

Az.: 11 Verg 5/18

ECLI: ECLI:DE:OLGHE:2018:0503.11VERG5.18.00

**Vergaberecht: Ausschluss einer Bieterin wegen vorzeitiger Beendigung früheren Auftrages
Verfahrensgang:**

vorgehend:

VK Hessen - 14.03.2018 - AZ: 69d VK 25/2017

Anmerkung:

Ein Rechtsmittel ist nicht bekannt geworden.

OLG Frankfurt am Main, 03.05.2018 - 11 Verg 5/18

Tenor:

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Hessen vom 14.3.2018 gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, wird zurückgewiesen.

Der Antragstellerin wird Gelegenheit gegeben, bis zum 24.5.2018 mitzuteilen, ob sie die sofortige Beschwerde weiterverfolgt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit EU-Bekanntmachung Nr. 2017/S 075-144381 vom 15.4.2017 Bauleistungen für den Neubau der A an einer Schule ("X") aus, auf das sich die Antragstellerin fristgerecht bewarb.

Die Antragsgegnerin hatte zuvor, im Jahr 2016, für das Projekt der Modernisierung einer anderen Schule ("B-Schule") Bauleistungen ausgeschrieben und hierauf der Antragstellerin den Zuschlag erteilt. Bei der Durchführung dieses Auftrags setzte die Antragstellerin entgegen der zunächst bestehenden vertraglichen Vereinbarung Nachunternehmer, die Firmen E und F, ein. Ob - wie die Antragstellerin behauptet - die ursprüngliche Regelung konkludent abbedungen wurde, ist zwischen den Parteien streitig.

Bei dem vorangegangenen Bauvorhaben hat sich Folgendes zugetragen:

Mit Schreiben vom 20.4.2017 hatte die Antragsgegnerin die Antragstellerin über ihre Feststellung zum Nachunternehmereinsatz unterrichtet (Anlage AG04, Bl. 100 Vergabekammerakte, nachfolgend "VKA") und sie unter Fristsetzung zur Vorlage einer Nachunternehmerliste aufgefordert. Die Antragstellerin hatte ihr daraufhin mit Schreiben vom 24.4.2017 (Anlage AG05, Bl. 101 VKA) mitgeteilt, dass sie bereits Nachunternehmerlisten überreicht habe. Die Antragsgegnerin hatte die Antragstellerin sodann unter Fristsetzung darauf hingewiesen, dass sie u.a. durch die Nachunternehmer E und F Arbeiten erbringen lasse, die von ihr selbst zu erbringen seien und hatte sie unter Fristsetzung mit Androhung der Kündigung aufgefordert, diese Leistungen im eigenen Betrieb zu erbringen und den Nachunternehmereinsatz einzustellen (Anlage AG 06, Bl. 103f. VKA). Mit Schreiben vom 2.5.2017 hatte die Antragstellerin daraufhin ausgeführt, sie gehe von einer konkludenten Vertragsänderung aus, wonach der Nachunternehmereinsatz von der Antragsgegnerin akzeptiert worden sei. Weiter heißt es in dem Schreiben (Anlage AG 08, Bl. 111f. d.A.) :

"Die Tatsache, dass einzelne Nachunternehmer nunmehr nicht entsprechend den Angaben im Angebot zur Ausführung kommen, ist nun bedauerlich, lässt sich aber nicht immer

vermeiden und ist in jedem Einzelfall abgesprochen."

Am 5.5.2017 hat die Antragsgegnerin daraufhin den Auftrag B-Schule wegen des Nachunternehmereinsatzes aus wichtigem Grund gekündigt (Anlage AG08, Bl. 109f. VKA). Mit Schreiben vom 16.5.2017 (Bl. 115f. VKA) hat die Antragstellerin erwidert, zwar handele es sich tatsächlich um eine freie Kündigung, so dass die Antragsgegnerin die volle Vergütung schulde. Es sei aber sinnvoll, dass die Antragsgegnerin die bereits gefertigten Teile entgeltlich abnehme, um diese in die zukünftigen Leistungen einzubauen.

Auf die Bewerbung der Antragstellerin im hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren X erstellte ein von der Antragsgegnerin als Fachplanerin beauftragtes Architekturbüro einen auf den 21.6.2017 datierenden Vermerk über die wirtschaftliche Prüfung des Angebots und die Eignung der Antragstellerin. Dort heißt es:

"Es ist davon auszugehen, dass die Liste der Nachunternehmer nicht vollständig ist.
Fazit Eignungsprüfung Die Eignung des Mindestbieters der .. [Antragstellerin] ist grundsätzlich gegeben. Ob geeignete Nachunternehmer eingesetzt werden, wurde für die wesentlichen Leistungen nicht nachgewiesen. Es ist davon auszugehen, dass die .. [Antragstellerin] weitere nicht benannte Nachunternehmer nachschieben wird, deren Eignung nicht mit dem Angebot nachgewiesen wurden. Die Eignung kann somit nicht bestätigt, aber auch nicht ausgeschlossen werden."

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vermerks wird auf diesen in Band 3 der Vergabeakte, Lasche 8 Bezug genommen.

In dem unterzeichneten Vergabevorschlag des Fachamtes der Antragsgegnerin vom 23.6.2017 (Band 3 Vergabeakte, Lasche 14, dort S. 5) heißt es

Begründung des Vergabevorschlags: wie Fachplaner Bieter Nr. 2 ...[Antragstellerin] ..Bieter Nr. 2 ... [Antragstellerin]Eignungsprüfung, siehe Anlage - Eignung kann wegen mangelhafter Erfüllung nicht bestätigt werden (Kündigung im Falle B-Schule)."

Im Hinblick auf das - nach Behauptung der Antragsgegnerin - vertragswidrige Verhalten der Antragstellerin beim früheren Auftrag B-Schule schloss die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.7.2017 das Angebot der Antragstellerin von dem Vergabeverfahren für die X unter Bezugnahme auf § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A und § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB aus und teilte ihr mit, den Zuschlag der Beigeladenen erteilen zu wollen (Anlage Ast 4, Bl.154 VKA).

In einem Aktenvermerk vom 20.7.2017 (Anlage AG 17 VKA), auf den wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, heißt es, der Ausschluss der Antragstellerin sei gemäß § 124 Nr. 1 Abs. 7 GWB und § 6e Abs. 6 Nr. 7 VOB/A im Hinblick auf den ungenehmigten Nachunternehmereinsatz im Projekt B-Schule gerechtfertigt und entspreche dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

In einem Dokument "Ergebnis der Angebotsprüfung und -wertung durch den Fachplaner", das das Datum 24.7.2017 trägt (Band 3 Vergabeakte, Lasche 9, dort S. 5), wird das in dem Vergabevorschlag des Fachamtes wiedergegebene Ergebnis der Eignungsprüfung der Antragstellerin wiederholt.

Die Antragstellerin rügte mit Telefax vom 13.7.2017 und 18.7.2017 (Anlagen Ast 5 und 6, Bl. 157 und 158ff VKA) den Ausschluss ihres Angebots und setzte eine Frist zur Abhilfe. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag, mit dem sie sich gegen den Ausschluss des Angebots wehrt.

Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags hat die Antragstellerin geltend gemacht, die Voraussetzungen der § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A und § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB seien nicht erfüllt. Die Beendigung des früheren Auftragsverhältnisses B-Schule beruhe nicht auf einer mangelhaften Erfüllung einer wesentlichen Anforderung durch sie, die Antragstellerin, da die Antragsgegnerin über die Tätigkeit der eingesetzten Nachunternehmer E und F informiert worden sei, deren Einsatz konkludent genehmigt habe und das Recht zur Kündigung jedenfalls verwirkt gewesen sei. Zudem handele es sich bei den beiden Nachunternehmern um in jeder Hinsicht zuverlässige Unternehmen. Der Ausschluss sei ermessensfehlerhaft und nicht verhältnismäßig. Die Antragsgegnerin habe keine Prognoseentscheidung getroffen, in der sie auf künftig zu

erwartendes Fehlverhalten der Antragstellerin geschlossen und dies zum Gegenstand der Entscheidung gemacht habe.

Die Antragsgegnerin hat die Auffassung vertreten, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die Voraussetzungen des Ausschlusses gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB lägen vor. Sie, die Antragsgegnerin, habe den früheren öffentlichen Auftrag B-Schule zu recht und wirksam außerordentlich gekündigt. Den vertragswidrigen Nachunternehmereinsatz habe sie, die Antragsgegnerin, nicht konkludent genehmigt. Dies sei zudem im hiesigen Nachprüfungsverfahren nicht umfassend zu überprüfen; für die Antragstellerin hätten vielmehr eigene Rechtsmittel gegen die Kündigung zur Verfügung bestanden. Der Ausschluss im hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren X sei auch verhältnismäßig und ermessensfehlerfrei aufgrund einer Prognoseentscheidung erfolgt. Sie, die Antragsgegnerin, habe davon ausgehen müssen, dass die Antragstellerin wiederum nicht alle geplanten Subunternehmer benennen werde, so dass die Eignung der tatsächlich zum Einsatz kommenden Nachunternehmer nicht festgestellt werden könne. Diese Erwägungen hätten ausweislich des Aktenvermerks der Antragsgegnerin vom 20.7.2017 (Anlage AG 17, Bl. 202 VKA) dem Ausschluss der Antragsgegnerin zugrunde gelegen.

Die Antragsgegnerin hatte bei der Vergabekammer Antrag auf Gestattung des vorzeitigen Zuschlags gestellt, den die Vergabekammer mit Beschluss vom 7.9.2017 zurückgewiesen hatte. Sodann hatte die Antragsgegnerin beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main die Gestattung des sofortigen Zuschlags beantragt (§ 169 Abs. 2 Satz 6 GWB). Diesen Antrag hat der Senat mit Beschluss vom 12.10.2017 (AZ. 11 Verg 13/17) zurückgewiesen, auf den wegen der Begründung verwiesen wird.

Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt:

Der zulässige Antrag sei unbegründet, da die Voraussetzungen für einen Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB , § 6 e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A im Hinblick auf den früheren Auftrag B-Schule vorgelegen hätten. Der unberechtigte Nachunternehmereinsatz stelle eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung dieses früheren Auftrags dar, der vorliegend auch zur Beendigung des früheren Auftrags geführt habe. Die Antragstellerin habe durch ihr Schreiben vom 16.5.2017 jedenfalls zum Ausdruck gebracht, dass auch sie das Auftragsverhältnis als beendet ansehe. Die Antragstellerin habe den früheren Auftrag mangelhaft erfüllt. Eine schriftliche Zustimmung der Antragsgegnerin zum Einsatz der beiden Nachunternehmer fehle und es lägen auch keine konkreten und substantiierten Anhaltspunkte für eine mündliche Absprache über eine Zustimmung der Antragsgegnerin vor.

Daher habe die Antragsgegnerin die Möglichkeit gehabt, die Antragstellerin wirksam auszuschließen. Für diese Entscheidung stehe ihr auf der Tatbestandsebene und der Rechtsfolgenseite ein Ermessen zu, das nur auf Ermessensfehler zu überprüfen sei. Anzeichen dafür, dass das Ermessen der Antragsgegnerin zu Lasten der Ausschlussentscheidung auf Null reduziert sein könne, ergäben sich nicht. Im Gegenteil sei bei Vorliegen einer der Ausschlussgründe ein Angebotsausschluss regelmäßig geeignet und erforderlich und führe zu einer Ermessensreduzierung auf Null in Richtung eines unvermeidlichen Ausschlusses.

Auch sei keine unzutreffende Ermessensbetätigung hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu erkennen, die Antragsgegnerin habe eine jedenfalls vertretbare Sachverhaltsfeststellung zugrunde gelegt. Es könne offen bleiben, ob der Ausschluss der Antragsgegnerin unvermeidlich gewesen sei, denn jedenfalls sei durch die ermessensfehlerfreie Tatbestandsfeststellung grundsätzlich die Verhältnismäßigkeit als gesetzliche Folge indiziert. Der Auftraggeber habe in diesem Fall nämlich lediglich eine Prüfung vorzunehmen, ob unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ein Ausschluss eine sachlich gerechtfertigte und verhältnismäßige Reaktion sei. Solche besonderen Umstände des Einzelfalls, die für ein Missverhältnis des Ausschlusses sprächen, lägen nicht vor. Der Ausschluss sei insbesondere im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Beendigung des früheren Auftrags B-Schule erfolgt.

Es könne dahinstehen, ob der Ausschluss eine Prognoseentscheidung voraussetze, da die Antragsgegnerin eine solche getroffen und dokumentiert habe. Die Fachplanerin, das Architekturbüro, habe die Prognose getroffen (Band 3 Vergabeakte, Lasche 8). Diese habe sich die Antragsgegnerin ausweislich des Vermerks "Ergebnis der Angebotsprüfung und Wertung durch den Fachplaner" (Band 3 Vergabeakte, Lasche 9, dort S. 5) zu eigen gemacht. Zwar datiere dieser Vermerk in seiner finalen Version vom 24.7.2017. Trotzdem sei anzunehmen, dass am 12.7.2017 eine solche Prognoseentscheidung getroffen worden sei. Derartige

Vermerke würden häufig über einen längeren Zeitraum hinweg sukzessive ergänzt und fortgeschrieben, trügen aber technisch bedingt oft das jüngst zurückliegende Datum. Jedenfalls sei den Schlussbemerkungen (Vermerk S. 6) zu entnehmen, dass der Bearbeiter den Vermerk am 23.6.2017 abgeschlossen habe. Es ergebe sich damit, dass die Antragsgegnerin vor Ausschluss die Eignung der Antragstellerin aufgrund der vorzeitigen Beendigung des früheren Auftrags in Zweifel gezogen habe, da erneut zu befürchten gewesen sei, es werde wieder zum Einsatz nicht vorab ordnungsgemeldeter Nachunternehmer kommen. Es unterliege keinem vernünftigen Zweifel, dass diese Bewertung der Antragsgegnerin am 23.6.2017 kommuniziert worden sei.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit der Beschwerde. Tatsächlich fehle die zur Beurteilung der Zuverlässigkeit erforderliche Prognose, die die umfassende Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte berücksichtigen müsse und bei der es um die Frage gehe, ob sich der Bieter bei dem nun vorliegenden Vertrag nicht gesetzes- und rechstreu verhalten werde. Eine (angebliche) schwere Verfehlung in einem Auftragsverhältnis sei zunächst nur dort zu ahnden, was vorliegend durch die Kündigung des früheren Auftrags geschehen sei. Eine solche Verfehlung dürfe aber nicht zu einer verfassungsrechtlich problematischen Auftragsperre des Unternehmens führen. Es sei vorliegend zudem zu berücksichtigen, dass die angebliche Verfehlung das Selbstausführungsgebot betreffe, das, wie der EuGH entschieden habe, stets einer sachlich begründeten Rechtfertigung bedürfe, die hier nicht erkennbar sei.

Schon inhaltlich sei die erforderliche Prognose nicht in dem Vermerk des Fachplaners (Band 3 Vergabeakte, Lasche 8) dokumentiert. Die dortige Annahme, es sei nicht nachgewiesen, ob geeignete Nachunternehmer eingesetzt wurden, sei widersprüchlich, da es zuvor auf S. 3f. des Vermerks (inhaltlich zutreffend) heiße, dass auf Nachfrage für nicht qualifizierte Firmen Nachweise in Form von Eigenerklärungen erbracht wurden. Dementsprechend bleibe das Fazit des Vermerks, wonach nicht davon auszugehen sei, dass die Antragstellerin weitere nicht benannte Nachunternehmer nachschieben werde, reine Spekulation. Sie, die Antragstellerin, habe für den streitgegenständlichen Auftrag auch das Formblatt, das die Leistungen anderer Unternehmer aufliste, ordnungsgemäß erstellt und der Antragsgegnerin übersandt.

Es sei zudem nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin selbst den erforderlichen Abwägungsprozess getroffen habe. Sie habe sich vielmehr die Bewertung des beauftragten Architekturbüros zu Eigen gemacht, was nicht genüge. Auch aus dem Absageschreiben vom 12.7.2017 ergebe sich nicht, dass der erforderliche Abwägungsprozess vorgenommen worden sei.

Die Antragsgegnerin habe zudem nicht berücksichtigt, dass sie, die Antragstellerin, bei dem früheren Auftrag den Nachunternehmereinsatz völlig transparent und offen kommuniziert und diesen nicht etwa verheimlicht habe. Unabhängig davon, ob man das Verhalten der Antragsgegnerin beim früheren Auftrag als konkludente Zustimmung des Nachunternehmereinsatzes werte, lasse sich aus einem solchen Verhalten jedenfalls nicht die Prognose folgern, sie werde fehlerhaft wieder Nachunternehmer einsetzen. Es sei schließlich zu berücksichtigen, dass es vollkommen irrational wäre, wenn sie, die Antragstellerin trotz der Kündigung des früheren Auftrags wegen des Nachunternehmereinsatzes ein solches Verhalten beim derzeitigen Auftrag wiederhole.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Beschwerdeführerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB als unbegründet abzulehnen.

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und wiederholt und vertieft ihr dortiges Vorbringen.

Zu Recht habe die Vergabekammer eine schwere Verfehlung der Antragstellerin beim früheren Auftrag festgestellt. Es komme hierbei auch nicht auf die von der Antragstellerin gerügte Zulässigkeit des Selbstausführungsgebots an, da es vorliegend um den Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit der Antragstellerin gehe, weil diese im früheren Auftrag Nachunternehmer eingesetzt habe, deren Einsatz die

Antragsgegnerin nicht zugestimmt habe (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B).

Auch habe das Planungsbüro seine Wertung aufgrund hinreichend geklärten Sachverhalts vorgenommen. Durch die Formulierung im Vermerk des Planungsbüros komme zum Ausdruck, dass es sich um eine auf die Zukunft gerichtete Prognose handle. Soweit die Antragstellerin rüge, sie, die Antragsgegnerin, habe Eignungsnachweise der Nachunternehmer nachfordern müssen, beachte sie nicht, dass sie nicht wegen fehlender Nachweise ausgeschlossen worden sei, sondern weil die Antragsgegnerin den abgegebenen Nachweisen nicht habe trauen können.

Sie, die Antragsgegnerin, habe der eigenen Pflicht und Verantwortung zur Entscheidung über den Ausschluss durch die Genehmigung der Wertung des Planungsbüros entsprochen, wie dies in ihrem Vermerk vom 24.7.2017 (Band 3 Vergabeakte, Lasche 9) zum Ausdruck komme.

Tatsächlich habe die Antragstellerin auch nicht im früheren Auftrag den Nachunternehmereinsatz transparent und offen kommuniziert. Vielmehr habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.4.2017 wahrheitswidrig darauf verwiesen, dass Leistungen durch eigenes Personal erbracht würden und im Schreiben vom 2.5.2017 angekündigt, weiter so verfahren zu wollen.

Der Antragstellerin wurde auf ihren vor der Vergabekammer gestellten Akteneinsichtsantrag Einsicht in den Vermerk des Architekturbüros über die Prüfung der Eignung (Band 3 Vergabeakte, Lasche 8) und in den Vergabevorschlag des Fachamtes vom 23.6.2017 (Band 3 Vergabeakte, Lasche 14) gewährt (Bl. 56a bis 56i d.A.).

Mit Beschluss vom 11.4.2018 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin einstweilen bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung verlängert.

II.

Auf das vorliegende Verfahren ist nach § 186 Abs. 2 GWB das GWB nF sowie die VOB/A nF (2016) anwendbar, da das Verfahren nach dem 18.4.2016, nämlich am 15.4.2017 eingeleitet wurde.

Der Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde über den in § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB bestimmten Zeitraum hinaus ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig. Er hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Nach § 173 Abs. 2 GWB ist der Antrag abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren den Auftrag zu erhalten und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.

Danach konnte dem Antrag vorliegend nicht stattgegeben werden, weil die sofortige Beschwerde bei der gebotenen summarischen Prüfung auf der Grundlage der bis zum 3.5.2018 eingegangenen Schriftsätze keine Aussicht auf Erfolg hat (hierzu unter 1.). Zudem hat die Antragsgegnerin ein Beschleunigungsinteresse dargelegt, so dass unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Interessen der Antragstellerin an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde über die in § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB genannte Frist hinaus hinter das Interesse der Antragsgegnerin, nach Ablauf dieser Frist den Zuschlag zu erteilen, zurücktreten müssen (hierzu unter 2.).

1. Die sofortige Beschwerde ist zwar nach §§ 116 , 117 GWB zulässig; es wird insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen der Vergabekammer verwiesen.

Die Vergabekammer hat jedoch zu Recht den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurückgewiesen. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin auszuschließen und ihr Angebot nicht zu werten, verletzt die Antragstellerin nicht in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 7 GWB):

a) Die Vergabekammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin dargelegt hat, dass die Antragstellerin bei der Ausführung des früheren öffentlichen Auftrags "B-Schule" eine wesentliche Anforderung erheblich oder fortdauernd iSv § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB , § 6e Abs. 6 Nr. 7 EU VOB/A mangelhaft erfüllt hat, was zu einer vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte.

aa) Der gerügte Nachunternehmereinsatz entgegen § 4 Abs. 8 VOB/B kann zunächst eine erhebliche oder fortdauernde mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei der Ausführung des früheren Vertrags iSv § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB darstellen (vgl. Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band. 1, 3. Auflage, § 124 Rn. 91). Es wird insoweit auf die Ausführungen des Senats im Beschluss vom 12.10.2017 (AZ. 11 Verg 13/17) verwiesen.

bb) Der gerügte Nachunternehmereinsatz jedenfalls des Nachunternehmers F erfolgte vertragswidrig, so dass die Antragstellerin insoweit § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B verletzte. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, dass die Antragsgegnerin zum Einsatz des Nachunternehmers F ihre Zustimmung erteilt hätte.

Die Antragsgegnerin hat unstreitig keine schriftliche Zustimmung gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B zum Nachunternehmereinsatz der Firmen F (und E) erteilt. Zwar kann eine Zustimmung bei entsprechendem übereinstimmenden Willen beider Vertragspartner auch ohne Beachtung der Schriftform wirksam sein, wenn im Einzelfall unter Auslegung des beiderseitigen wirklichen Willens nach § 133 BGB anzunehmen ist, dass beide Partner davon ausgehen, nur das mündlich Abgesprochene solle Gültigkeit besitzen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 22.5.2009 - 14 U 45/09 Rn. 10, zit. nach juris; zur Zulässigkeit der Abweichung vom Formzwang auch: Gartz in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage, § 4 VOB/B Rn. 148).

Allerdings hat die Antragstellerin bereits kein Verhalten der Antragsgegnerin dargelegt, das aus objektiver Empfängersicht dahin verstanden werden könnte, dass die Antragsgegnerin gegen den Einsatz des Nachunternehmers F keine Einwendungen erheben wollte, und durch das damit die anfängliche Vereinbarung, nach der der Antragstellerin der Einsatz des Nachunternehmers F untersagt war, konkludent abgeändert worden sein könnte.

Die Antragstellerin verweist insoweit darauf, sie habe die Fa. F in den Bautagesberichten in der Zeit vom 6.3.2017 (Anlage Ast 14, Bl. 414 VKA) bis zum 3.5.2017 (Anlage Ast 14, Bl. 455 VKA) als Subunternehmer benannt und diese Bautagesberichte der Antragsgegnerin übergeben (Anlage Ast 29, S. 12, Bl. 853 VKA) oder per Email übersandt. Eine Kenntnisnahme des Nachunternehmereinsatzes seitens der Antragsgegnerin aufgrund der Übersendung der Bautagesberichte unterstellt, ergäbe sich hieraus allenfalls, dass die Antragsgegnerin über einen relativ kurzen Zeitraum von weniger als zwei Monaten (bereits am 20.4.2017 rügte sie gegenüber der Antragstellerin den unzulässigen Nachunternehmereinsatz, Anlage AG 04, Bl. 100 VKA) Maßnahmen gegen die Antragstellerin unterlassen hat. Aus einem solch kurzzeitigen Unterlassen kann aus objektiver Empfängersicht nicht entnommen werden, dass die Antragsgegnerin sich vertragsändernd - ohne weitere Prüfungen oder Eignungsnachweise - mit dem Nachunternehmereinsatz der Fa. F auch für die Zukunft einverstanden erklärt hätte.

Nichts anderes ergibt sich daraus, dass die Antragstellerin die Fa. F in den Nachunternehmerlisten Stand 28.2.2017 (Anlage Ast 21, Bl. 498 d.A.) und Stand 10.4.2017 (Anlage Ast 22, Bl. 501) aufnahm und diese Listen Herrn C, einem Mitarbeiter der von der Antragsgegnerin mit der Bauleitung und -überwachung beauftragten Architekten, übersandte. Es kann insoweit dahinstehen, ob Herr C berechtigt gewesen wäre, namens der Antragsgegnerin die Zustimmung zum Nachunternehmereinsatz iSv § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B zu erklären. Denn jedenfalls erschöpfte sich ein Verhalten des Herrn C ebenso in einem kurzzeitigen Unterlassen von Maßnahmen gegenüber der Antragsgegnerin. Diesem kann aus objektiver Empfängersicht ebenfalls nicht entnommen werden, dass die Antragsgegnerin sich ohne weitere Prüfungen vertragsändernd mit dem Nachunternehmereinsatz der Fa. F für die Zukunft einverstanden erklärt hätte.

Dies gilt entsprechend, soweit die Antragstellerin darauf verweist, sie habe die Fa. F ausweislich des Protokolls (Anlage Ast 28, Bl. 849, 850 d.A.) bei einer Baubesprechung vom 7.3.2017 als Nachunternehmerin u.a. gegenüber Herrn C vorgestellt. Insbesondere ergibt sich aus dem Protokoll, dass die Antragstellerin bei dieser Besprechung ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass sie eingesetzte Nachunternehmer gegenüber der Antragsgegnerin vollständig und zeitnah zu melden habe.

Soweit die Antragstellerin schließlich auf eine Aufforderung des Sicherheitskoordinators der Antragsgegnerin vom 19.4.2017 verweist, mit der dieser Arbeitsschutzunterlagen u.a. "Ihrer Subunternehmer (F..)" anforderte (Anlage Ast 30, Bl. 885 VKA), behauptet die Antragstellerin zu Recht bereits selbst nicht, dass der Sicherheitskoordinator zur Erteilung der Zustimmung gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B namens der Antragsgegnerin berechtigt gewesen wäre.

cc) Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, vorliegend sei das Selbstauführungsgebot betroffen, das im Einzelfall einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe, die vorliegend nicht dargelegt sei. Vorliegend hatte jedoch die Antragsgegnerin nicht den Einsatz von Nachunternehmern generell ausgeschlossen. Die Kündigung des Vertrags beruhte darauf, dass die Antragstellerin entgegen § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 Nachunternehmer einsetzte, deren Einsatz sie im Angebot nicht mitgeteilt hatte und die Antragsgegnerin im Folgenden auch nicht zugestimmt hatte.

dd) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war ein Kündigungsrecht der Antragsgegnerin aufgrund des Nachunternehmereinsatzes der Fa. F auch nicht verwirkt. Es fehlt bereits an dem erforderlichen Zeitpunkt. Die Antragsgegnerin setzte die Fa. F nach ihrem eigenen Vortrag (Bl. 318 VKA) erst seit dem 28.2.2017 ein und stellte sie erstmals am 7.3.2017 dem Bauleiter vor. Bereits weniger als zwei Monate später rügte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.4.2017 unter Androhung der Kündigung den unberechtigten Nachunternehmereinsatz und sprach mit Schreiben vom 5.5.2017 die Kündigung des Vertragsverhältnisses aus.

ee) Der vertragswidrige Nachunternehmereinsatz führte auch zur vorzeitigen Beendigung des früheren Auftrags B-Schule. Zwar ergibt sich aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.5.2017 (Anlage AG 11, Bl. 115f. VKA) nicht, dass die Antragstellerin die ausgesprochene außerordentliche Kündigung als solche akzeptierte. Ausweislich des Schreibens wertete sie diese jedoch jedenfalls als zulässige ordentliche Kündigung, die das Vertragsverhältnis beendete.

b) Die Antragsgegnerin hat, wie geboten (vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 106; Hausmann/von Hoff in: Kulart/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Auflage, § 124 Rn. 53; vgl. auch Senat, Beschluss vom 24.2.2009 - 11 Verg 19/08), auch die Prognose getroffen, dass von der Antragstellerin unter Berücksichtigung der festgestellten früheren Schlechtleistung im Hinblick auf die Zukunft zu erwarten ist, dass sie den nunmehr zu vergebenden Auftrag nicht gesetzzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführen werde und hat diese Prognoseentscheidung auch hinreichend dokumentiert.

Bei der Beurteilung der für die Eignung relevanten unbestimmten Rechtsbegriffe Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann. Dem öffentlichen Auftraggeber steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf hin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Senat, aaO - Beschluss vom 24.2.2009; Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage, § 122 Rn. 19).

Auf dieser Grundlage ergibt sich vorliegend, dass die Prognose der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden ist:

aa) Dass dem Ausschluss der Antragstellerin eine entsprechende Prognose der fehlenden Eignung in Bezug auf den streitgegenständlichen Auftrag X zugrunde lag, ergibt sich aus dem Vermerk der Fachplanerin, des von der Antragsgegnerin beauftragten Architekturbüros, vom 21.6.2017 (Band 3 Vergabeakte, Lasche 8), der die Prognoseentscheidung auch hinreichend dokumentiert.

Aus diesem Vermerk ergibt sich, dass die Fachplanerin annahm, die Antragstellerin werde auch beim nunmehrigen Auftrag Nachunternehmer einsetzen, die sie nicht im Angebot benannt und deren Eignung sie nicht im Angebot nachgewiesen habe. Ob geeignete Nachunternehmer eingesetzt würden, sei für die wesentlichen Leistungen nicht nachgewiesen worden.

Aus den vorangehenden Ausführungen der Fachplanerin in dem Vermerk ist die Grundlage dieser Einschätzung zu entnehmen: So führt die Fachplanerin aus, die Antragstellerin habe für eines der benannten

Nachunternehmer, die Fa. G GmbH, die Eignung nicht nachgewiesen. Denn dieses Nachunternehmen sei für die Leistungen, für die es als Nachunternehmer benannt worden sei (Beton- und Maurerarbeiten) entgegen der Angabe der Antragstellerin (vgl. insoweit Schreiben der Antragstellerin an die Antragsgegnerin vom 20.6.2017, Vergabeakte Band 2, unfoliert) nicht als präqualifiziert eingestuft. Die Präqualifikation habe lediglich für andere Leistungen (Reinigung von Abwasserkanälen, Überprüfen von Abwasserkanälen und Beratung in Sachen Abwasserbehandlung, Überprüfung von Abwasserkanälen) bestanden. Die Antragstellerin habe (lediglich) für die nicht als präqualifiziert eingestuften Nachunternehmen (Eignungs-) Nachweise in Form von Eigenerklärungen erbracht, mithin nicht für die Fa. G GmbH. Da die Fachplanerin weiter feststellte, dass die Anzahl der Arbeitskräfte der Antragstellerin (lediglich) dann als ausreichend anzusehen seien, wenn diese den größten Teil der Leistungen, wie angeboten, von Nachunternehmern erbringen lasse, ergibt sich die nachvollziehbare Einschätzung, dass die Antragstellerin selbst die Arbeiten, für die sie die Nachunternehmerin G GmbH benannt hatte, nicht erbringen würde. Damit ist die Einschätzung der Fachplanerin, es sei zu befürchten, dass die Antragstellerin auch beim nunmehrigen Auftrag Nachunternehmer einsetzen werde, deren Eignung sie nicht mit dem Angebot nachgewiesen habe, nicht zu beanstanden.

Die Richtigkeit dieser Ausführungen der Fachplanerin zur fehlenden einschlägigen Präqualifikation der benannten Nachunternehmerin G GmbH und zur voraussichtlich fehlenden personellen Ausstattung der Antragstellerin, weitere angebotene Leistungen selbst erbringen zu können, hat die Antragstellerin, der Akteneinsicht in den Vermerk betreffend die Eignungsprüfung gewährt wurde, nicht bestritten. Soweit sie meint, sie habe entgegen den Ausführungen im Vermerk hinreichende Eignungsnachweise der Nachunternehmen durch Eigenerklärungen erbracht, berücksichtigt sie nicht, dass - wie von der Fachplanerin festgehalten und durch das Schreiben der Antragstellerin vom 20.6.2017 (Vergabeakte Band 2) bestätigt - sie Eigenerklärungen nur für solche Nachunternehmer vorgelegt hatte, die sie selbst nicht als präqualifiziert bezeichnet hatte.

bb) Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, es handele sich bei den genannten Erwägungen der Fachplanerin jedenfalls nicht um solche der Antragsgegnerin, die es damit in unzulässiger Weise unterlassen habe, eine eigene Wertung anzustellen.

Der öffentliche Auftraggeber ist nicht gehindert, sich bei der Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens ganz oder teilweise der Hilfe Dritter zu bedienen, die über einen qualifizierten Sachverstand verfügen. Externe Dritte dürfen die Vergabestelle bei ihrer Entscheidung indes lediglich unterstützen. Nicht zulässig ist es, die Verantwortung für die Vergabe an diese zu übertragen. Die Vergabestelle muss eigenverantwortlich das Vergabeverfahren durchführen, also auch die Angebote prüfen und eigenverantwortlich über mögliche Ausschlussgründe und den Zuschlag entscheiden. Dieser Pflicht und Verantwortung im Hinblick auf die Vergabeentscheidung genügt die Vergabestelle, wenn sie die Wertung durch einen Freiberufler und dessen Zuschlagsvorschlag genehmigt. Diese Genehmigung soll zumindest durch einen billigenden Prüfungsvermerk mit verantwortlicher Unterschrift zum Ausdruck kommen (Senat, Beschluss vom 09. Juli 2010 - 11 Verg 5/10 Rn. 77, juris).

Auf dieser Grundlage hat sich die Antragstellerin vorliegend die Einschätzung der Fachplanerin hinreichend zu Eigen gemacht. Dies geschah durch den "Vergabevorschlag des Fachamtes" (Band 3 Vergabeakte, Lasche 14), der auf den 23.6.2017 und damit nach dem Vermerk des Fachplaners und vor dem Ausschluss der Antragstellerin datiert. Ausweislich dieses von einer Mitarbeiterin der Antragsgegnerin unterzeichneten Vermerks ging diese von der mangelnden Eignung der Antragstellerin aus. Sie bezog sich insoweit auf die Eignungsprüfung "gemäß Anlage", bei der es sich - was auch die Antragstellerin nicht in Abrede stellt - um den Vermerk der Fachplanerin handelte. Damit machte sie sich die Einschätzung der Fachplanerin zu eigen, dass von der Antragstellerin unter Berücksichtigung der festgestellten früheren Schlechtleistung auch im Hinblick auf die Zukunft zu erwarten sei, dass sie den nunmehr zu vergebenden Auftrag nicht gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführen werde.

cc) Aus der Tatsache, dass die Prognoseentscheidung im Absageschreiben vom 12.7.2017 (Anlage AG 13, Bl. 57f. VKA) und dem Aktenvermerk vom 20.7.2017 (Anlage AG 17 VKA) nicht wiederholt wurde, lässt sich nicht ableiten, dass die Prognoseentscheidung dem Ausschluss der Antragstellerin nicht zugrunde gelegen hätte.

dd) Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, die Prognose der Antragsgegnerin sei aufgrund der besonderen Umstände des gerügten Nachunternehmereinsatzes bei dem früheren Projekt B-Schule unzutreffend, da dort die Nachunternehmer nicht heimlich, sondern offen und transparent und im Hinblick auf eine von ihr, der Antragstellerin, angenommenen konkludenten Zustimmung der Antragsgegnerin eingesetzt worden seien.

Der Nachunternehmereinsatz ohne Zustimmung der Antragsgegnerin verletzte § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B und stellte eine fortdauernde mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei der Ausführung des vorangegangenen Auftrags dar (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB). Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen begründen jedenfalls die Befürchtung, dass sich dieses Verhalten auch im streitgegenständlichen Auftrag wiederholt und dass erneut ein Verstoß gegen § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B auftritt.

Die Antragstellerin macht schließlich Folgendes geltend: Gerade weil der frühere Auftrag aufgrund des (angeblich) unberechtigten Nachunternehmereinsatzes außerordentlich gekündigt worden sei, könne gerade nicht mehr angenommen werden, dass sie, die Antragstellerin in Zukunft ein solches Verhalten wiederholen werde; sie habe aus dem Fehler gelernt. Hiermit hat sie keinen Erfolg. Denn diese Behauptung wird nicht substantiell untermauert. Aus der Regelung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB lässt sich das - für sich genommen - nicht entnehmen. Diese Regelung setzt gerade die Kündigung (oder eine vergleichbare Rechtsfolge) des früheren Vertrags aufgrund dessen mangelhafter Erfüllung voraus. Würde die Kündigung in aller Regel die negative Prognose ausschließen, bestände für § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB kein Anwendungsbereich mehr.

Zudem durfte die Antragsgegnerin auch die Erklärung der Antragstellerin in deren Schreiben vom 2.5.2017 (Anlage AG 08, Bl. 111f. d.A.) berücksichtigen:

"Die Tatsache, dass einzelne Nachunternehmer nunmehr nicht entsprechend den Angaben im Angebote zur Ausführung kommen, ist nun bedauerlich, lässt sich aber nicht immer vermeiden und ist in jedem Einzelfall abgesprochen."

Danach erklärt die Antragstellerin selbst, dass sich der Einsatz von nicht im Angebot benannten Nachunternehmern in Zukunft nicht immer vermeiden lasse, obwohl ihr die Antragsgegnerin zuvor mit Schreiben vom 28.4.2017 für den Fall der Fortsetzung des unberechtigten Nachunternehmereinsatzes mit der außerordentlichen Kündigung des Vertrags gedroht hatte.

c) Die Antragsgegnerin hat von dem ihr damit zustehenden Ermessen, die Antragstellerin auszuschließen (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB , § 6e Abs. 6 Nr. 7 EU VOB/A) pflichtgemäß Gebrauch gemacht. Es wird insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen der Vergabekammer Bezug genommen.

2. Bei der gebotenen Abwägung sämtlicher Interessen auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergibt sich im Hinblick auf die fehlende Erfolgsaussicht der Beschwerde, dass das Interesse der Antragstellerin an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde hinter das Interesse der Antragsgegnerin, nach Ablauf der Frist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB den Zuschlag zu erteilen, zurücktreten muss.

Denn auf Seiten der Antragsgegnerin ist neben ihrem eigenen Interesse an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens ein besonderes Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Beauftragung im Hinblick auf dessen Gegenstand zu bejahen, da dieser Arbeiten zum Um- und Neubau von Schulgebäuden betrifft und damit einen Tätigkeitsbereich, der zum Kernbereich gemeindlicher Daseinsvorsorge gehört.
