

VK Mecklenburg-Vorpommern

Beschluss

vom 19.05.2022

3 VK 3/22

BGB § [130](#); GWB § [160](#) Abs. 3

1. An die Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass der Bieter deutlich macht, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet.

2. Die Rüge eines Bieters ist an keine bestimmte Form gebunden. Die Vorschriften über die sog. "eVergabe" beziehen sich nur auf das Vergabeverfahren. Als Teil des Rechtsmittelverfahrens ist die Rüge nicht dem Vergabeverfahren zuzurechnen.

3. Eine über den Messengerdienst "WhatsApp" versendete Nachricht kann die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge erfüllen.

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 19.05.2022 - 3 VK 3/22

Tenor

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens. Sie trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene war notwendig.
3. Die Gebühr der Vergabekammer wird auf ### Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom ### schrieb der Antragsgegner die streitbefangenen Leistungen europaweit aus. Danach betrug der geschätzte Auftragswert für das Los ### Euro.

Die Auftragsbekanntmachung enthielt unter III.1.3.) den Eintrag:

"Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen",

eine Verlinkung zu den Vergabeunterlagen bestand nicht. Nachdem die Submissionsergebnisse am 7. Februar 2022 eröffnet worden waren, schrieb der Geschäftsführer der Antragstellerin dem Projektleiter des Antragsgegners am 8. Februar 2022 über den Nachrichtendienst "WhatsApp":

"Hallo ###,

das Ergebnis kennst Du ja bestimmt schon. Vllt. könnt ihr mal gucken, ob die geforderte AK 2 wirklich vorliegt."

Am 28. Februar 2022 erhielt die Antragstellerin die Nachricht, dass der Zuschlag an einen anderen Bieter beabsichtigt sei, weil ein niedrigeres Hauptangebot vorliege, und zwar am 11. März 2022. Hiergegen wendet sie sich mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 4. März 2022. Mit Schreiben vom gleichen Tag bittet sie den Antragsgegner um Prüfung ihres Anliegens.

Sie beantragt:

1. Dem Antragsgegner aufzugeben, den Zuschlag für die Baumaßnahme ###, Maßnahmennummer ###, Gewerk Erdbau, Erschließungsmaßnahmen, Verkehrsanlagen, Vergabenummer ###, nicht an die ###, vertreten durch deren Geschäftsführer ###, zu erteilen,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von den Vergabekammern festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Anwalts für notwendig zu erklären.

Mit Schriftsatz vom 11. März 2022 bittet die Antragstellerin um Überlassung des Prüfberichts vom 14. Februar 2022.

Hierzu trägt sie vor: Es bestünden Zweifel an der Geeignetheit der Beigeladenen. Die ausgeschriebenen Leistungen seien keine Leistungen des Landschafts- und Gartenbaus. Es seien Erdarbeiten, Kanalbauarbeiten, Wasserhaltungsarbeiten, Straßenbauarbeiten und sonstige Erschließungsarbeiten ausgeschrieben worden. Insbesondere Kanalbauarbeiten seien sehr komplex. Daher sei das RAL Gütezeichen AK 2 zwingend gefordert worden.

Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die Beigeladene über das RAL Gütezeichen AK 2 jedenfalls zu jenem Zeitpunkt nicht verfügte. Die Antragstellerin trägt hierzu weiter vor: Der Beigeladenen fehle die Fachkunde im Tiefbau. Es sei hier keine Fremdüberwachung der Leistungserbringung möglich. Die Möglichkeit, als Alternative zu dem genannten Gütezeichen etwas Vergleichbares als Ersatz anzubieten, sei ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Sie bestreitet mit Nichtwissen, dass der Inhalt des Prüfberichts positiv sei. Dieser datiere allerdings vom 14. Februar 2022, während die Angebotsfrist am 7. Februar 2022 geendet habe. Eine Nachforderung könne es nur bei Unterlagen geben, die bei Ablauf der Angebotsfrist bereits existiert hätten, so dass § 34 Abs. 5 VgV nicht anwendbar sei. Sie bestreitet deshalb, dass der Prüfbericht beachtlich sei.

Es sei ferner davon auszugehen, dass die Beigeladene nicht nach dem Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) zahlt und daher keine Beiträge als Bauunternehmen zur Sozialkasse zahlt.

Mit Schriftsatz vom 13. Mai 2022 trägt die Antragstellerin erstmals vor, der

Antragsgegner hätte die Referenzen nicht hinreichend geprüft.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Den Nachprüfungsantrag vom 4. März 2022 zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten des Antragsgegners aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für notwendig zu erklären.

Hierzu trägt sie vor: Die Nachricht vom 8. Februar 2022 sei keine formal gültige Rüge, so dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Mit Beweisangebot trägt sie vor, die Rüge sei durch den Projektleiter des Antragsgegners unter Hinweis auf die Bieterplattform zurückgewiesen worden.

Das Angebot einer Alternative zu dem Gütezeichen RAL AK 2 sei wegen § [34](#) Abs. 5 GWB nicht ausgeschlossen: Voraussetzung ist, dass das Unternehmen das geforderte oder ein gleichwertiges Gütezeichen nicht erwerben konnte und die Gründe dafür ihm nicht zugerechnet werden können. Der Einzelnachweis einer anerkannten Prüforganisation habe hier in einem Prüfbericht bestanden. Es seien drei Referenzprojekte einzureichen gewesen.

Gemäß § [2](#) Abs. 3 VOB/A würden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach § 6 e EU VOB/A ausgeschlossen worden sind. Um dieses inhaltliche Ziel verfahrensrechtlich umzusetzen, sei beim offenen Verfahren - wie das hier vorliegende - nach § [16 b](#) Abs. 1 S. 1 VOB/ A durch den öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei seien die Angebote nach § [16 b](#) Abs. 1 S. 2 EU VOB/A anhand der vorgelegten Nachweise auf die Eignung der Bieter hin zu prüfen. Soweit der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seines Beurteilungsspielraums eine Prognoseentscheidung für die Eignung zu treffen habe, sei diese Entscheidung gerichtlich nur auf Beurteilungsfehler überprüfbar. Der Antragsgegner habe die hierbei erforderliche Prognoseentscheidung frei von Beurteilungsfehlern getroffen. Der vorgelegte Prüfbericht bestätige die Prognose einer qualitativen Ausführung entsprechend den Anforderungen. Dass der Prüfbericht vom 14. Februar 2022 datiere, sei völlig unerheblich, da er der Nachweisführung diene. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe den Anforderungen nicht entspreche und erst nach Ablauf der Angebotsfrist sämtliche Anforderungen für das Gütezeichen erlangen würde, dann läge die fachliche Anforderung zum fraglichen Zeitpunkt tatsächlich nicht vor. Dieser Sachverhalt sei aber vorliegend nicht gegeben. Ausschlussgründe nach § 6 a EU VOB/A seien nicht ersichtlich gewesen.

Der Antragsgegner trägt schließlich vor, die Beigeladene habe bestätigt, dass sie nicht zur Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau verpflichtet sei, sowie Unbedenklichkeitsbescheinigungen der beteiligten Krankenkasse und der Berufsgenossenschaft vorgelegt.

Die Beigeladene beantragt

Akteneinsicht nach § [165](#) GWB.

Ferner beantragt sie

1. Den Nachprüfungsantrag mit allen Einzelanträgen abzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Das Gütezeichen als Eignungskriterium sei nicht mit der Ausschreibung bekannt gemacht worden. Dies bedeute aber keine Notwendigkeit der Zurücksetzung oder Fehlerhaftigkeit des Verfahrens. Dies käme einem bloßen Formalismus gleich und könne nur in der Konstellation verhältnismäßig sein, in der ein ungeeignetes Unternehmen den Zuschlag erhalte. Wolle ein Auftraggeber anordnen, dass eine bestimmte Zertifizierung zwingend schon bei der Angebotsabgabe vorliegen solle, müsse er dies eindeutig in der EU- Auftragsbekanntmachung festlegen. Daher habe der Antragsgegner zur Eignungsprüfung den Prüfbericht nach Ablauf der Angebotsfrist anfordern dürfen. Nach § [16a EU](#) VOB/A sei es zulässig, dass fehlende Unterlagen übermittelt, ergänzt oder vervollständigt würden. Danach seien fehlende unternehmensbezogene Angaben - insbesondere Nachweise - zwingend nachzufordern. Dies sei keine Nachbesserung von Angebotsunterlagen im Sinne der Abgabe neuer Erklärungen. Unter Berücksichtigung der Referenzen und der Eignungsnachweise sei der Antragsgegner beurteilungsfehlerfrei zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass die Eignung der Beigeladenen vorläge.

Der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen Beitragspflichten der Sozialkasse Bau sei eine reine Vermutung und in diesem Verfahren unbeachtlich. Darüber hinaus müsste für einen Ausschluss im Rahmen der §§ [123](#), [124](#) GWB ein nachweislicher Verstoß vorliegen. Die Einleitung und Durchführung entsprechender Verfahren obläge allein den zuständigen Behörden.

Der Akteneinsichtsbeschluss datiert vom 8. April 2022. Zu dem weiteren Sach- und Streitstand wird auf die Schriftsätze der Beteiligten verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Der Antragsgegner ist ein öffentlicher Auftraggeber und es handelt sich um einen öffentlichen Auftrag (§§ [99](#), [103](#) GWB). Der EU-Schwellenwert nach § [106](#) GWB ist überschritten. Nach § [160](#) Abs. 2 GWB ist die Antragstellerin auch antragsbefugt, weil sie ein Interesse am Auftrag bekundet und einen drohenden Schaden durch die Verletzung von Vergabevorschriften dargelegt hat.

Die Antragstellerin hat rechtlich ihre Rügeobliegenheiten nach § [160](#) Abs. 3 GWB erfüllt. An die Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie ist an keine bestimmte Form gebunden. Eine Rüge in diesem Sinne kann auch als Frage formuliert sein, solange der Bieter deutlich macht, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet (OLG Schleswig, Beschluss vom 04.02.2022 - [54 Verg 9/21](#)). Aus der Nachricht des Geschäftsführers der Antragstellerin ging die Botschaft hervor, dass Zweifel daran bestehen, ob ein konkurrierender Bieter bessere Preise anbieten kann, wenn er in

qualitativer Hinsicht die gleichen Standards bei der Auftragserledigung aufweist wie die Antragstellerin. Daher wurde sehr konkret nach dem Gütezeichen RAL AK 2 gefragt. Dies ist als Rüge zu verstehen. Das Informationsschreiben nach § [134](#) GWB vom 28. Februar 2022 war als Weigerung zu verstehen, der Rüge abzuweichen, so dass der Antrag nach § [160](#) Abs. 3 Nr. 4 GWB fristgerecht gestellt wurde.

An diesem Ergebnis hat sich auch nichts durch die seit 19.10.2018 geltende Pflicht zur sog. "eVergabe" geändert. Die Vorschriften der Richtlinie 2014/24/EU, die die Kommunikation zwischen Bieter und öffentlichem Auftraggeber betreffen, beziehen sich nur auf das "Vergabeverfahren".

Die Systematik der europarechtlichen Vorgaben spricht also dafür, die Rüge als Teil des Rechtsmittelverfahrens anzusehen und nicht dem Vergabeverfahren zuzurechnen. Für den Zugang der Rüge, die als eine rechtsgeschäftliche Handlung angesehen wird, weshalb § [130](#) BGB gilt, trägt für den Fall der Unaufklärbarkeit der Antragsteller die Beweislast. Die daraus abzuleitende Wissenszurechnung von Verhandlungsgehilfen hat zur Folge, dass selbst in dem Fall, in dem die Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich den Auftraggeber als Ansprechstelle nennen, eine Rüge gegenüber dem Repräsentanten ausreicht, wenn er vom Auftraggeber mit der Durchführung der Ausschreibung betraut und aufgrund dieser Stellung und seiner Sachkunde objektiv als Ansprechpartner anzusehen ist (Immenga/Mestmäker, § 160 Rz. 55 ff.).

Nach zutreffender Ansicht der Antragstellerin hat sie mit dem am Tag der Antragseinreichung übersandten Schriftsatz ebenfalls ihren Rügeobliegenheiten genügt. Ihre Streitvermeidungsfunktion kann die Rüge zwar in derartigen Fällen nicht erfüllen. Teilweise wird daher angenommen, § [160](#) Abs. 3 S. 1 GWB verlange eine angemessene Frist zwischen der Rüge und der Stellung des Nachprüfungsantrags. Dennoch hat die Rechtsprechung die Einhaltung einer Frist zwischen Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags weitgehend abgelehnt, da eine solche Frist im Wortlaut der Vorschrift nicht vorgesehen sei. Werde sofort nach der Rüge ein Nachprüfungsantrag gestellt, ohne dem Auftraggeber irgendeine Reaktionszeit einzuräumen, so sei dies über eine Kostentragungspflicht des Antragstellers zu lösen, wenn der Auftraggeber sofort einlenke (Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § [160](#) GWB Rn. 79, 80).

Mit dem Vortrag vom 13. Mai 2022, der Antragsgegner habe die Referenzen der Beigeladenen nicht hinreichend geprüft ist die Antragstellerin nach § [160](#) Abs. 3 Nr. 4 GWB präkludiert.

Der Nachprüfungsantrag ist hingegen nicht begründet. Zu Recht durfte der Antragsgegner die Eignung der Beigeladenen in der geschehenen Art und Weise bewerten; ihm sind hierbei keine vergaberechtlichen Fehler unterlaufen.

In der streitbefangenen Ausschreibung enthielt die Auftragsbekanntmachung unter III.1.3.) den Eintrag: "Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen". Das Kriterium "Vorliegen des RAL Gütezeichens AK 2" war hierdurch als Eignungskriterium nicht wirksam bekanntgemacht. Dies hätte nach § [122](#) Abs. 4 Satz 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation, oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufgeführt sein müssen, was unstrittig nicht der Fall war. Die Standardformulare für die Auftragsbekanntmachung nach der aktuellen Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 v. 23.9.2019 sehen nur noch eine Bekanntmachung der Eignungskriterien und von Mindestanforderungen der Eignung vor. Die geforderten Eignungsnachweise können daher auch in den Vergabeunterlagen angegeben werden. Die in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der

Aufforderung zur Interessenbestätigung festgelegten Eignungskriterien können also in den Vergabeunterlagen konkretisiert werden und zwar auch durch die Nennung von Eignungsnachweisen (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 122 Rz. 104, 105).

Eignungskriterien sind in diesem Fall nicht in der Auftragsbekanntmachung angegeben worden. Der bloße Verweis auf die Vergabeunterlagen genügt nicht. Nicht zu beanstanden ist dagegen, wenn in der Bekanntmachung bzw. in der Aufforderung zur Interessensbestätigung anhand eines Links auf die Vergabeunterlagen verwiesen wird und die Bewerber bzw. Bieter "durch bloßes Anklicken" die weiteren Anforderungen abrufen können (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 122 GWB Rz. 103 ff.). Dies war in diesem Fall aber für die Bieter nicht möglich.

Das Formblatt 211 zu der Aufforderung zur Angebotsabgabe, welches den Verweis auf das Gütezeichen enthielt, war auch nicht identisch mit der Aufforderung zur Interessensbetätigung nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB. Letzteres betrifft einen anderen Fall: Nach § 38 Abs. 5 VgV ist ein Verzicht auf eine Auftragsbekanntmachung möglich, wenn der öffentliche Auftraggeber diejenigen Unternehmen, die aufgrund der Vorinformationen ihr Interesse bekundet haben, zur Bestätigung ihres Interesses am Auftrag auffordert.

Nach § 122 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind. § 122 Abs. 1 GWB enthält damit eine allgemeine Pflicht zur Eignungsprüfung unabhängig davon, ob Eignungskriterien nach Abs. 4 der Vorschrift definiert worden sind. Fachkundig ist ein Unternehmen nach allgemeinem Verständnis dann, wenn es über die für die ordnungsgemäße Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügt. Die Prüfung der Fachkunde bezieht sich daher auf die Qualifikation des Personals, das maßgeblich an der Auftragsausführung mitwirkt oder dafür verantwortlich ist. Der Begriff der Leistungsfähigkeit erstreckt sich nach allgemeinem Verständnis auf sämtliche Umstände, die Aufschluss darüber geben, ob ein Bieter bei vorausschauender Betrachtung in der Lage sein wird, die ihm durch einen Zuschlag und entsprechenden Vertragsabschluss erwachsenden Verbindlichkeiten zu erfüllen. Ob der Bewerber oder Bieter die Fachkunde und Leistungsfähigkeit besitzt, um den ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß auszuführen, er also "materiell geeignet" ist, ist eine Prognoseentscheidung, die in einem weitgehend formlosen Verfahren zu treffen ist. Prognosebasis ist regelmäßig die Tätigkeit des Unternehmens in der Vergangenheit. Soweit der Auftraggeber keine Mindestanforderungen für die Eignung formuliert hat, vollzieht sich die Eignungsprognose in einer Gesamtschau der dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Informationen. Die Entscheidung des Auftraggebers, wie viele und welche Unternehmen er als geeignet beurteilt, muss auf sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruhen. Eine besondere Prognosewahrscheinlichkeit, etwa eine gesicherte Erkenntnis oder Erwartung, dass das betroffene Unternehmen aufgrund der vorliegenden Umstände den Auftrag ordnungsgemäß ausführen wird, verlangt das Vergaberecht aber nicht. Die Anforderungen an den Grad der Erkenntnissicherheit sind auch nicht nur an den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, sondern auch am Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer zügigen Umsetzung von Beschaffungsabsichten und einem raschen Abschluss von Vergabeverfahren zu messen.

Nach herrschender Ansicht verfügt der Auftraggeber bei der Beurteilung der Eignung über einen Beurteilungsspielraum, der nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsbehörden und Gerichte unterliegt. In Anlehnung an die aus dem

Verwaltungsrecht bekannte Beurteilungsfehlerlehre wird nur kontrolliert, ob der Auftraggeber bei der Eignungsprüfung die Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschritten hat. Das ist der Fall, wenn

- das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde,
- von einem unzutreffenden oder nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist,
- sachwidrige Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren,
- gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist.

(Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § [122](#) GWB Rz. 18 ff.).

In diesem Rahmen ist nicht erkennbar, dass dem Antragsgegner in seiner Würdigung der Angebote ein Fehler unterlaufen wäre. Insbesondere ist der Zeitpunkt der Vergabeentscheidung für die Eignungsbewertung ausschlaggebend, so dass es im Ermessen des Antragsgegners stand, Unterlagen, welche Aufschluss über die Eignung bieten, nachzufordern (vgl. Opitz a.a.O. Rz. 28). Eine Pflicht, in jedem Falle Unterlagen nachzufordern, gibt es nicht. Wer eine Nachforderung unterlässt, und die Gründe hierfür nicht hinreichend dokumentiert, kann jedoch einen Vergaberechtsfehler begehen. Weil der Zweck des Vergaberechts darin besteht, Beschaffungen der öffentlichen Hand zu den bestmöglichen Konditionen zu organisieren, hat der Antragsgegner im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens gehandelt (vgl. OLG Frankfurt, Entscheidung vom 25. November 2021 - [11 Verg 2/21](#)). Die gleiche Wertung gilt bei der Durchführung von Bauaufträgen nach § [6 EU](#) VOB/A, so dass sich bei der Anwendung der Vorschriften keine Unterschiede ergeben (vgl. Ingenstau/Korbion § [6 EU](#) VOB/A, Rz. 1).

Gleiches gilt für die gerügten Verstöße gegen die Beitragspflichten. Die Beteiligten sind sich einig darüber, dass die Beigeladene keine Beiträge an die Sozialkasse Bau zahlt. Die Rüge der Antragstellerin besteht allein in der rechtlichen Bewertung dieser Feststellung. Hierzu hat sie vorgetragen, die Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau sei die einzige rechtliche Möglichkeit, nicht gegen Beitragspflichten zu verstoßen. Der Antragsgegner hat hierzu mit Schriftsatz vom 10. März 2022 vorgetragen, die Beigeladene habe bestätigt, dass sie nicht zur Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau verpflichtet sei, sowie Unbedenklichkeitsbescheinigungen der beteiligten Krankenkasse und der Berufsgenossenschaft vorgelegt. Dies wurde durch die Antragstellerin nicht bestritten.

Eine Bewertung dieses Sachverhalts setzt voraus, dass die Vergabekammer die sozialversicherungsrechtliche Prüfung zu der Frage vornimmt, ob die Beigeladene ihre Mitarbeiter in einer rechtlich zulässigen Weise abgesichert hat. Die gerügten Verstöße gegen die Beitragspflichten bei der Sozialkasse Bau waren aber durch die Vergabekammer nicht zu prüfen. Die Vergabekammern prüfen allein Verstöße gegen das Vergaberecht, § [156](#) Abs. 2 i.V.m. § [97](#) Abs. 6 GWB.

Im Kartellvergaberecht finden sich zwei - sich überschneidende - Ansatzpunkte, um außervergaberechtliche Vorschriften der Subjektivierung nach § 97 Abs. 6 zu unterstellen und im Wege einer Inzidenzkontrolle in den Kontrollrahmen des Nachprüfungsverfahrens einzubeziehen. Zum einen fungieren Vorschriften der §§ [97](#) ff. GWB, insbesondere die Vergabegrundsätze in § 97 Abs. 1 und 2, als sog. Anknüpfungsnormen, durch die externe Regelungen in das vergaberechtliche Entscheidungs- und Nachprüfungsprogramm integriert werden. Vor allem der

Wettbewerbsgrundsatz wirkt auf diese Weise integrierend, über ihn können z. B. Verstöße gegen das Kartellrecht oder gegen die kommunalrechtlichen Grenzen der Wirtschaftstätigkeit öffentlicher Unternehmen geltend gemacht werden. Beispielsweise sind die gesetzlichen Regeln über die Buchpreisbindung (§ 3 BuchPrG) wegen ihrer wettbewerblichen Relevanz ein tauglicher Kontrollmaßstab im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (Dörr in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 97 Rz. 29). Das Sozialversicherungsrecht ist nach wie vor ein unübersichtliches, durch eine schwierige Verwebung verschiedener Vorschriften gekennzeichnetes Gebiet, dessen Zweck primär dazu dient, Arbeitnehmer abzusichern. Es dient nicht unmittelbar wettbewerbsrechtlichen Zielsetzungen des Gesetzgebers. Dies ist auch aufgrund folgender Erwägung deutlich: Der als Anlage 11 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 13. Mai 2022 vorgelegte Tarifvertrag wäre im Konfliktfall nicht durch die ordentliche Gerichtsbarkeit zu prüfen, die aber für Wettbewerbsrecht zuständig ist und auch hier im Falle einer sofortigen Beschwerde zuständig wäre.

Zum anderen kann eine Rechtsfrage außerhalb des Vergaberechts für die Entscheidung über vergaberechtliche Ansprüche im Sinne von § 97 Abs. 6 eine zwingende Vorrangrelevanz besitzen, so dass sie inzident mitentschieden werden muss (Dörr a.a.O. Rz.31). Die Einhaltung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften ist jedoch nicht zwingende Voraussetzung der Auftragsdurchführung, in dem Sinne, dass die Ausführung des Auftrags dann objektiv nicht mehr möglich wäre, so dass die Prüfung von Sozialversicherungsrecht unter keinem der beiden Aspekte vorzunehmen war. Auch nach der Rechtsprechung sind sozialrechtliche Vorschriften keine vergaberechtlichen Vorschriften und damit nach § 97 Abs. 6 GWB nicht zu prüfen (OLG Düsseldorf (Vergabesenat), Beschl. v. 27.06.2018 - [Verg 59/17](#)). VK Bund [VK2-45/16](#), BeckRS 2016, 119151, unter II.1b).

Diese Rüge bildet auch keinen Anhaltspunkt für eine Prüfung von zwingenden Ausschlussgründen, hier namentlich § 6 e EU VOB/A. Hierzu kann das Schrifttum zum inhaltsgleichen § 123 Abs. 4 Nr. 1 GWB herangezogen werden, der ausdrücklich den zwingenden Ausschluss von Bietern vorsieht, der Entrichtung ihrer Beiträge zur Sozialversicherung nicht (oder eventuell durch Einzahlung in die falsche Kasse rechtlich nicht) nachgekommen ist. Die in dieser Vorschrift genannten Verstöße erfordern eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung oder eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

Nach § 6 e Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EU VOL/ A (vgl. § 123 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 GWB) kann der öffentliche Auftraggeber die Nichterfüllung von Zahlungsverpflichtungen nach Nr. 1 außer durch rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen auch auf sonstige geeignete Weise nachweisen. Die Vorschrift erlaubt dem Auftraggeber daher, einen Ausschluss auch in laufenden Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren noch vor Rechtskraft einer Gerichts- oder Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung vorzunehmen. Er muss dann den Verstoß des Unternehmens gegen die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen, ggf. in einem Vergabenachprüfungsverfahren zur Überzeugung der Nachprüfungsinstanzen darlegen und beweisen. Hinsichtlich der Geeignetheit des Nachweises und des Beweismaßes gelten dieselben Maßstäbe wie für die Nachweislichkeit nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 123 GWB Rz. 53 f.). In der Praxis - so auch hier - verlangen die öffentlichen Auftraggeber von den Bewerbern oder Bietern Eigenerklärungen darüber, dass diese den Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen nachgekommen sind. Diese Prüfung hat der Antragsgegner nach seinem Schriftsatz vom 10. März 2022 vorgenommen. Hierbei sind ihm nach den genannten Grundsätzen über den Beurteilungsspielraum keine Fehler unterlaufen. Wie bereits ausgeführt, ist die tatsächliche Prüfung der genannten Belege

durch die Vergabestelle durch die Antragstellerin nicht bestritten worden. Sie hat lediglich beanstandet, dass die Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse Bau unterblieben war.

Entsprechendes gilt für eine Anwendung des § [6 e](#) Abs. 6 Nr. 1 EU VOB/A (vgl. § [124](#) Abs. 1 Nr. 1 GWB); es fehlt der erforderliche Nachweis des Verstoßes gegen sozialrechtliche Verpflichtungen.

III.

Die Antragstellerin hat als unterlegene Partei nach § [182](#) Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten zu tragen. Für die Amtshandlungen der Vergabekammern werden nach § [182](#) Abs. 1 S. 1 GWB Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Nach § [182](#) Abs. 1 S. 2 GWB ist das Verwaltungskostengesetz - VwKostG - vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung anzuwenden. Es handelt sich hierbei um eine statische Verweisung auf eine Vorschrift in einer Fassung, die zwischenzeitlich außer Kraft getreten ist (Ziekow/Völlink § [182](#) GWB Rz. 4).

Bei der Gebührenfestsetzung orientiert sich die Vergabekammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Maßgeblich ist im Regelfall die Angebotssumme des Antragstellers (Röwekamp/Kus/Portz/Prieß § [182](#) GWB Rz. 7). Sie beträgt in diesem Fall zwischen ### und ### Euro brutto. Hiervon ausgehend beträgt die Gesamtgebühr nach der genannten Tabelle ### Euro.

Nach § [182](#) Abs. 4 Satz 1 GWB hat die Antragstellerin auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war notwendig. Die Notwendigkeit dieser Hinzuziehung ist jeweils nach den individuellen Umständen des einzelnen Nachprüfungsverfahrens zu beurteilen. Grundsätzlich ist hierbei zunächst auf die spezifischen Besonderheiten des Vergabenachprüfungsverfahrens abzustellen. Es handelt sich um eine immer noch nicht zum (weder juristischen noch unternehmerischen) Allgemeingut zählende, auch aufgrund vielfältiger europarechtlicher Überlagerungen wenig übersichtliche und zudem steten Veränderungen unterworfenen Rechtsmaterie, die wegen des gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahrens bei der Vergabekammer bereits dort prozessrechtliche Kenntnisse verlangt (Krohn in: Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar § [182](#) GWB Rz. 45 m. w. N.). Eine Ausnahme kann vorliegen, sofern sich die zu behandelnde Materie auf einen einfach gelagerten Sachverhalt beschränkt (vgl. Röwekamp/Kus/Portz/Prieß § [182](#) GWB Rz. 36). Die Hinzuziehung ist im Regelfall als notwendig anzuerkennen (Röwekamp/Kus/Portz/Prieß § [182](#) GWB Rz. 36). Die hier zu behandelnden Rechtsfragen waren jedenfalls nicht ganz einfach gelagert, so dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nach § [182](#) Abs. 4 Satz 2 GWB erstattungsfähig, weil sie aus Billigkeit der unterlegenen Partei aufzuerlegen waren. Soweit sich der Antragsteller bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Beigeladenen gestellt hat, entspricht es grundsätzlich der Billigkeit, bei Unterliegen des Antragstellers der Beigeladenen einen Kostenerstattungsanspruch für ihre notwendigen Verteidigungsmaßnahmen zuzuerkennen. Entscheidend ist dabei, inwieweit sich die Beigeladene aktiv in das Verfahren eingebracht (Röwekamp/Kus/Portz/Prieß § [182](#) GWB Rz. 42) und dieses durch substantiellen Vortrag gefördert hat. Stellt die

Beigeladene eigene Anträge, wird daraus in der Praxis meist abgeleitet, dass er das Verfahren aktiv gefördert hat und ihr dementsprechend ein Kostenerstattungsanspruch zuzubilligen ist (Krohn in: Beck'scher Vergaberechtskommentar § 182 Rz. 49). Zu den Billigkeitserwägungen gehören auch Erwägungen zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten; hier gelten die Ausführungen zu den Aufwendungen des Antragsgegners entsprechend.

IV.

(...)