



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 59/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- 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 Prof. Dr.-Ing. Maurer auf die mündliche Verhandlung vom 10. August 2020 am 19. August 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte am [...] eine EU-weite Auftragsbekanntmachung für ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach den Vorschriften der Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) zwecks Abschluss einer Rahmenvereinbarung für Instandsetzungsleistungen [...]. Die Beschaffung ist in fünf Lose aufgeteilt. Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung soll zwei Jahre betragen, zuzüglich einer zweimaligen Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr ([...]).

Unter Ziff. III.1.2) der Auftragsbekanntmachung schrieb die Ag u.a. vor, dass die Bieter zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Eignung eine Erklärung vorzulegen hatten, wonach die Bieter nicht durch die [...] wegen Verfehlungen gesperrt und vom Wettbewerb ausgeschlossen worden seien. Ferner wurde eine Erklärung verlangt, *„dass das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe im Sinne von § 123 f. GWB ... keine Täuschung begangen und auch keine Auskünfte zurückgehalten hat und dass das Unternehmen stets in der Lage war, geforderte Nachweise in Bezug auf die §§ 122 bis 124 GWB zu übermitteln.“*

Die Antragstellerin (ASt) reichte fristgerecht einen Teilnahmeantrag für drei Lose ein. Die ASt wies zudem in Ziff. 3 ihres Teilnahmeantrages darauf hin, dass die [...] gegen sie eine Vergabesperre verhängt hat.

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 19. Juni 2020, eingegangen bei der ASt am 22. Juni 2020, mit, dass die ASt wegen einer schweren Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3, § 126 Nr. 2 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde. Die Ag begründete dies mit einer [...] (im Folgenden: Entscheiderkreis) gegen die ASt am 18. Dezember 2019 aufgrund der [...] -Richtlinie zur „Sperrung von Auftragnehmern und Lieferanten“ ([...]) für drei Jahre verhängten Vergabesperre. Die von der ASt bislang ergriffenen Maßnahmen zur Selbstreinigung seien nach § 125 GWB unzureichend. Es fehle an einer proaktiven und umfassenden Sachverhaltsaufklärung der ASt aus eigenem Antrieb.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 29. Juni 2020 rügte die ASt ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren.

Mit Schreiben vom 6. Juli 2020, eingegangen bei der ASt am 7. Juli 2020, wies die Ag die Rüge der ASt zurück und half ihr nicht ab.

Die [...] hatte gegen die ASt mit Beschluss ihres Entscheidungskreises vom 11. Dezember 2019 eine dreijährige Vergabesperre wegen nachweislicher schwerer Verfehlungen nach der [...] -Richtlinie zur „Sperrung von Auftragnehmern und Lieferanten“ ([...]) verhängt und daraufhin die bei der [...] bestehende Präqualifizierung der ASt entzogen bzw. die ASt aus dem entsprechenden Präqualifizierungsverzeichnis der [...] gestrichen. Die Vergabesperre hatte die [...] der ASt mit Schreiben vom 18. Dezember 2019 mitgeteilt und dort als Gründe dafür angegeben, die ASt habe verschiedene Bauleistungen insbesondere im Zusammenhang mit der Ausführung des Ausbauvorhabens der [...] als Auftraggeberin für die sog. [...] nicht erbracht, aber mit der nach einzelnen LV-Positionen aufgestellten 2. Abschlagsrechnung vom 8. September 2017 (Anlage AG18) abgerechnet. Diese Abschlagsrechnung sei von der [...] beglichen worden. Insbesondere hatte sich der Entscheidungskreis in diesem Zusammenhang auf folgende Vorgänge der seit Juni /Juli 2017 laufenden Arbeiten bezogen, die als solche zwischen den Verfahrensbeteiligten in objektiver Hinsicht unstreitig sind:

- Abrechnung trotz Nichtausführung des gemäß Leistungsverzeichnis Pos. 10.05.0030 vorgesehenen Totalabbruchs [...]. Auf dem zugrunde liegenden Aufmaßblatt Nr. 112 vom 8. September 2017 war der Fundamentabbruch dargestellt. Das Aufmaßblatt war zunächst nur vom zuständigen Bauüberwacher der [...], unterzeichnet worden. Der Geschäftsführer der [...] unterzeichnete das Aufmaßblatt erst am 11. Juli 2019, nachdem er dieses vom Bauüberwacher der [...] auf einer anderen Baustelle vorgelegt bekommen hatte und davon ausgegangen war, die [...] benötige das Aufmaßblatt zur Prüfung und Freigabe ausstehender Abschlagsrechnungen. Die in der 2. Abschlagsrechnung abgerechnete und von der [...] bezahlte Summe belief sich auf rd. 14.000,- Euro.
- Ausfall der sog. Stopfschicht am 9./10. August 2017 (bei der es um eine Begradigung [...]) und zeitliche Verschiebung der sog. Stopfarbeiten, die – insoweit zwischen den Verfahrensbeteiligten streitig – nach Ansicht der [...] im Vergabesperrverfahren eine Folge des nicht ausgeführten Fundamentabbruchs am [...] gewesen sind. Unstreitig zwischen den Verfahrensbeteiligten ist in diesem Zusammenhang, dass bei der Ausführung der Stopfarbeiten am 9./10. August 2017 der von der [...] genehmigte Nachunternehmer [...] wiederum ein Nachunternehmen, die [...], eingesetzt hatte, das der [...] vorab von der ASt nicht zur Genehmigung benannt worden war und von dieser daher auch nicht genehmigt worden ist.

- Abrechnung trotz Nichtausführung der gemäß Leistungsverzeichnis Pos. 08.06.0030 vorgesehenen Totalabbruchs des [...]. Zur Abrechnung der Leistung hatte die ASt die Aufmaßblätter 43 vom 20. Juli 2017 (Anlage AG 32) und 94 vom 7. September 2017 (Anlage AG 33) eingereicht, auf denen trotz des Nichtabbruchs Abbruchmengen eingetragen waren und die vom zuständigen Bauüberwacher der [...], und dem seinerzeit bei der ASt eingesetzten Abrechner [...] unterzeichnet waren. Die in der 2. Abschlagsrechnung von der ASt abgerechnete und von der [...] bezahlte Summe belief sich hierfür auf rd. 12.000,- Euro.

Zusätzlich hatte sich die Ag auf weitere Gründe für die Vergabesperre berufen, die zwischen ASt und Ag bzw. der [...] im Einzelnen streitig sind.

§ 11 des besagten Bauvertrags Nr. 16FEI23550 vom 20. April 2017 ergänzte die Regelung des § 4 Abs. 8 VOB/B für den Einsatz von Nachunternehmern und bestimmte, dass *„für jede Vergabe von Leistungen an Nachunternehmer...die vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers einzuholen“* ist. Eine Zustimmung könne erfolgen, wenn die Eignung des Nachunternehmers nachgewiesen worden sei. Der Auftragnehmer müsse sicherstellen, *„dass der Nachunternehmer die ihm übertragenen Leistungen nicht weitervergibt, es sei denn, der Auftraggeber hat zuvor schriftlich zugestimmt. ...“*. § 12.2 des Bauvertrags sah vor, dass die [...] den Bauvertrag außerordentlich kündigen kann, wenn der Auftragnehmer einen Nachunternehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers beauftragt oder eine Weitergabe durch Nachunternehmer zulässt bzw. duldet.

Auf die Ausführungen im Schreiben zur Verhängung der Vergabesperre vom 18. Dezember 2019 sowie den zugrunde liegenden Vermerk des Entscheidungskreises vom 11. Dezember 2019, dokumentiert in den elektronisch übermittelten Teilen der Vergabeakte, wird im Einzelnen Bezug genommen. Darin wird auch ausgeführt, die ASt habe keine ausreichenden und geeigneten Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt bzw. eingeleitet. Die ASt habe nicht das Erforderliche und Mögliche unternommen, die Vorgänge selbstständig und proaktiv aufzuklären, indem die Verdachtsmomente konsequent verfolgt würden. Außerdem seien Unterlagen und Erklärungen zur Sachverhaltsaufklärung trotz eingeräumter Fristverlängerung nicht fristgerecht an den Entscheidungskreis geliefert worden. Es seien keine erforderlichen personellen und organisatorischen Konsequenzen gezogen worden, insbesondere seien die zuständigen Entscheidungsträger bei der ASt weiterhin in ihren Funktionen tätig. Schließlich habe die ASt auch keine Präventivmaßnahmen, insbesondere Compliance-Maßnahmen, ergriffen. Es fehle zudem eine Verpflichtungserklärung der ASt, den verursachten Schaden auszugleichen.

Vorausgegangen waren dieser Vergabesperre ein entsprechender Antrag der zuständigen Konzernsicherheit der [...] beim Entscheidungskreis vom 12. September 2019, worauf Bezug genommen wird. Über das eingeleitete Sperrverfahren und die zugrunde liegenden Verdachtsmomente war die ASt

mit Schreiben des Entscheiderkreises vom 2. Oktober 2019 informiert und zu einer mündlichen Anhörung geladen worden, die am 4. November 2019 stattgefunden hatte. Die ASt hatte im Folgenden mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 18. November 2019 Stellung genommen und weitere Unterlagen zum 13. Dezember 2019 vorgelegt.

Die ASt hatte schließlich mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 17. Januar 2020 den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die durch die Ag am 18. Dezember 2019 gegen die ASt verhängte Vergabesperre beim [...] beantragt (vgl. Anlage ASt 8). Diesen Antrag erklärte die ASt am 11. Februar 2020 teilweise für erledigt, nachdem die Ag die Zugangsmöglichkeit der ASt zum Vergabeportal der [...] wiederhergestellt hatte (vgl. Anlage ASt 9). Schließlich nahm die ASt diesen Antrag nach mündlicher Verhandlung vor dem [...] zurück. Die [...] stellte keinen Kostenantrag. Anlass für die Rücknahme war ein Hinweis des Landgerichts Berlin auf ein anderweitig ergangenes Urteil des [...], mit dem festgestellt worden war, dass zivilrechtliche Abwehransprüche gegen eine Vergabesperre außerhalb eines Vergabeverfahrens nicht geltend gemacht werden könnten. Diese Entscheidung [...] wurde zwischenzeitlich mit Urteil des BGH vom 3. Juni 2020 (Az.: XIII ZR 22/19) aufgehoben.

Mit Schreiben vom 23. März 2020 hatte die [...] den Bauvertrag Nr. 16FEI23550 vom 20. April 2017 gegenüber der ASt aus wichtigem Grund gekündigt. Hierzu hatte sich die Ag neben den schon angeführten Gründen, mit der der Entscheiderkreis der [...] die Vergabesperre begründet hatte, noch auf weitere Gründe berufen, die im Kündigungsschreiben der Ag vom 23. März 2020 im Einzelnen aufgeführt worden sind und auf die hier Bezug genommen wird.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2020 hatte der Entscheiderkreis der ASt mitgeteilt, dass die von der ASt zwischenzeitlich mit Schreiben vom 2. April 2020 dargelegten Maßnahmen zur Selbstreinigung nicht ausreichend seien, worauf im Einzelnen Bezug genommen wird.

Mit E-Mail vom 3. August 2020, während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens, hat der Verfahrensbevollmächtigte der Ag der Vergabekammer ein Schreiben der Ag vom 23. Juli 2020 übermittelt, mit dem diese die mit Schreiben vom 23. März 2020 ausgesprochene außerordentliche Kündigung des Bauvertrags Nr. 16FEI23550 vom 20. April 2017 zum Anlass genommen hat, die ASt auch nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen. Die Ag hat darin im Wesentlichen auf die schon in dem Kündigungsschreiben der [...] vom 23. März 2020 bzw. in der Antragserwiderung der Ag vom 23. Juli 2020 erwähnten Punkte rekurriert. Auf dieser Grundlage sehe die Ag keine Gewähr dafür, dass die ASt ihre vertraglichen Verpflichtungen in der im streitgegenständlichen Vergabeverfahren für einen längeren Zeitraum ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung zuverlässig erfüllen könne. Eine hinreichende Selbstreinigung sei nach wie vor nicht

erkennbar, weil es seitens der ASt an einer aktiven und zielführenden Zusammenarbeit zwischen der ASt und der [...] fehle.

2. Nachdem die Ag der Rüge der ASt nicht abgeholfen hatte, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 13. Juli 2020.

a) Im Antrag sowie ergänzend mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 4. August 2020 führte die ASt insbesondere folgendermaßen aus:

Die ASt hält die von der Ag herangezogenen Ausschlussstatbestände des § 124 Abs. 1 GWB nicht für anwendbar, da die Ag als Sektorenauftraggeberin auf die Anwendung dieser Vorschriften in der Auftragsbekanntmachung nicht Bezug genommen habe. Dies sei aber geboten gewesen, da § 124 GWB für Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern nicht unmittelbar gelte. Darüber hinaus trägt die ASt, vor, dass die von der Ag reklamierten Tatsachen keine Ausschlussgründe im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB legitimieren könnten. Außerdem hat die ASt den von der Ag erst mit Schreiben vom 23. Juli 2020, während des laufenden Nachprüfungsverfahrens, gegenüber der ASt reklamierten Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mit Schreiben vom 3. August 2020 gerügt (vgl. Anlage ASt 47). Sie ist der Ansicht, dieser geltend gemachte Ausschlussgrund sei bereits nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens, hat dazu gleichwohl hilfsweise in ihrer Stellungnahme vom 4. August 2020 vorgetragen. Sie ist insoweit der Ansicht, dass die von der Ag hierzu vorgetragenen Tatsachen auch keinen Ausschluss nach der Nr. 7 rechtfertigen.

Im Einzelnen:

Zu dem Vorgang um die Abrechnung trotz Nichtabbruchs der Fundamente des [...] bei der Ausführung des Bauvertrages 16FEI23550 vom 20. April 2017 trägt die ASt vor, dies sei ihr nicht zuzurechnen. Dass diese nicht ausgeführte Leistung gegenüber der Auftraggeberin mit der 2. Abschlagsrechnung der ASt vom 8. September 2017 abgerechnet worden sei, sei ein Fehler, den bei der ASt der seinerzeit zuständige Abrechner [...] verursacht habe, nicht aber die Geschäftsführung der ASt. Dieser arbeite schon seit 2018 nicht mehr bei der ASt; er sei damals entlassen worden, weil man bei der ASt mit seinen Leistungen generell nicht zufrieden gewesen sei. Schon mit Schreiben vom 22. Mai 2017 habe man diesen Abrechner abgemahnt, weil man mit seinen Leistungen nicht zufrieden gewesen sei. Der Geschäftsführung sei die fehlerhafte Abrechnung in der 2. Abschlagsrechnung vom 8. September 2017 erst infolge des Schreibens der [...] vom 2. Oktober 2019 zur Einleitung des Sperrverfahrens bekannt geworden. Ferner gab die ASt in der Stellungnahme ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 4. August 2020 (S. 21) an, die ASt habe den damaligen Abrechner nach der Abmahnung im Mai 2017 stichprobenartig überprüft und dabei seien die Abrechnungsfehler zu den nicht erfolgten Fundamentabbrüchen nicht aufgefallen. In ihrer Stellungnahme vom 4. August 2020

(dort S. 22 f.) führte die ASt ferner eine Aussage ihres auf der besagten Baustelle am [...] ein; dieser habe auf den Baustellen den damaligen Abrechner der ASt bei der Aufmaßerstellung oftmals nicht begleitet bzw. begleiten können, weil sich der Abrechner nicht auf die Bitte des Poliers eingelassen habe, entsprechende Aufmaßtermine mit ihm abzusprechen.

Eine Korrektur der fehlerhaft abgerechneten Positionen könne in der Schlussrechnung vorgenommen werden, die noch erstellt werde. Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt hat hierzu in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass eine Schlussrechnung der ASt zum Bauvertrag Nr. 16FEI23550 vom 20. April 2017 noch nicht erstellt worden sei. Die ASt arbeite daran und wolle sie in Kürze an die Ag übermitteln. Darin sollten die fehlerhaft in Rechnung gestellten und von der Ag auf die 2. Abschlagsrechnung vom 8. September 2017 gezahlten Beträge für die tatsächlich nicht abgebrochenen Fundamente der Bahnsteige am [...] erstattet bzw. verrechnet werden. Soweit, was tatsächlich zutrefte, die ASt das Fundament am Außenbahnsteig des [...] zwar nicht gänzlich, sondern nur in Teilen abgebrochen und dann aufgemörtelt habe – wobei zwischen den Verfahrensbeteiligten streitig ist, ob die ASt diese Arbeiten eigenmächtig vorgenommen hat –, sei für die geändert ausgeführte Leistung eine neue Vergütung nach den Grundsätzen des § 2 Abs. 5, 6 VOB/B festzusetzen.

Zu dem Vorwurf des Ausfalls der sog. Stopfarbeiten am 9./10. August 2017 im [...] trägt die ASt vor, der von der ASt eingesetzte Nachunternehmer [...] sei bei der [...] als Auftraggeberin angemeldet gewesen und habe die Arbeiten eigenmächtig an ein weiteres Nachunternehmen weitervergeben, die [...]. Auch die ASt selbst sei überrascht worden vom Einsatz eines Nachunternehmers durch die Firma [...]. Die [...] habe die Arbeiten zu diesem Zeitpunkt nicht ausführen können, weil ein zu diesem Zweck erforderliches Trennen der Schienen von den vor Ort anwesenden Anlagenverantwortlichen der [...] nicht schriftlich angeordnet worden sei. Diese Arbeiten seien daher zwei Wochen später ausgeführt worden, auch ohne dass die nicht abgebrochenen Fundamente des Mittelbahnsteigs, die noch im Boden vorhanden gewesen seien, dazu beseitigt worden seien.

Ein von der Ag unterstellter Abrechnungsbetrug zu Lasten der Auftraggeberin des Bauvertrags 16FEI23550 bzw. eine arglistige Täuschung des Bauüberwaches, der die zur 2. Abschlagsrechnung vom 8. September 2017 gereichten relevanten Aufmaßblätter der ASt Nr. 43, 94, 112 unterzeichnet habe, liege nach allem nicht vor, da diese Vorkommnisse nicht von der ASt verursacht worden bzw. nicht ihr vorzuwerfen seien. Daher könne im Ergebnis kein Ausschlussstatbestand nach § 124 GWB vorliegen. Dies gelte auch im Hinblick auf die übrigen von der Ag angeführten Vorgänge, was von der ASt im Nachprüfungsantrag bzw. in den darin in Bezug genommenen Unterlagen näher ausgeführt und worauf hier im Einzelnen Bezug genommen wird. Die ASt ist zudem der Meinung, sie habe jedenfalls hinreichende Maßnahmen zur Selbstreinigung erbracht und weist ihrerseits die Ausführungen des Entscheidungskreises in dessen Schreiben vom 1. Juli 2020 zurück.

Die ASt beantragt,

1. in dem Vergabeverfahren „[...]“, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten;
2. zu entscheiden, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist, und geeignete Maßnahmen zu treffen, um diese Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, insbesondere die Ag zu verpflichten, das Verfahren auf den Stand nach Abgabe der Teilnahmeanträge zurückzusetzen, erneut in die Prüfung des Teilnahmeantrags der ASt einzutreten und diesen zu berücksichtigen sowie unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die ASt zur Abgabe eines Angebots aufzufordern;
3. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB zu gewähren;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag wird für notwendig erklärt.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Ag werden der ASt auferlegt.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 23. Juli 2020 begründet die Ag ihr Vorbringen folgendermaßen:

Die Ag hält den § 124 GWB für anwendbar, so dass diese ihren Ausschluss der ASt darauf stützen könne. Aus § 142 GWB folge, dass die §§ 120 bis 129 GWB für Sektorenauftraggeber wie die Ag entsprechend gälten. Die [...] habe danach bzw. nach ihrer auf diesen Vorschriften beruhenden Richtlinie die Vergabesperre in fehlerfreier Ermessensausübung gegenüber der ASt verhängt. Diese entfalte Wirkung für den gesamten Konzern der [...] und sei damit auch von der Ag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren grundsätzlich zu beachten. Es seien zudem keine Gründe ersichtlich, die ein Absehen von der Vergabesperre bzw. deren Aufhebung rechtfertigten. Denn die ASt habe bislang keine Bereitschaft gezeigt oder ernsthaft erkennen lassen, die Abrechnung des in der Vergabesperre in Bezug genommenen Bauvorhabens aus eigener Initiative zu prüfen und durch aktive Zusammenarbeit mit der dortigen Auftraggeberin, der [...], umfassend zu klären. Es seien auch keine konkreten technischen, organisatorischen oder personellen Maßnahmen ergriffen worden, die ge-

eignet seien, weiteres Fehlverhalten zu vermeiden. Ein nach dem Vortrag der ASt etabliertes Compliance-System reiche nicht aus, solange gleichzeitig die Aufklärung der in der Vergabesperre in Bezug genommenen Vorgänge behindert würden. Die ASt habe in keinem der ihr vorgehaltenen Fälle ein Fehlverhalten eingeräumt oder von sich aus die erfolgte Abrechnung korrigiert. Vor diesem Hintergrund sei keine hinreichende Selbstreinigung nach § 125 GWB gegeben, die eine vorzeitige Aufhebung der Vergabesperre rechtfertigen könne.

Hinsichtlich der in Bezug genommenen Abrechnungen der nichtabgebrochenen Fundamente des [...] führt die Ag aus, es sei nicht nachvollziehbar, dass die Geschäftsführung von der fehlerhaften Abrechnung durch den ehemaligen Abrechner der ASt erst infolge des Schreibens der [...] vom 2. Oktober 2019 zur Eröffnung des Sperrverfahrens gegen die ASt erfahren haben wolle. Der Abrechner habe gegenüber der [...] erklärt, er habe bei der ASt nicht eigenverantwortlich entscheiden können. Er sei an Weisungen des Geschäftsführers [...] bei der ASt gebunden gewesen, bei dem alles, was er getan habe, *„über den Tisch gegangen sei, der dies dann unterschrieben habe“*. Die ASt bzw. deren Geschäftsführung hätte von den fehlerhaften Aufmaßblättern wissen müssen. Insbesondere habe der Geschäftsführer [...] es unterlassen, vor der nachträglichen Unterzeichnung des Aufmaßblattes Nr. 112 dieses erneut zu prüfen, obwohl dies seine Pflicht gewesen wäre. Dennoch habe die ASt die nicht ausgeführte Leistung des Abbruchs in der 2. Abschlagsrechnung abgerechnet, ohne dies bislang korrigiert zu haben.

Hinsichtlich der am 9./10. August 2017 im Zuge der Bauarbeiten im [...] ausgefallenen Stopfarbeiten bzw. der dafür vorgesehenen Schicht trägt die Ag vor, diese und die damit möglicherweise anfallenden Mehrkosten seien allein von der ASt zu verantworten. Auf die Mängelanzeige der [...] vom 14. August 2017 sei insofern die gebotene Abhilfe durch die ASt zu Unrecht verweigert worden. Die Arbeiten seien von einem Nachunternehmer der ASt ausgeführt worden, das sich wiederum eines weiteren Nachunternehmers bedient habe, von dem die Ag entgegen § 4 Abs. 8 VOB/A und § 11 des Bauvertrages nicht in Kenntnis gesetzt worden sei. Die Arbeiten hätten infolge des nicht abgebrochenen Fundaments des Mittelbahnsteigs nicht zu dem besagten Termin ausgeführt werden können, sondern erst zwei Wochen später, was zu Mehrkosten geführt habe. Auch seien durch den Nichtabbruch des Fundaments künftige Instandhaltungs-/ bzw. Instandsetzungsmaßnahmen nur mit unverhältnismäßigem Aufwand durchführbar.

Darüber hinaus habe die ASt weitere schwere Verfehlungen zu verantworten, die in der Stellungnahme der Ag vom 23. Juli 2020 näher dargelegt werden und worauf hier Bezug genommen wird. Diese habe die Ag zum Anlass genommen, den besagten Bauvertrag mit Schreiben vom 23. Juli 2020 zu kündigen.

Nach allem begründeten die von der Ag vorgetragenen Vorgänge zusätzlich den Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Es habe sich ergeben, dass die ASt wesentliche Anforderungen bei früheren Aufträgen der [...] erheblich mangelhaft erfüllt habe, was mit Blick auf die Bauarbeiten an den [...] näher ausgeführt wird.

3. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, die der Vergabekammer in elektronischer Form vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen. Der ASt wurde – nach vorheriger Anhörung der Ag – antragsgemäß Akteneinsicht gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. Die von der ASt begehrte Offenlegung der von der Ag erstellten Anlagen AG24 und AG55 zur Antragsrwidmung vom 23. Juli 2020, die die Ag unter Berufung auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verweigert hat, hat die Vergabekammer zurückgewiesen, da diese Unterlagen nicht entscheidungserheblich waren. Die Entscheidungsfrist hat die Vergabekammer mit Schreiben vom 14. August 2020 bis 26. August 2020 verlängert.

Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt hat in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die in der mündlichen Verhandlung von der Vergabekammer im Zuge ihrer dargelegten vorläufigen Rechtsansicht thematisierten Vorfälle, insbesondere der nicht genehmigte Nach-Nachunternehmensinsatz bei der Stopfschicht am 9./10. August 2017, mit ca. drei Jahren lange zurücklägen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zwar zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben, denn ausweislich der von der ASt gestellten Anträge begehrt sie mit dem Nachprüfungsantrag die Zulassung zum streitgegenständlichen Vergabeverfahren. In diesem Zusammenhang sind die vom Entscheiderkreis [...] mit Schreiben vom 18. Dezember 2019 verhängte Vergabesperre sowie die dieser zugrunde liegenden Sachverhalte inzident von Bedeutung, denn die Ag hat die Verneinung der Eignung mit dem Verweis auf die Vergabesperre begründet. Der Nachprüfungsantrag ist im Hinblick auf die somit inzidenter angegriffenen Gründe statthaft. Dem Nachprüfungsantrag stehen nicht die Grundsätze der jüngsten Entscheidung des BGH vom 3. Juni 2020 (XII ZR 22/19) entgegen. Zum Thema Vergabesperre ergibt sich daraus, dass ein Unternehmen, welches von einer Vergabesperre betroffen ist, zwar auch befugt ist, vor den Zivilgerichten isoliert und unabhängig von einem laufenden Vergabeverfahren gegen eine Vergabesperre vorzugehen. Geht es aber - wie vorliegend - um die Verneinung der Eignung in

einem konkreten Vergabeverfahren, so folgt aus der Entscheidung des BGH, dass der Weg über die Nachprüfungsinstanzen offen steht für die Eignungsprüfung im konkreten Vergabeverfahren. Ein Stufenverhältnis, wonach das betroffene Unternehmen zunächst isoliert gegen die Vergabesperre vorgehen müsste, um diese zu beseitigen, hat der BGH nicht vorgegeben. Für das vorliegende Verfahren ergibt sich daraus, dass die Eignung hier konkret zu überprüfen ist und jedenfalls nicht, gleichsam a limine, mit einem bloßen formalen Hinweis auf die bestehende Vergabesperre verneint werden kann.

b) Die streitgegenständliche Beschaffungsentscheidung betrifft einen öffentlichen Bauauftrag gemäß § 103 Abs. 3 GWB. Es handelt sich bei der Ag um einen Sektorenauftraggeber nach §§ 98, 100 Abs. 1 Nr. 2, 102 Abs. 4 GWB. Das Nachprüfungsverfahren ist somit nach § 155 GWB eröffnet und die Vergabekammer des Bundes ist nach § 159 Nr. 3 GWB zuständig. Denn der Auftrag überschreitet den nach den Maßgaben des § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 GWB, § 2 Abs. 1, 7 SektVO relevanten Schwellenwert von 5.350.000,- Mio. Euro ausweislich des in Ziff. II.4 der Auftragsbekanntmachung (s. Anlage ASt 1a) angegebenen geschätzten Gesamtauftragswerts von über 31 Mio. Euro deutlich.

c) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat das nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB erforderliche Interesse an dem öffentlichen Auftrag durch den von ihr eingereichten Teilnahmeantrag hinreichend nachgewiesen. Sie macht zudem eine Verletzung bieterschützender Vorschriften nach § 97 Abs. 6 GWB geltend, indem sie einen Verstoß gegen §§ 142, 124 GWB bemängelt. Ferner hat sie auch nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB dargelegt, dass ihr durch die von ihr behauptete Rechtsverletzung ein Schaden zu entstehen droht.

d) Die ASt hat den ihr mit Schreiben der Ag vom 19. Juni 2020, der ASt zugegangen am 22. Juni 2020, mitgeteilten Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB mit Schreiben ihres Verfahrensbeteiligten vom 29. Juni 2020 rechtzeitig binnen der Frist von 10 Kalendertagen des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Soweit die Ag sich gegenüber der ASt erst im laufenden Nachprüfungsverfahren mit Schreiben vom 23. Juli 2020 zusätzlich auf den Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB berufen hat, hat die ASt diesen Ausschluss ebenfalls rechtzeitig binnen der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 3. August 2020 gerügt (s. Anlage ASt 47).

e) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag am 13. Juli 2020 zudem rechtzeitig binnen der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Nichtabhilfemitteilung der Ag im Schreiben vom 6. Juli 2020 bei der Vergabekammer eingereicht, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet. Die Ag hat die ASt jedenfalls zu Recht nach § 142 GWB i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

a) Die Ausschlussstatbestände nach § 124 GWB gelten nach der ausdrücklichen Regelung des § 142 GWB für die Vergabe von Aufträgen durch einen Sektorenauftraggeber zum Zweck der Ausübung von Sektorentätigkeiten entsprechend.

Soweit die ASt der Ansicht ist, die Ag könne sich nicht auf § 124 GWB berufen, da die Ag als Sektorenauftraggeberin auf die Anwendung dieser Vorschriften in der Auftragsbekanntmachung nicht Bezug genommen habe, geht die ASt fehl. Aus der Auftragsbekanntmachung ergibt sich das Gegenteil. Aus Ziff. III.1.2) der Auftragsbekanntmachung folgt, dass die Interessenten zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Eignung eine Erklärung vorzulegen hatten, wonach die Bieter nicht durch die [...] wegen Verfehlungen gesperrt und vom Wettbewerb ausgeschlossen worden seien. In diesem Zusammenhang wurde auch eine ausdrückliche Erklärung verlangt, *„dass das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe im Sinne von § 123 f. GWB ... keine Täuschung begangen und auch keine Auskünfte zurückgehalten hat und dass das Unternehmen stets in der Lage war, geforderte Nachweise in Bezug auf die §§ 122 bis 124 GWB zu übermitteln.“* Daraus war nach den Maßstäben des objektiven Empfängerhorizonts klar und unmissverständlich erkennbar, dass die Ag für die Durchführung des Teilnahmewettbewerbs des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens auch sämtliche Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB berücksichtigen und prüfen würde.

Im Übrigen handelt es sich bei den Bestimmungen der §§ 123, 124 GWB um Ausschlussgründe, die von Gesetzes wegen zu berücksichtigen sind, und die daher unabhängig von einem Hinweis der Vergabebekanntmachung hierauf gelten.

b) Der Berücksichtigung des Ausschlussgrundes nach § 142, 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB im hiesigen Nachprüfungsverfahren steht auch nicht entgegen, dass die Ag sich der ASt gegenüber hierauf erst mit Schreiben vom 23. Juli 2020 und damit parallel zum laufenden Nachprüfungsverfahren berufen hat. Die Ag hat dieses Schreiben der Vergabekammer am 3. August 2020 zur Vergabeakte nachgereicht. Die Vergabekammer berücksichtigt, wie von ihr in der mündlichen Verhandlung erläutert und mit den Verfahrensbeteiligten erörtert, den von der Ag somit zusätzlich eingeführten Ausschlussgrund lediglich insoweit, als die Ag sich darin auch auf die von ihr der Vergabesperre vom 18. Dezember 2019 zugrunde gelegten Sachverhalte berufen hat, die in objektiver Hinsicht unstreitig zwischen den Verfahrensbeteiligten sind. Auf diese, der Vergabesperre zugrunde liegenden Sachverhalte stellt die ASt mit ihrem Nachprüfungsbegehren vorrangig ab. Diese sind der ASt somit hinreichend bekannt und damit ist effektives rechtliches Gehör im anhängigen Nachprüfungsverfahren gewährleistet; eine durch die erstmalige Darlegung neuer Sachverhalte im Schriftsatz der Ag vom 23. Juli 2020 bedingte zeitliche Verkürzung für Stellungnahmen seitens der ASt wirkt sich nicht aus,

denn diese neuen Sachverhalte sind nicht entscheidungserheblich. Bereits die im Schreiben der Ag vom 18. Dezember 2019 ausgeführten Sachverhalte rechtfertigen nämlich bereits einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, und zwar ohne dass es auf die zwischen den Beteiligten strittigen Fragen in Bezug auf die subjektive Motivationslage der ASt ankäme. Ob daneben auch die weiteren, von der Ag angeführten Gründe einen Ausschluss rechtfertigen, kann daher offen bleiben.

c) Nach §§ 142, 124 Abs.1 Nr. 7 GWB können Sektorenauftraggeber wie die Ag unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich mangelhaft erfüllt hat und dies z.B. zu einer vorzeitigen Beendigung des Auftrags geführt hat. In Betracht kommen hierfür nach Sinn und Zweck der Norm die nicht vertragsgemäße Erfüllung von Haupt- und Nebenleistungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, Az.: VII-Verg 7/18; ferner Beschluss vom 28. März 2018 – Verg 49/17). Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf die ASt bereits durch die folgenden, von der Ag zur Begründung der Vergabesperre herangezogenen und zwischen den Verfahrensbeteiligten in objektiver Hinsicht unstrittigen Sachverhalte erfüllt:

- Die Abrechnung des Abbruchs der Fundamente des [...] im Zuge des Bauvertrages zu den Riedbahnstationen vom 20. April 2017 (16FEI23550) mit der 2. Abschlagsrechnung der ASt vom 8. September 2017, obwohl diese Fundamente tatsächlich nicht abgebrochen wurden.
- Der Einsatz des der DB nicht nach § 11 des Bauvertrages 16FEI23550 vom 20. April 2017 angezeigten und von ihr nicht genehmigten Nach-Nachunternehmers bei der am 9./10. August 2017 ausgefallenen Stopfschicht im Zuge der Baumaßnahmen am [...].

Die Ag hat sich in ihrem Schreiben vom 23. Juli 2020 für den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausdrücklich auch auf diese bereits der Vergabesperre des Entscheidungskreises [...] vom 18. Dezember 2019 zugrunde gelegten Tatsachen berufen. Die Voraussetzungen der Norm liegen hier vor:

aa) Die ASt hat vertragliche Pflichten mangelhaft erfüllt.

- (1) Dies gilt einmal für das Verlangen nach einer Abschlagszahlung, welche Leistungen aufführt, die tatsächlich nicht durchgeführt worden waren und auch bislang nicht durchgeführt sind. Nach § 632 a Abs. 1 S. 1 BGB darf ausschließlich in Bezug auf erbrachte Leistungen die Zahlung eines Abschlags verlangt werden. § 16 Abs. 1 VOB/B besagt mit der Bezugnahme auf die nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen dasselbe: *„Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu ge-*

währen, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss.“ Auch auf Seiten der ASt ist der Sachverhalt insoweit unstrittig; die ASt hat ihrerseits eingeräumt, dass das Aufmaß falsch war und dass der Fundamentabbruch nicht in das Verlangen nach Abschlagszahlung hätte aufgenommen werden dürfen. Zu der fehlerhaften Abschlagsrechnung war es gekommen, weil die ASt, die vertraglich zur Erstellung von Aufmaßblättern über die tatsächlich durchgeführten Leistungen verpflichtet war, ein falsches Aufmaß zugrunde gelegt hatte, indem der nicht durchgeführte Fundamentabbruch als Mengenansatz mit einbezogen worden war. So war bereits die Aufmaßerstellung falsch, was sich in der falschen Abschlagsrechnung fortgesetzt hat, da das von der ASt erstellte Aufmaß dem Verlangen nach Abschlagszahlung zugrunde lag.

Eine mangelhafte Erfüllung der vertraglichen Pflichten scheidet zwar dann aus, wenn nicht klar ist, ob die Ursache eines Mangels - zumindest auch - aus dem Verantwortungsbereich des Bieters in seiner Eigenschaft als Auftragnehmer des früheren Vertrags, der nach Auffassung des dortigen Auftraggebers schlecht erfüllt wurde, stammt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 7/18). Hier ist das fehlerhafte Aufmaß nebst fehlerhafter Abschlagsrechnung jedoch klar der Sphäre und damit dem Verantwortungsbereich der ASt zuzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob die Geschäftsführung hiervon Kenntnis hatte. Anders als beim Ausschlussstatbestand nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, der „schweren Verfehlung“, verweist § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gerade nicht auf § 123 Abs. 3 GWB, wonach das Verhalten einer Person nur dann als Ausschlussgrund in Betracht kommt, wenn es dem Unternehmen infolge Leitungsverantwortlichkeit dieser Person zuzurechnen ist. Streitig zwischen den Verfahrensbeteiligten ist in diesem Kontext allein die Frage, ob die Fundamente hätten abgebrochen werden müssen oder ob insoweit - zumindest zum Teil - eine von der Leistungsbeschreibung, auf deren Basis die ASt ihr von der Ag bezuschlagtes Angebot erstellt hatte und das die Abbrüche als vertragliche Leistung vorsah, abweichende Abrede auf der Baustelle getroffen worden war. Auf diese Frage kommt es jedoch nicht an, denn der im Zusammenhang mit § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB relevante Punkt ist, dass die Abbruchleistungen, die – aus welchen berechtigten oder nicht berechtigten Gründen auch immer – tatsächlich nicht durchgeführt wurden, weder in das Aufmaß noch in einem Verlangen des Auftragnehmers auf Abschlagszahlung hätten eingestellt werden dürfen. Die Streitige Frage, ob die Geschäftsführung Kenntnis von dem falschen Aufmaß und der falschen Abschlagsrechnung hatte, be-

darf keiner Aufklärung, da vorliegend weder der Tatbestand der „schweren Verfehlung“ geprüft wird noch geprüft werden muss, denn allein die Schlechtleistung rechtfertigt die Verneinung der Eignung der ASt. Im Rahmen der „Schlechtleistung“ kommt es anders als bei der „schweren Verfehlung“ weniger auf Aspekte eines subjektiven Verschuldens im Sinne eines Fehlverhaltens an, sondern darauf, ob die Schlechtleistung objektiv dem Verantwortungsbereich des Bieters als früherem Auftragnehmer zuzuordnen ist. Dies ist, wie dargelegt, schon allein dadurch indiziert, dass es sich bei dem Abrechner um einen Mitarbeiter der ASt handelte; grundsätzlich und generell ist ein Unternehmen einstandspflichtig auch für Schlechtleistungen seiner Mitarbeiter. Aber auch wenn man einen eigenen oder überwiegenden Verursachungsbeitrag des Unternehmens selbst verlangen wollte, um z.B. etwaige unvorhersehbare atypische Kausalverläufe auszuschließen, so ist dies hier auch nach dem Vorbringen der ASt gegeben, denn die ASt hatte danach Anlass, den Abrechner engmaschig zu kontrollieren. Ein deutliches Indiz dafür ergibt die von der ASt in ihrer Stellungnahme vom 4. August 2020 (dort S. 22 f.) mitgeteilte Aussage ihres auf der besagten Baustelle tätigen Poliers [...]. Zu diesem teilt die ASt die Aussage mit, dass er auf den Baustellen den damaligen Abrechner der ASt bei der Aufmaßerstellung oftmals nicht begleitet hat bzw. begleiten konnte, weil sich der Abrechner nicht auf die Bitte des Poliers eingelassen habe, entsprechende Termine mit ihm abzusprechen. So bestehen klare Anhaltspunkte dafür, dass es keine hinreichende Kontrolle bei der ASt gegeben hat, ob der Abrechner die Aufmaße auch wirklich in Bezug auf die tatsächlich durchgeführten Arbeiten vor Ort erstellt und dokumentiert hat. Die ASt war mit den Leistungen des Abrechners nicht zufrieden, und zwar bereits zu einem Zeitpunkt vor Erstellung der hier fraglichen Aufmaße, was letztendlich zur Kündigung führte. Die ASt hat somit die erforderliche Sorgfalt vermissen lassen, um die Tätigkeit ihres Abrechners ordnungsgemäß zu überwachen, obwohl nach ihrer eigenen Aussage Anlass hierzu bestand. Hierin liegt ein Organisationsverschulden der ASt. Die ASt hat zwar in ihrer Stellungnahme vom 4. August 2020 (S. 21) vorgetragen, man habe den damaligen Abrechner nach seiner Abmahnung im Mai 2017 stichprobenartig überprüft, dabei seien aber die Abrechnungsfehler zu den nicht erfolgten Fundamentabbrüchen bis zu seiner Kündigung im Juli 2018 nicht aufgefallen. Daraus geht aber schon gar nicht hervor, ob die Arbeitsweise des Abrechners auch im Hinblick auf die Erstellung der Aufmaße und der dazu nötigen Dokumentation regelmäßig überprüft worden ist, insbesondere, ob der Abrechner die Aufmaße auch wirklich vor Ort anhand der konkret geleisteten Arbeiten aufgenommen hat. Der Vortrag zur Aussage des Poliers [...] (a.a.O. S. 22) spricht insoweit für das Gegenteil. Dies bestätigt somit die Erkenntnislage, die die Ag insbesondere im Hinblick auf die Abrechnung der nicht-

abgebrochenen Fundamente des [...] ihrer Vergabesperre vom 18. Dezember 2019 zugrunde legte und worauf sich die Ag auch in ihrer Mitteilung des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB im Schriftsatz vom 23. Juli 2020 gestützt hat. Vor diesem Hintergrund ergeben sich hinreichende zweifelsfreie Anhaltspunkte, dass der Verantwortungsbereich der ASt eröffnet ist und mithin eine dem Verantwortungsbereich der ASt zuzurechnende Schlechtleistung vorlag. Daran ändert der Umstand nichts, dass die [...] in Person des seinerzeit zuständigen Bauüberwachers die unrichtigen Aufmaßblätter abgezeichnet hat, was impliziert, dass die dort ausgewiesenen, tatsächlich aber nicht durchgeführten Abbrucharbeiten auf Seiten der [...] als Auftraggeberin nicht korrekt überprüft worden sind. Eine Abschlagsrechnung, die nicht erbrachte Leistungen in Rechnung stellt, verliert jedoch nicht ihren Charakter als Schlechtleistung, nur weil der Auftraggeber seinerseits die Abrechnung nicht überprüft und nicht bemerkt, dass nicht erbrachte Leistungen in Rechnung gestellt wurden.

- (2) Gleiche Grundsätze gelten für den nicht genehmigten Einsatz eines Nach-Nachunternehmers. Der unstreitig nicht genehmigte Nachunternehmereinsatz in der Stopfschicht am 9./10. August 2017 im Zuge der Arbeiten am [...] durch den von der ASt hierfür eingesetzten Nachunternehmer [...] betrifft ebenfalls eine wesentliche Anforderung der Ag. Das folgt bereits aus § 11 des zugrunde liegenden Bauvertrages Nr. 16FEI23550 vom 20. April 2020. Darin war zwischen der [...] als Auftraggeberin und der ASt ausdrücklich vereinbart worden, dass jeder Nachunternehmereinsatz vorab schriftlich von der Auftraggeberin zu genehmigen war und die ASt als Auftragnehmerin sicherzustellen hatte, dass eingesetzte Nachunternehmer nicht ihrerseits ungenehmigt Arbeiten an Subunternehmer weitergeben. Daraus erschließt sich, dass es der Ag unbedingt darauf ankam, über jeden Einsatz von Nachunternehmen, auch im Sub-Sub-Verhältnis, informiert zu sein und diesen nur freizugeben, wenn die Eignung jedes Nachunternehmers für die Durchführung des konkreten Auftrags vorab positiv bestätigt worden war. Dies ist schon vor dem Hintergrund, dass es letztendlich um die Sicherheit im Bahnverkehr geht, ein definitiv berechtigtes Anliegen der Ag und entspricht den vergaberrechtlichen Regeln der VOB/B. Die [...] ist durch den im Ergebnis nicht mit ihr abgestimmten Sub-Sub-Unternehmereinsatz am 9./10. August 2017 dazu nicht in der Lage gewesen und konnte so nicht eingreifen und prüfen, ob ein geeigneter Nachunternehmer zum Einsatz gekommen ist. Es kommt hinzu, dass die [...] nach § 12.2 des Bauvertrages für den Fall, dass ein nicht genehmigter Nachunternehmer eingesetzt wird bzw. der Auftragnehmer eine Weitergabe durch Nachunternehmer zulässt bzw. duldet, den Bauvertrag außerordentlich kündigen kann. Sanktioniert ein Auftraggeber einen unberechtigten Nachunternehmereinsatz mit

solch erheblichen Folgen, hat der Auftraggeber damit die Wesentlichkeit einer Anforderung im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB deutlich gemacht (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 12. Oktober 2017, Az.: 11 Verg 13/17 sowie Beschluss vom 3. Mai 2018, Az.: 11 Verg 5/18). Der nicht genehmigte Nachunternehmereinsatz ist eine vertragliche Schlechtleistung (vgl. EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019 – Rs. C-267/18, wonach der nicht berechtigte Einsatz eines Nachunternehmers eine erhebliche mangelhafte Erfüllung eines Vertrags darstellen kann, wenn aus Sicht des Auftraggebers das Vertrauensverhältnis dadurch zerstört wurde).

Hier beruft sich die ASt zwar darauf, dass nicht sie selbst den ungenehmigten Nach-Nachunternehmereinsatz veranlasst habe, sondern ihr genehmigter Nachunternehmer; sie sei selbst überrascht gewesen vom Auftauchen des Nach-Nachunternehmers auf der Baustelle. In der Sache mag es durchaus richtig sein, dass der genehmigte Nachunternehmer hier seinerseits ungefragt einen weiteren Nachunternehmer zum Einsatz gebracht hatte, so dass die ASt nicht unmittelbar die Verantwortung hierfür trägt. Auch wenn einem Auftragnehmer z.B. keine Verstöße seines Nachunternehmers gegen die in § 128 GWB genannten und nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB bewehrten gesetzlichen Verpflichtungen zugerechnet werden können (so OLG Celle, Beschluss vom 13. Mai 2019 , 13 Verg 2/19), so ist hier im Anwendungsbereich von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, der auf die reine Schlechtleistung abstellt, doch im oben unter (1) ausgeführten Sinn der Verantwortungsbereich der ASt eröffnet. Der Bauvertrag sieht die Sachverhaltskonstellation des Einsatzes eines weiteren Nachunternehmers durch einen Nachunternehmer ausdrücklich vor und enthält eine diesbezügliche Regelung, wonach eine Kündigung in Betracht kommt, wenn der Auftragnehmer die Weitergabe der Arbeiten durch den Nachunternehmer an ein anderes Unternehmen zulässt oder duldet. Der Auftraggeber hat seinerseits vertragliche Beziehungen allein zum Auftragnehmer, nicht jedoch zum genehmigten Subunternehmer. Es liegt in der Sphäre des Auftragnehmers, hier der ASt, das im Vertragsverhältnis zum Auftraggeber bestehende Verbot der Weitergabe von Arbeiten an nicht genehmigte Unternehmen dem Subunternehmer gegenüber zu kommunizieren, effektiv zu kontrollieren und durchzusetzen. Schon dem Vorbringen der maßgeblich im Hinblick auf § 11.2 des Bauvertrags 16FEI23550 vom 20. April 2017 darlegungspflichtigen ASt ist aber nicht zu entnehmen, dass die ASt ihrem Nachunternehmer [...] Vorgaben gemacht hat, um eine solche Weitervergabe auszuschließen bzw. sicherzustellen, dass die [...] als Auftraggeberin einen solchen Sub-Sub-Einsatz gemäß § 11 des Bauvertrages Nr. 16FEI23550 vorab schriftlich hätte genehmigen können. Die ASt hätte hier zumindest unmittelbar nach Kenntniserlangung, dass ein nicht autorisiertes Unternehmen Arbeiten ausführen sollte, Rücksprache mit dem Auftraggeber, und zwar mit den in § 13 des Bauvertrages 16FEI23550 vom 20.

April 2017 als alleinige Ansprechpartner für das Projekt benannten Mitarbeitern, nehmen und den Sachverhalt sowie dessen nachträgliche Genehmigungsfähigkeit abklären müssen. Dies ist nicht erfolgt. Die Ag konnte daher auf dieser Grundlage ohne ernsthafte Zweifel davon ausgehen, dass die ASt auch diese mangelhafte Vertragserfüllung verursacht hat.

bb) Es handelt sich bei den genannten vertraglichen Vorgaben um wesentliche Anforderungen und eine erhebliche mangelhafte Erfüllung. Entscheidend für das Merkmal der Wesentlichkeit ist die Bedeutung der vertraglichen Anforderung für den öffentlichen Auftraggeber und infolgedessen, welche Auswirkungen die mangelhafte Leistung für den öffentlichen Auftraggeber hatte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, a.a.O.). Das Merkmal der Erheblichkeit betrifft Umfang, Intensität und Grad der Vorwerfbarkeit der Schlechtleistung, erfordert mithin nicht nur geringfügiges, sondern vertragliches Fehlverhalten von einigem Gewicht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, a.a.O.). Eine derart erhebliche mangelhafte Vertragserfüllung liegt u.a. dann vor, wenn ein Fehlverhalten „*ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers aufkommen lässt*“ (vgl. Erwägungsgrund 106, 3. Abs. der EU-Richtlinie 2014/25, ebenso Erwägungsgrund 101 der EU-Richtlinie 2014/24/EU).

- (1) Hier hat das falsche Aufmaß und die falsche Abschlagsrechnung die Ag zu Zahlungen veranlasst, auf die die ASt keinen Anspruch hatte. Zwar steht die Schlussrechnung, die derzeit von der ASt vorbereitet wird, noch aus; die ASt hat ausgeführt, dass hier eine Korrektur erfolgen wird. Dennoch ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es vorliegend nicht um die Thematik der schweren Verfehlung etwa im Sinne eines Abrechnungsbetrugs geht. Ein entsprechender Versuch der ASt hier definitiv nicht unterstellt; insoweit käme es auf die – wie oben dargelegt – streitigen und mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offen gelassenen Fragen an, ob der Abrechner eigeninitiativ handelte oder etwa im Einvernehmen mit der Geschäftsführung. Die Wesentlichkeit der vertraglichen Regelung, wonach das Aufmaß als Basis der Abschlagsrechnung korrekt zu sein hat und wonach die Abschlagsrechnung ausschließlich bereits erbrachte Arbeiten umfassen darf, ergibt sich jedoch generell und losgelöst vom vorliegenden Fall schon daraus, dass fraglich ist, ob der Umstand, wonach ein Aufmaß nicht durchgeführte Leistungen umfasst und wonach die Abschlagsrechnung fehlerhaft ist, später bei der Schlussrechnung dem Auftragnehmer oder dem Auftraggeber überhaupt auffällt. Die Schlussrechnung kann, wie auch vorliegend der Fall, zeitlich erst erheblich später anstehen, und es ist durchaus vorstellbar, dass Sachverhalte, die bereits zwischendurch über eine Abschlagsrechnung verarbeitet wurden, keiner exakten Prüfung mehr unterzogen werden oder – wie im Fall im Boden belassener und neu überbauter Fundamente grundsätzlich denkbar – werden können. Der ASt ist zwar darin beizupflichten,

dass es einer Obliegenheit des jeweiligen Auftraggebers entspricht, die vorgelegten Rechnungen – seien es Abschlags-, seien es Schussrechnungen – auch seinerseits zu überprüfen, bevor die Zahlung veranlasst wird. Dies ist hier offensichtlich nicht geschehen. Dennoch kann die Wesentlichkeit der Anforderung, nur durchgeführte Arbeiten abzurechnen, nicht mit dem Argument in Abrede gestellt werden, der Auftraggeber hätte den Fehler bemerken können und müssen. Ein Auftraggeber muss auf das korrekte Abrechnungsverhalten seines Vertragspartners vertrauen können. Die Anforderung ist vor diesem Hintergrund wesentlich, ein Verstoß dagegen ist erheblich.

- (2) Die Wesentlichkeit der Anforderung, wonach nur genehmigte Sub- bzw. Sub-Subunternehmer Arbeiten durchzuführen berechtigt sind, ergibt sich schon aus dem allgemeinen vergaberechtlichen Leitbild des § 4 Abs. 8 VOB/B, wonach der Einsatz von Nachunternehmern grundsätzlich die schriftliche Zustimmung des Auftraggebers voraussetzt, ferner noch allgemeiner daraus, dass ein Vertragspartner den Anspruch hat, zu wissen, welche Unternehmen die anstehenden Arbeiten ausführen. Speziell im Konzernverbund der Ag kommt hinzu, dass es sich bei Bauarbeiten [...] um Arbeiten handelt, welche die Sicherheit [...] betreffen. Es ist ein legitimer Anspruch der Ag auch im Sinne und zum Schutze der Allgemeinheit, vorab prüfen zu können, ob ein ausführendes Bauunternehmen die erforderliche Eignung und Qualifikation aufweist. Die diesbezügliche Anforderung ist somit wesentlich. Die Erheblichkeit des von der ASt zu verantwortenden Einsatzes eines ungenehmigten Sub-Subunternehmers wird abermals nicht dadurch relativiert, dass die dortige Auftraggeberin auf der Baustelle nicht widersprochen hat. Es ist einmal fraglich, ob es bei Ausführung der Arbeiten vor Ort auf der Baustelle überhaupt bemerkt wurde, dass ein ungenehmigtes Sub-Subunternehmen zum Einsatz kommen sollte. Selbst wenn dies der Fall war, so sind die Unternehmen im Konzernverbund der Ag darauf angewiesen, dass die Arbeiten innerhalb des vorgegebenen Zeitplans durchgeführt werden. Denn für Arbeiten [...] werden Sperrzeiten zugewiesen, in denen [...], was beträchtliche Behinderungen [...] nach sich zieht. Derartige Beeinträchtigungen sind so kurz wie möglich zu halten; nach den Einlassungen der Ag in der mündlichen Verhandlung werden Verlängerungen der eingeplanten Sperrzeiten nach den internen Regularien nicht genehmigt, sondern bei Überschreiten der eingeplanten Zeit muss eine neue, zeitlich spätere Sperrpause beantragt werden. Auch wenn der Auftraggeberin im Projekt [...] vor diesem Hintergrund möglicherweise rein faktisch nichts anders übrig blieb, als den nicht geprüften Sub-Subunternehmer tatsächlich die Arbeiten durchführen zu lassen, so stellt es eine erhebliche Schlechtleistung dar, den Auftraggeber überhaupt in die Situation zu bringen, aus faktischen Zwängen heraus das nicht genehmigte Unternehmen zulassen zu müssen.

In Bezug auf die erhebliche Schlechtleistung ist im Ergebnis zu berücksichtigen, dass es sich nicht um einen Einzelfall, sondern um mehrere selbständige Verstöße gegen wesentliche vertragliche Anforderungen bei besagtem Bauvorhaben der [...] handelt. Danach entsteht nicht der Eindruck eines einmaligen Versehens, sondern der, dass die ASt wiederholt die Einhaltung ihrer vertraglichen Pflichten nicht gewährleisten konnte.

Alle Verstöße stellen für die Ag schließlich eine deutliche Belastung dar, weil sie sich nicht bzw. nicht ohne erheblichen Aufwand beheben lassen (vgl. insofern als Anforderung für erheblich mangelhafte Vertragsfüllung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018, Az.: VII-Verg 49/17). Hinsichtlich der fehlerhaft abgerechneten Fundamentabbrüche folgt das bereits daraus, dass die ASt die fehlerhafte 2. Abschlagsrechnung vom 8. September 2017 immer noch nicht korrigiert bzw. die unstreitig ohne Grund vereinnahmten Entgelte nicht zurückgezahlt hat, sondern die Ag auf die noch zu erstellende Schlussrechnung verweist. Hinsichtlich des nicht genehmigten Nachunternehmers für die Stopfschicht am 9./10. August 2017 ist der Fehler schlichtweg gar nicht mehr zu beheben.

cc) Durch die seitens der [...] mit Schreiben vom 23. März 2020 gegenüber der ASt ausgesprochene Kündigung des Bauvertrages Nr. 16FEI23550 vom 20. April 2017 liegt schließlich auch das Erfordernis einer vorzeitigen Beendigung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vor.

dd) Die vorgenannten Umstände hat die Ag fehlerfrei zum Anlass für eine negative Eignungs- bzw. Zuverlässigkeitsprognose über die ASt im Hinblick auf die im streitgegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebene Rahmenvereinbarung genommen. Die Ag hat im Schreiben vom 23. Juli 2020, mit dem sie der ASt den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mitgeteilt hat, ausgeführt, dass sie mit Blick auf die im streitgegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebene Rahmenvereinbarung, mithin eine längerfristige Vertragsbeziehung, Zweifel hat, dass die ASt die Gewähr dafür bietet, vertragliche Qualitäts- und Leistungspflichten einzuhalten. Die Ag sieht damit ihr Vertrauen in eine zuverlässige langfristige Vertragserfüllung erschüttert. Mit Blick auf die zugrunde gelegte mangelhafte Vertragserfüllung der unstreitig verletzten wesentlichen Anforderungen ist diese prognostische Erwägung der Ag sachgemäß und damit fehlerfrei.

ee) Die Entscheidung der Ag, die ASt vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren auf der Grundlage der genannten Umstände nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen, war schließlich ermessensfehlerfrei. Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liegt nicht vor.

- (1) Der Umstand, dass die zu Unrecht mit der Abschlagszahlung abgerechneten Beträge im Verhältnis zur gesamten Bausumme möglicherweise nicht hoch waren, macht die Verneinung der Eignung für das streitgegenständliche Vergabeverfahren nicht unverhältnismäßig.

Geschütztes Rechtsgut ist hier das Vertrauen eines Auftraggebers in das korrekte Abrechnungsverhalten seines Vertragspartners. So es sich nicht um Bagatellsummen handelt, wird dieses durch falsche Abrechnungen unabhängig von der Größenordnung verletzt. Fünfstellige Summen, um die es hier geht, können nicht mehr als Bagatellbetrag angesehen werden.

- (2) Auch mit Blick auf die Möglichkeit der Selbstreinigung nach § 125 GWB stellt sich der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht als unverhältnismäßig dar. Soweit der ASt die Möglichkeit der Selbstreinigung nach § 125 GWB zur Verfügung steht, wozu die Verfahrensbeteiligten bereits infolge der Vergabesperre in Kontakt standen, hat die Ag in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass sie insofern mindestens eine Korrektur der Abrechnung für geboten hält bzw. eine Nachholung des Fundamentabbruchs. Da beides unstrittig noch nicht erfüllt ist, stand eine den Ausschluss vermeidende, die ASt weniger belastende Alternative bislang nicht zur Verfügung. Die Kündigung des Abrechners hat die ASt ausdrücklich nicht als Selbstreinigungsmaßnahme bezeichnet, sondern dezidiert vorgetragen, dass diese aus anderen Gründen, nicht aber wegen der Vorkommnisse im Projekt [...] ausgesprochen wurde. Dass die [...] bzw. die Ag eine Selbstreinigung der ASt als unzureichend erachtet hat, ist schon vor diesem Hintergrund nicht sachfremd. Der Ausschluss der ASt ist vor diesem Hintergrund auch angemessen. Angesichts der festgestellten erheblichen Pflichtverstöße wäre eine mögliche Zusammenarbeit der Ag mit der ASt in der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung nicht zuzumuten.
- (3) Soweit der Verfahrensbevollmächtigte der ASt in der mündlichen Verhandlung schließlich darauf hingewiesen hat, dass die in der mündlichen Verhandlung thematisierten Vorfälle, maßgeblich der nicht genehmigte Nach-Nachunternehmereinsatz, mit ca. drei Jahren lange zurückklägen, folgt auch daraus nicht die Unverhältnismäßigkeit des Ausschlusses der ASt. Wie das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ergeben hat, sind die aufgegriffenen Vorgänge zwischen ihnen nach wie vor nicht in einer Weise aufgelöst, die der Ag eine Änderung ihrer Prognoseentscheidung über die ASt ermöglichte.

d) Die hier allein behandelten Aspekte rechtfertigen zwar den Ausschluss der ASt vom vorliegenden Vergabeverfahren aus dem Gesichtspunkt der Schlechtleistung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Nach cursorischer Prüfung der Vergabekammer dürften diese Gesichtspunkte für sich genommen jedoch keine dreijährige Vergabesperre nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB rechtfertigen. Hierauf kommt es indes nicht an, denn die ASt hat lediglich ihren Ausschluss aus dem vorliegenden Vergabeverfahren zum Streitgegenstand gemacht, nicht die Maßnahme der Vergabesperre als solche. Ferner liegen der Vergabesperre weitere, hier nicht entscheidungserhebliche Sachverhalte zugrunde. Wie bereits oben ausgeführt, hat sich die Vergabekammer in der vorliegenden Entscheidung auf zwischen den

Parteien unstreitige Sachverhalte beschränkt, welche der ASt schon mit der Vergabesperre am 18. Dezember 2019 kommuniziert worden waren und die mitursächlich für die Kündigung des Bauvertrags 16FEI23550 vom 23. März 2020 waren. Auf Sachverhalte, mit denen die Ag die ASt erst im bereits laufenden Nachprüfungsverfahren mit Schriftsatz vom 23. Juli 2020 konfrontiert hat und die teilweise schon gar nicht vor Stellung des Nachprüfungsantrags Thema zwischen den Parteien waren, hat die Vergabekammer nicht abgestellt. Hier hätte der ASt mehr Zeit für eine interne Sachverhaltsaufklärung sowie für eine Replik gegeben werden müssen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Sätze 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

1. Die ASt trägt nach Zurückweisung des Nachprüfungsantrags als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen), § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB, sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag war notwendig. Ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den öffentlichen Auftraggeber notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden, wobei sich eine allzu kleinliche Betrachtungsweise verbietet (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

Zwar hatte sich die Ag auf den Nachprüfungsantrag der ASt hin mit einer Reihe auftragsbezogener vergaberechtlicher Fragen zum Ausschluss der ASt vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren auseinanderzusetzen, die zum originären Aufgabenbereich der Ag gehören und im Hinblick auf die Durchführung des Vergabeverfahrens von einem öffentlichen Auftraggeber, der wie die [...] zudem konzernintern über spezialisierte rechtliche Einheiten verfügt, auf deren Expertise auch die Ag zurückgreifen konnte, beherrscht werden können und müssen. Dies spricht bei Gesamtbetrachtung des Nachprüfungsverfahrens allerdings nicht überwiegend gegen die Notwendigkeit der Hinzuziehung des Rechtsanwalts der Ag. Insofern ist ebenso zu berücksichtigen, dass sich die Ag auf den Nachprüfungsantrag hin mit einer komplexen Gemengelage aus vergabeverfahrensrechtlichen und mit Blick auf die Kündigung des Bauvertrages Nr. 16FEI23550 vom 20. April 2017 vertrags- bzw.

zivilrechtlichen Fragestellungen zur vertragsgerechten Durchführung zu den im Einzelnen erörterten Positionen, die mit dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren nicht unmittelbar zusammenhängen, sondern sich in einem anderen Vertragsverhältnis stellten, auseinanderzusetzen hatte. Bei Abwägung der sich so gegenüberstehenden Aspekte lässt es das komplexe Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtsfragen angemessen erscheinen, dass sich die Ag rechtsanwaltlicher Hilfe versichert hat, um sich gegenüber dem Nachprüfungsantrag sachangemessen zu verteidigen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang zu Gunsten der Ag außerdem der Aspekt der Waffengleichheit, da auch die ASt anwaltlich vertreten war.

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.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung