



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 137/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Erweiterung [...] – Abbruch-, Fräs- u. HDW-Arbeiten, Beton- und Betonerhaltungsarbeiten, Lose 1 und 2“, Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Reinders auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2017 am 27. Dezember 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt) hatte im Juni 2011 den Zuschlag für die Errichtung der Beton-Bodenplatte im Rohbau für den Erweiterungsbau des [...] von der Antragsgegnerin (Ag) erhalten; die Bodenplatte sollte als sog. WU-Konstruktion wasserundurchlässig sein. In der Vorbemerkung im Leistungsverzeichnis hieß es unter anderem:

„Zur Sicherstellung einer ausreichenden Gebrauchstauglichkeit wurde die rechnerische Rissbreite infolge Lasten und/oder Zwang gemäß DIN 1045-1 Abschnitt 11.2 mindestens unter der Annahme einer zentrischen Zwangsbeanspruchung aus fließender Hydrationswärme in der statischen Berechnung nachgewiesen. Die Einhaltung dieser Rissbreiten ist unbedingt sicherzustellen und auch durch betontechnologische Maßnahmen zu unterstützen.

Undichte Stellen, Fehlstellen bzw. Rissbreiten, die die Rechenwerte überschreiten, müssen nachträglich am AN fachgerecht verpresst werden.“

Eine gesonderte Leistungsposition zum Verpressen enthielt das Leistungsverzeichnis nicht.

Mit Schreiben vom 1. und 28. November 2011 sowie 16. Dezember 2011 meldete die ASt gegenüber der Ag Bedenken gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B dahingehend an, dass aufgrund der von der Planung vorgesehenen (fugenlosen) Bauweise Risse auftreten würden und diese nicht vermieden werden könnten und eine Nachbesserung dieser Risse nicht zu ihren Lasten erfolgen könne.

Ab Dezember 2012 traten Undichtigkeiten (wasserführende Risse) an der WU-Konstruktion der Bodenplatte auf, was zu Wassereintritt im Rohbau führte. Die ASt führte daraufhin zu Abdichtungszwecken Rissverpressungen durch.

In einer Ergänzungsvereinbarung vom 25. Juni 2013 haben die Ag und die ASt unter anderem Folgendes vereinbart:

„Präambel

[...]

Im Verlauf der bisherigen Bauarbeiten ist es zwischen den Parteien zu unterschiedlichen Auffassung bezüglich der weiteren Vertragstermine, dem Vorliegen von Behinderungs- bzw. Verzugstatbeständen und den Vergütungen diverser Nachträge gekommen. Es bestehen unterschiedliche Auffassungen über die Abrechnung von LV-Positionen. Die Parteien

schließen zur Beilegung dieser Meinungsverschiedenheiten und unter Abwägung aller Risiken die folgende Vereinbarung.

[...]

2. Pauschalierung der Vergütung (nachträgliche Pauschalierung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A)

[...]

Die Pauschale beinhaltet alle zur Ausführung der Rohbauarbeiten Neubau erforderlichen Leistungen. Ebenso sind alle erkennbaren oder bekannten Mehrforderungen Inhalt der Pauschale.

[..]

Im Gebäude treten Risse auf. Der AN vertritt die Auffassung, dass er für diesen Mangel keine Verantwortung trägt. Der AN wird die auftretenden Risse verpressen. Die Kostenübernahme erfolgt nach Verursacherprinzip.“

Im Nachgang wurden verschiedene Gutachter seitens der ASt und der Ag mit der Klärung der Verantwortlichkeit für die Undichtigkeiten beauftragt.

Im Herbst 2015 machte die ASt die Durchführung weiterer Arbeiten von Abschlagszahlungen der Ag abhängig und stellte die Arbeiten ein. Unter dem 3. November 2015 kündigte die Ag den Vertrag mit der ASt unter Berufung auf § 4 Abs. 7 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B aus wichtigem Grunde. Die ASt widersprach der Kündigung. Die Ag beantragte im November 2015 ein selbständiges Beweisverfahren beim Landgericht [...], das unter dem Aktenzeichen [...] dort anhängig ist und die Klärung der Verantwortlichkeiten für die festgestellten Bauschäden der WU-Konstruktion zum Gegenstand hat. Das Gutachten des vom Gericht bestellten Sachverständigen wird voraussichtlich erst im ersten Quartal 2018 vorliegen.

Die nunmehr anstehenden Sanierungsarbeiten hatte die Ag zunächst im September 2016 im nicht offenen Verfahren ausgeschrieben und dort die ASt mit ihrem Teilnahmeantrag unter Berufung auf § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen. Später wurde das Vergabeverfahren aufgehoben.

Streitgegenständlich ist vorliegend die erneute Vergabe der Sanierungsleistungen an der fraglichen Bodenplatte. Die Ag schrieb dazu im Juni 2017 die Vergabe „Erweiterung [...] – Abbruch-, Fräs- u. HDW-Arbeiten, Beton- und Betonerhaltungsarbeiten“ (EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]) in zwei Losen im offenen Verfahren europaweit aus.

Die ASt gab auf beide Lose ein Angebot ab. Die Angebote der ASt waren dabei die preislich günstigsten.

Mit Schreiben vom 13. Oktober 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass das streitgegenständliche Vergabeverfahren aufgehoben worden sei, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche; im weiteren werde ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt. Das Angebot der ASt könne nicht berücksichtigt werden, da es nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen werden müsse. Die ASt habe es im Zeitraum 2013-2015 nicht vermocht, die WU-Konstruktion mangelfrei und damit abnahmereif herzustellen; im Sommer/Herbst 2015 habe die ASt die Durchführung weiterer erforderlicher und geschuldeter Mängelbeseitigungsarbeiten ausdrücklich verweigert bzw. vertragswidrig von zuvor zu leistenden Abschlagszahlungen abhängig gemacht. Nach wiederholter Abmahnung und vorausgegangener Androhung einer Kündigung habe der Rohbauvertrag gekündigt werden müssen, um die verweigerten Mängelbeseitigungsarbeiten durch ein Drittunternehmen ausführen zu lassen.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 rügte die ASt ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren und die daraufhin erfolgte Aufhebung des Vergabeverfahrens. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie die Rüge vollumfänglich zurückweise.

Mit Schreiben vom 8. November 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 8. November 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass sie zu Unrecht nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen worden sei.

Der Ausschluss sei schon deshalb vergaberechtswidrig, da die Ag das ihr in der Vorschrift eingeräumte Ermessen überhaupt nicht ausgeübt habe und damit ein schwerwiegender Ermessensfehler, nämlich ein Ermessensnichtgebrauch, vorliege. Es sei stets eine Prognoseentscheidung dahingehend anzustellen, ob von dem Unternehmen trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrunds für die Zukunft zu erwarten sei, dass es den fraglichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführen werde. Die Regelung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B führe auch nicht dazu, dass ausnahmsweise eine Verpflichtung zum Ausschluss bestehe; die Vorschrift berechtige den Auftraggeber lediglich, den nicht vollendeten

Teil der Leistung zu Lasten des gekündigten Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. Eine Prognose müsse im Übrigen positiv ausfallen, da die ASt insbesondere die Rissverpressung bis 2015 über anderthalb Jahre zur Zufriedenheit der Ag ausgeführt habe.

Im Übrigen würden aber auch die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht vorliegen. So fehle es schon an einer erheblich mangelhaften Leistungserfüllung seitens der ASt, die zu der erfolgten Kündigung tatsächlich berechtige. Davon, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nachweislich vorliegen, dürfe nur ausgegangen werden, wenn der Auftragnehmer die Kündigung akzeptiere oder ein diesbezüglicher Rechtsstreit rechtskräftig abgeschlossen sei. Auch nach der Rechtsprechung setze eine Nachweislichkeit mehr als eine überwiegende Wahrscheinlichkeit voraus. Vorliegend sei es nicht zutreffend, dass der Wassereintritt durch die WU-Konstruktion auf Ausführungsmängel der ASt zurückzuführen sei. Ursächlich seien vielmehr allein Planungsfehler. Gegen die nach der Planung vorgesehene fugenlose Bauausführung habe die ASt bereits vor der Ausführung wegen der zu erwartenden Rissbildung und des damit verbundenen Eintritts von Wasser Bedenken angemeldet; sie trage damit keinerlei Mängelverantwortung. Dabei habe die ASt frühzeitig darauf hingewiesen, dass die auftraggeberseitigen Vorgaben für die Bauausführung zu Zwängen und Spannungen in der Bodenplatte führen werden, die zwangsläufig betontechnologisch und ausführungspraktisch nicht zu vermeidende Risse verursachen würden. Dass das Auftreten von Rissen konstruktionsbedingt sei, sei bereits durch mehrere Gutachter bestätigt worden. Der Gutachter eines Versicherers der Ag habe ausdrücklich bestätigt, dass ein Ausführungsfehler der ASt aus bautechnischer Sicht nicht erkennbar sei; Entsprechendes bestätige auch ein von der ASt in Auftrag gegebenes Gutachten. Auch von weiteren Gutachtern sei bestätigt worden, dass die Rissbildung konstruktionsbedingt sei. Eine vermutete Sammelrissbildung stelle keinen Ausführungsfehler dar, sondern sei wiederum konstruktiv bedingt. Ferner sei nachgewiesen worden, dass bei der Bemessung der Stärke der Bodenplatte der Bereich, in dem Grundleitung und Leerleitungen vorgesehen seien, nicht berücksichtigt werden dürfe, so dass neben der Planung der Rohrleitungen in der Bodenplatte mit Schaumstoffummantelung ein weiterer auftraggeberseitig zu vertretender Planungsfehler nachgewiesen worden sei.

Die zwangsläufig zu erwartenden Risse habe die ASt im Übrigen mit erheblichem Aufwand und ohne wesentliche Mängel nach Aufforderung durch die Ag anderthalb Jahre lang verpresst. Soweit die Verpressung nicht in allen Fällen Erfolg gehabt habe, sei ursächlich hierfür allein der Umstand, dass die Rissbildung zum Zeitpunkt der Durchführung der Verpressarbeiten noch

nicht abgeschlossen gewesen sei. Dementsprechend habe die Ag die Kündigung des Auftrags auch nicht auf derartige Mängel gestützt, sondern darauf, dass die ASt die weitere Rissverpressung von einem Ausgleich ihrer fälligen Abschlagsforderungen abhängig gemacht habe. Dies sei seitens der ASt jedoch zu Recht erfolgt. Da es sich bei der Rissverpressung um eine besondere Leistung gehandelt habe, stehe der ASt hierfür eine Vergütung zu, was von der Ag jedoch kategorisch ausgeschlossen worden sei. Nachdem sich die Ag im Sommer 2015 im Umfang von knapp [...] Euro brutto gegenüber der ASt im Zahlungsverzug befunden habe, sei die ASt zur Einstellung ihrer Arbeiten gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B berechtigt gewesen.

Die ASt beantragt:

1. Der Ag wird aufgegeben, die Aufhebung des Vergabeverfahrens „Erweiterung [...] – Abbruch-, Fräs- u. HDW-Arbeiten, Beton- und Betonerhaltungsarbeiten“ zurückzunehmen und die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Der Ag wird untersagt, in dem von ihr angekündigten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb einen Zuschlag zu erteilen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten seitens der ASt wird für erforderlich erklärt.
4. Die Ag trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.

Ferner beantragt die ASt

Akteneinsicht gemäß § 165 GWB in die Vergabeakten der Ag.

Die Ag beantragt,

die Anträge aus dem Schriftsatz der ASt vom 8. November 2017 zurückzuweisen und die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen.

Die Ag ist der Auffassung, dass der Ausschluss der ASt zu Recht erfolgt sei.

Es liege im Ermessen des Auftraggebers zu entscheiden, ob aufgrund des Fehlverhaltens eines Unternehmens, das einen fakultativen Ausschlussgrund nach § 124 GWB begründe, die Zuverlässigkeit des Unternehmens zu verneinen sei. Es handele sich um eine Prognose dahingehend, ob von dem Unternehmen trotz des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes im Hinblick auf die Zukunft zu erwarten sei, dass es den öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführe. Dabei seien der

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten und der Umfang, das Ausmaß und der Grad der Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung zu beachten. Bereits bei einer weiteren Vergabe (Rohbauauftrag für die Baumaßnahme „[...]“) habe die Ag die nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erforderliche Prognose vorgenommen und das entsprechende Ermessen ausgeübt, und zwar mit dem Ergebnis, die ASt nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen und ihr den Auftrag zu erteilen. Der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich jedoch deutlich von der vorgenannten Vergabe. Daher hätten verschiedene Besprechungen bei der Ag stattgefunden, in denen über das Vergabeergebnis und alle theoretisch denkbaren Szenarien einer Bezuschlagung sowie das Vorliegen von Ausschlussgründen bei der ASt diskutiert worden sei. Bei der Ermessensausübung zu Lasten der ASt sei berücksichtigt worden, dass der durch die mangelhafte Herstellung der Bodenplatte entstandene Schaden enorm sei; hinzu komme ein wirtschaftlicher Schaden durch die Bauzeitverzögerung. Alle diese Schäden seien aus Sicht der Ag auf eine Pflichtverletzung der ASt zurückzuführen. Die Ausführung der ASt sei schon deshalb mangelbehaftet, weil sie unter Berücksichtigung des sog. funktionalen Mangelbegriffs nicht in vollem Umfang funktionstauglich sei. Die ASt sei wiederholt und im Ergebnis fruchtlos zur Behebung der Mängel der Bodenplatte aufgefordert worden. Die ASt habe jedoch die Arbeiten eingestellt und eine weitere Ausführung verweigert. Die Ag habe sich deshalb veranlasst gesehen, den Vertrag zu kündigen. Die Kündigung sei auch auf den zwischenzeitlich eingetretenen vollständigen Vertrauensverlust gestützt worden. Begründet worden sei der Vertrauensverlust mit einer fortdauernden Verweigerung gebotener Mängelbeseitigung sowie der Verweigerung des bereits mit Ergänzungsvereinbarung vom 25. Juni 2013 von der ASt ausdrücklich zugesagten Verpressarbeiten zur Behebung der vorhandenen Rissbildungen. Anders als die ASt vortrage, hätten der ASt auch keine fälligen Zahlungen mehr zugestanden; vielmehr sei die Ag nach § 632a Abs. 1 Satz 3 BGB berechtigt gewesen, einen Mängeleinbehalt in erheblicher Höhe vorzunehmen.

Die Ag beruft sich hinsichtlich der mangelhaften Erstellung der Bodenplatte zudem auf von ihr in Auftrag gegebene Gutachten, die sie sowohl vor als auch nach der Kündigung in Auftrag gegeben hatte. Diese Gutachten würden belegen, dass bereits die Herstellung der Bodenplatte durch die ASt Ausführungsmängel aufweise und zudem auch die Durchführung der Rissverpressung durch die ASt mangelhaft erfolgt sei.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 5. Dezember 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte

darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 5. Dezember 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 27. Dezember 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der ASt vom 6. Dezember 2017 und der Ag vom 14. Dezember 2017 wurden nicht berücksichtigt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere ist die ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, wenn sie sich gegen ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren wendet. Zudem hat die ASt mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß zuvor rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt und die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Denn der Ausschluss der ASt vom Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Durch die im Anschluss erfolgte Aufhebung ist die ASt damit schon nicht in ihren Rechten verletzt.

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB kann ein öffentlicher Auftraggeber unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einen Bieter unter anderem dann ausschließen, wenn dieser eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung geführt hat. Die danach geforderten tatsächlichen Voraussetzungen für einen solchen Ausschluss sind vorliegend in Bezug auf die ASt gegeben (siehe unten a)). Des Weiteren hat die Ag das ihr zustehende Ermessen auch fehlerfrei ausgeübt (siehe unten b)).

a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB liegen im vorliegenden Fall vor. Denn die ASt hat zum einen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung des Rohbauvertrags zum [...] erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt (siehe unten aa)). Zum anderen hat dies zur vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses geführt (siehe unten bb)).

aa) Es liegt eine mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung aus dem fraglichen Bauauftrag vor, die auch von der geforderten Erheblichkeit ist. Vorliegend liegt zwar noch keine abschließende rechtliche Klärung des Umstands vor, ob die ASt ihren Leistungspflichten nur mangelhaft nachgekommen ist – sei es durch Anerkenntnis seitens der ASt oder durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung. Dies ist jedoch auch nicht für eine Begründung der Ausschlussvoraussetzungen nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erforderlich; es reicht vielmehr aus, dass der öffentliche Auftraggeber Indiztatsachen vorbringt, die von einigem Gewicht sind, auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basieren und die Entscheidung des Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters als nachvollziehbar erscheinen lassen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 9. Januar 2017, 13 Verg 9/16, m.w.N.; vgl. auch VK Bund, Beschluss vom 29. Februar 2016, VK 1-138/15).

Zwischen den Parteien weitestgehend unstrittig und durch diverse Gutachten und auch die Vorbemerkung der Leistungsbeschreibung belegt, führt die fugenlose Bauweise der fraglichen WU-Konstruktion, wie seitens der Planung und daher auftraggeberseitig vorgesehen war, dazu, dass Risse in der Bodenplatte auftreten. Streitig ist hingegen, ob die tatsächlich aufgetretenen Risse, die über das von der Planung erwartete Maß hinausgehen und wasserführend sind, auf Ausführungsfehler seitens der ASt zurückzuführen sind oder doch auf die Planung und entsprechende Planungsfehler, die der Ag zuzurechnen wären. Vorliegend ist aus Sicht der Vergabekammer hinreichend belegt, dass die Undichtigkeiten jedenfalls auch auf erhebliche Ausführungsmängel seitens ASt zurückzuführen sind. Zwar ist der Ausgang des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht [...] zur Klärung der diesbezüglichen Verantwortlichkeiten noch nicht so weit fortgeschritten, als dass darauf für verlässliche Schlussfolgerungen zurückgegriffen werden könnte. Den im Übrigen von den Verfahrensbeteiligten vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen verschiedener Sachverständiger kann

jedoch mit einiger Verlässlichkeit entnommen werden, dass der ASt auch Ausführungsmängel im Sinne einer mangelhaften Erfüllung einer wesentlichen Anforderung gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zur Last fallen.

Sowohl bei der Erstellung der Bodenplatte als auch bei der Verpressung von aufgetretenen Rissen handelt es sich vorliegend um Hauptleistungspflichten und damit wesentliche Anforderungen im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Ob die Rissverpressung von Anfang an Vertragsgegenstand war, muss dabei nicht entschieden werden, da sie jedenfalls mit Nachtragsvereinbarung vom 25. Juni 2013 Leistungsinhalt wurde. Bei beiden Bauleistungen sind nach vorliegenden Gutachten auch Ausführungsmängel festgestellt worden. Während die [...] in ihrem Bericht aus 2014 zunächst weder Planungs- noch Ausführungsfehler festgestellt hatte, kam sie in einem weiteren Bericht aus dem Juni 2015 zu dem Ergebnis, dass „Art und Umfang der letztlich aufgetretenen wasserführenden Trennrisse in den WU-Bauteilen sowie der vorgefundenen Gefügestörungen in den oberflächennahen Abschnitten der WU-Bodenplatte letztlich auf eine ungünstige Überlagerung von planungs- und ausführungsbedingten Ursachen/Mängeln zurückzuführen sind.“ In ihrer gutachterlichen Stellungnahme der [...] Bauingenieure aus Oktober 2014 kommen diese ebenfalls zu der Schlussfolgerung, dass „Art und Umfang der vorgefundenen Schäden [...] letztlich auf eine ungünstige Überlagerung von planungs- und ausführungsbedingten Ursachen zurückzuführen“ seien. Dass trotz erfolgter Injektionsmaßnahmen zur Abdichtung weiterhin in erheblichem Umfang wasserführende Risse vorhanden seien, liege nach derzeitigem Erkenntnisstand in einer Kombination aus thermisch bedingter Formänderung und Mängeln in der Ausführung der Verpressmaßnahmen (insbesondere ungenügende Bohr- und Injektionstiefen) begründet. Schließlich vertritt auch die [...] GmbH in ihrer gutachterlichen Stellungnahme aus Juli 2016 die Auffassung, „dass die Ursachen für die entstandenen Schäden im Wesentlichen ausführungsbedingt sind“, auch wenn auch Defizite in der örtlichen Bauüberwachung begünstigend gewesen seien. Der Ausführung ordnet die [...] GmbH dabei unter Ziffer 6.3 des Gutachtens eine Reihe von Schadensursachen zu. Im Lichte dieser Stellungnahmen verschiedener Fachbüros liegen ausreichend belastbare Tatsachen vor, die jedenfalls auch Ausführungsfehler seitens der ASt belegen und damit eine mangelhafte Erfüllung der entsprechenden Leistungspflichten. Dabei wird nicht verkannt, dass die

Ingenieur- und Sachverständigen-Partnerschaft [...] im Mai 2015 zum entgegengesetzten Ergebnis kommt, nämlich dass die fraglichen Risse konstruktionsbedingt seien und auf diversen Planungsfehlern beruhten und auch ein nachträgliches fachgerechtes Schließen der Risse zum Teil nicht möglich sei. Dabei ist auch nicht auszuschließen, dass das selbständige Beweisverfahren später genau diese Einschätzung belegt. Da dessen Abschluss jedoch nicht abgewartet werden kann und muss (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 9. Januar 2017, 13 Verg 9/16) und dem Gutachten von [...] auch nur eine anders ausfallende sachverständige Wertung, nicht aber Umstände entnommen werden können, die die Schlussfolgerungen der vorerwähnten Gutachten grundsätzlich in Frage stellen, darf nach derzeitigem Stand aufgrund der bereits erwähnten Gutachten von dem Vorliegen von Ausführungsfehlern seitens der ASt ausgegangen werden. Die vom [...] e.V. abgegebene Stellungnahme führt ebenfalls nicht zu einem anderen Ergebnis, da diese vornehmlich eine wirtschaftliche Betrachtung zum Gegenstand hat, insbesondere zur Frage von Mehr- und Minderkosten durch mehr oder weniger Bewehrung und damit höheren oder niedrigeren Kosten für eine Rissverpressung und wer die Kosten der Rissverpressung zu tragen hat.

Diese Ausführungsmängel sind in Anbetracht der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Bauwerks und dem erheblichen Umfang der (hier ausgeschriebenen) erforderlichen Sanierungsmaßnahmen auch als erheblich einzustufen.

- bb) Diese mangelhafte Erfüllung hat zudem zur vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses geführt. Zwar erfolgte die vorzeitige Kündigung des Vertrags mit Schreiben vom 3. November 2015 vor dem Hintergrund – worauf die ASt maßgeblich abstellen will –, dass die ASt eine Vornahme weiterer Sanierungsmaßnahmen verweigerte, solange sie keine weiteren Abschlagszahlungen erhielt, was wiederum nicht geschah. Da aber auch der Streit über die mögliche Berechtigung der ASt zu weiteren Abschlagszahlungen von der Frage abhing, wie die Verantwortlichkeit für die Undichtigkeiten der WU-Konstruktion beurteilt wurden (die ASt geht weiterhin von der Mangelfreiheit ihrer Bauleistungen aus), sind auch die im Rahmen der Anwendung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB als belegt anzusehenden Ausführungsmängel (siehe oben unter aa)) als Ausgangspunkt und grundlegende Ursache für die Kündigung anzusehen. Dass

gerade die fraglichen Mängel zur Kündigung geführt haben, zeigt ferner der Umstand, dass sich die Ag für die Kündigung ausdrücklich auf § 4 Abs. 7 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B bezog, wobei § 4 Abs. 7 VOB/B explizit die Mängelbeseitigung zum Gegenstand hat. Zudem bezieht sich das Kündigungsschreiben auf der ersten Seite ausdrücklich auf die „mangelhaft ausgeführten Herstellungs- und Verpressarbeiten“, für die seitens der ASt „jede Verantwortung in Abrede gestellt“ werde.

- b) Die Ag hat auch das ihr nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt.

Insbesondere ist ein Ermessensnichtgebrauch – entgegen der Ansicht der ASt – nicht zu erkennen. Dies lässt sich insbesondere nicht aus einer Formulierung im Schreiben der Ag vom 13. Oktober 2017 und im Nichtabhilfeschreiben vom 25. Oktober 2017 entnehmen, in denen die Ag davon spricht, dass sie die ASt habe ausschließen müssen. Dies könnte zwar grundsätzlich ein Indiz dafür sein, dass die Ag fehlerhaft davon ausgegangen sei, dass es bei Vorliegen der Ausschlussvoraussetzung um eine gebundene Entscheidung (zwingender Ausschluss) handle. Die maßgeblichen Tatsachen wie auch der Vortrag der Ag belegen jedoch das Gegenteil. Denn schon aus der Vergabeakte (und auch aus der der ASt zur Verfügung gestellten Akteneinsicht) ergibt sich, dass die Ag nicht davon ausging, die ASt zwingend ausschließen zu müssen. Denn sie hat insoweit unter anderem eine anwaltliche Stellungnahme eingeholt, interne Besprechungen abgehalten und ist schließlich – wie gegenüber dem eingeschalteten Projektsteuerungsbüro kommuniziert – zu dem Ergebnis gekommen, dass sie aus den Gründen, aus denen sie die ASt schon im vorangegangenen und wieder aufgehobenen Vergabeverfahren 2016 ausgeschlossen hatte, die ASt wieder ausschließen wolle. Mit ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren hat sie zudem abermals deutlich gemacht, dass ihr bewusst ist, dass sie eine Ermessensentscheidung zu treffen hat. Auch der Umstand, dass die Ag die ASt zwischenzeitlich mit Rohbauarbeiten an einem anderen Objekt beauftragt hat, belegt, dass die Ag gerade nicht von einem zwingenden Ausschluss als Konsequenz ausgeht.

Auch die danach bewusst vorgenommene Entscheidung der Ag mit dem Ergebnis, die ASt auszuschließen, ist im vorliegenden Fall nicht weiter zu beanstanden. Sollen wie hier gerade Sanierungsarbeiten vergeben werden, die diejenigen Mängel beseitigen

sollen, die wiederum die Voraussetzungen für den vorliegenden Ausschlussstatbestand begründen, erscheint die negative Prognoseentscheidung der Ag dahingehend, dass der bisherige Auftragnehmer, die ASt, keine ordnungsgemäße Auftragsdurchführung erwarten lasse, nicht fehlerhaft.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB. Die ASt hat als unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

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.

Die hauptamtliche Beisitzerin Ohlerich ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Behrens

Behrens