

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 3/10 E II
Datum des Beschlusses	27. April 2010
Bestandskraft	ja
Vergabeart	Offenes Verfahren Sektorenauftraggeber
Rechtsnormen	
Leitsätze	<ol style="list-style-type: none">1. Ein Antrag auf Gestattung des Zuschlags gemäß § 115 Abs. 2 GWB erfordert auch in Ansehung der gesetzgeberischen Absicht, "die Situation zugunsten der Auftraggeber zu verbessern", ein Interesse der Vergabestelle und der Allgemeinheit von besonderem Gewicht.2. Absprachen mit Dritten, in denen einzelne Bauprojekte terminlich aufeinander abgestimmt werden, um einen reibungslosen Bauablauf zu gewährleisten, können nicht den Anspruch auf Primärrechtsschutz unterlaufen.3. Allgemeine Aussichten auf den Zuschlag können auch bestehen, wenn dem Antragssteller die Abgabe eines Angebotes unter den vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen nicht zuzumuten war und er glaubhaft macht, dass er ohne die Hinderungsgründe ein wettbewerbsfähiges Angebot abgegeben hätte.



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der
xxx

gegen

die
xxx

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

wegen des Bauauftrags: Ausschreibung der U 2 Viaduktsanierung, 2. Bauabschnitt –
Teilbereich Bauwerke 44 bis 57 und 65, Vergabe-Nr. FEM-
3/7050/09-00,

hier: Antrag der Antragsgegnerin auf Gestattung des Zuschlags

hat die hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den
Vorsitzenden xxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxx sowie den ehrenamtlichen Beisitzer xxx
am 27. April 2010 beschlossen:

1. Der Antrag der Antragsgegnerin, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wird zurückgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Beschluss in der Hauptsache vorbehalten.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb als Sektorenauftraggeber im offenen Verfahren den Bauauftrag 2. Bauabschnitt für die Viaduktanierung der U-Bahnlinie U 2 europaweit aus, der am 16.12.2009 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde. Er umfasst die Grundsanierung der Streckenbauwerke zwischen den Teilabschnitten Rampenbauwerk Senefelder Straße bis Rampenbauwerk Bornholmer Straße.

Schlusstermin für die Anforderung von oder die Einsicht in Unterlagen war der 10.1.2010. Angebote sollten bis zum 3.2.2010 eingehen und am selben Tag geöffnet werden.

Die Baumaßnahme soll nach der Vergabebekanntmachung unter zeitweiliger Vollsperrung des U-Bahnverkehrs im Zeitraum vom 6.4.2010 bis 27.5.2011 stattfinden. Zum Inhalt der Teilnahmebedingungen wird auf die Bekanntmachung in Ziffer III. 2. verwiesen.

Mit Schreiben vom 18.12.2009 forderte die Antragsstellerin die Vergabeunterlagen bei der Antragsgegnerin an, die am 22.12.2009 an sie versandt wurden. In den enthaltenen Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen (ZTV) führte die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren aus:

„Für die Leistungspositionen im Titel Stahlbau (Bauwerk 44 bis 57; Bauwerk 65)

„Fahrbahnblech als Buckelblech als geformtes Blech herstellen, liefern und in vorhandener sowie ergänzter Stahlkonstruktion des Viaduktbauwerks einbauen [...]“
sowie

„Längsträger für Mittelaufleger der Buckelbleche innerhalb der Viaduktkonstruktion [...]“

gilt ausdrücklich folgende Verfahrensweise:

Für die Erbringung der vorgenannten Leistungspositionen gibt die ausschreibende Stelle den Subunternehmer zwingend vor. Ein Wechsel des Subunternehmers für den in dieser Position beschriebenen Leistungsumfang wird für den Zeitraum der Vergabephase sowie darüber hinaus für die gesamte Bauzeit ausgeschlossen!

Der Einheitspreis/Gesamtpreis ist bereits in den betreffenden Leistungspositionen vorgegeben (Papierform der Leistungsbeschreibung) und darf nicht geändert werden. Dies ist auch bei der Erstellung eines Kurz-LV bei der Angebotsabgabe zu beachten, da eine Angabe des Einheits-/Gesamtpreises in der GAEB-Datei nicht möglich ist.

Vorgegebener Einheitspreis für die Leistungsposition Längsträger:

900,00 EUR/Stück

Vorgegebener Einheitspreis für die Leistungsposition Fahrbahnblech:

3.750,00 EUR/Stück

Die Herstellung und Lieferung wird durch die Bauabteilung der Berliner Verkehrsbetriebe überwacht und freigegeben. Darüber hinaus verbleibt die allgemeine Prüfungs- und Hinweispflicht beim Auftragnehmer.

In den vorgenannten Leistungspositionen sind enthalten:

- die jeweils beschriebene Komplettleistung,
- anteilig Baustelleneinrichtung nur für die beschriebene Komplettleistung,
- anteilig Erstellung Werkstattpläne nur für die beschriebene Komplettleistung.

Diese Leistungen sind durch den Hauptauftragnehmer nicht zu erbringen. Ein Anspruch auf Nutzung einzelner oder vollständiger Leistungsanteile durch den Hauptauftragnehmer besteht nicht!

Nebenangebote für diese Position werden komplett ausgeschlossen.

Alle weiteren Leistungspositionen bleiben von der vorgenannten Verfahrensweise unberührt.“

Mit Schreiben vom 8.1.2010 fragte die Antragsstellerin die Antragsgegnerin unter anderem, ob dem vorgegebenen Nachunternehmer die Beteiligung an dem Ausschreibungsverfahren erlaubt sei und wie sich die vorgegebenen Kostenpositionen und die Kalkulation der Kostenpositionen zu den gemäß Ziffer 2.5 ZTV vorgegebenen Nachunternehmerleistungen zusammensetzten.

Zugleich rügte sie insoweit einen Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht und die Auferlegung eines ungewöhnlichen Wagnisses. Letzteres machte sie an der nach Ziffer 2.3 ZTV dem Auftragnehmer zugeschriebenen Risikoübernahme für den ungestörten Bauablauf auch im Schnittstellenbereich zu anderen Gewerken und der Vorgabe eines Nachunternehmers fest. Daneben bewirke die Vorgabe der Heißbeschichtung der Schottertröge eine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs. Schließlich gingen die in den Vergabeunterlagen geforderten Eignungsnachweise über diejenigen der Vergabebekanntmachung hinaus. Endlich sei unklar, welche technischen Mindestanforderungen Nebenangebote einhalten müssten.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten antwortete die Antragsgegnerin, dem vorgegebenen Nachunternehmer sei die Teilnahme am Verfahren erlaubt; er verfüge über keinen Wissensvorsprung. Die Einheitspreise für den Nachunternehmer seien auf Basis von Referenzbauvorhaben ermittelt, die in einem offenen Verfahren bereits erfolgreich angesetzt worden seien.

Die Rüge der Antragsstellerin sei präkludiert. Dessen ungeachtet sei die freihändige Vergabe an den Nachunternehmer zulässig. Europaweite Marktabfragen hätten ergeben, dass nur der vorgegebene Nachunternehmer ein Verfahren zur Herstellung von Buckelblechen ohne Gesenke anbiete. In Abänderung von Ziffer 2.3 ZTV übernehme die Antragsgegnerin die Bauleitung; der Auftragnehmer müsse lediglich seine eigene Leistung und die von ihm beauftragten Nachunternehmer koordinieren. In der Nachunternehmervorgabe sei auch kein ungewöhnliches Wagnis zu sehen; die Antragsgegnerin habe dessen Eignung hinreichend geprüft. In Abänderung zu Ziffer 2.5 ZTV gelte für Mängelansprüche mit Blick auf die vom Nachunternehmer hergestellten Buckelbleche § 13 Abs. 3 VOB/B. Die Heißbeschichtung der

Schottertröge schränke den Wettbewerb nicht ein; sie sei technisch notwendig. Es sei die Sache der Antragsgegnerin, den Auftragsgegenstand festzulegen. Das Schreiben führt dann die einzureichenden Eignungsnachweise abschließend auf.

Hierauf rügte die Antragsstellerin mit Anwaltsschreiben vom 25.1.2010, der Nachunternehmer könne die Auskömmlichkeit der vorgegebenen Vergütung für die vorgegebenen Leistungspositionen nachvollziehen und besitze deshalb durchaus einen Wissensvorsprung.

In ihrer der Vergabekammer am selben Tag übermittelten Schutzschrift vom 25.1.2010 beantragten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin einen Nachprüfungsantrag nicht an die Antragsgegnerin zu übermitteln sowie den Antrag zurückzuweisen. Sie war der Auffassung, ein Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wäre offensichtlich unzulässig, da schon die damit geltend gemachten Rügen nicht unverzüglich erhoben worden seien. Außerdem seien diese offensichtlich unbegründet, da für behauptete Verfahrensmängel keine Anhaltspunkte ersichtlich seien.

In der gerügten Nachunternehmervorgabe nach Ziffer 2.5 ZTV für die Herstellung der Blechgewerke liege kein Verstoß gegen die Ausschreibungspflichten. Der vorgegebene Nachunternehmer biete als einziges Unternehmen das vorgesehene Verfahren an und könne eine Durchführung der Baumaßnahme innerhalb des zur Verfügung stehenden Zeitfensters sicherstellen. Damit sei eine freihändige Vergabe an ihn zulässig. Auch stelle die gerügte Vorgabe der Heißbeschichtung für Schottertröge keinen Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip dar. Es handele sich dabei um ein marktübliches, allen zugängliches Verfahren, dessen Einsatz mit Blick auf die zeitlichen Anforderungen des Bauvorhabens sachlich gerechtfertigt sei.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin den weiteren Rügen der Antragstellerin abgeholfen. So werde dem Auftragnehmer mit Ziffer 2.3 ZTV jedenfalls in seiner neuen Fassung kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet, da die Schnittstellenverantwortlichkeit für die Abstimmung mit anderen Unternehmen von der Antragsgegnerin übernommen worden sei. Gleiches gelte auch für eine Mängelhaftung des Auftragnehmers für Leistungen des Nachunternehmers. Hiernach bestünden durch die Einführung der Haftungsbegrenzung nach § 13 Nr. 3 VOB/B keine erheblichen Kalkulationsrisiken. Im Falle der Insolvenz des vorgegebenen Nachunternehmers hafte die Antragsgegnerin. Transparenzmängel seien ebenfalls nicht gegeben. Letzte Unklarheiten habe die Antragsgegnerin durch die ausdrückliche Benennung der Eignungsnachweise ausgeräumt. Schließlich habe sie mittlerweile auch für die technischen Mindestanforderungen der Nebenangebote Klarstellungen vorgenommen.

In einem Nachtrag führte die Antragsgegnerin aus, sie habe für die Nachunternehmerleistungen Preise vorgegeben, welche unter den Preisen für herkömmliche Verfahren der Buckelblechherstellung lägen und keinen Raum für eine

Quersubventionierung böten. Die Effizienzvorteile könnten dem Nachunternehmer keinen Preisvorteil verschaffen. Der streitbefangenen Ausschreibung läge ein marktgerechter Preis zugrunde, eine Überkompensation der Nachunternehmervergütung für Leistungen nach Ziffer 2.5 ZTV sei daher ausgeschlossen. Mit den unveränderbaren Preisen für die Nachunternehmerleistung sei für gleiche Wettbewerbschancen aller Bieter gesorgt. Darüber hinaus verhindere die Preisvorgabe, dass der Nachunternehmer selbst durch unterschiedliche Preisangaben an anfragende Mitbewerber den Wettbewerb beeinflusse. Eine Benennung des Nachunternehmers verbiete sich zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Absprachen unter den Bietern. Wegen der Übernahme seines Haftungs- und Insolvenzrisikos durch die Antragsgegnerin drohten den Bietern keine ungewöhnlichen Wagnisse.

Unter dem 2.2.2010 stellte die Antragstellerin den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem Ziel, das eingeleitete Ausschreibungsverfahren bis zur Entscheidung der Vergabekammer über die Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht fortzuführen und auf den Stand vom 16.12.2009 zurückzusetzen.

Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12.2.2010 hat die Antragsgegnerin beantragt, der Antragsgegnerin zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB zu erteilen. Zur Begründung führte sie aus, dem Nachprüfungsantrag seien keine Erfolgsaussichten beschieden, da er bereits nach summarischer Prüfung unzulässig und unbegründet sei.

Durch Beschluss vom 18.3.2010 hat die erkennende Kammer den Antrag auf Gestattung des Zuschlags als unzulässig zurückgewiesen, weil die Voraussetzungen hierfür noch nicht vorlagen. Eine Gestattung des Zuschlags kommt nach Ansicht der Vergabekammer in Betracht, sobald der Auftraggeber ein Unternehmen ausgewählt hat, dem der Zuschlag erteilt werden soll, und die übrigen Bieter darüber informiert sind. Denn nur, wenn diese Mitteilung als letzter Schritt vor der Zuschlagserteilung vollzogen erfolgt sei, könne es den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen geben.

Am 26.3.2010 wertete die Antragsgegnerin die bei ihr eingegangenen vier Angebote aus. Die Antragstellerin hatte kein Angebot abgegeben. Nach Ausschluss des günstigsten entschied sich die Antragsgegnerin für den zweitplatzierten Bieter. Mit Schreiben vom selben Tag wurden alle Bieter über den beabsichtigten Zuschlag informiert, der ausweislich der insoweit gleichlautenden Schreiben frühestens am 6.4.2010 erteilt werden sollte.

Mit Schriftsatz vom 30.3.2010 trägt die Antragsgegnerin vor, nach Auswahl und Benachrichtigung der Bieter hierüber seien die von der erkennenden Kammer gestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Auch die übrigen gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen seien erfüllt; insbesondere könnten der Antragsgegnerin die Entscheidungs- und Rechtsmittelfristen der Hauptsache nicht zugemutet werden. Zur Begründetheit verweist die Antragsgegnerin im Wesentlichen auf ihren bisherigen Vortrag,

den sie ergänzt und vertieft. Sollte die Zuschlagserteilung nicht bis zum 11.4.2010 vorab gestattet werden, müsse die Baumaßnahme mindestens in das Jahr 2011 verschoben und die verfahrensgegenständliche Ausschreibung aufgehoben werden.

Unabhängig von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache würden auch die nachteiligen Folgen der bei Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens eintretenden Verzögerung der Vergabe die damit verbundenen Vorteile für die Bieter überwiegen. Ein Zuschlag müsse zwingend bis Anfang April 2010 erfolgen, da sonst die Durchführung der Maßnahme im Sommer 2010 unmöglich sei, wodurch die gesamte Maßnahme auf das Jahr 2011 oder später verschoben werden müsse.

Mit Blick auf die regelmäßige Dauer von Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer sei eine Entscheidung über den Nachprüfungsantrag einschließlich des Ablaufs der Beschwerdefrist bis zum genannten Zeitpunkt nicht zu erwarten. Eine Durchführung des Vergabenachprüfungsverfahrens ohne Vorabgestattung des Zuschlags ziehe mithin die Verschiebung der ausgeschriebenen Baumaßnahme nach sich. In der Folge drohten erhebliche wirtschaftliche Nachteile und Beeinträchtigungen verkehrlicher Belange. Hinzu kämen sicherheitstechnische Risiken, da nur noch geringe Verschleißreserven vorhanden seien.

Die Antragsgegnerin wiederholt ihren bisherigen Vortrag, wonach die mit dem Abwarten einer Entscheidung in der Hauptsache verbundene Zuschlagsverzögerung zu einer Verschiebung der Maßnahme zumindest in den Mai 2010 führen würde. Eine Verlagerung in die Wintermonate des laufenden Jahres sei wegen der sicherzustellenden Mindesttemperatur für die Korrosionsschutzarbeiten ausgeschlossen. Da sie den Auftrag aufgrund unbeeinflussbarer Umstände nicht habe früher ausschreiben können, sei ihre Zeitnot im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Der Eilbedarf sei auch nicht durch den Hinweis auf den Ablauf der Entscheidungsfrist der Vergabekammer am 9.3.2010 widerlegt. In die Interessenabwägung sei nicht nur die fünf Wochenfrist des § 115 Abs. 1 GWB einzubeziehen, vielmehr sei auch die zweiwöchige Beschwerdefrist nach § 117 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen.

Das Zuschlagsverbot ende frühestens am 23.3.2010. Bereits bei einer Verzögerung im Nachprüfungsverfahren um wenige Wochen sei daher der erforderliche Zuschlagstermin nicht mehr einzuhalten. Da im vorliegenden Fall auch die Dauer eines möglichen Beschwerdeverfahrens ausnahmsweise in die Bewertung einzubeziehen sei, könne ein Zuschlag nicht mehr zum spätesten Zeitpunkt Anfang April 2010 erfolgen, um eine Verschiebung der Maßnahme in die Folgejahre abzuwenden. Das Abwarten einer Entscheidung in der Hauptsache sei nicht zuzumuten.

Darüber hinaus fehle es am Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin und an den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags. Denn mit ihren Ausführungen zu den zeitlichen und technischen Anforderungen an die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen

habe die Antragstellerin vermittelt, dass sie hierfür nicht die erforderliche Fachkunde besitze. Daher sei sie im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens mangels fachlicher Eignung auszuschließen. Ein Zuschlag könne ihr also selbst dann nicht erteilt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren obsiegen würde. Folglich könne ihr auch kein Schaden entstehen. Die Antragstellerin könne die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe, die durch das Verfahren zur gesenkfreien Herstellung der Buckelbleche und die Alleinstellung des Nachunternehmers begründet sei, nicht widerlegen. Im Hinblick auf die Preise für die Nachunternehmerleistungen belege sie keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Wirtschaftliche, finanzierungstechnische, verkehrliche und sicherheitstechnische Belange würden demgegenüber für eine Vorabgestattung des Zuschlags streiten. Im Falle einer Verschiebung der Maßnahme in das Jahr 2011 würden der Antragsgegnerin infolge von Streckensperrungen und Wechselwirkungen mit anderen, nicht verschiebbaren Maßnahmen, Mehrkosten von mindestens xxx. EUR entstehen. Es drohe der Verfall der für 2010 bewilligten Fördermittel; damit sei die Finanzierung der Maßnahme bei Verschiebung in die Folgejahre gefährdet. Wegen erneuter Fahrbahn- und Streckensperrungen würde es auch zu zusätzlichen verkehrlichen Beeinträchtigungen mit unzumutbaren Auswirkungen sowohl im Straßenverkehr als auch im ÖPNV kommen.

Die Antragsgegnerin beantragt nunmehr erneut,

ihr zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung gemäß § 115 Absatz 2 Satz 1 GWB zu erteilen.

Die Antragstellerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Es bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag: Bis zum 6.4.2010 könne laut der Bieterinformation der Antragsgegnerin kein Zuschlag erteilt werden; danach sei die Entscheidung der Vergabekammer zum 12.4.2010 abzuwarten. Der Antrag sei auch unzulässig, weil die Antragsgegnerin wiederum nicht die Belege präsentiert habe, die eine Vorabgestattung erlaubten. Ihr Vortrag, weshalb eine Verschiebung der Baumaßnahme notwendig werde, sei trotz qualifizierten Bestreitens pauschal geblieben und könne dem Antrag nicht zur Begründetheit verhelfen. Ein Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens bestehe nicht.

Der Suspensiveffekt des Nachprüfungsantrages sei nicht ursächlich für eine Verschiebung der Maßnahme auf das Jahr 2011 oder später. Die Bindefrist laufe erst am 3.4.2010 ab. Die Zuschlagsfrist von zwei Monaten spreche auch nicht für eine besondere Eile der

Antragsgegnerin. Die vom 24.5. bis 24.10.2010 auf der Baustelle durchzuführenden Baumaßnahmen könnten durch Beschleunigung auch in kürzerer Zeit durchgeführt und zeitlich abgedeckt werden. Außerdem könnten die zum Abschluss der Baumaßnahme geplanten Korrosionsschutzmaßnahmen mit entsprechenden Vorkehrungen auch bei winterlichen Temperaturen durchgeführt werden. Dies gelte auch für Stahlbauarbeiten. Es gebe also keinen Grund dafür, die streitgegenständliche Maßnahme im Jahr 2010 nicht mehr durchzuführen, wenn sie statt im Mai erst im Juni oder Juli beginnen könne.

Die Vergabestelle habe bei der Planung komplexer Bauvorhaben in zeitlicher Hinsicht vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren. Grundsätzlich komme die Gestattung einer Zuschlagserteilung nur in Betracht, wenn bei einer Auftragsvergabe erst nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer das gesamte Vorhaben scheitern würde. Dabei könnten nur solche Umstände berücksichtigt werden, die die Vergabestelle bei der Planung des Gesamtvorhabens nicht habe vorhersehen können. Bei einer Bauzeit von fünf Monaten sei eine allenfalls um wenige Wochen verschobene Auftragsvergabe zu verkraften. Da eine Holzeinhausung bereits vorgesehen sei, fielen auch keine zusätzlichen Kosten für Winterbau an. Selbst wenn durch Klimatisierungsmaßnahmen geringfügige Mehrkosten entstünden, seien diese unbeachtlich, da die durch ein Nachprüfungsverfahren entstehenden Mehrkosten nur dann ein Argument für die Gestattung des Zuschlags seien, wenn sie in erheblicher Höhe anfallen würden.

Die Akteneinsicht bestätige den Eindruck, dass vor Auftragserteilung an den Nachunternehmer keine Zulässigkeitsprüfung der Direktvergabe stattgefunden habe. In der kurzen Zeit zwischen Kontaktaufnahme und Vertragsschluss könne kein kostengünstiges und gründlich geprüftes Angebot entstanden sein. Dies spiegele sich im überpreisigen Vertragsschluss wieder. Es bleibe bei einer Wettbewerbsverzerrung durch die Möglichkeit des vorgesehenen Nachunternehmers, die Restbaumaßnahme unterpreisig anzubieten.

Weiter führt sie aus, eine Gegenüberstellung der Interessen von Antragstellerin und Antragsgegnerin komme nicht in Betracht, weil die Antragsgegnerin die Eilbedürftigkeit selbst verursacht, indem sie die Baumaßnahme nicht frühzeitig ausgeschrieben habe. Selbst wenn eine Interessenabwägung durchzuführen sei, ändere dies nichts am Ergebnis. Das Interesse der Allgemeinheit an einer raschen Entscheidung sei auch als Interesse an einer rechtmäßigen Entscheidung zu verstehen. Die Vorabgewährung des Zuschlags würde durch die dann drohenden Verfahren zu einer unsicheren Rechtsposition der Antragsgegnerin führen.

Die Antragsgegnerin lege auch nicht dar, weshalb die Baumaßnahmen bei einer Zuschlagserteilung im Juni nicht in den Monaten Juli bis November durchgeführt werden könnten. Die Baumaßnahmen zum 1. Bauabschnitt seien auch bis in den November hinein durchgeführt worden. Das Zeitfenster der Baumaßnahme reiche von der 19. bis zur 42. Kalenderwoche 2010. Die Korrosionsschutzarbeiten könnten daher problemlos von der 26. bis zur 38. Kalenderwoche ausgeführt werden. Bei einer Verschiebung der Baumaßnahme um vier Wochen bleibe damit bis zur 42. Kalenderwoche genügend Zeit, die restlichen

Korrosionsschutzmaßnahmen vor dem Winter durchzuführen. Selbst eine Verschiebung um acht Wochen stelle kein Problem dar.

Sofern die Antragsgegnerin behauptete, ihr entstünden xxx. EUR Mehrkosten bei der Nichtdurchführung der Baumaßnahme im Jahr 2010, folge dies aus einer Aneinanderreihung spekulativer Ereignisse. Eine Verzahnung der von der Antragsgegnerin genannten Baumaßnahmen mit dem verfahrensgegenständlichen Auftrag werde bestritten. Eine lediglich erhöhte Chance auf rechtzeitigen Abruf für öffentliche Mittel sei kein Umstand, der eine Interessenabwägung zu Gunsten einer vorzeitigen Zuschlagserteilung rechtfertige. Auch gehe aus dem Vortrag der Antragsgegnerin nicht hervor, warum die verkehrlichen Belange durch eine Verschiebung der Baumaßnahme anders, länger oder intensiver beeinträchtigt seien, als bei ihrer Umsetzung in 2010. Der schlechte Zustand des Bauwerks sei bereits 2004 festgestellt worden. Wenn eine Verschiebung der Maßnahme von 2010 auf 2011 sicherheitserheblich wäre, hätte die Antragsgegnerin grob fahrlässig gehandelt, wenn sie diese fünf Jahre nach Feststellung des sanierungsbedürftigen oder unsicheren Zustandes durchführe.

Das Interesse der Antragstellerin an der Einhaltung der Vorschriften des Vergabeverfahrens wiege vorliegend auch deshalb höher, weil die unzulässige Direktvergabe eines Auftragsteils und die damit einhergehenden Risiken für die Bieter besonders schwerwiegend seien. Dahinter stehe das Interesse der Antragsgegnerin an einer zügigen Auftragsvergabe zurück. Darüber hinaus könne die freihändige Vergabe der Buckelblechleistungen von Bietern weiteren rechtlichen Prüfungen unterzogen werden. Einerseits sei eine Beschwerde über die freihändige Vergabe bei der EU-Kommission möglich, andererseits könne ein auf die stattgefundene Vergabe der Nachunternehmerleistung beschränktes Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden. Diese Rechtsmittel könnten zum Ergebnis haben, dass Arbeiten inmitten der Baumaßnahme zu stoppen wären und der Vertrag rückabgewickelt werden müsste.

In der mündlichen Verhandlung vom 8.4.2010 hatten die Parteien Gelegenheit, ihre Positionen vorzutragen.

Die Antragstellerin erklärt, dass die dem Wettbewerb entzogenen Aufgaben in ihrer Kernkompetenz lägen. Sie beherrsche das Verfahren der Kaltverformung selbst und hätte – sofern die Möglichkeit bestanden hätte – die entsprechenden Positionen als Eigenleistung bepreist. Dabei verwies sie auf die zur Verfahrensakte eingereichten Belege. Aufgrund der eigenen Erfahrung mit dem Verfahren der Kaltverformung sei sie zu dem Schluss gelangt, dass die vorgegebenen Preise des Nachunternehmers nicht marktgerecht, sondern zu hoch seien.

Die Antragsgegnerin erklärt, sie habe kaltverformte Buckelbleche zum Gegenstand einer europaweiten Ausschreibung im Jahr 2009 gemacht. Die hierbei gewonnenen Erkenntnisse seien aussagefähig und entsprächen einer Marktrecherche. Es seien darüber hinaus im Vorfeld der ersten Ausschreibung einzelne bekannte Unternehmungen angesprochen worden. Hierbei habe man sich mit Blick auf die besondere Aufgabenstellung nicht auf die typischen Firmen beschränkt, sondern auch Werften und Flugzeugbauer einbezogen. Die

Antworten seien aber stets abschlägig geblieben: Auf Nachfrage hätten etwa 10 bis 15 Firmen im Ergebnis konkrete Angaben gemacht. Eine Herstellung ohne Gesenk sei von den Unternehmen nicht angeboten worden.

Im Übrigen wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung hat die Antragsstellerin eine Kalkulation für die Fahrbahnbleche und Längsträger zur Kenntnisnahme der Vergabekammer übermittelt.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 13.4.2010 Unterlagen zur Markterkundung aus den Jahren 2003 bis 2006 eingereicht und in Auswertung der mündlichen Verhandlung ihren bisherigen Vortrag vertieft.

II.

Der Antrag auf Gestattung des Zuschlags ist zulässig aber nicht begründet.

1. Die Vergabekammer hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3.2.2010 über den Antrag auf Nachprüfung informiert und so das Zuschlagsverbot gemäß § 115 Abs. 1 GWB begründet.

Der Antrag ist auch fristgerecht, vor Abschluss im Nachprüfungsverfahren durch Zustellung einer Entscheidung der Vergabekammer, gestellt. Zudem ist im angegriffenen Vergabeverfahren eine Auswahlentscheidung getroffen über die die Bieter gemäß § 101a GWB informiert sind.

Schließlich hat die Antragsgegnerin die eine vorzeitige Gestattung aus ihrer Sicht rechtfertigenden Umstände vorgetragen.

2. Der Antrag ist aber nicht begründet.

Nach § 115 Abs. 2 GWB kann die Vergabekammer dem Auftraggeber auf seinen Antrag gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Im Rahmen der von der Vergabekammer vorzunehmenden Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen. Dem stehen auf der anderen Seite die allgemeinen Aussichten des Antragstellers, im Vergabeverfahren den Auftrag zu erhalten, gegenüber.

Die Vorschrift des § 115 Abs. 2 GWB wurde im Jahr 2009 angesichts der seltenen Inanspruchnahme durch die Auftraggeber mit dem Ziel neu gefasst, die Situation zugunsten der im öffentlichen Interesse liegenden Auftragsvergabe zu verbessern (BT-Drs. 16/10017, Seite 23). So hat der Gesetzgeber in Abkehr einzelner Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen hervorgehoben, dass Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nicht in jedem Falle Gegenstand der Abwägung sein müssen (zur Zulässigkeit einer Berücksichtigung der Erfolgsaussichten grundlegend EuGH Beschl. v. 9.4.2003, Az. Rs. C-424/01).

Bei der Bewertung der Vorteile eines abgeschlossenen Nachprüfungsverfahrens ist zu beachten, dass Verfahrensbeteiligte nach § 97 Abs. 7 GWB einen subjektiven Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften haben können. Mit der Gestattung des Zuschlags ist dieser Anspruch bei Vorliegen von Vergabebefehlern unwiderruflich durchbrochen und die Antragsteller sind auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwiesen. Hieraus folgt, dass – auch in Ansehung der erwähnten gesetzgeberischen Motivation – einem Antrag auf Gestattung des Zuschlags nur dann zu folgen ist, wenn das Interesse der Vergabestelle und der Allgemeinheit von besonderem Gewicht ist (BayObLG Beschl. v. 23.1.2003, Az. Verg 2/03; vgl. auch OLG Jena Beschl. v. 24.10.2003, Az. 6 Verg 9/03: „Gefährdung herausragender Belange des gemeinen Wohls“ jeweils für § 115 Abs. 2 GWB a. F.).

Ein derart gewichtiges Interesse vermag die Vergabekammer nicht zu erkennen. Es ist der Antragsgegnerin vielmehr zuzumuten, den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache abzuwarten.

a) Die Antragsgegnerin hat wirtschaftliche Nachteile, verkehrliche und sicherheitstechnische Belange, die nach ihrer Einschätzung für eine Zuschlagsgestattung streiten, angeführt. So nennt sie eine Anzahl weiterer Baumaßnahmen, die mit dem verfahrensgegenständlichen Auftrag in einer Weise zu einer Gesamtbaumaßnahme verzahnt seien, die keine Entkoppelung der Einzelmaßnahmen zulasse. Hierunter gibt sie auch solche Baumaßnahmen an, die sie selbst nicht beauftragt hat.

Für eine solche direkte Abhängigkeit einer Auftragsvergabe von anderen Ereignissen als ausschlaggebendes Kriterium einer Gestattung des Zuschlags gemäß § 115 Abs. 2 GWB, finden sich zwar in der Rechtsprechung Beispiele (etwa VK Hessen Beschl. v. 27.4.2009, Az. 69d-VK-10/2009 für eine Großveranstaltung). Doch hatte die Antragsgegnerin Verzögerungen, die durch Nachprüfungsanträge eintreten können, von vornherein in diesen – gegebenenfalls mit anderen Auftraggebern abzustimmenden Zeitplan – einzubringen und zu gestalten. Soweit sie vorbringt, die einzelnen Bauprojekte seien terminlich aufeinander abgestimmt, um im Verbund einen reibungslosen Bauablauf zu gewährleisten, können solche Absprachen mit Dritten nicht den Anspruch auf Primärrechtsschutz unterlaufen. Es handelt es sich nicht um naturgegebene Hindernisse, sondern für die Antragsgegnerin steuerbare Modalitäten, die nicht geeignet sind, die Rechtsschutzmöglichkeiten eines

privaten Bieters zu verkürzen. Im Fall hätte ein Hinweis der Antragsgegnerin, etwaige Nachprüfungsanträge seien in die Planung und terminliche Koordination einzubinden, auch allseitiges Verständnis gefunden, denn bei den übrigen beteiligten Stellen handelte es sich nach dem Vortrag der Antragsgegnerin ebenfalls um öffentliche Auftraggeber.

Eine unterlassene Berücksichtigung von etwaigen Nachprüfungsanträgen in der Planung darf aber den Anspruch auf Primärrechtsschutz aber nicht unterlaufen (OLG Stuttgart Beschl. v. 16.2.2004, Az. 2 Verg; OLG Celle NJOZ 2003, 475; OLG Jena Beschl. v. 24.10.2003, Az. 6 Verg 9/03). Entwickelt sich aus diesem Unterlassen späterhin eine besondere Dringlichkeit, kann sie daher keine Beachtung finden, mag sie sich auch finanziell und organisatorisch nachteilig auswirken. Deswegen können Anträge nach § 115 Abs. 2 GWB grundsätzlich nur Erfolg haben, wenn sie sich auf Umstände stützen, die sich einer Planung von vornherein entziehen (OLG Jena a.a.O.; VK Schleswig-Holstein Beschl. v. 15.2.2007, Az. VK-SH 3/07).

Soweit die Antragsgegnerin anführt, die mit Durchführung des Nachprüfungsverfahrens bedingte Auftragsverschiebung verursache erhebliche Mehrkosten, kann sie hiermit nicht durchdringen. Die Antragsgegnerin hat Mehrkosten bei einer Verschiebung der Auftragserteilung in das 2011 in Höhe von xxx. EUR errechnet. Die Mehrkosten folgen aus der Annahme, die fünfmonatigen Baumaßnahmen müssten bis zum 24.10.2010 abgeschlossen sein; der Abschluss des Nachprüfungsverfahrens gefährde diesen Termin. Erreichen die durch ein Nachprüfungsverfahren veranlassten Mehrkosten eine immense Höhe, soll dies zu Gunsten des Vergabeinteresses des Auftraggebers führen (so VK Sachsen Beschl. v. 27.2.2003, Az. 1/SVK/005-03). Allerdings ist die Vergabekammer nicht von der zwingenden Kausalität zwischen der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens und der Auftragsverschiebung überzeugt und kann daher die Frage, ob der Betrag in seinen Einzelpositionen der Höhe nach hinreichend konkret glaubhaft gemacht ist, offen lassen.

Gleiches gilt soweit die Antragsgegnerin unzumutbare Behinderungen des Straßenverkehrs mit der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens verbindet. Hierzu heißt es in dem herangezogenen Schreiben der von der Antragsgegnerin beauftragten Bauoberleitung, es müssten wiederholt Bereiche der Schönhauser Allee gesperrt werden. Welchen Umfang diese Sperrungen einnehmen, zu welchen Tageszeiten sie stattfinden und welche Dauer sie jeweils haben, wird nicht erläutert. Darin liegt nach Ansicht der Vergabekammer ein maßgeblicher Unterschied zum von der Antragsstellerin bemühten Fall der Vergabekammer Hamburg (Beschl. v. 27.10.2005, Az. VK BSU-3/05). Der dortigen Entscheidung lag die Sperrung einer Röhre eines Vier-Röhren Tunnels bei einem täglichen Verkehrsaufkommen von 110.000 Fahrzeugen in der Hauptreisezeit zugrunde. Ob die hier gegebenenfalls notwendigen Sperrungen ein vergleichbares Ausmaß erreichen, kann aufgrund des bisherigen Sachvortrags der Antragsgegnerin hierzu nicht bewertet werden.

Dass die vorzeitige Gestattung des Zuschlages erforderlich ist, um die vom Land Berlin bereit gestellten öffentlichen Mittel als bewilligte Fördermittel zu erhalten (so offenbar im Fall der VK Sachsen Beschl. v. 4.10.2001, Az. 1/SVK/98-01g), ist nicht hinreichend dargetan.

Denn auch bei Verfahrensabschluss können die Mittel noch in diesem Jahr abgerufen werden.

Soweit die Antragsgegnerin schließlich Sicherheitsbelange für eine vorzeitige Gestattung anführt, ist wiederum nicht ersichtlich, warum der Abschluss des Nachprüfungsverfahrens dieses Risiko steigert. Für den sicheren Betrieb ihrer Einrichtungen ist ausschließlich die Antragsgegnerin verantwortlich. Sie muss für die Sicherheit ihrer Fahrgäste und Anlagen eintreten und die hierzu notwendigen Maßnahmen so rechtzeitig planen und durchführen, dass die Verschiebung einer einzelnen Maßnahme um wenige Wochen insoweit nicht zu Gefährdungen führt.

b) Ohne die Entscheidung selbst vorwegzunehmen, bestehen nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand zugunsten der Antragsstellerin Aussichten, im Vergabeverfahren den Auftrag zu erhalten. Zwar hat sie kein konkretes Angebot abgegeben, doch fragt § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB nur nach den allgemeinen Aussichten auf den Zuschlag. Vorliegend hat die Antragsgegnerin mit Einreichung des Nachprüfungsantrages ihr Interesse an dem konkreten Auftrag bekundet. Sie hat aus Sicht der Vergabekammer schlüssig dargelegt, sich bei Ausschreibung ohne die von ihr im Nachprüfungsverfahren angegriffene Nachunternehmervorgabe um den fraglichen Auftrag beworben zu haben und willens gewesen zu sein, die jeweils einzugehenden Verträge im eigenen Namen mit der Antragsgegnerin abzuschließen.

Die Antragsstellerin hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung zur Überzeugung der Vergabekammer dargelegt, dass sie den für den Nachunternehmer vorbehaltenen Auftragsbestandteil zu ihren Kernkompetenzen zählt, und dies durch die eingereichten technischen und kaufmännischen Unterlagen hinreichend glaubhaft gemacht. Soweit sie bei der Kaltverformung gesenkfreier Bleche ein anderes technisches Verfahren nutzt, als der von der Antragsgegnerin vorgesehene Nachunternehmer, ist dies unschädlich, sofern auch ihr Verfahren – wofür sie vertraglich einstehen will – gleichfalls zum Erfolg führt.

Aus den Einlassungen der Antragsstellerin, Korrosionsschutzmaßnahmen könnten gegebenenfalls noch im November oder Dezember durchgeführt werden, ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht ohne weiteres zu folgern, sie sei fachlich nicht geeignet, den Auftrag auszuführen.

Die für den vorgegebenen Nachunternehmer festgeschriebenen Leistungspositionen, die etwa 20% des Auftragsvolumens umfassen, stellen nach summarischer Prüfung auch einen derart wesentlichen Bestandteil des Auftrags dar, dass der Antragstellerin die Abgabe eines Angebotes unter den vom Leistungsverzeichnis vorgegebenen Bedingungen nicht zuzumuten war (vgl. hierzu VK Berlin, Beschl. v. 4.5.09 – B 2 5/09).

c) Die Erfolgsaussichten der Antragsstellerin im Nachprüfungsverfahren müssen gemäß § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB nicht in die Abwägung einbezogen werden. Ihre Einbeziehung drängt sich freilich auf, wenn der Nachprüfungsantrag nach der hier allein gebotenen summarischen Prüfung unzulässig oder unbegründet wäre und sich dies auf den ersten Blick erschließt (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 19.2.2009, Az. L 21 KR 16/09 SFB). Das ist hier zu verneinen.

Dies gilt insbesondere für die von der Antragsstellerin angegriffene Nachunternehmervorgabe; insoweit sind die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe durch die Vergabekammer zu prüfen. Die Vergabekammer hat im Übrigen bereits durch die Übermittlung des Nachprüfungsantrags an die Antragsgegnerin verdeutlicht, dass sie – entgegen den Ausführungen ihrer Schutzschrift – diesen nicht als offensichtlich unzulässig oder unbegründet bewertet. Auch die weiteren Ausführungen der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Richtigkeit ihrer Ausführungen liegen jedenfalls nicht auf der Hand.

Nach alledem ist nicht zu besorgen, dass die Fortsetzung im Nachprüfungsverfahren das gesamte Beschaffungsvorhaben zum Scheitern bringt. Der Antrag nach § 115 Abs. 2 GWB ist deshalb zurückzuweisen.

Gegen diese Entscheidung ist eine sofortige Beschwerde nicht zulässig (§ 115 Abs. 2 Satz 8 GWB).

Vorsitzender

xxx