneinen.

Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. Die Ag hat hierzu vorgetragen. Der ASt wurde eine Stellungnahmemöglichkeit hierzu gegeben, sie hat zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag aber nichts vorgetragen. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich das Vergaberecht beherrschen muss und daher eher in der Lage ist, ein Nachprüfungsverfahren selbständig zu führen als ein Bieterunternehmen, so war der vorliegende Sachverhalt, der sich auf im Jahr 2016 neu eingeführte Eignungstatbestände bezog, außerordentlich komplex und erforderte umfassenden Vortrag der Ag. Die Ag hat nachvollziehbar dargelegt, dass mit dem bei der Ag selbst vorhandenen Personal insbesondere in der Kürze des Nachprüfungsverfahrens eine entsprechende Bearbeitung nicht leistbar war. Hinzu kommt der Aspekt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

VI.

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, einzu-
legen.

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.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung