



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 145/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe von „Instandhaltungsleistungen an der Gefahrenmeldetechnik der [...] GmbH“ – EU-Amtsblatt: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Schuldt auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 2017 am 29. 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.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe von Instandhaltungsleistungen an der Gefahrenmeldetechnik durch, die an mehreren ihrer Standorte, u.a. im Laborgebäude in [...], ausgeführt werden sollen (EU-Amtsblatt: [...]).

Die Antragstellerin (ASt) war bereits seit dem 7. Juli 2016 Vertragspartner der Ag im Rahmen einer größeren Baumaßnahme mit mehreren, zeitlich aufeinander abgestimmten Gewerken zur Modernisierung des Laborgebäudes der Ag in [...]. Bis zum 30. Juni 2017 sollte die ASt aufgrund dieses Vertrags eine Brandmeldeanlage neu installieren (s. § 10 Abs. 1 des Bauvertrags vom 7. Juli 2016), außerdem waren in den der ASt zugesandten Bauberatungsprotokollen mehrere Zwischenfertigstellungstermine für einzelne Leistungen vereinbart worden:

- So hatten die Ag und die ASt am 16. Januar 2017 vereinbart, dass die Rauchmelder im 2. Obergeschoss bis zum 31. Januar 2017 montiert oder installiert werden sollten, im Erdgeschoss bis zum 3. Februar 2017,
- die Lüftungskanalmelder und „BMZ“ (Brandmelderzentrale) sollten bis zum 24. Februar 2017 eingebaut werden,
- die Leistungen im Zusammenhang mit der Übergabe des Koppelsignals an den Lüftungsanlagen sollten bis zum 27. Februar 2017 erfolgen und
- die Leistungen im Zusammenhang mit dem Rückbau von Blitzleuchten am Haupteingang in der 13. Kalenderwoche (also zwischen dem 27. März und dem 2. April) 2017.

Keine dieser Leistungen hat die ASt fristgerecht erbracht. Der 1. Bauabschnitt (Südflügel) konnte deshalb nicht wie vorgesehen bis zum 27. Februar 2017 fertiggestellt und in Betrieb genommen werden (die technische Abnahme des Südflügels hätte am 6. März 2017, 14 Uhr,

erfolgen sollen). Hierauf und dass sie sich in Verzug befinde, wurde die ASt in mehreren Bauberatungen, die regelmäßig alle ein bis zwei Wochen stattfanden, hingewiesen. Die Leistungen „Rückbau von Blitzleuchten“ wurden von der ASt erst bis zum 2. Mai 2017 erledigt.

Auf die E-Mail der Ag vom 18. April 2017, ihr bis zum 21. April 2017 schriftlich mitzuteilen, wann die Teilleistungen der ASt im 1. Bauabschnitt fertiggestellt würden, damit dieser in Betrieb gesetzt werden könne, reagierte die ASt nicht.

Am 27. April 2017 wies die Ag die ASt ein weiteres Mal auf die Vertragsfristen hin, dass diese sich im Verzug befinde und dass die Ausführung anderer Gewerke und die Nutzung der fertiggestellten Räume behindert würde. Außerdem machte die Ag die ASt in dieser E-Mail darauf aufmerksam, dass eine wesentliche Gefahr für die Nutzer des Südflügels bestehe, da keine funktionstüchtige Brandmeldeanlage vorhanden sei. Die Ag forderte die ASt hierin des Weiteren auf

„unverzüglich Ihren vertraglichen Verpflichtungen, jedoch spätestens bis 12.05.2017, nachzukommen und die vereinbarten Teilleistungen (Südflügel) fertigzustellen“.

Auch auf diese E-Mail der Ag reagierte die ASt inhaltlich nicht.

Am 2. Mai 2017 fand ein Vororttermin mit dem Niederlassungsleiter der ASt und der Bauleitung der Ag statt, bei dem die ASt zusicherte, mit der Ausführung der offenen Restleistungen in der 19. Kalenderwoche (8. bis 14. Mai) 2017 zu beginnen.

Am 16. Mai 2017 stellte die Ag fest, dass die ASt diesen Termin nicht eingehalten hatte, weil die benötigten Materialien nicht geliefert wurden. Am selben Tag forderte die Ag die ASt schriftlich auf, die in den Bauprotokollen ausgewiesenen Restleistungen im Südflügel des Laborgebäudes

„unverzüglich, jedoch spätestens bis zum 24.05.2017, funktionstüchtig zu erbringen“

und wies darauf hin, dass der Südflügel ohne funktionstüchtige Brandmeldeanlage bereits voll genutzt werde, was eine hohe, nicht akzeptierbare Gefahr für die Mitarbeiter der Ag bedeute. Außerdem drohte die Ag in diesem Schreiben an, auf Kosten der ASt die Leistungen durch einen Dritten ausführen zu lassen, wenn bis zum genannten Termin noch Leistungen offen seien, und behielt sich Schadensersatzansprüche vor.

Am 29. Mai 2017 versuchte ein Mitarbeiter der Ag sechsmal vergeblich die ASt telefonisch zu erreichen. Am selben Tag forderte die Ag die ASt schriftlich auf, mit ihr am 1. Juni 2017 um 14 Uhr die offenen Punkte zu klären und die weitere Vorgehensweise abzustimmen. In der Beratung vom 1. Juni 2017, zu der die ASt nicht erschien, stellte die Ag fest, dass die ASt ihre Pflichten aus dem Bauvertrag nicht erbracht habe und die Brandsicherheit im Laborgebäude nicht gewährleistet sei. Außerdem wies einer ihrer Mitarbeiter in dieser Besprechung darauf hin, dass die ASt ohne vorherige Anmeldung Arbeitnehmer eines bestimmten Unternehmens als Nachunternehmer eingesetzt hat.

Am 2. Juni 2017 kündigte die Ag schriftlich den Bauvertrag mit der ASt fristlos und kündigte an, die Restleistung auf Kosten der ASt von einem Dritten ausführen zu lassen.

Gemäß § 10 Abs. 3 des Bauvertrags vom 7. Juli 2016 steht der Ag das Recht zu,

„nach ergebnislosem Ablauf einer dem Auftragnehmer gesetzten angemessenen Nachfrist den Auftrag ganz oder teilweise fristlos zu kündigen und einen Dritten auf Kosten des Auftragnehmers mit der Fortführung der Leistung zu beauftragen“, wenn „der vereinbarte Ausführungstermin nicht eingehalten“ wird, „ohne dass ein Fall von höherer Gewalt oder ein Verschulden des Auftraggebers vorliegt“.

Am 13. Juni 2017 kündigte die Ag außerdem die beiden bestehenden Serviceverträge über die Erbringung von Instandhaltungsleistungen an der Gefahrenmeldetechnik der Ag an ihren Standorten in [...] und [...] (zu dem auch das Laborgebäude in [...] gehört) mit der ASt fristgemäß zum 31. Dezember 2017.

Am [...] machte die Ag den verfahrensgegenständlichen Auftrag EU-weit bekannt. Dieser betrifft u.a. die Erbringung von Instandhaltungsleistungen an der Gefahrenmeldetechnik der Ag an mehreren Standorten der Ag. Der Auftragnehmer soll hierbei u.a. die Gefahrenmeldeanlagen der Ag in ihrem Laborgebäude in [...] regelmäßig inspizieren und warten. Dies beinhaltet die Prüfung der Komponenten der Gefahrenmeldetechnik, den Austausch von Teilen mit begrenzter Lebensdauer und ggf. die Justierung von Anlagenteilen (s. Ziffern 3.2.1 bis 3.5.2 der Leistungsbeschreibung). Außerdem umfasst dieser Auftrag mehrere sog. „zusätzliche Instandhaltungsleistungen“, bei denen bei Bedarf Meldegeräte (Rauchmelder, Multisensormelder, Ionisationsmelder etc.) ausgetauscht werden sollen (s. Ziffern 4.1 und 4.2 der Leistungsbeschreibung, Ziffern R.50 bis R.58 des Leistungsverzeichnisses).

Auf diese Ausschreibung gaben u.a. die Beigeladene (Bg) und die ASt ein Angebot ab. Der Angebotspreis der ASt liegt unter dem der Bg (gemäß Ziffer II.2.5 der EU-Bekanntmachung ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium). Bei der Wertung der Angebote stellte die Ag in ihrem Vergabevermerk fest, dass hinsichtlich der ASt ein fakultativer Ausschlussgrund vorliege, weil die ASt eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung der Baumaßnahme „Modernisierung Laborgebäude [...] – Los 12 Brandmeldeanlage“ erheblich und fortdauernd mangelhaft erfüllt und dies zur vorzeitigen Beendigung dieses Vertrags geführt habe.

Mit Schreiben vom 16. November 2017 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil die ASt bei der Baumaßnahme „Modernisierung Laborgebäude [...]“ schlecht geleistet habe und sie daher gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen sei; der Zuschlag solle auf das Angebot der Bg erteilt werden.

Der Rüge der ASt vom 21. November 2017 half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben vom 24. November 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, sie dürfe nicht ausgeschlossen werden. Denn für das Leistungsspektrum der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, nämlich Instandhaltungsleistungen an Gefahrenmeldeanlagen, sei es bisher zu keinerlei Mängeln gekommen. So habe die ASt in den zwischen ihr und der Ag bestehenden Serviceverträgen im gesamten Leistungszeitraum seit 2013 alle Service-, Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten ordnungsgemäß erbracht, Mängel seien ihr im Rahmen des umfangreichen Leistungsspektrums nicht angezeigt worden.

Demgegenüber handele es sich bei dem von der Ag im Schreiben gemäß § 134 GWB genannten Bauvertrag um die Erstellung einer komplett neuen Brandmeldeanlage. Bei der Abwicklung dieses Auftrags sei es zwar unstreitig zwischen ihr und der Ag zu Problemen gekommen, diese beträfen jedoch einen Bauauftrag. Die nunmehr ausgeschriebenen Leistungen seien völlig andere als die von der Ag bemängelten Montagearbeiten.

Die ASt beantragt,

1. das Vergabeverfahren „Instandhaltungsleistungen an Gefahrenmeldeanlagen an verschiedenen Leistungsorten [der Ag]“ bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu stoppen;
2. festzustellen, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens das Angebot der ASt berücksichtigt werden muss,
3. sollte der Zuschlag schon einem anderen Unternehmen erteilt worden sein, festzustellen, dass das durchgeführte Vergabeverfahren nicht korrekt war.

b) Die Ag meint, sie habe die ASt zu Recht gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen.

Zur Begründung führt die Ag näher aus, dass trotz des mit der ASt vereinbarten Fertigstellungstermins zum 30. Juni 2017 die Arbeiten an den Brandmeldeanlagen in ihrem Laborgebäude in [...] über Monate nicht hätten beendet werden können, weil das Montageteam der ASt auf der Baustelle nicht die erforderlichen Materialien erhalten habe. Die ASt habe sich jedem Klärungsversuch entzogen und alle Fristsetzungen der Ag verstreichen lassen. Die Ag habe daraufhin am 2. Juni 2017 den Bauvertrag nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B gekündigt und die Restleistungen von einem Dritten ausführen lassen. Die beiden mit der ASt bestehenden Serviceverträge habe die Ag ebenfalls gekündigt.

Bei den verfahrensgegenständlichen Arbeiten handele es sich im Wesentlichen um die gleichen Leistungen wie in den vorangegangenen Verträgen; diese beinhalteten auch den Service an den technischen Gefahr- und Brandmeldeanlagen im Laborgebäude [...]. Da diese Sicherheitseinrichtungen dem Schutz von Leben und Sachwerten dienten und die Ag bei ihrer Geschäftstätigkeit [...] den besonders strengen Sicherheitsvorschriften des [...] sowie strahlenschutzrechtlichen Vorschriften unterliege, sei an die Zuverlässigkeit des Vertragspartners ein hoher Maßstab anzulegen. Aufgrund ihrer negativen Erfahrungen mit der ASt habe die Ag diese als nicht hinreichend geeignet angesehen, den nunmehr zu vergebenden Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig auszuführen.

c) Mit Beschluss vom 4. Dezember 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese hat sich am Verfahren nicht schriftsätzlich beteiligt und auch nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen.

An der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 2017, in der die Beteiligten die Gelegenheit erhalten sollten, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern, hat die ASt trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht teilgenommen.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet, weil die Ag die ASt zu Recht ausgeschlossen hat.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Ag, als GmbH eine juristische Person des privaten Rechts, ist öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB, weil sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse und nicht gewerblich den [...] abzuwickeln und damit zusammenhängende Projekte und Arbeiten zu erledigen, wie z.B. Schadstoffe sowie Boden-, Gewässer- und Luftverunreinigungen zu beseitigen. Einziger Gesellschafter ist die Bundesrepublik Deutschland, so dass die Ag sowohl durch Stellen i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB finanziert als auch beaufsichtigt wird (vgl. § 99 Nr. 2 lit. a) und b) GWB).

Darüber hinaus ist die ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Denn sie hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots dokumentiert und behauptet – indem sie sich gegen ihren Ausschluss wendet – schlüssig die Verletzung in eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften. Da sie den niedrigsten Preis angeboten hat, droht der ASt infolgedessen auch ein Schaden zu entstehen, da sie angesichts des einzigen Zuschlagskriteriums „Preis“ ohne den Ausschluss wohl den Zuschlag erhalten würde.

Die Rüge der ASt ist ebenfalls rechtzeitig erfolgt, nämlich am 21. November 2017 und damit innerhalb einer Frist von weniger als zehn Kalendertagen, nachdem ihr am 16. November 2017 von der Ag mitgeteilt worden war, dass sie ausgeschlossen wurde.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, weil die Ag die ASt gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausschließen durfte. Denn die ASt hat wesentliche Anforderungen bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich und fortdauernd mangelhaft erfüllt (dazu unter a)), dies hat zu einer vorzeitigen Beendigung dieses Auftrags geführt (dazu unter b)) und die Ag hat daraufhin zu Recht entschieden, dass die ASt von der Teilnahme am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen ist (dazu unter c)).

a) Die ASt hat wesentliche Anforderungen bei der Ausführung des Bauauftrags vom 7. Juli 2016 erheblich und fortdauernd mangelhaft erfüllt.

Der entsprechende Sachverhalt ist unstrittig. Die ASt ist dem substantiierten Vortrag der Ag nicht entgegengetreten, dass sie im Rahmen des Bauvertrags vom 7. Juli 2016 mehrere Leistungen nicht fristgerecht erbracht hat, so dass der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin (30. Juni 2017) nicht eingehalten werden konnte. Unstrittig ist ebenfalls, dass die ASt auf mehrere Fristsetzungen der Ag nicht reagiert hat und auf mehrere, zur Klärung vorgesehene Gesprächsvorschläge oder Nachfragen der Ag nicht eingegangen ist. Des Weiteren hat die ASt unbestritten Nachunternehmer eingesetzt, ohne dies vorher der Ag anzuzeigen.

Hiermit hat die ASt mehrere Hauptvertragspflichten verletzt. Denn nicht nur der Fertigstellungstermin 30. Juni 2017 war im Bauvertrag vereinbart worden (§ 10 Abs. 1 des Bauvertrags), sondern auch, dass „alle zur termingemäßen Erfüllung der Arbeiten erforderlichen Baustoffe, Materialien, Maschinen und Werkzeuge“ vom Auftragnehmer „rechtzeitig (...) bereit zu stellen“ sind (§ 2 Abs. 3 S. 3 des Bauvertrags) und dass Leistungen „nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung“ der Ag auf Nachunternehmer übertragen werden dürfen (§ 2 Abs. 1 des Bauvertrags).

Gerade die erstgenannte Pflichtverletzung erfüllt bereits den Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, weil ein solcher Leistungsausfall die „erhebliche“ Schlechterfüllung einer „wesentlichen Anforderung“ darstellt (vgl. Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU sowie die Begründung der Bundesregierung zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E, BT-Drs. 18/6281, S. 106). Darüber hinaus hat die ASt, die sich aufgrund der Nichteinhaltung vereinbarter Zwischentermine bereits mit mehreren Einzelleistungen im Verzug befand, mehrfach nicht auf Klärungswünsche der Ag reagiert und somit fortdauernd ihre Kooperationspflichten verletzt (vgl. zur Pflicht auf gegenseitige Mitwirkung und Information,

die insbesondere die Pflicht enthält, bei Meinungsverschiedenheiten im Wege der Verhandlung eine Klärung und einvernehmliche Lösung zu versuchen: BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999, VII ZR 393/98 m.w.N.). Auch hierbei handelt es sich um die „erhebliche“ Schlechterfüllung einer „wesentlichen Anforderung“ i.S.d. des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, da die mangelhafte Leistung der ASt die Ag in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich traf und es sich hierbei um eine Vertragspflicht von wesentlicher Bedeutung handelte (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 9. Januar 2017, 13 Verg 9/16). Denn die ASt hat so verhindert, dass der Vertrag rechtzeitig erfüllt wurde, wodurch sich die Fertigstellung der aus mehreren, aufeinander aufbauenden Gewerken bestehenden Gesamtbaumaßnahme verzögert hat und die Ag zur Ersatzvornahme gezwungen war.

- b) Diese Ausführungsmängel haben zu einer der in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB genannten Rechtsfolge geführt, indem die Ag den o.g. Bauvertrag am 2. Juni 2017 vorzeitig beendet hat. Außerdem hat die Ag den noch offenen Rest der mit der ASt vereinbarten Leistungen inzwischen von einem Dritten ausführen lassen; auch eine solche Ersatzvornahme stellt eine mit den in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausdrücklich genannten Maßnahmen vergleichbare Rechtsfolge dar (vgl. Begründung zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E, BT-Drs. 18/6281, S. 107).

Unabhängig davon, ob die Vergabekammern stets die Rechtmäßigkeit einer Kündigung durch einen öffentlichen Auftraggeber aufgrund von Schlechtleistungen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB prüfen muss oder ob jedenfalls einer umfangreicheren Aufklärung der Sach- und Rechtslage regelmäßig das Beschleunigungsgebot nach 167 Abs. 1 GWB entgegensteht, war die Ag im vorliegenden Fall zu diesen Maßnahmen berechtigt (vgl. zum eingeschränkten Prüfungsumfang einer Vergabekammer OLG Celle, Beschluss vom 9. Januar 2017, 13 Verg 9/16). Denn da die ASt zurechenbar den vereinbarten Ausführungstermin nicht eingehalten hat und die ihr (am 27. April und am 16. Mai 2017) gesetzten Nachfristen ergebnislos verstrichen sind, durfte die Ag den Bauvertrag gemäß dessen § 10 Abs. 3 fristlos kündigen.

- c) Die Ag hat ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, die ASt wegen ihrer Schlechtleistungen beim Bauvertrag vom 7. Juli 2016 vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen.

Allein die mangelhafte Schlechterfüllung und vorzeitige Beendigung eines früheren öffentlichen Auftrags führt nicht automatisch dazu, dass das betreffende Unternehmen bei

späteren Vergabeverfahren auszuschließen ist. Vielmehr handelt es sich bei § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB um einen fakultativen Ausschlussgrund. Es steht also im Ermessen der Ag, ob sie die ASt aufgrund ihrer Erfahrungen aus dem Bauauftrag aus der streitgegenständlichen Vergabe ausschließt, wobei gemäß § 124 Abs. 1 S. 1 GWB der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen ist. Vorliegend hat sich die Ag dazu entschieden, die ASt auszuschließen. Da einem öffentlichen Auftraggeber bei solchen Ermessensentscheidungen ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist, darf die Vergabekammer diese Entscheidung nur daraufhin überprüft werden, ob sie ermessensfehlerfrei erfolgte, insbesondere ob die Ag vertretbar die Prognoseentscheidung getroffen hat, dass von der ASt aufgrund der festgestellten früheren Schlechtleistung zukünftig nicht zu erwarten ist, dass diese den nunmehr zu vergebenden Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführt (vgl. Begründung zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E, BT-Drs. 18/6281, S. 106).

Ermessenfehler liegen hier nicht vor, vor allem durfte die Ag bei der Beurteilung des Sachverhalts auf das vertragliche Fehlverhalten der ASt im Rahmen eines Bauauftrags abstellen, obwohl der verfahrensgegenständliche Auftrag nur Dienst- oder Werkleistungen umfasst. Denn beide Verträge stehen inhaltlich, örtlich und zeitlich in so einem engen Zusammenhang, dass die Ag vertretbar zu dem Schluss kommen durfte, die ASt würde nicht nur ihren bauvertraglichen, sondern auch den nunmehr ausgeschriebenen vertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß nachkommen.

Denn erstens soll der Auftragnehmer von den ausgeschriebenen Aufgaben her jedenfalls zu einem bedeutenden Teil dieselben Leistungen erbringen wie die ASt im Rahmen des Bauvertrags. So sind auch beim jetzt ausgeschriebenen Vertrag nicht nur Gefahrenanlagen der Ag zu prüfen, sondern im Rahmen der ebenfalls vereinbarten Wartung sind u.a. Verschleißteile oder sonstige defekte Teile von Rauchmeldern und anderen Anlagen auszutauschen sowie Anlageteile zu justieren, also – so wie beim früheren Bauvertrag – einzubauen und zu montieren. Des Weiteren sind zusätzlich Instandhaltungsleistungen zu erbringen, also – so wie beim früheren Bauvertrag – Gefahrenmeldekomponenten zu montieren und zu reparieren. Darüber hinaus beinhaltet der Bauvertrag zahlreiche weitere Pflichten, die auch der Auftragnehmer beim gegenständlichen Instandhaltungsvertrag erfüllen muss. So müssen gemäß Ziffer 5.1 der Leistungsbeschreibung auch bei der Wartung und Inspektion der Gefahrenmeldeanlagen die benötigten Ersatzteile vom Auftragnehmer bereitgestellt und rechtzeitig an den Einbauort geliefert werden (dass dies

seitens der ASt beim Bauauftrag seit Februar 2017 jedenfalls mehrfach nicht geschehen ist, ist unstreitig). Hinzu kommt, dass die ASt beim Bauvertrag ihre Pflicht, mit dem Auftraggeber zusammenzuarbeiten und etwaige Meinungsverschiedenheiten einvernehmlich und zügig beizulegen (Kooperationspflicht, s.o.) wiederholt verletzt hat.

Die konstruktive Kooperation des Auftragnehmers mit dem Auftraggeber bei Schwierigkeiten bei der Vertragsdurchführung und zügige Abhilfe bei mangelhafter Leistung, ist jedoch nicht nur bei Bauverträgen von erheblicher Bedeutung, sondern jedenfalls auch dann, wenn der Auftragnehmer bei der Wartung, Inspektion und Instandhaltung von technischen Anlagen des Auftraggebers wie bei einem Bauvorhaben auf der Baustelle in dessen Räumlichkeiten und an dessen technischen Einrichtungen regelmäßig tätig wird. Dies gilt erst recht, wenn der Auftraggeber wie hier auf das ordnungsgemäße und jederzeitige Funktionieren der zu wartenden und instand zu haltenden Gefahrenmeldeanlagen angewiesen ist, weil sonst Gefahren für die Gesundheit seiner Mitarbeiter und seine sonstigen Sachwerte bestehen.- Dass der frühere Auftrag rechtlich als Bauauftrag einzuordnen war und der jetzige eher die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, beruht demgegenüber lediglich auf rein juristischen Erwägungen und ändert nichts daran, dass die zu erbringenden Leistungen und damit die Vertragspflichten des betreffenden Auftragnehmers, die dieser ordnungsgemäß zu erfüllen hat, inhaltlich ähnlich sind.

Zweitens stehen die Schlechtleistungen der ASt im Rahmen des Bauvertrags und die nunmehr zu vereinbarenden Wartungs-, Inspektions- und Instandhaltungsleistungen auch in einem engen räumlichen Zusammenhang. Der Ausführungsort ist sogar identisch (die Instandhaltungsleistungen sollen im selben Laborgebäude der Ag in [...] erbracht werden, in denen auch im Frühjahr 2017 die neue Anlage errichtet worden war).

Schließlich spricht auch der enge zeitliche Zusammenhang zwischen dem Bauauftrag und dem verfahrensgegenständlichen Auftrag dafür, aus dem früheren Auftrag Rückschlüsse auf die Vertragstreue und Zuverlässigkeit der ASt ziehen zu können. Dass die ASt die Termine aus dem Bauvertrag nicht eingehalten hat, liegt erst wenige Monate zurück.

Da eine andere Rechtsfolge als der Ausschluss der ASt aus dem Vergabeverfahren nicht geeignet war, um den berechtigten Interessen der Ag mit der ASt im Rahmen ihrer Gefahrenmeldetechnik jedenfalls bei diesem konkreten Auftrag nicht mehr

zusammenzuarbeiten, gerecht zu werden, war diese Maßnahme auch verhältnismäßig i.S.d. § 124 Abs. 1 S. 1 GWB.

Auch sonst ist nichts dafür ersichtlich, dass die Ag aufgrund der erheblichen Schlechtleistungen der ASt im Rahmen des fristlos gekündigten Bauvertrags nicht zu dem Schluss kommen durfte, dass diese auch den künftigen Instandhaltungsvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllen wird. Vor allem gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die ASt trotz Vorliegens des Ausschlussgrunds nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zuverlässig ist. Insbesondere wurden von der ASt trotz entsprechender Aufforderung weder im Vergabeneoch im Nachprüfungsverfahren etwaige „Selbstreinigungsmaßnahmen“ vorgetragen. So gibt es z.B. – allein schon mangels entsprechender Äußerungen der ASt – keine Anhaltspunkte dafür, dass die ASt die Ursachen dafür, dass sie beim Bauauftrag die vertraglich vereinbarten Leistungen nicht fristgerecht ausgeführt hat, behoben hat. Die Ag hatte erfahren, dass dies darauf beruhte, dass die Mitarbeiter der ASt vor Ort aus der Zentrale der ASt in [...] nicht das erforderliche Material erhalten hatten. Dem hat die ASt nicht widersprochen und nichts dazu ausgeführt, dass sie ihre Baustellen- und Materiallogistik inzwischen verbessert hat.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Da sich die Bg nicht am Verfahren beteiligt hat, hat sie kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und somit kein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Es entspricht daher nicht der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

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.

Der Vorsitzende Behrens ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Dittmann

Dr. Dittmann