

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2018 > 14.11.2018 - Verg 31 / 18

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18

Entscheidungstext:

Tenor:

Auf die sofortigen Beschwerden des Beigeladenen und des Antragsgegners wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland, Kammer in Düsseldorf, vom 26. März 2018 (VK D - 17/2017 - L) aufgehoben.

Dem Antragsgegner wird untersagt, in dem Verfahren zur Vergabe von Dolmetscherleistungen (2017/S 088-172198) den Zuschlag zu erteilen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen der Antragsteller und der Antragsgegner als Gesamtschuldner. Ihre in diesem Verfahren entstandenen notwendigen Aufwendungen tragen die Verfahrensbeteiligten jeweils selbst. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden zur Hälfte dem Antragsteller und zu jeweils einem Viertel dem Antragsgegner und dem Beigeladenen auferlegt.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren beträgt bis zu 65.000 Euro.

Gründe:

A.

Der Antragsgegner ist eine sog. gemeinsame Einrichtung zur Durchführung der Grundsicherung für Arbeitssuchende gemäß § 44b SGB II. Der Antragsteller betreibt ein Unternehmen, das Übersetzungsleistungen anbietet.

Mit Bekanntmachung vom 06.05.2017 schrieb der Antragsgegner einen Auftrag über Dolmetscherleistungen europaweit im offenen Verfahren aus. Der Auftrag ist in drei Lose aufgeteilt, die sich auf unterschiedliche Geschäftsstellen des Antragsgegners und teils unterschiedliche Sprachen beziehen. Den Zuschlag für Los 1 hat die Beigeladene erhalten. Noch im Streit stehen die Lose 2 und 3, die sich auf Dolmetscherdienstleistungen in den Sprachen Bulgarisch und Rumänisch beziehen.

Die Bewerber konnten sich auf mehrere Lose bewerben. Nebenangebote waren nicht zugelassen. Die vorgesehene einjährige Vertragslaufzeit konnte sich durch einseitige Verlängerungsoptionen des Auftraggebers auf maximal vier Jahre, höchstens jedoch bis zum 30.06.2021, erstrecken. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Auftragsbekanntmachung enthielt Vorgaben zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. Unter anderem mussten die Bieter mindestens einen Referenzauftrag nachweisen, der folgende Anforderungen erfüllt:

„- Dolmetscherleistungen für ein Jobcenter oder eine Agentur für Arbeit

- Sprache(n), auf die sich der Referenzauftrag bezog, muss/müssen der/den Sprache/n des jeweils angebotenen Loses entsprechen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

- Referenzauftrag muss nach Anzahl der Mitarbeiter und Einsatzumfang mit dem jeweils angebotenen Los vergleichbar sein
- Vollständig erbrachte Laufzeit von mindestens einem Jahr
- Keine vorzeitige Beendigung aufgrund Verschuldens des Auftragnehmers.“

Wegen der darüber hinausgehenden Angaben in den Vergabeunterlagen wird auf die Darstellung in den Gründen des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

Drei Bieter reichten fristgerecht Angebote ein. Das Angebot des Antragstellers lag auf dem ersten Rang, gefolgt vom Angebot des Beigeladenen und dem einer Bietergemeinschaft.

Die dem Angebot des Antragstellers beigefügte Referenzliste vom 06.06.2017 erfüllte nicht die Vorgaben in Ziffer 9.3.3 der Bewerbungsbedingungen, wonach die Referenzangaben „nach Möglichkeit“ nach Auftraggeber, Anschrift / Telefonnummer / E-Mail, Ansprechpartner, Art der durchgeführten Leistung, Leistungszeitraum und Auftragssumme gegliedert aufgelistet werden sollten. Mit einer am 13.06.2017 um 15:18 Uhr versendeten Email forderte der Antragsgegner die fehlenden Angaben bis zum 16.06.2017 um 10:00 Uhr nach. Obwohl die Projektmanagerin des Antragstellers mit Email vom 13.06.2017 um 15:36 Uhr die fristgerechte Nachreichung der Angaben zunächst zugesagt hatte, teilte sie in der Folge telefonisch mit, sie habe die Frist wegen des Feiertags am 15.06.2017 (Fronleichnam) nicht einhalten können. Die überarbeitete Referenzliste vom 16.06.2018 erreichte den Antragsgegner mit mehr als zweistündiger Verspätung am 16.06.2017 um 12:22 Uhr. Der Antragsteller berief sich später darauf, der Projektmanagerin sei nicht bekannt gewesen, dass noch Unterlagen von der Steuerberaterin hätten beschafft werden müssen.

Wegen der Versäumung der Frist schloss der Antragsgegner die Angebote des Antragstellers auf alle drei Lose aus und teilte mit Informationsschreiben vom 19.06.2017 mit, dass jeweils der Beigeladene den Zuschlag erhalten soll. Dies rügte der Antragsteller mit Schreiben vom 21.06.2017. Er beanstandete u.a. die Referenzanforderungen als unwirksam und die Nachforderungsfrist als zu kurz. Nachdem der Antragsgegner die Rüge mit Schreiben vom 26.06.2017 zurückgewiesen hatte, brachte der Antragsteller am 29.06.2017 - beschränkt auf die Lose 2 und 3 - einen Nachprüfungsantrag an.

Die Leistungen der Lose 2 und 3 wurden interimswise vergeben.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer warf der Antragsteller dem Antragsgegner mit Schriftsatz vom 15.02.2018 vor, das Vergabeverfahren sei auf den Beigeladenen als dem bisherigen Leistungserbringer zugeschnitten worden. Der Mitarbeiter des Antragsgegners L. unterstütze und berate den Beigeladenen bei Ausschreibungen und auch im vorliegenden Vergabeverfahren. Zugleich teilte der Antragsteller mit, dass gegen den ehemaligen ersten Vorsitzenden des Beigeladenen wegen der Veruntreuung von gemeinnützigen und/oder öffentlichen Mitteln ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde.

Nach Unstimmigkeiten und mehreren Abmahnungen, u.a. mit Schreiben vom 30.01.2018, kündigte der Antragsgegner mit Schreiben vom 06.03.2018 den mit dem Antragsteller zu Los 3 geschlossenen Interimsvertrag, der ohne Verlängerung mit dem 09.03.2018 auslief, mit Wirkung zum 10.03.2018.

Mit Schriftsatz vom 12.03.2018 stützte der Antragsgegner den Ausschluss des Angebots des Antragstellers auch auf die mangelnde Eignung des Antragstellers und führte aus, die Referenzen genügten nicht den Anforderungen. Aufgrund der Schlechtleistung beim Interimsauftrag zu Los 3 sei der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erfüllt. Die wahrheitswidrigen Vorwürfe des Antragstellers gegen den Mitarbeiter des

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

Antragsgegners L. erfüllen den Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Zudem sei das Vertrauensverhältnis unwiederbringlich zerstört.

Der Antragsteller vertrat die Auffassung, der Beigeladene sei gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB i.V.m. § 6 VgV, § 124 Abs. 1 Nr. 9a und § 124 Abs. 1 Nr. 9b GWB von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Zudem rügte er nach Einsicht in die Vergabeakten die fehlende Dokumentation der Angebotsöffnung.

Der Antragsteller hat beantragt,

1. der Antragsgegner wird verpflichtet, die Prüfung und Wertung des Verfahrens für die Erbringung von Dolmetscherleistungen für das Jobcenter E. im Hinblick auf die Lose 2 und 3 unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

2. Hilfsweise: Andere geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung der Vergaberechtskonformität des Verfahrens über die Vergabe von Dolmetscherleistungen für das Jobcenter E. zu treffen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Er hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, weil das Angebot des Antragstellers auszuschließen sei. Die Angebotsöffnung sei durch seine schon mit der Konzipierung und Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragten Verfahrensbevollmächtigten gemäß den Vorgaben des § 55 Abs. 2 Satz 1 VgV durchgeführt und elektronisch dokumentiert worden.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Die Vergabekammer hat dem Antragsgegner aufgegeben, das Vergabeverfahren in das Stadium vor Ablauf der Frist für die Angebotsabgabe zurückzusetzen, allen Bietern erneut Gelegenheit zur Beteiligung mit einem Angebot zu geben und bei der Öffnung und Prüfung der Angebote sowie der Dokumentation die in diesem Beschluss zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung der Vergabekammer zu berücksichtigen. Das Vergabeverfahren sei aufgrund des Verstoßes des Antragsgegners gegen die Pflicht zur Dokumentation der Angebotsöffnung in das Stadium vor Abgabe der Angebote zurückzusetzen. Zudem liege ein Vergaberechtsverstoß wegen der fehlerhaften Prüfung eines Ausschlussgrundes gegen den Beigeladenen wegen des Ermittlungsverfahrens gegen seinen ehemaligen ersten Vorstandsvorsitzenden vor. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

Hiergegen richten sich die sofortigen Beschwerden des Beigeladenen und des Antragsgegners.

Der Beigeladene, der u.a. zu Maßnahmen der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB vorträgt, beantragt,

1. die Entscheidung der Vergabekammer Rheinland vom 26.03.2018 (Aktenzeichen VK D-17/2017-L) wird aufgehoben.

2. der Nachprüfungsantrag des Antragstellers wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner wiederholt und vertieft sein Vorbringen vor der Vergabekammer und beantragt,

1. Der Beschluss der Vergabekammer Rheinland, Spruchkörper Düsseldorf, vom 26.03.2018 mit dem Aktenzeichen VK D - 17/2017 - L wird aufgehoben.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller beantragt,

die sofortigen Beschwerden des Beigeladenen und des Antragsgegners gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland, Spruchkörper Düsseldorf, vom 26. März 2018 (Az. VK D - 17/2017 - L) werden zurückgewiesen.

Er verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines Vorbringens vor der Vergabekammer den angefochtenen Beschluss.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen, die Akten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen.

B.

Die - nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 16.04.2018 bzw. 19.04.2018 bei Gericht am 25.04.2018 und 03.05.2018 form- und fristgerecht eingegangenen - sofortigen Beschwerden des Beigeladenen und des Antragsgegners haben teilweise Erfolg.

I.

Das Vergabeverfahren ist nicht wegen eines Dokumentationsmangels betreffend die Angebotsöffnung in das Stadium vor Ablauf der Frist für die Angebotsabgabe zurückzusetzen.

1. Allerdings genügt die Dokumentation der Angebotsöffnung nicht den Anforderungen der §§ 55 Abs. 2 Satz 1, 8 Abs. 1 VgV.

Gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 GWB wird die Öffnung der Angebote von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchgeführt.

Die dem Vergabevermerk vom 30.06.2017 anliegende, auf den 12.03.2017 datierte Übersicht über die eingegangenen Angebote enthält eine hinsichtlich des Monats offensichtlich fehlerhafte Datumsbezeichnung, da die Angebotsfrist am 09.06.2017 endete.

Darüber hinaus lässt der lediglich von einer Person, dem Mitarbeiter des Antragsgegners L., unterzeichnete Vergabevermerk vom 30.06.2017, dessen Ziffer 19 sich auf die Angebotsöffnung bezieht, nicht erkennen, wer die Angebotsöffnung vorgenommen hat und ob sie gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 GWB von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers gemeinsam durchgeführt wurde.

Der Antragsgegner kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, eine ordnungsgemäße Dokumentation der Angebotsöffnung in elektronischer Form vorgenommen zu haben. Die Vergabenachprüfungsinstanzen haben hierauf keinen Zugriff. Die maßgeblichen, in Papierform vorgelegten Vergabeakten enthalten weder einen Ausdruck elektronisch erfasster Inhalte noch im Übrigen einen Hinweis auf das Vorhandensein weiterer, elektronischer Aktenbestandteile.

2. Der Dokumentationsmangel ist durch das Vorbringen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren geheilt worden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

Es wäre mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar, bei Mängeln der Dokumentation im Vergabevermerk generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert von einer Berücksichtigung im Nachprüfungsverfahren abzusehen und stattdessen eine Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens anzuordnen. Dieser Schritt sollte vielmehr Fällen vorbehalten bleiben, in denen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation lediglich im Nachprüfungsverfahren nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten (BGH, Beschluss v. 08.02.2011, X ZB 4/10, juris Rn. 73; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.05.2018, VII-Verg 3/18 BA 12-13; Beschluss v. 21.10.2015, VII-Verg 28/14; Beschluss v. 08.09.2011, VII-Verg 48/11, juris Rn. 25; OLG München, Beschluss v. 21.05.2010, Verg 2/10, juris Rn. 158; OLG Celle, Beschluss v. 13.01.2011, 13 Verg 15/10, juris Rn. 40; jeweils mwN). Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gefahr von Manipulationen besteht.

Im Streitfall ist nichts dafür ersichtlich, dass eines der Angebote nicht rechtzeitig vorgelegen hätte oder es nachträglich zu Manipulationen an den Angeboten gekommen sein könnte.

Die damit allein fehlende Dokumentation, wer bei der Angebotsöffnung anwesend war, ist vom Antragsgegner nachgeholt worden. Er hat dargelegt, seine Verfahrensbevollmächtigten seien bereits mit der Konzipierung und Durchführung des Vergabeverfahrens betraut gewesen. Die Angebotsöffnung sei nach Ablauf der Angebotsfrist am Freitag, dem 09.06.2017, um 14:00 Uhr am darauffolgenden Montag, dem 12.06.2017, gemeinsam durch die Rechtsanwälte E.1 T. und N.H. vorgenommen worden.

3. Diese Verfahrensweise bei der Angebotsöffnung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Vertreter des Auftraggebers im Sinne des § 55 Abs. 2 Satz 1 VgV kann jede von ihm hierzu ermächtigte Person sein, etwa ein Mitarbeiter oder externer Berater (s. Bock in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 55 VgV Rn. 8), ebenso ein Rechtsanwalt.

Zu Unrecht macht der Antragsteller weiter geltend, es habe an der Vertretungsmacht gefehlt, weil der Antragsgegner erst mit Schriftsatz vom 07.07.2017 eine auf den 06.07.2017 datierte Vollmacht vorgelegt habe, die nicht auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung zurückwirke. Die Vollmacht bezieht sich auf die Vertretung im Nachprüfungsverfahren und ist für die Vertretungsbefugnis im Vergabeverfahren ohne Belang. Dass die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners mit seinem Wissen und Wollen bereits im Vergabeverfahren für ihn tätig waren, ergibt sich aus den Vergabeakten und dem Sachvortrag des Antragsgegners und steht - ohne dass es insoweit der Vorlage einer Vollmacht bedürfte - außer Zweifel.

II.

Der Erfolg des Nachprüfungsantrags des Antragstellers kann nicht abschließend beurteilt werden. Vielmehr muss der Antragsgegner bei fortbestehender Vergabeabsicht erneut in die Prüfung der Angebote des Beigeladenen und gegebenenfalls des drittplatzierten Bieters eintreten. Bis dahin darf der Zuschlag nicht erteilt werden.

1. Allerdings hat der Antragsgegner das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschlossen, weil die beigebrachten Referenzen den Anforderungen nicht genügen.

a) Voraussetzung eines Angebotsausschlusses gemäß § 57 Abs. 1 VgV ist, dass der Auftraggeber die Eignungskriterien wirksam aufgestellt und die hierfür beizubringenden Nachweise wirksam gefordert hat. Dies ist hier der Fall.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

Bei der Bestimmung dessen, was durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und ihm angemessen ist (§ 122 Abs. 4 Satz 1 GWB), ist dem Auftraggeber ein nur eingeschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum zuzuerkennen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.06.2018, VII-Verg 4/18 mwN).

Im Hinblick auf die vom Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer dargelegten Anforderungen des ausgeschriebenen Auftrags ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner nur solche Bieter als geeignet ansieht, die durch Referenzen Erfahrung mit Aufträgen vergleichbaren Inhalts und Umfangs nachweisen können. Dies betrifft sowohl die Art und Qualität der Tätigkeit (Dolmetscherleistungen für ein Jobcenter oder eine Agentur für Arbeit für die Dauer von mindestens einem Jahr und ohne vorzeitige Beendigung aufgrund Verschuldens des Auftragnehmers, jeweils in den Sprachen, die denen des angebotenen Loses entsprechen) als auch die Vergleichbarkeit nach der Anzahl der Mitarbeiter und dem Einsatzumfang.

Die Anforderungen sind auch nicht unverhältnismäßig.

b) Die Anforderungen der §§ 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, 48 Abs. 1 VgV sind erfüllt. Bereits in der Auftragsbekanntmachung hat der Antragsgegner die vorgenannten Eignungskriterien und Referenzanforderungen festgelegt. Ziffer 9.3.3 der Bewerbungsbedingungen gibt darüber hinaus lediglich vor, welche Angaben der Antragsgegner zur Prüfung der Referenzen benötigt (Angabe des genauen Auftrags, der Auftragssumme, des Auftraggebers, der Art der durchgeführten Leistung und des Leistungszeitraums sowie der „Referenzen von Ansprechpartnern mit Telefonnummer und E-Mail-Adresse“) und in welcher Weise diese Angaben tabellarisch gegliedert werden sollen. Hierbei handelt es sich um eine zulässige Konkretisierung der Referenzanforderungen (vgl. auch OLG Celle, Beschluss v. 24.04.2014, 13 Verg 2/14, juris Rn. 56 f.). Das in der Auftragsbekanntmachung genannte Kriterium des Einsatzumfangs wird zulässigerweise durch den Zeitraum der Auftragsausführung und die Auftragssumme näher konkretisiert.

c) Der Ausschluss des Angebots des Antragstellers ist allerdings nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV gerechtfertigt, wonach Angebote ausgeschlossen werden, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten.

Unstreitig hat der Antragsteller die vom Antragsgegner mit Email vom 13.06.2017 nachgeforderten Angaben zu seinen Referenzen (Auftraggeber, Anschrift / Telefonnummer / Email, Ansprechpartner, Art der durchgeführten Leistung, Leistungszeitraum, Auftragssumme) nicht innerhalb der ihm bis zum 16.06.2017, 10:00 Uhr, gesetzten Frist beigebracht, sondern erst um 12:22 Uhr mit über zweistündiger Verspätung.

Hierauf kann der Angebotsausschluss jedoch nicht gestützt werden, weil die Frist zu knapp bemessen war.

Bei der Nachforderung von Unterlagen sind gemäß § 56 Abs. 4 VgV die Unterlagen vom Bewerber oder Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber innerhalb einer von diesem festzulegenden angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorzulegen. Bei der Bestimmung der Frist ist auf den Einzelfall abzustellen und neben dem Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers der Zeitbedarf zu berücksichtigen, den der Bieter zur Vervollständigung der Unterlagen voraussichtlich benötigen wird (vgl. Dittmann in: Kulartz / Kus / Marx / Portz / Prieß, Kommentar zur VgV, § 56 VgV Rn. 48 mwN.) Eine Frist von sechs Kalendertagen, wie sie § 16a VOB/A-EU vorsieht, wird im Regelfall auch für Auftragsvergaben nach der VgV angemessen sein (Steck in: Ziekow / Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 56 VgV Rn. 33; Dittmann aaO; jeweils mwN).

Ob die vom Auftraggeber gesetzte Frist angemessen war, kann von den Nachprüfungsinstanzen überprüft werden, wobei dem öffentlichen Auftraggeber insoweit ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist (Dittmann aaO mwN).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

Im Streitfall ist dieser Beurteilungsspielraum überschritten, weil die Frist für die Vorlage der nachgeforderten Angaben faktisch nur gut einen Arbeitstag betrug. Die Nachforderung ging am 13.06.2017 um 15:18 Uhr und damit kurz vor dem üblichen Büroschluss ein. Eine Bearbeitung hätte am 14.06.2017 erfolgen müssen, da der 15.06.2017 in Nordrhein-Westfalen ein Feiertag (Fronleichnam) war und die Frist schon am 16.06.2017 um 10:00 Uhr ablief. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Antragsteller die benötigten Angaben möglicherweise noch zusammentragen musste, ist dieser Zeitraum unangemessen kurz.

Vor diesem Hintergrund ist auch unschädlich, dass die Projektmanagerin des Antragstellers C. wenige Minuten nach Erhalt der Nachforderung mit Email vom 13.06.2017 um 15:36 Uhr zunächst zusagte, die Unterlagen würden fristgerecht übersandt. Es ist nicht auszuschließen, dass sie zu diesem Zeitpunkt den Zeitbedarf, etwa für das Beschaffen von Unterlagen bei der Steuerberaterin, noch nicht übersehen konnte.

b) Das Angebot des Antragstellers ist jedoch gemäß § 57 Abs. 1, 1. Alt. VgV von der Wertung auszuschließen, da sein Unternehmen auch unter Berücksichtigung der am 16.06.2017 nachgereichten Angaben in materieller Hinsicht die Eignungskriterien nicht erfüllt, wie der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 05.09.2018 (GA BI. 209) zutreffend ausgeführt hat. Drei der fünf für beide Lose beigebrachten Referenzen (Nr. 1, 2 und 4 der ergänzten Referenzliste) beziehen sich nicht, wie gefordert, auf Dolmetscherleistungen für ein Jobcenter oder eine Agentur für Arbeit, sondern auf Tätigkeiten für das Sozialgericht H.1 bzw. das Referat Erziehung und Bildung der Stadt H.1. Referenz Nr. 5 erfüllt nicht das Kriterium einer vollständig erbrachten Laufzeit von mindestens einem Jahr; bei Vorlage der Referenz war der Antragsteller erst 15 Tage (seit dem 01.06.2017) für den Auftraggeber tätig. Referenz Nr. 3 ist hinsichtlich des Einsatzumfangs nicht mit der ausgeschriebenen regelmäßigen Dolmetschertätigkeit vergleichbar; sie bezieht sich auf zwölf Einsätze im Jahr, die zudem teils andere Sprachen betreffen.

2. Auf die weiteren, vom Antragsgegner geltend gemachten Ausschlussgründe kommt es damit nicht an.

3. Trotz des wirksamen Angebotsausschlusses kann der Nachprüfungsantrag des Antragstellers gleichwohl Erfolg haben, wenn auch die weiteren Bieter von der Wertung auszuschließen sind.

Legt ein Bieter die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften dar und kommt danach als vergaberechtsgemäße Maßnahme die Aufhebung der Ausschreibung in Betracht, weil auch alle anderen Angebote auszuschließen sind, ist der Bieter regelmäßig unabhängig davon im Nachprüfungsverfahren antragsbefugt, ob auch sein Angebot an einem Ausschlussgrund leidet (vgl. BGH, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06, 1. Leitsatz, Rn. 14, Rn.30, zitiert nach juris). Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet, wenn alle weiteren Angebote ebenfalls auszuschließen sind (BGH aaO juris Rn. 49, 51).

Innerhalb der Angebotsfrist gingen drei Angebote ein. Neben dem auf dem ersten Rang liegenden, aber auszuschließenden Angebot des Antragstellers und dem zweitplatzierten Angebot des Beigeladenen liegt auf dem dritten Rang das Angebot einer Bietergemeinschaft. Diesbezüglich hat der Antragsgegner die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen und sich mit den aus den Vergabeakten ersichtlichen möglichen Ausschlussgründen noch nicht abschließend auseinandergesetzt (s. VA BI. 80, 150, 169 ff.).

Ist das Angebot der Bietergemeinschaft auszuschließen, hängt der Erfolg des Nachprüfungsantrags davon ab, ob das Angebot des Beigeladenen ebenfalls auszuschließen ist.

4. Die von dem Antragsgegner bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgenommene Prüfung von Ausschlussgründen betreffend den Beigeladenen ist unzureichend.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

a) Allerdings ist der Beigeladene nicht gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB i.V.m. § 6 VgV, § 124 Abs 1 Nr. 9a GWB oder § 124 Abs 1 Nr. 9b GWB im Hinblick auf die vom Antragsteller behauptete unzulässige Zusammenarbeit zwischen dem Mitarbeiter des Antragsgegners L. und dem Beigeladenen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Der Antragsteller beruft sich insoweit auf einen Informanten, dessen Namen er nicht nennen will, und sechs erstmals mit Schriftsatz vom 15.02.2018 benannte Zeugen, von denen es sich bei einem um den Informanten handeln soll. Der Antragsteller trägt jedoch keinen durch konkrete Tatsachen belegten Sachverhalt vor, der einer Aufklärung durch den Antragsgegner oder einer Beweiserhebung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen zugänglich wäre. Es fehlt an Angaben dazu, wer wann die behaupteten Vorgänge wahrgenommen und dem Antragsteller hierüber Mitteilung gemacht haben soll. Ohne einen derartigen Sachvortrag liefe die Vernehmung der benannten Zeugen auf eine unzulässige Ausforschung hinaus.

b) Zu beanstanden ist jedoch, dass der Antragsgegner, nachdem er von der Inhaftierung des Ersten Vorsitzenden der Beigeladenen erfahren hatte, nicht in einer erneute Prüfung der Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 123 Abs. 3 GWB und einer etwaigen Selbstreinigung des Beigeladenen gemäß § 125 GWB eingetreten ist.

aa) Bezüglich der fakultativen Ausschlussgründe des § 124 GWB kommt dem öffentlichen Auftraggeber auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen zu. Angesichts dessen können die Nachprüfungsinstanzen die Entscheidung des Auftraggebers, einen Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen oder hiervon abzusehen, nur auf Ermessensfehler prüfen. Solche liegen vor, wenn die vom Auftraggeber getroffenen Sachverhaltsermittlungen und -feststellungen oder die Anwendung vergaberechtlicher Rechtsbegriffe auf willkürlichen, sachwidrigen Erwägungen beruhen oder aber das Ermessen auf Null reduziert war und der Auftraggeber das verkannt hat (vgl. Hausmann / von Hoff in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 GWB Rn. 71).

Vor dem Hintergrund, dass ein Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 GWB während des gesamten Vergabeverfahrens möglich ist (Hausmann / von Hoff in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 GWB Rn. 72), ist der Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Auftraggebers überschritten, wenn er ihm nachträglich bekannt gewordene objektive Anhaltspunkte für Verfehlungen unberücksichtigt lässt.

Bezüglich der zwingenden Ausschlussgründe des § 123 GWB ist anerkannt, dass der öffentliche Auftraggeber nicht nur zum Ausschluss eines Unternehmens verpflichtet ist, wenn er zum Zeitpunkt der Prüfung der Eignung Kenntnis vom Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes hatte, sondern auch dann noch, wenn die Kenntnis erst in einem späteren Stadium des Vergabeverfahrens erlangt wird. Insofern besteht hinsichtlich der Ausschlusspflicht eine Sachlage, die mit der Pflicht zur Wiederholung der Eignungsprüfung vergleichbar ist. Der Auftraggeber ist also verpflichtet, bestehenden Anhaltspunkten für das Vorliegen einer zurechenbaren Katalogstraftat nachzugehen und, soweit sich aus diesen ein konkreter Verdacht ergibt, von dem betroffenen Unternehmen ggf. weitere Informationen zu verlangen (Hausmann / von Hoff in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 123 GWB Rn. 42).

Nichts anderes kann für die Sachverhaltsermittlung hinsichtlich fakultativer Ausschlussgründe gelten.

bb) Dem ehemaligen ersten Vorsitzenden des Beigeladenen wird von den Ermittlungsbehörden vorgeworfen, über mehrere Jahre Vereinsmittel in Höhe von etwa zwei Millionen Euro veruntreut und Steuerschulden in großer Höhe verursacht zu haben. Hierbei handelt es sich, wenn die Vorwürfe zutreffen, um eine schwere Verfehlung im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit, durch die unter Umständen auch die Integrität des

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

Beigeladenen in Frage gestellt wird, weil er eine solche Tat nicht durch geeignete Maßnahmen verhindern konnte.

Der Antragsgegner hat von diesem Sachverhalt durch den Schriftsatz der Antragstellerin vom 15.02.2018, zugestellt am 22.02.2018 Kenntnis erlangt und ihn einer Prüfung unterzogen. Er ist - so die Ausführungen des Antragsgegners in dem anwaltlichen Schriftsatz vom 12.03.2018 - zu dem Ergebnis gelangt, dass auch unter Berücksichtigung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens gegen den ersten Vorsitzenden wegen des Verdachts er Veruntreuung von Vereinsmitteln „die Eignung der Beigeladenen nach pflichtgemäßem Ermessen ausßer Frage“ steht. Allerdings hat der Antragsgegner es unterlassen, in eine neue Prüfung einzutreten, als er erfahren hat, dass der erste Vorsitzende zu einem späteren Zeitpunkt – der Vertreter des Beigeladenen nannte in der mündlichen Verhandlung als Datum der Inhaftierung den 14.03.2018 – in Untersuchungshaft genommen worden ist. Er war zu einer erneuten Prüfung verpflichtet, weil sich der zur Beurteilung stehende Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt und zwar im Hinblick auf die erforderliche Nachweislichkeit der schweren Verfehlung im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB geändert hatte.

Voraussetzung für die Nachweislichkeit im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist, dass konkrete, z.B. durch schriftlich fixierte Zeugenaussagen, sonstige Aufzeichnungen, Belege oder Schriftstücke nachweisbare objektivierte Anhaltspunkte für die in Rede stehenden Verfehlungen bestehen (OLG Saarbrücken, Beschluss v. 29.12.2003, 1 Verg 4/03; Hausmann / von Hoff in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 GWB Rn. 12). Eine bereits rechtskräftige Feststellung der Pflichtverletzung oder die Verurteilung wegen einer Straftat ist nicht erforderlich (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss v. 29.12.2003, 1 Verg 4/03; Hausmann / von Hoff in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 GWB Rn. 12).

Die Tatsache, dass sich der ehemalige erste Vorsitzende des Beigeladenen über einen Zeitraum von mindestens zwei Monaten in Untersuchungshaft befunden hat, könnte nahelegen, dass nachweisbare objektivierte Anhaltspunkte für die vorgenannten Verfehlungen bestehen. Untersuchungshaft setzt voraus, dass die Staatsanwaltschaft und das die Haft anordnende Gericht aufgrund der vorliegenden Beweise einen dringenden Tatverdacht im Sinne des § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO bejahen. Dringender Tatverdacht besteht, wenn nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis in seiner Gesamtheit die hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat und deshalb verurteilt werden wird (Posthoff in: Gercke/Julius/Temming u.a., Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 112, Rn. 4 unter Verweis auf BVerfG NJW 1996, 1049; NJW 1992, 1975 m. Anm. Baumann NStZ 1992, 449 und Anm. Schroeder JZ 1992, 976; Köln StV 1999, 156; Brandenburg StV 1996, 157; SK-Paeffgen Rn 4).

cc. Mit den vorgenannten Umständen und der Frage einer etwaigen Selbstreinigung des Beigeladenen durch die von ihm geschilderten Maßnahmen hat sich der Antragsgegner nicht in ausreichendem Maß auseinandergesetzt und hierzu bis zum maßgeblichen Schluss der mündlichen Verhandlung keine Entscheidung getroffen. Eine derartige Entscheidung unter Berücksichtigung der ihm erst im Lauf des Jahres 2018 bekannt gewordenen Umstände ist weder in einem ergänzenden Vergabevermerk noch schriftsätzlich dokumentiert.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners ausgeführt, auch unter Berücksichtigung der aktuellen Erkenntnisse sei der Beigeladene nicht auszuschließen. Es gebe noch keine Anklage und keine Hauptverhandlung oder Eröffnung derselben, so dass weiter die Unschuldsvermutung gelte. Jedenfalls habe der Beigeladene durch personelle Veränderungen hinreichende Maßnahmen der Selbstreinigung ergriffen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

Auch diese Ausführungen genügen nicht den Anforderungen an die Prüfung durch den Antragsgegner und deren Dokumentation. Zunächst kann die in der mündlichen Verhandlung kundgetane Bewertung des Verfahrensbevollmächtigten die erforderliche Entscheidung des Antragsgegners nicht ersetzen. Darüber hinaus entbindet die Unschuldsvermutung den öffentlichen Auftraggeber nicht davon, in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung ihm bekannt gewordener Verdachtsmomenten und damit auf der Basis aktueller Erkenntnisse zu entscheiden, ob der Bieter weiterhin am Vergabeverfahren teilnehmen kann. Schließlich fehlt es an einer Dokumentation der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat dargelegten Gründe dafür, den Beigeladenen nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.

III.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Antragsgegners vom 22.10.2018 bietet keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in entsprechender Anwendung von § 156 ZPO. Weder liegt einer der in § 156 Abs. 2 ZPO genannten Gründe vor noch ist im Übrigen eine Wiedereröffnung geboten.

Die mündliche Verhandlung ist ordnungsgemäß geschlossen worden. Die Ausführungen im Schriftsatz vom 22.10.2018, der Senat habe Hinweise erteilt und es seien Aspekte der Eignung des Beigeladenen erstmals thematisiert worden, sind unzutreffend. Zur Erteilung von Hinweisen bestand keine Veranlassung. Sowohl die Frage, ob der Beigeladene wegen des gegen seinen ehemaligen Vorsitzenden bestehenden Verdachts, über mehrere Jahre Vereinsmittel in Höhe von etwa zwei Millionen Euro veruntreut und Steuerschulden in großer Höhe verursacht zu haben, gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist als auch die diesbezüglichen tatsächlichen Umstände waren Gegenstand von Schriftsätzen der Verfahrensbeteiligten (Schriftsatz des Antragstellers v. 28.09.2018, GA Bl. 238 ff.; Schriftsatz des Antragsgegners v. 05.09.2018, GA Bl. 212 ff.). Gleiches gilt für die Frage einer Selbstreinigung des Beigeladenen aufgrund der von ihm vorgenommenen Maßnahmen und die vom Antragsteller beanstandete fehlende Auseinandersetzung des Antragsgegners mit dem vorgenannten Ausschlussgrund.

Auch der mit Schriftsatz vom 22.10.2018 mitgeteilte Fortgang der Angebotsprüfung und der nachgereichte Vergabevermerk gleichen Datums geben keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Maßgeblich für die Beurteilung der Zulässigkeit und Begründetheit eines Rechtsmittels ist grundsätzlich der Schluss der mündlichen Verhandlung. Bei der Ermessensentscheidung über eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 Abs. 1 ZPO, ist die Konzentrationsmaxime zu beachten, die den raschen Abschluss der Instanz (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 156 ZPO Rn. 5) bzw. des Vergabenachprüfungsverfahrens gebietet. Umstände, die gleichwohl für eine Wiedereröffnung sprechen (wie etwa die Chance zur Vermeidung eines Rechtsmittel- oder Wiederaufnahmeverfahrens oder einer gütlichen Einigung, s. Zöller aaO) liegen nicht vor. Der Antragsgegner kann das Vergabeverfahren fortsetzen. Sein Kosteninteresse hat bei der Entscheidung über eine Wiedereröffnung außer Betracht zu bleiben.

IV.

Von der Beiladung des drittplatzierten Bieters auf dessen Antrag vom 15.10.2018 sieht der Senat ab. Eine Beiladung ist dem Senat zwar grundsätzlich bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Vergabenachprüfungsverfahrens möglich (Rechtsgedanke des § 65 Abs. 1 VwGO; zur Beiladung durch den Senat als Beschwerdegericht s. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.06.2010, VII-Verg 14/10, juris Rn. 59), hier jedoch nicht veranlasst. Der Zweck einer Beiladung, durch eigenen Sachvortrag zur Aufklärung des Sachverhalts beizutragen (Rechtsgedanke des § 54 GWB), kann nach Schluss der mündlichen Verhandlung nicht mehr erreicht werden. Durch die vom Senat zu treffende Entscheidung werden die Interessen des drittplatzierten Bieters auch nicht im Sinne des § 162 GWB schwerwiegend berührt. Infolge der Untersagung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 21.1.2019

des Zuschlags ist das Vergabeverfahren fortzusetzen. Hinsichtlich des drittplatzierten Bieters hat der Senat lediglich den Vergabeakten entnommen, dass die Angebotsprüfung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch nicht abgeschlossen war.

V.

Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 78 GWB, die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die den Verfahrensbeteiligten in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen auf § 182 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 GWB unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 92 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. ZPO. Am Verfahren vor der Vergabekammer hat der Beigeladene sich - anders als im Beschwerdeverfahren - nicht auf Seiten des Antragsgegners beteiligt, sondern allein zu den ihn betreffenden Ausschlussgründen Stellung genommen.

VI.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 50 Abs. 2 GKG, ausgehend von den Angeboten des Antragstellers auf die Lose 2 und 3. Hierbei hat der Senat neben dem voraussichtlichen jährlichen Auftragsvolumen (Vergabevermerk v. 30.06.2017, Ziff. 5) die Verkürzung der ursprünglich vorgesehenen Vertragslaufzeit von maximal vier Jahren (01.07.2017 - 30.06.2021 mit der Möglichkeit der Verlängerung um jeweils zwölf Monate durch einseitige Erklärung des Auftraggebers, höchstens jedoch bis zum 30.06.2021) auf maximal zweieinhalb Jahre berücksichtigt; aufgrund der durch das Nachprüfungsverfahren eingetretenen Verzögerung wird der Vertrag voraussichtlich nicht vor dem 01.01.2019 ausgeführt werden. Bezüglich der Verlängerungsoptionen hat der Senat einen Abschlag von 50 % vorgenommen (s. BGH, Beschluss v. 18.03.2014, X ZB 12/13, juris Rn. 10 ff., 13).