

Titel:

Darlegungspflicht des Auftraggebers bei Bieterausschluss aufgrund früherer Schlechtleistung

Normenkette:

GWB § 124 Abs. 1 Nr. 7, § 134

Leitsätze:

1. Der Ausschluss eines Bieters wegen Schlechtleistung in einem früheren öffentlichen Auftrag eines anderen Auftraggebers gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB setzt voraus, dass der Auftraggeber, der das Angebot ausschließen will, darlegen kann, dass der andere öffentliche Auftraggeber den Bieter wegen dieser Schlechtleistung rechtmäßig gekündigt hat bzw. rechtmäßig vergleichbare Rechtsfolgen (wie Schadensersatz) herbeigeführt hat (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2017, 13 Verg 9/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018, VII-Verg 49/17). (Rn. 72 – 76)

2. In einem solchen Fall kann unzureichendes zivilrechtliches Vorgehen des anderen öffentlichen Auftraggebers, das dessen ausgesprochene Kündigung als außerordentliche Kündigung unwirksam erscheinen lässt, trotz Schlechtleistung des Bieters zur Rechtswidrigkeit eines Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB führen. (Rn. 77 – 108)

Schlagworte:

Ausschluss, Bieter, Schlechtleistung, früherer öffentlichen Auftrag, Bauvorhaben

Fundstelle:

BeckRS 2019, 23385

Tenor

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Die Angebotsprüfung und -wertung ist von der Antragsgegnerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von ...,00 Euro festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

1

Die Antragsgegnerin beabsichtigt die Brandschutzputzleistungen (Altputzentfernung, Aufbringung neuen Brandschutzputz) im Rahmen des Bauvorhabens in der ... in München zu vergeben und hat eine entsprechende Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union im Wege eines offenen Verfahrens veröffentlicht. Nach Ziffer II.2.5) der Bekanntmachung wurde der Preis als einziges Zuschlagskriterium genannt.

2

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 27.09.2018, 10:00 Uhr, genannt.

3

Nach der Niederschrift über die Öffnung der Angebote reichten zwei Bieter fristgerecht jeweils ein Angebot ein, darunter die Antragstellerin, die das niedrigste Angebot vorgelegt hat.

4

Am 13.11.2018 fand ein Gespräch zwischen der Antragsgegnerin und dem Planungsbüro über die Zuverlässigkeit der Antragstellerin statt, da dem Planungsbüro aus einem anderen Bauprojekt in der

Gemeinde B... bekannt war, dass die Antragstellerin die Arbeiten erst nach mehrfacher Aufforderung verzögert durchgeführt habe und die Gemeinde B... den Auftrag mit der Antragstellerin schließlich deswegen gekündigt habe. Auch in der Gemeinde N... sei die Antragstellerin mit ihren Leistungen in Verzug geraten und die Gemeinde habe nur deshalb auf eine Kündigung verzichtet, da sie in der verbleibenden Zeit keinen Ersatzunternehmer gefunden habe.

5

Mit Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 27.11.2018, gefaxt am 28.11.2018, wurde die Antragstellerin von der beabsichtigten Zuschlagserteilung am 09.12.2018 an den Bieter R... GmbH & Co. KG informiert. Weiter wurde der Antragstellerin in der Anlage zu diesem Schreiben mitgeteilt, dass ihr Unternehmen wegen fehlender Eignung ausgeschlossen werde, da die Bauleistungen der Antragstellerin im Jahre 2018, die der Antragsgegnerin bekannt geworden seien, nicht erwarten ließen, den zu vergebenden Auftrag ordnungsgemäß auszuführen. Die Antragsgegnerin habe erfahren, dass der Antragstellerin eine Gemeinde wegen Verzug von Putzarbeiten gekündigt habe und ein anderes Unternehmen damit beauftragt habe. Weiter sei der Antragsgegnerin von einer zweiten Gemeinde bekannt geworden, dass die Antragstellerin wegen Verzug und mangelhafter Leistung ernsthaft erwogen habe, den Auftrag zu kündigen und einen zusätzlichen Auftrag nicht an die Antragstellerin zu erteilen.

6

Daraufhin rügte die anwaltlich vertretene Antragstellerin per Fax am 06.12.2019 den Ausschluss nach § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A als nicht gerechtfertigt.

7

Die Antragstellerin habe die Kündigung des einen Bauvorhabens nicht verschuldet, da sich bereits der Zuschlag verzögert habe und danach die Vorgewerke nicht die nötigen Vorleistungen erbracht haben. Zudem seien Behinderungsanzeigen gestellt worden. Im Übrigen sei die Kündigung wegen Vertragsverletzung etc. nicht vorgelegen. Die Antragstellerin habe der Kündigung widersprochen. Die Kündigung sei eine freie Auftraggeberkündigung gewesen.

8

Beim zweiten Bauvorhaben habe eine Kündigung nicht vorgelegen und die Gewerke der Antragstellerin seien abgenommen worden.

9

Mit Fax vom 07.12.2018 stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer Südbayern einen Nachprüfungsantrag und beantragte,

I.

Es wird beantragt, ein Nachprüfungsverfahren gem. §§ 160 ff. GWB einzuleiten.

II.

Festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.

III.

Geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.

Hilfsweise wird beantragt,

Für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

IV.

Einsicht in die Vergabeakten gem. § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren.

V.

Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

10

Ein Ausschluss nach § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A sei vorliegend nicht rechtmäßig, da die Ausschlusskriterien nicht vorlägen. Die Antragstellerin sei dadurch in ihren Rechten verletzt.

11

Da bisher kein Vertragsverhältnis zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin bestanden habe, könne die Antragsgegnerin nicht auf eigene Erfahrungen zurückgreifen. Die Antragsgegnerin habe in der Begründung zum Ausschluss lediglich Andeutungen gemacht, diese stellten keine gesicherten Kenntnisse dar, die als Grundlage für eine Prognoseentscheidung zum Ausschluss wegen früheren Schlechtleistungen erforderlich seien. Bei dem Bauvorhaben der Gemeinde B... habe die Antragstellerin die Verzögerungen nicht zu vertreten gehabt. Aufgrund mangelnder Vorleistungen habe sich die Ausführungsfrist bereits um einen Monat verzögert. Am 19.10.2017 sei die Leistungsbereitschaft nochmals angezeigt worden und der Annahmeverzug erklärt worden. Neue Vertragsfristen seien nicht vereinbart worden. Die Baustelle sei immer mehr in den Winter verlegt worden, so dass Putzarbeiten nur eingeschränkt durchführbar gewesen seien. Im Übrigen habe die Antragstellerin mehrere Behinderungsanzeigen wegen fehlender Vorleistungen gemacht. Letztlich sei das Auftragsverhältnis gekündigt worden. Es handle sich um eine freie Auftraggeberkündigung. In Bezug auf das weitere Bauvorhaben in N..., sei dort keine Kündigung ausgesprochen worden und die Leistung ohne größere Mängel abgenommen worden. Eine mangelnde Leistung und ein Verzug könne seitens der Antragstellerin nicht gesehen werden.

12

Die Vergabekammer informierte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 07.12.2018 über den Nachprüfungsantrag. Diese legte Vergabeunterlagen am 13.12.2018 vor.

13

Die Antragsgegnerin beantragte in ihrer Erwiderng vom 19.12.2019:

1. Der Antrag der Antragstellerin vom 07.12.2018 wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

14

Der Ausschluss der Antragstellerin sei rechtmäßig. Nach Submission sei der Antragsgegnerin bekannt geworden, dass die Gemeinde B... den Vertrag über die vergebenen Putzarbeiten in größerem Umfang im Frühjahr 2018 wegen erheblichem Leistungsverzug und anderer wesentlicher Vertragsverstöße mit der Antragstellerin gekündigt habe. Weiter sei ihr bekannt geworden, dass die Gemeinde N... im Chiemgau ebenfalls im Jahr 2018 wegen erheblichem Verzug mit mehrfachen Mahnungen und wegen mangelhafter Leistung der Antragstellerin die Kündigung eines Auftragsverhältnisses mit der Antragstellerin ernsthaft erwogen habe und nur aus Termingründen davon abgesehen habe. Diese Information habe die Antragsgegnerin von dem von ihr mit der Ausschreibung und Bauüberwachung beauftragten Architekturbüro K... Architekten erhalten, das auch die genannten Aufträge in den Gemeinden B... und N... ausgeschrieben und überwacht habe.

15

Weiter wurde ausgeführt, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Antragstellerin gemäß § 6 e EU Abs. 6 Ziffer 7 VOB/A vorlägen, da eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung des in B... genannten Auftrags erheblich und fortdauernd mangelhaft erfüllt worden sei. Die Antragsgegnerin habe sich von ihrem Architekten umfassend informieren lassen. Nach Mitteilung der Gemeinde B... habe die Antragstellerin bis zum heutigen Tag nichts gegen die ausgesprochene Auftragsentziehung unternommen, obwohl die Gemeinde B... der Antragstellerin nach Vorlage einer Schlussrechnung mitgeteilt habe, dass nicht sie an die Antragstellerin Zahlungen leisten werde, sondern die Antragstellerin an die Gemeinde Schadensersatz zu zahlen habe, dessen Höhe noch ermittelt werde. Auf die Darstellung im Ausschluss schreiben komme es nicht an. Da die Antragstellerin den der Vertragskündigung zugrundeliegenden Sachverhalt im Einzelnen kenne, sei dies nicht näher zu erläutern gewesen. Die Antragsgegnerin habe sich umfassend vom für B... tätig gewordenen Architekten informieren lassen. Sie habe nicht aufgrund unzureichender und pauschaler Behauptungen ihre Entscheidung über den Ausschluss getroffen, sondern nach gründlicher Abwägung. Der Rechtsanwalt der Antragsgegnerin habe auch die beiden Gemeinden bei den genannten Bauvorhaben rechtlich beraten.

16

Mit Schreiben vom 07.01.2019 teilte die Antragstellerin mit, dass keine wesentliche Anforderung bei der Ausführung des Bauvorhabens der Gemeinde B... erheblich und fortdauernd mangelhaft erfüllt worden seien. Der Leistungsverzug werde bestritten. Die Antragstellerin habe bei verzögertem Arbeitsbeginn der Gemeinde B... die Leistungsbereitschaft angezeigt und den Annahmeverzug erklärt. Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin die Kündigung zurückgewiesen. Die Abwicklung des Bauvorhabens laufe noch. Sie habe bereits zur Vorbereitung von rechtlichen Schritten die Angelegenheit an ihre anwaltliche Vertretung gegen die Schlussrechnung übermittelt. Ferner sei die Auftragskündigung zu Unrecht erfolgt.

17

Daraufhin äußerte die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 11.01.2019, dass zwar die Antragstellerin der mit Schreiben vom 21.03.2018 ausgesprochenen Kündigung der Gemeinde B... mit Schreiben vom 22.03.2018 widersprochen habe, jedoch in der Folge keine weiteren Schritte eingeleitet worden seien. Insbesondere habe die Antragstellerin nichts unternommen, um die von ihr geltend gemachten Vergütungsansprüche zu realisieren, obwohl ihr spätestens seit 20.10.2018 das Korrektorexemplar ihrer Schlussrechnung vorliege. Zudem sei eine Kürzung der Schlussrechnung von 47.551,49 € auf 2.172,02 € erfolgt, die jedoch von der Gemeinde B... nicht ausgezahlt werde, um sie mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von über 35.000 € zu verrechnen. Als Anlage wurden das Kündigungsschreiben der Gemeinde B... sowie das Abrechnungsschreiben vom 18.10.2018, dem nicht widersprochen worden sei, vorgelegt.

18

Weiter äußerte die Antragsgegnerin, dass eine detaillierte Darstellung des Vertragsverhältnisses zwischen der Antragstellerin und der Gemeinde B... nicht erforderlich sei, da die Gründe der Kündigung der Antragstellerin bekannt seien. Auch sei der Antragstellerin das Architekturbüro bekannt, welches für die Antragsgegnerin hier die Vergabe durchführe und dass dieses Büro auch für die Gemeinden B... und N... tätig geworden sei.

19

Mit Schreiben vom 21.01.2019 wies die Antragstellerin nochmals darauf hin, dass sie der Kündigung vom 21.03.2018 mit Schreiben vom 27s.03.2018 widersprochen habe. Allein der Umstand, wonach bisher kein Rechtsstreit bei Gericht in dieser Angelegenheit anhängig sei, stelle kein Indiz für die Rechtmäßigkeit der Kündigung der Gemeinde B... dar. Die Werklohnforderung oder Vergütung spiele für den Ausschluss keine Rolle. Entscheidend sei vorliegend allein, ob die Kündigung rechtmäßig erfolgt sei, was vorliegend nicht der Fall sei. Laut Vertrag sei der Auftragsbeginn in B... der 04.09.2018 gewesen und am 12.10.2018 sei ein Beginn der Leistungen immer noch nicht möglich gewesen. Am 12.10.2017 sei dann eine Behinderungsanzeige getätigt und der Annahmeverzug erklärt worden. Am 19.10.2017 sei erneut eine Behinderungsanzeige gegenüber der Gemeinde B... getätigt und der Annahmeverzug erklärt worden. Allein die Verzögerung, welche die Gemeinde B... zu vertreten habe, zeige, dass der Ausführungsbeginn um knapp 2 Monate nach hinten verschoben worden sei. Witterungsbedingte Verzögerungen, die sich ebenfalls ergeben hätten, seien daher nicht der Antragstellerin anzulasten. Derzeit werde noch versucht, die Angelegenheit außergerichtlich zu lösen, insbesondere da die Gemeinde B... der Antragstellerin signalisiert habe, eine außergerichtliche Lösung zu favorisieren.

20

Nachdem die Antragstellerin der Kündigung der Gemeinde B... widersprochen habe, sei der Sachverhalt gerade nicht unstrittig.

21

Mit Schreiben vom 29.01.2019 verwies die Antragsgegnerin auf ihre bisherigen Schriftsätze. Sie teilte mit, dass es dabei bleibe, dass bisher die Antragstellerin nichts gegen die Kündigung unternommen habe, obwohl sie dadurch einen angeblichen Restwerklohn in Höhe von ca. 45.000 Euro verloren habe und mit erheblichen weiteren Schadensersatzanforderungen rechnen müsse. Auch aus dem Umstand, dass sie nichts Näheres zur Abwicklung des Auftrags zwischen der Antragstellerin und der Gemeinde N... vorgetragen habe, bedeute nicht, dass die von der Gemeinde N... im Rahmen der Auftragsabwicklung gegenüber der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe gegenstandslos seien. Da aber keine Kündigung ausgesprochen wurde, vertiefe die Antragsgegnerin dies nicht.

22

Nach Auffassung der Antragsgegnerin genügen ein starkes Indiz sowie gesicherte Erkenntnisse aus seriösen Quellen für eine berechnete außerordentliche Kündigung. Das Kündigungsschreiben der Gemeinde B... vom 21.03.2018, welchem die Antragstellerin inhaltlich nur höchst oberflächlich widersprochen habe, sowie zum anderen das unwidersprochen gebliebene Abrechnungsschreiben vom 18.10.2018, genüge als Indiz. Die Antragsgegnerin habe sich keineswegs leichtfertig, sondern nach reiflicher Überlegung und Wertung der Informationen dazu entschlossen, die Antragstellerin vom Verfahren auszuschließen.

23

Mit Schreiben vom 05.02.2019 nahm die Antragstellerin nochmals Stellung und verwies im Wesentlichen auf ihre bisherigen Schriftsätze und bat nochmals um Akteneinsicht.

24

Die ehrenamtliche Beisitzerin hat mit Schreiben vom 20.02.2019 die Entscheidung über den Umfang der Akteneinsicht über Beiladungen und Verfahrenseinstellungen nach Rücknahme oder anderweitiger Erledigung auf den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin übertragen.

25

Mit Beschluss vom 20.02.2019 wurde die Bieterin, die bezuschlagt werden soll, beigeladen.

26

Ebenfalls mit Schreiben vom 20.02.2019 wurden die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung am 07.03.2019 um 10.00 Uhr in die Räume der Regierung von Oberbayern geladen.

27

Mit Beschluss vom 21.02.2019 wurde der Umfang der Akteneinsicht festgelegt und der Antragstellerin entsprechend dem Umfang Akteneinsicht erteilt.

28

Jeweils mit Schreiben vom 21.02.2019 hat die Vergabekammer die Antragstellerin und die Antragsgegnerin aufgefordert zur Kündigung des Auftrags durch die Gemeinde B... vom 23.03.2018 ausführlich Stellung zu nehmen und insbesondere alle der Kündigung vorangegangene Vorfälle (z.B. Verzögerungen, Behinderungsanzeigen, Annahmeverzug) chronologisch darzulegen und Kopien des entsprechenden Schriftverkehrs zu übermitteln.

29

Daraufhin teilte die Antragstellerin mit Schreiben vom 01.03.2019 hinsichtlich des Verlaufs des Bauvorhabens Gemeinde B... folgendes mit:

30

Gemäß Formblatt 214.H „Besonderen Vertragsbedingungen“ sei als Ausführungsfrist nach § 5 VOB/B unter Ziffer 1.1 mit der Ausführung der Leistung am 04.09.2017 zu beginnen und die Leistung am 09.03.2019 zu vollenden (abnahmereif fertig zu stellen). Nach Ziffer 1.2 der „Besonderen Vertragsbedingungen“ wurde als verbindliche Fristen (=Vertragsfristen) gemäß § 5 Abs. 1 VOB/B die vorstehende Frist für den Ausführungsbeginn, die vorstehende Frist für die Vollendung (abnahmereife Fertigstellung) der Leistung und folgende als Vertragsfrist vereinbarte Einzelfristen aus dem beigefügten Bauzeitenplan „(...)“ genannt.

31

Unter Ziffer 1.3 wurde ausgeführt: „Ändern sich während der Vertragsdurchführung die Vertragsfristen durch Vereinbarung oder gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B, treten diese an die Stelle der ursprünglich vereinbarten Fristen.“

32

Die Antragstellerin wies zudem darauf hin, dass die vereinbarten Vertragsfristen aufgrund einer erheblichen mehrmonatigen Bauverzögerung, welche die Antragstellerin nicht zu vertreten gehabt habe, obsolet geworden seien.

33

Am 14.09.2017 habe ein Ortstermin mit dem Bauleiter stattgefunden bei der die Antragstellerin gebeten worden sei, die Putzarbeiten für das Wohnhaus im Untergeschoß (Ausführung Technikraum) vorzuziehen. Diese seien im Zeitraum vom 09.10.2017 - 11.10.2017 durchgeführt worden. Darüber hinaus sei vereinbart

worden, dass die Antragstellerin nach Durchführung der Arbeiten im Untergeschoß den weiteren Innenbereich verputzen könne.

34

Am 12.10.2017 sei eine Behinderungsanzeige aufgrund fehlender Vorleistungen erfolgt und der Annahmeverzug erklärt worden. Daraufhin habe das Büro K... Architekten gebeten, den Annahmeverzug zurückzuziehen, da der ursprüngliche Ausführungsbeginn erst der 16.10.2017 gewesen sei.

35

Nachdem auch nach dem 16.10.2017 keine Möglichkeit bestanden habe, die Arbeiten vereinbarungsgemäß durchzuführen, habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 19.10.2017 eine Behinderungsanzeige aufgrund fehlender Vorleistungen gestellt und den Annahmeverzug erklärt. Daraufhin sei mit Schreiben des Büros K... Architekten vom 10.11.2017 lediglich ein klärendes Gespräch gewünscht worden.

36

Am 15.11.2017 habe erneut ein Ortstermin mit dem Bauleiter der Antragstellerin und dem Bauleiter/Architekt, Herrn Z... stattgefunden. Auch zu diesem Zeitpunkt sei aufgrund der fehlenden Vorleistungen keine Durchführung der Leistungen der Antragstellerin möglich gewesen. Der Abschluss der geplanten Vorarbeiten sei auch tatsächlich erst in der KW 3/2018 geplant gewesen.

37

Mit E-Mail vom 18.12.2017 habe das Büro K... Architekten um die Bestätigung gebeten, dass ab dem 22.01.2018 eine Putzkolonnie für das Wohnhaus eingeteilt werde und die Antragstellerin habe dies mit E-Mail vom 20.12.2017 bestätigt, worin nach Ansicht der Antragstellerin jedoch keine Vereinbarung einer verbindlichen Vertragsfrist zu sehen sei.

38

Am 16.01.2018 habe sie eine E-Mail an das Büro K... Architekten gesandt und den Beginn der Arbeiten Mitte bis Ende der KW 5 2018 angegeben, was jedoch ebenfalls keine konkrete Zusage gewesen sei, dass zu diesem Zeitpunkt mit den Arbeiten begonnen werde. Mit E-Mail vom 01.02.2018 antwortete das Büro K... Architekten, dass bei einem Baustellenbesuch am heutigen Tag festgestellt worden sei, dass die Arbeiten der Antragstellerin noch nicht begonnen wurden und es werde eine Nachfrist bis Montag, den 05.02.2018 gesetzt.

39

Am 07.02.2018 habe die Antragstellerin dann zunächst telefonisch und nach Aufforderung durch das Büro K... Architekten am 09.08.2018 auch per E-Mail Behinderungsanzeige gestellt und mitgeteilt, dass Vorleistungen fehlen bzw. mangelhaft ausgeführt seien, nämlich fehle die Baufreiheit, Wände und Beton seien nass und könnten somit nicht verputzt werden, Ausblühungen und Salze befänden sich an den Außenwänden, Elektro- und Sanitärschlitze seien nicht geschlossen und es fehlten Abdeckungen der Elektro Dosen.

40

Noch mit E-Mail vom 09.02.2018 habe das Büro K... Architekten hierauf geantwortet und bemängelt, dass zu den nassen Wänden ein Messprotokoll fehle und die Ausblühungen an einem der angebotenen Ortstermine hätten angesprochen werden können. Zudem seien kleinere Elektroschlitze selbst zu schließen und die Sanitärschlitze und die fehlenden Elektro Dosen seien seit zwei Tagen montiert. Am 14.02.2018 habe das Büro K... Architekten per E-Mail eine Frist für den Arbeitsbeginn bis spätestens 19.02.2018 gesetzt.

41

In der Zeit vom 22.02.2018 bis 01.03.2018 habe die Antragstellerin Vorbereitungsarbeiten ausgeführt, für die sie Tagesberichte vorlegt.

42

Am 26.02.2018 habe die Antragstellerin erneut eine Behinderungsanzeige gestellt, da witterungsbedingt der Bauwasseranschluss eingefroren sei und gab ein Nachtragsangebot für eine Begleitheizung ab, welche vom Büro K... Architekten mit E-Mail vom 28.02.2018 auch beauftragt wurde.

43

Am 12.03.2018 habe die Antragstellerin neue Mitarbeiter eingestellt, die Engpässe auf Grund der Verzögerungen abdecken sollten.

44

Mit Schreiben vom 14.03.2018 habe die Gemeinde B... die Antragstellerin aufgefordert die Baustelle bis Montag, 19.03.2018, 9.00 Uhr wieder mit einer Kolonne aus mindestens 3 Arbeitern zu besetzen und die Arbeiten wieder aufzunehmen, ansonsten werde sie den Vertrag kündigen. Die Antragstellerin wies mit Schreiben vom 15.03.2018 die Aufforderung zur Baustellenbesetzung zurück, da die Verzögerungen nicht von ihr zu vertreten waren. Sie sagte jedoch zum ab dem 19.03.2018 die Baustelle zu besetzen und die Arbeiten wieder aufzunehmen, wenn bis dahin alle Vorarbeiten erledigt seien und die Arbeiten störungsfrei durchgeführt werden könnten.

45

Am 19.03.2018 seien drei Mitarbeiter der Antragstellerin auf der Baustelle gewesen, sie hätten jedoch nur Vorarbeiten ausführen können, da das Putzsilo defekt gewesen sei und erst am darauffolgenden Tag vom Lieferanten, der Fa. H... repariert worden sei.

46

Daraufhin habe die Gemeinde B... mit Schreiben vom 21.03.2018 den Vertrag mit sofortiger Wirkung gekündigt, da die Antragstellerin am 19.03.2018 ungenehmigt Subunternehmer auf der Baustelle eingesetzt habe sowie dass am 19.03.2018 die Mitarbeiter nur teilweise vor Ort waren und am 20.03.2018 gar niemand erschienen war. Dieser Kündigung habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.03.2018 widersprochen.

47

Am 07.03.2019 fand in den Räumen der Regierung von Oberbayern die mündliche Verhandlung statt. Die Sach- und Rechtslage wurde erörtert. Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit zum Vortrag. Der Vorsitzende der Vergabekammer erläuterte zu Beginn der Verhandlung, dass für die Prüfung, ob der Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erfüllt ist, zunächst entscheidend sei, ob die Kündigung des Auftrags der Gemeinde B... gegenüber der Antragstellerin gerechtfertigt war.

48

Die Antragsgegnerin wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie das Schreiben der Vergabekammer, datiert auf den 21.01.2019, versandt am 21.02.2019, wonach um Sachvortrag zur Kündigung, insbesondere um Darlegung in chronologischer Hinsicht zu den vor Kündigung vorangegangenen Vorfälle und Übermittlung von Kopien gebeten wurde, nicht erhalten habe, und deshalb nicht beantwortet habe.

49

Der Vorsitzende erläuterte aufgrund der übersandten Unterlagen der Antragstellerin den Ablauf vor Kündigung des Auftrags in B... soweit der Vergabekammer derzeit Sachvertrag vorliegt.

50

Nach derzeitigen noch nicht vollständigem Sachvertrag sei eine Kündigung wegen unzulässigem Nachunternehmereinsatz nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. 4 Abs. 8 VOB/B nicht ausreichend dargelegt. Bezüglich einer Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. 5 Abs. 4 VOB/B erachte die Kammer derzeit insbesondere die Vorgänge nach der Fristsetzung mit Kündigungsandrohung für maßgeblich.

51

Die Antragstellerin teilte auf Nachfrage des Vorsitzenden mit, dass der Silo von ihrem Lieferanten, der Firma H..., geliefert worden sei und am 20.03.2018 nur ein Mitarbeiter dieser Firma auf der Baustelle gewesen sei. Am 19.03.2018 und 21.03.2018 seien 3 ihrer Mitarbeiter (Herr Ö..., Herr Y... und Herr S...) auf der Baustelle gewesen. Weiter erklärte die Antragstellerin, dass die Situation auf der Baustelle kurz vor der Kündigung angespannt gewesen sei und die Mitarbeiter eventuell verunsichert waren und deshalb Missverständnisse verursacht haben könnten. Möglicherweise könnte es bei den drei neu eingestellten Mitarbeitern Verständigungsschwierigkeiten wegen der Sprache gegeben haben, insbesondere bei zweien dieser Mitarbeiter.

52

Die Parteien erhielten letztmals Schriftsatzfrist zu den Vorgängen in B... bis 21.03.2019.

53

Die Antragsgegnerin führte mit nachgelassenem Schriftsatz vom 21.03.2019 aus, dass die Antragstellerin unstreitig die eigenen Zusagen, mit der beauftragten Leistung am 22.01.2018 bzw. ab Mitte der 5. Kalenderwoche zu beginnen, nicht eingehalten habe. Auch das Wetter im Februar oder März 2018 sei nicht über lange Zeit so schlecht gewesen, dass der Beginn der Arbeiten verhindert gewesen wäre. Der Kälteeinbruch Ende Februar sei nur von sehr kurzer Dauer gewesen und die Heizung der Wasserleitung sei bereits am 27.02.2018 installiert gewesen. Am 27.02.2018 habe die Antragstellerin auch auf die Aufforderung der Bauleitung reagiert und zwei Mitarbeiter zu einem Ortstermin entsandt, bei dem festgelegt worden sei, dass mit den Verputzarbeiten begonnen werden könne und lediglich an einen wenigen Stellen noch Restarbeiten bzw. Mängelbeseitigungen der Vorgewerke durchzuführen wären. Die Gemeinde B... habe die Antragstellerin mit E-Mail vom 04.03.2018 aufgefordert, am 12.03.2018 die Arbeiten fortzusetzen, doch trotz zwei Wochen Vorlaufzeit sei die Antragstellerin weder am 12.03.2018 noch am 13.03.2018 auf der Baustelle erschienen, so dass die Gemeinde B... mit Schreiben vom 14.03.2018 die als Anlage AST 23/1 vorgelegte Mahnung mit Kündigungsandrohung aussprach.

54

Die Gemeinde B... habe zudem am 23.03.2018 auf den Kündigungswiderspruch der Antragstellerin reagiert und in einem Schreiben ausgeführt, dass der behauptete Ausfall des Putzsilos nicht auf einen Schaden des Silos zurückzuführen sei. Dies habe der von der Projektleiterin der Gemeinde befragte Mitarbeiter der Fa. H... bestätigt. Da es sich bei dem Putzsilos jedoch um ein von der Antragstellerin auf die Baustelle gebrachtes Arbeitsgerät handle, für deren Funktionsfähigkeit sie selbst zu sorgen habe, komme es nicht darauf an, ob das Silo tatsächlich eingefroren gewesen sei. Unabhängig davon wäre es trotz Ausfalls dieses Silos möglich gewesen, weitere Arbeiten durchzuführen, die ohne Nutzung des Putzsilos hätten erbracht werden können, denn die am Mittwoch, den 21.03.2018 erschienenen Personen haben an diesem Tag noch weitere Vorarbeiten geleistet.

55

Die Antragsgegnerin bestreitet zudem vorsorglich, dass Lohnabrechnungen für die im Schriftsatz vom 06.03.2019 genannten Mitarbeiter vorgelegt wurden, in welche sie aus Datenschutzgründen keine Einsicht erhalten habe. Sie ergänzt zudem ihren bisherigen Vortrag zu den Ereignissen am 19.03.2018 und 21.03.2018. Am Montag, den 19.03.2018 sei vormittags zunächst ein Mitarbeiter der Antragstellerin mit einem Lieferwagen der Antragstellerin (auf den Seitenwänden des Fahrzeugs war groß und deutlich der Name der Antragstellerin angebracht) erschienen, habe Material auf die Baustelle geliefert und sei wieder gefahren. Mittags um kurz nach 12:00 Uhr habe der Bauleiter der Gemeinde festgestellt, dass ein Mann auf die Baustelle gekommen sei, den er nicht kannte. Er habe den Mann angesprochen und von ihm erfahren, dass er Subunternehmer der Antragstellerin sei und den Auftrag zur Durchführung der Innenputzarbeiten von der Antragstellerin erst vor knapp einer Woche erhalten habe. Der Mann habe erklärt, er warte noch auf „seine Leute“ und habe angekündigt, die Arbeiten in 2 Wochen abzuwickeln. Auf die Frage, ob er beginnen könne oder es noch weiterer Vorarbeiten bedürfe, habe er erklärt, dass die Vorgewerke nach seiner Meinung in Ordnung seien und er anfangen könne. Der Bauleiter der Gemeinde habe sich den Namen seines Gesprächspartners („M...“) und den Namen der Firma („B...“) geben lassen und beides auf einem Zettel notiert, den er am 21.03.2018 der Projektleiterin der Gemeinde übergeben habe. Sein Gesprächspartner sei zwar offensichtlich Ausländer gewesen, habe aber so gut Deutsch verstanden und gesprochen, dass der Bauleiter der Gemeinde ausschließe, dass er seine Fragen nicht oder nicht richtig verstanden habe. Den beschriebenen Ablauf der Ereignisse habe er auch so in seinem elektronischen Bautagebuch notiert. Auch bei seinem Besuch am 21.03.2018 auf der Baustelle habe der Bauleiter der Gemeinde festgestellt, dass sein Gesprächspartner mit zwei oder drei Mitarbeitern auf der Baustelle arbeitete. Entsprechendes sei auch im elektronischen Bautagebuch für den 21.03.2018 notiert.

56

Die Antragstellerin ergänzte mit nachgelassenem Schriftsatz vom 21.03.2019 noch die Tagesberichte vom 14.03.2018 und vom 15.03.2018 sowie das Buchungsjournal und die entsprechenden Tagesberichte für den 19.03.2018, den 21.03.2018 und den 22.03.2018. Zudem merkte die Antragstellerin an, dass sich aus den ihr vorliegenden Vergabeunterlagen keine Auseinandersetzung der Antragsgegnerin mit dem von Herrn Merk mitgeteilten Sachverhalt findet, so dass ein Ermessensnichtgebrauch der Antragsgegnerin vorliege, da sie die mitgeteilten Informationen weder hinterfragt habe noch eine kritische Auseinandersetzung hiermit erfolgt sei.

57

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

58

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

59

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 1 und 2 BayNpV.

60

Gegenstand der Vergabe ist ein Bauauftrag i.S.d. § 103 Abs. 1, 3 GWB. Die Antragsgegnerin ist Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Gesamtauftragswert überschreitet den gemäß § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwert in Höhe von 5.248.000 Euro erheblich.

61

Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 - 109 GWB liegt nicht vor.

62

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

63

Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

64

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch den Ausschluss ihres Angebots geltend gemacht.

65

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entgegen, da die Antragstellerin ihren Ausschluss rechtzeitig innerhalb von zehn Kalendertagen gerügt hat. Nach dem Zugang des Informationsschreibens nach § 134 GWB vom am 28.11.2018 hatte sie Ihre diesbezügliche Rüge mit Fax vom 06.12.2018 erhoben.

66

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet, da die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu Unrecht nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen hat.

67

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB können öffentliche Auftraggeber 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 oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat.

68

Die Antragsgegnerin hatte die von einem Dritten, nämlich der Gemeinde B..., in einem früheren Auftragsverhältnis geltend gemachte Pflichtverletzung der Antragstellerin und die daraufhin am 21.03.2018 erfolgte außerordentliche Kündigung des früheren öffentlichen Auftrags zum Anlass genommen die Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen. Nach Auffassung der Vergabekammer Südbayern sind jedoch die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht erfüllt, da die Kündigung der Gemeinde B... als Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8

Abs. 3 Nr. 1 VOB/B - soweit dies nach dem Vortrag im Nachprüfungsverfahren ersichtlich ist - nicht rechtmäßig erfolgt ist.

69

2.1. Im Streitfall muss die Vergabestelle den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes - also der erheblichen und fortdauernden Schlechtleistung als Kündigungsgrund - führen, bevor zu ihren Gunsten das Ermessen bei der Prognoseentscheidung greift. Es genügt nicht nur, dass der Auftraggeber gekündigt hat. Es muss vielmehr feststehen, dass dies auch zu Recht erfolgt ist (OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2017, 13 Verg 9/16).

70

In der Rechtsprechung werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, welche Anforderungen an den Nachweis der Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu stellen sind, wenn wie im vorliegenden Fall ein Unternehmen die Kündigung des öffentlichen Auftraggebers nicht akzeptiert.

71

Einigkeit besteht nur insoweit, als die Tatsachen, auf die die Ausschlussentscheidung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gestützt wird, nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sein müssen (vgl. OLG München, Beschluss vom 05.10.2012, Verg 15/12; OLG Koblenz, Beschluss vom 25.02.2015, 1 Verg 5/14).

72

Nach Auffassung des OLG Celle liegt das Beweismaß für die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zwischen einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit gemäß § 287 ZPO und dem Vollbeweis gemäß § 286 ZPO. Es reiche aus, wenn der öffentliche Auftraggeber Indiztatsachen vorbringe, die von einigem Gewicht seien, auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basierten und die die Entscheidung des Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters nachvollziehbar erscheinen ließen (OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2017, 13 Verg 9/16).

73

Das OLG Düsseldorf hat in dieser Frage noch nicht abschließend entschieden, tendiert allerdings dazu, dass der öffentliche Auftraggeber bezüglich der von der Vorschrift verlangten Schlechterfüllung Gewissheit erlangt haben muss, also eine Überzeugung gewonnen hat, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018, VII-Verg 49/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 - Verg 7/18).

74

Im vorliegenden Fall bedarf es keiner Entscheidung, welches Beweismaß zu fordern ist, da bereits die Voraussetzungen für die nach Ansicht des OLG Celle notwendigen Gewissheit nicht vorliegen, an die geringere Anforderungen als an einen Vollbeweis gemäß § 286 ZPO gestellt werden.

75

Auch aufgrund des Umstands, dass sich die Antragsgegnerin auf eine mangelhafte Leistung gegenüber einem Dritten, nämlich der Gemeinde B..., berufen hat, ist kein anderer Prüfungsmaßstab heranzuziehen.

76

Nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucksache 18/6281, S.106) muss es sich bei der mangelhaften Auftragserfüllung nicht notwendigerweise um einen Auftrag desjenigen Auftraggebers handeln, der auch den Ausschluss ausspricht. Es ist daher grundsätzlich möglich, eine mangelhafte Leistung, die gegenüber einem anderen öffentlichen Auftraggeber erbracht wurde, als Ausschlussgrund heranzuziehen. Dies hat jedoch zur Folge, dass derjenige öffentliche Auftraggeber, der sich auf den Ausschluss beruft, im Nachprüfungsverfahren darlegen muss, dass die von einem Dritten ausgesprochene vorzeitige Vertragsbeendigung, das Schadensersatzverlangen oder eine vergleichbare Rechtsfolge im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB rechtmäßig erfolgt ist. Für eine geringere Anforderung an die Nachweisbarkeit in den Konstellationen, in denen nicht der selbe öffentliche Auftraggeber sondern ein dritter öffentlicher Auftraggeber Konsequenzen aus einer mangelhaften Leistungserbringung des Auftragnehmers gezogen hat, ist weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung oder der Richtlinie 2014/24/EU zu entnehmen. Daraus folgt, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber, der sich auf die mangelhafte Leistungserbringung gegenüber einem Dritten als Ausschlussgrund berufen möchte, die Umstände der damaligen Kündigung, des Schadensersatzverlangens oder einer sonstigen vergleichbaren Rechtsfolge, so umfassend aufklären muss, dass er den nötigen Nachweis im Bestreitensfall auch erbringen kann. Dafür ist

nicht zwingend eine rechtskräftige Feststellung der mangelhaften Vertragserfüllung notwendig. Der öffentliche Auftraggeber ist jedoch gehalten sich gewissenhaft und umfänglich über die damaligen Umstände zu erkundigen, insbesondere wenn der Auftragnehmer die mangelhafte Vertragserfüllung bestreitet. Diese Erkundigungen sind zu dokumentieren und die Umstände vollumfänglich im Nachprüfungsverfahren darzulegen.

77

2.2. Zwar behauptet die Antragsgegnerin, dass der Antragstellerin von der Gemeinde B... auf Grund Verzugs bei der Bauausführung zu Recht der Auftrag gekündigt wurde, jedoch kann sich die Richtigkeit ihrer von der Antragstellerin in Abrede gestellten Behauptung nicht ausreichend glaubhaft machen. Die Antragsgegnerin konnte keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte und Belege dafür vorlegen, dass die Gemeinde B... gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B oder § 5 Abs. 4 VOB/B berechtigt war, der Antragstellerin den Auftrag zu entziehen.

78

2.2.1. Die Gemeinde B... war zu einer Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B wegen ungenehmigtem Nachunternehmereinsatz nicht berechtigt.

79

Soweit die Kündigung auf einen nicht genehmigten Nachunternehmereinsatz gem. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B gestützt war, ist dieser von der Antragsgegnerin schon tatsächlich nicht ausreichend dargelegt worden.

80

Die Antragsgegnerin trägt zwar vor, dass am 19.03.2018 auf der Baustelle der Gemeinde B... ein dem Bauleiter unbekannter Mann auf der Baustelle erschienen sei und dieser auf die Ansprache durch den Bauleiter erklärt habe, er heiße „M...“ und arbeite für die Firma „B...“ und solle die Innenputzarbeiten durchführen, jedoch ist dies nicht ausreichend, um den Nachweis zu führen, dass die Antragstellerin tatsächlich ungenehmigte Subunternehmer eingesetzt hat. Die Antragstellerin hat der Vergabekammer eine Abrechnung für den Monat März vorgelegt für einen angestellten Mitarbeiter namens M... Y..., der am 12.03.2018 in der Firma der Antragstellerin angestellt wurde, und aus dem hervorgeht, dass der entsprechende Mitarbeiter am 19.03.2018 7 Stunden gearbeitet hat. Dem von der Antragstellerin vorgelegten Tagesbericht für den 19.03.2018 sowie dem vorgelegten Auszug aus dem Buchungsjournal der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass Herr M... Y... und ein weiterer Mitarbeiter der Antragstellerin jeweils für sieben Stunden auf der Baustelle B... Vorarbeiten ausgeführt haben, während ein dritter Mitarbeiter Material angeliefert hat.

81

Da sich dies mit der von der Antragsgegnerin vorgetragenen Schilderung der Ereignisse des Bauleiters deckt, ist die Kammer überzeugt, dass am 19.03.2018 tatsächlich Herr M... Y... und zwei weitere Mitarbeiter des Antragstellers auf der Baustelle waren. Der Bauleiter erwähnt in seiner Schilderung der Ereignisse selbst, dass Material mit einem Firmenwagen der Antragstellerin angeliefert wurde. Da Herr M... Y... erst kurz vor seinem Einsatz auf der Baustelle B... bei der Antragsgegnerin eingestellt wurde und davor laut der Bezügeabrechnung nur an zwei Tagen für diesen gearbeitet hat, erscheinen die unklaren Angaben über den Namen des derzeitigen Arbeitgebers nicht fernliegend.

82

Die Kündigung auf Grund eines ungenehmigten Nachunternehmereinsatzes nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B wäre jedoch bereits deshalb unwirksam, da die Gemeinde B... bezüglich des ungenehmigten Nachunternehmereinsatzes nicht gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B die Auftragsentziehung nach einer angemessenen Frist angedroht hat.

83

Bei einer Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B ist Voraussetzung, dass der Auftraggeber eine angemessene Nachfrist zur Aufnahme der Leistung in eigenem Betrieb unter Androhung der Auftragsentziehung gesetzt hat. Dies ist von Seiten der Gemeinde B... nicht geschehen. Im Schreiben vom 14.03.2018 fordert die Gemeinde zwar die Antragstellerin zur Leistungserbringung auf und droht mit der Kündigung des Auftrags, jedoch nicht auf Grund eines ungenehmigten Nachunternehmereinsatzes.

84

2.2.2. Auch eine Kündigung des Auftrags wegen Verzögerung des Ausführungsbeginns nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B war nicht berechtigt, da ein verzögerter Wiederbeginn der Bauarbeiten nach einer behinderungsbedingten Unterbrechung nicht dem Anwendungsbereich des § 5 Abs. 4 VOB/B unterfällt.

85

Nach § 5 Abs. 4 VOB/B kann der Auftraggeber nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Vertragserfüllung mit Kündigungsandrohung dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn dieser den Beginn der Ausführung verzögert. Darunter ist die Überschreitung des vertraglich festgelegten Beginns der Ausführungsfrist zu verstehen, so dass auf die Vorschrift nicht mehr zurückgegriffen werden kann, wenn der Auftragnehmer bereits mit den übertragenen Bauarbeiten begonnen hat. Ein Ausführungsbeginn im vorgenannten Sinne war vorliegend bereits durch die Putzarbeiten im Wohnhaus Untergeschoß im Oktober 2017 erfolgt.

86

Eine Neuauufforderung, mit den zwischenzeitlich eingestellten Bauleistungen wieder zu beginnen, führt hingegen nicht dazu, dass der vertraglich vereinbarte Beginn der Ausführung in Abänderung des Ausgangsvertrages nunmehr auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wurde. Eine entsprechende Anwendung des § 5 Nr. 4 VOB/B würde es in das Belieben des Auftraggebers stellen, den (Neu-) Beginn der Bauausführung ständig aufs Neue zu erzwingen, da der Auftragnehmer im Fall der Nichteinhaltung die Kündigung gemäß § 8 Abs. Nr. 3 VOB/B fürchten müsste. Hierfür besteht jedoch kein praktisches Bedürfnis. Denn der Auftraggeber hat es in der Hand, durch die Vereinbarung von Vertragsfristen dem Auftragnehmer ein enges zeitliches Korsett zu setzen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2009 - 14 U 45/09; OLG Dresden, Urteil vom 02.04.2003 - 11 U 452/02).

87

2.2.3. Die Kündigung der Gemeinde B... war auch nicht wegen Verzugs mit Einzelfristen berechtigt, da weder die Überschreitung noch die drohende Überschreitung einer als Vertragsfrist vereinbarten Einzelfrist nachgewiesen werden konnte.

88

Der Verzug bei Einzelfristen, die als Vertragsfristen vereinbart sind, fällt dem Wortlaut nach nicht unter § 5 Abs. 4 VOB/B, da dort explizit nur der Verzug der Vollendung genannt wird. Damit ist jedoch nur der Fall erfasst, dass der Auftragnehmer hinsichtlich der Fertigstellung seiner geschuldeten Gesamtbauleistung in Verzug gerät, nicht aber, wenn er Einzelfristen, die als Vertragsfristen vereinbart sind, nicht einhält.

89

Die Kündigung eines VOB/B-Vertrags aus wichtigem Grund ist in der VOB/B nicht abschließend geregelt, das heißt sie ist nicht nur in den in der VOB/B ausdrücklich bestimmten Fällen möglich, sondern auch aus sonstigen wichtigen Gründen. Damit kann eine Überschreitung einer Einzelfrist, die als Vertragsfrist vereinbart ist, eine Kündigung aus sonstigen wichtigen Gründen sein, wenn durch den Verzug der Einzelfrist, die als Vertragsfrist vereinbart wurde, der Vertragszweck so gefährdet ist, dass dem Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann das Vertragsverhältnis fortzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 12.02.2003 -X ZR 62/01).

90

Da der Bauablauf bereits im September 2017 wegen Verzögerungen bei den Vorgewerken (z.B. wegen der fehlenden Fenster im Wohnhaus) erheblich gestört war, kann die im Formblatt 2014 H „Besondere Vertragsbedingungen“ als Vertragsfristen vereinbarte Einzelfrist nicht ohne weiteres zur Beurteilung, ob die Antragstellerin bei den Innenputzarbeiten im Wohnhaus mit einer Vertragsfrist im Verzug ist, herangezogen werden. Der ursprüngliche Termin für die Fertigstellung des Innenputzes im Wohnhaus war der 10.11.2017 bei einer Ausführungsfrist von 20 Werktagen. Durch von der Antragstellerin nicht zu vertretende Umstände bei den Vorgewerken gab es jedoch erhebliche Verzögerungen im Bauablauf, so dass ab dem 09.10.2017 lediglich an drei Tagen Putzarbeiten im Kellergeschoß des Wohnhauses durchgeführt werden konnten.

91

Es ist bereits fraglich, ob die Parteien durch den E-Mail Austausch Ende Dezember eine neue Vertragsfrist mit Beginn am 22.01.2018 vereinbart hatten. Die Änderung verbindlicher Ausführungsfristen erfordert grundsätzlich eine Vereinbarung zwischen den Parteien. Weder die E-Mail vom 18.12.2017 des Büros K...

Architekten noch die Antwort der Antragstellerin lassen erkennen, dass hier der Wille besteht die bereits abgelaufenen verbindlichen Vertragsfristen zu ändern. Es wurde von Seiten des Büros K... Architekten gebeten, eine Innenputzkolonne ab dem 22.01.2018 einzuteilen und dies zu bestätigen, was die Antragstellerin auch tat. Dass damit auch eine Änderung der Vertragsfristen erfolgen soll, ist nicht explizit erwähnt. Auch von einer konkludenten Änderung kann nicht ohne weiteres ausgegangen werden, da ja bereits ein Teil der Verputzarbeiten vorgezogen worden war und damit nicht nur der Anfangstermin sondern auch die restliche Ausführungsfrist für die noch ausstehenden Arbeiten vereinbart hätte werden müssen.

92

Nähme man zu Gunsten der Antragstellerin die volle Zeit von 20 Werktagen für die Fertigstellung des Innenputzes im Wohnhaus an, so hätten die Putzarbeiten am 16.02.2018 abgeschlossen sein müssen. Da die Gemeinde B... der Ansicht war, dass die von der Antragstellerin angezeigten Behinderungen entweder nicht vorlagen, oder binnen zwei Tagen nach Anzeige erledigt waren, ist nicht davon auszugehen, dass sich diese Frist erheblich verlängert.

93

Dennoch hat die Gemeinde B... keine Kündigung ausgesprochen, als die Antragstellerin erstmals am 22.02.2018 Vorbereitungsarbeiten ausführte, die Arbeiten aber nach dem 01.03.2018 wieder einstellte. Die Gemeinde B... forderte zwar die Antragstellerin am 04.03.2018 per E-Mail auf, die Baustelle spätestens ab 12.03.2018 wieder zu besetzen, kündigte jedoch das Auftragsverhältnis nicht. Auch mit Schreiben vom 14.03.2018 drohte die Gemeinde B... lediglich die Kündigung an, falls die Baustelle nicht am 19.03.2018 mit einer Kolonne von mindestens 3 Mann besetzt sei und die Arbeit wieder aufgenommen würde.

94

Durch dieses Verhalten zeigte die Gemeinde B... selbst, dass sie an dem Vertrag festhielt, auch als die Antragstellerin mit einer unterstellten neu vereinbarten Vertragsfrist in Verzug geraten ist. Es kann daher dahinstehen, ob die Vertragsfrist für die Innenputzarbeiten des Wohnhauses einvernehmlich geändert wurde und ihr Beginn auf den 22.01.2018 festgelegt wurde, da der Gemeinde B... auch unter Einbeziehung einer angemessenen Bedenkzeit einen Monat nach Ablauf einer Vertragsfrist zumindest kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund mehr zustand.

95

Die Antragsgegnerin selbst trägt in ihrem Schriftsatz vom 21.03.2018 vor, dass die Antragstellerin trotz der vorliegenden Behinderungen spätestens am 09.03.2018 die Arbeiten hätte beenden können. Selbst wenn man diese behinderungsbedingte Verlängerung der ursprünglich im Formblatt 214 vereinbarten Vertragsfrist ansetzen würde und der Gemeinde eine vierzehntägige Bedenkzeit zugestünde, wäre das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund am 21.03.2018 bereits verwirkt, da die Gemeinde B... durch ihr Schreiben vom 14.03.2018 mit der Aufforderung zur Baustellenbesetzung zum 19.03.2018 eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass sie trotz der ihr bekannten Verzögerungen unter den genannten Bedingungen am Vertrag mit der Antragstellerin festhalten wollte.

96

2.2.4. Die Kündigung der Gemeinde B... war auch nicht als Kündigung aus sonstigem wichtigem Grund gerechtfertigt, da das Verhalten der Antragstellerin den Vertragszweck nicht so gefährdet hat, dass der Gemeinde B... die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet hätte werden können. Die Gemeinde B... hatte der Antragstellerin unter Androhung der Kündigung mit Schreiben vom 14.03.2018 eine Frist zur Baustellenbesetzung und zur Wiederaufnahme der Arbeiten mit mindestens einer Kolonne aus drei Mann bis zum 19.03.2018 gesetzt.

97

Nach dem von der Antragstellerin als Anlage 26 vorgelegten Buchungsjournals waren am 19.03.2018 drei Mann auf der Baustelle und haben Material angeliefert, vorbereitet und Vorarbeiten erledigt. Dies deckt sich auch mit dem Bericht des Bauleiters aus dem Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 21.03.2018. Dass dieser kurz nach 12.00 Uhr nur einen der Männer gesehen hat und dieser sagte, er warte noch auf seine Leute, spricht auf Grund der zu der Zeit üblichen Mittagspause nicht dafür, dass an dem Tag keine Arbeiten ausgeführt wurden. Auch im Kündigungsschreiben der Gemeinde B... selbst ist vermerkt, dass die Antragstellerin mit Mitarbeitern an dem Tag vor Ort war, auch wenn die Darstellung dort von drei Mitarbeitern am Nachmittag spricht, während im Buchungsjournal drei Mitarbeiter am Vormittag und zwei Mitarbeiter am Nachmittag aufgeführt sind.

98

Die Gemeinde B... selbst sah in der Kündigung vom 21.03.2018 die von ihr aufgestellte Bedingung, dass die Arbeiten ab dem 19.03.2018 wieder aufgenommen werden zumindest insoweit als erfüllt an, als dass die geforderte und erschienene Kolonne am 19.03.2018 und am 21.03.2018 vor Ort war.

99

Ihre Kündigung stützte sie hauptsächlich darauf, dass die geforderte Kolonne nicht aus Mitarbeitern der Antragstellerin sondern aus ungenehmigten Subunternehmern bestand, wofür die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren keine ausreichenden Nachweise liefern konnte. Vielmehr konnte die Antragstellerin entsprechende Bezügeabrechnungen vorlegen, aus denen hervorgeht, dass es sich bei den Personen um Mitarbeiter ihrer eigenen Firma handelte (s.o. unter Punkt 2.2.1.).

100

Soweit die Gemeinde B... ihre Kündigung vom 21.03.2018 auch darauf stützt, dass am 20.03.2018 von der Antragstellerin keine Arbeiten auf der Baustelle ausgeführt wurden, stellt dies keinen so gravierenden Grund dar, dass der Gemeinde B... nicht hätte zugemutet werden können, an dem Vertragsverhältnis festzuhalten. Die Antragstellerin hat mit dem Ausfall des Putzsilos und der Reperatur durch den Monteuer der Firma H... einen plausiblen Grund geliefert und am nächsten Tag die Arbeit wieder aufgenommen, was die Gemeinde B... in ihrem Kündigungsschreiben auch ausdrücklich erwähnte.

101

In diese Abwägung ist einzubeziehen, dass der Baustellenablauf der Gemeinde B... von Beginn der Leistungszeit der Antragstellerin bereits stark gestört war und diese ihre Leistungserbringung vollständig neu und zu anderen Zeiten disponieren musste. Auf die Aufforderung der Gemeinde B... hin, hat sie die Baustelle wie gewünscht besetzt und die Arbeiten wieder aufgenommen und nach Behebung des (vermeintlichen) Defekts des Putzsilos unverzüglich wieder aufgenommen. Der Ausfall von einem Arbeitstag allein kann jedoch, da die Arbeit unaufgefordert am nächsten Tag wieder aufgenommen wurde und die Gemeinde B... transparent über den Defekt von der Antragstellerin unterrichtet wurde, nicht rechtfertigen, dass es der Gemeinde B... nicht weiter zuzumuten wäre, das Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin fortzusetzen.

102

Auch unter Einbeziehung der vorherigen zögerlichen Arbeitsaufnahme der Antragstellerin ergibt sich hieraus kein wichtiger Grund, da die Antragstellerin dafür nicht alleine verantwortlich ist, sondern zumindest einige der angezeigten Behinderungen auch unstreitig vorlagen. Die Antragsgegnerin hat diesbezüglich nicht ausreichend dargelegt, dass die zwischen der Antragstellerin und der Gemeinde B... streitigen Behinderungsanzeigen von der Antragstellerin zu Unrecht gestellt wurden und sich hieraus eine erhebliche Verzögerung ergeben hat, die mit dem erneuten Leistungsausfall am 20.03.2018 eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigt.

103

2.2.5. Die Antragsgegnerin kann ihren Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auch nicht auf eine Kündigung auf Grund eines Verstoßes gegen die Abhilfeverpflichtung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 und 3 VOB/B stützen, da die Aufforderung zur Aufholung des Terminverzugs aus der E-Mail vom 08.02.2018 jedenfalls auf der Tatbestandsseite des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB unerheblich ist, weil die insoweit behaupteten Verstöße nicht zu einer vorzeitigen Vertragsbeendigung geführt haben.

104

Eine Kündigung gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B muss zeitnah zum Ablauf der gesetzten Frist erfolgen, andernfalls ist das Kündigungsrecht verwirkt. Denn eine Kündigung aus wichtigem Grund setzt voraus, dass der Ausspruch der Kündigung in einem solchen zeitlichen Zusammenhang zu dem Ablauf der mit der Kündigungsandrohung gesetzten Frist steht, dass deren Warnfunktion noch fortbesteht (Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2017 - 13 Verg 9/16). Eine fristlose Kündigung beruht nämlich letztlich immer darauf, dass dem Vertragspartner das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist. Dabei besteht jedoch keine Pflicht, bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes fristlos zu kündigen. Vielmehr hat es der Vertragspartner selbst in der Hand zu beurteilen, ob ein ihm bekannter Kündigungsgrund für ihn ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar macht. Dafür wird ihm eine Überlegungsfrist eingeräumt. Wenn er sich nicht innerhalb dieser Überlegungsfrist nicht auf den ihm bekannten Kündigungsgrund beruft und die fristlose Kündigung

ausspricht, ist das Kündigungsrecht auf der Basis dieses Kündigungsgrundes verwirkt (vgl. OLG Stuttgart, Teilurteil vom 14.07.2011 - 10 U 59/10).

105

Die Gemeinde B... hat den in der E-Mail vom 08.02.2018 angedrohten Auftragsentzug nach einer Nachfrist bis 12.02.2018 nicht wahrgemacht, sondern hat das Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin fortgesetzt, obwohl sie davon Kenntnis hatte, dass am 12.02.2018 nicht nur keine Abhilfe bezüglich des behaupteten Terminverzugs erfolgte, sondern die Arbeiten überhaupt noch nicht wieder aufgenommen worden sind. Sie hat erst über einen Monat später am 14.03.2018 eine erneute Kündigungsandrohung mit Fristsetzung ausgesprochen, in welcher sie die Antragstellerin jedoch nicht mehr zur Abhilfe des behaupteten Terminverzugs aufforderte.

106

Ob die Antragsgegnerin sich daher auf den Kündigungsgrund überhaupt berufen kann, obwohl die Gemeinde B... die am 21.03.2018 ausgesprochene Kündigung gar nicht auf einen Verstoß gegen die Abhilfepflichtung aus § 5 Abs. 3 VOB/B gestützt hat, kann daher dahinstehen. Das Nachschieben oder der Wechsel von Kündigungsgründen ist nämlich nur dann möglich, wenn die Kündigungsgründe im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorlagen und zu dem Zeitpunkt das Kündigungsrecht auf Basis des Kündigungsgrundes nicht bereits verwirkt ist (vgl. Lederer in Kapellmann/Messerschmidt, Beck'sche Kurzkomentare VOB Teile A und B, § 8 Rn. 23).

107

Zum Zeitpunkt der Kündigung lag damit kein Kündigungsgrund nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B wegen Verstoßes gegen die Abhilfepflichtung aus § 5 Abs. 3 VOB/B vor, da darauf von der Gemeinde in der Kündigungsandrohung vom 14.03.2018 kein Bezug genommen wurde und auch keine entsprechende Fristsetzung erfolgte. Die Aufforderung zur Aufholung des Terminverzugs aus der Kündigungsandrohung vom 08.02.2018 dagegen war zu diesem Zeitpunkt bereits verwirkt, da sich die Gemeinde B... innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist nicht auf diesen Kündigungsgrund berufen hat, obwohl sie wusste, dass die gesetzte Frist fruchtlos verstrichen war.

108

Die Antragsgegnerin konnte somit bereits die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht ausreichend darlegen, so dass sie keine Prognoseentscheidung über die zukünftige vertragsgemäße Auftragsausführung der Antragstellerin zu treffen hatte. Der erklärte Ausschluss der Antragstellerin verletzt diese daher in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB. Da das preisgünstigere Angebot der Antragstellerin daher in die Wertung aufzunehmen war, war der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu untersagen.

3. Kosten des Verfahrens

109

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 S.1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies ist vorliegend die Antragsgegnerin.

110

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag vom 100.000 Euro erhöht werden kann.

111

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr wird vorliegend auf ...,00 € festgesetzt.

112

Die Antragsgegnerin ist als juristische Person des Privatrechts nicht von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S.2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit.

113

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskraft erstattet.

114

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin beruht auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

115

Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i.S.v. § 182 Abs. 4 S.4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 S.3, Abs. 3 S.2 BayVwVfG angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da eine umfassende Rechtskenntnis und damit eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nach dem GWB nicht erwartet werden kann. Zur Durchsetzung ihrer Rechte ist die Antragstellerin hier aufgrund der komplexen Rechtsmaterie auf anwaltliche Vertretung angewiesen.

116

Auch wenn die Beigeladene keine Anträge gestellt hat, muss die Vergabekammer von Amts wegen über die Aufwendungen der Beigeladenen entscheiden. Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen folgt aus § 182 Abs. 4 S. 2 GWB. Danach sind Aufwendungen des Beigeladenen nur erstattungsfähig, wenn die Vergabekammer sie als billig erachtet. Dabei setzt die Erstattungsfähigkeit jedenfalls voraus, dass der Beigeladene sich mit demselben Rechtsschutzziel wie der obsiegende Verfahrensbeteiligte aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.02.2010, Az.: Verg W 10/09). Die bisherige Rechtsprechung der Vergabesenate hat den Beigeladenen kostenrechtlich nämlich nur dann wie einen Antragsteller oder Antragsgegner behandelt, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren auch nutzt, indem er sich an dem Verfahren beteiligt (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, Az.: X ZB 14/06). Dafür muss eine den Beitritt eines Streithelfers vergleichbare Unterstützungshandlung erkennbar sein, an Hand derer festzustellen ist, welches (Rechtsschutz-) Ziel ein Beigeladener in der Sache verfolgt (OLG Celle, Beschluss vom 27.08.2008, Az.: 13 Verg 2/08). Ist eine solche nicht ersichtlich, handelt es sich bei den entstandenen Aufwendungen des Beigeladenen nicht um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 11.02.2010, Az.: 1 VK 76/10). Eine eigene Antragstellung ist nicht Voraussetzung für eine aktive Beteiligung des Beigeladenen mit der Folge, dass auch ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt werden können. Auch ohne Antragstellung kann sich das Rechtsschutzziel eines Beteiligten aus den eingereichten Schriftsätzen eindeutig ergeben (OLG Rostock, Beschluss vom 21.07.2017, 17 Verg 2/17).

117

Die Beigeladene hat sich weder durch schriftsätzlichen, noch durch mündlichen Vortrag und die Stellung von Anträgen aktiv am Verfahren beteiligt. Damit hat sie das gegenständliche Verfahren nicht wesentlich gefördert oder ein Kostenrisiko auf sich genommen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.2014, VII-Verg 12/03).