



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 87/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

Bietergemeinschaft, bestehend aus:

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Geotechnische Sicherung [...], [...] – Vergabenummer: [...]“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Hafner auf die mündlichen Verhandlung vom 23. August 2017 am 31. August 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren Bauleistungen zur geotechnischen Sicherung bezüglich des [...] (Vergabenummer: [...]), europaweit aus. Dies geschah – nach vorheriger Veröffentlichung einer Vorinformation – mit Auftragsbekanntmachung vom [...]. Der Auftrag umfasst insbesondere die Rütteldruckverdichtung (RDV) der fraglichen Uferbereiche von der Land- und von der Seeseite – hier sind tiefere Erdschichten betroffen – sowie die sog. Leichte oder oberflächennahe Rütteldruckverdichtung (LRV), mithilfe derer die oberen Erdschichten (bis ca. 5 m) verdichtet werden sollen.

In der Auftragsbekanntmachung heißt es unter Ziffer III.1.3) („Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“) unter anderem:

„Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Referenzen (nicht älter als 5 Jahre)

„Geotechnische Kippenstabilisierung (vorzugsweise seeseitig)“

–Sicherungsarbeiten im Bereich von Tagebaukuppen / Tagebaurestlöchern mittels Rütteldruckverdichtung (Rütteltiefen bis 25 m) unter Beachtung spezieller geotechnischer Verhaltensvorgaben.

– ...

Gerätelisten:

–Mit den Gerätelisten ist die für den Einsatz der Arbeiten vorgesehene Gerätetechnik aufzulisten. Hierfür ist die in den Anlagen beigefügte Liste für die Anforderungen Gerätetechnik auszufüllen.

–Es ist Gerätetyp, Spezifikation und technische Einsatzparameter eindeutig darzulegen.

– ...

–Für die Spezialgerätetechnik sind die technischen Datenblätter beizufügen, die die Gerätespezifikation nachweisen.

Verfügbarkeit

–Die Verfügbarkeit der RDV-Gerätekomplexe, RDV < 5 m (Bereich A und B Nord RDV < 8 m), LRV sowie der seeseitigen Spezialtechnik (Pontons, Amphibienbagger) ist für den geplanten Arbeitszeitraum nachzuweisen und zu bestätigen.

Möglicherweise geforderte Mindeststandards

Mindestanforderung...

1. Nachweise RDV-Gerätetechnik:

Für die RDV Geräte sind für jeden Teilbereich (A und B Nord, D Ost, D West und U) gesondert die in den Ausschreibungsunterlagen benannten Ausladungen und Traglasten rechnerisch nachzuweisen. ...

1.1 ...

...

1.2 Vorgaben für die Bereiche A und B Nord (RDV bis 15 m Tiefe: Zusatzstützkörper):

–Ausladung: bis 40 m (...). Hierfür ist der Aufbau (...) der RDV-Einheit (Raupenkran und Ponton) zur Prüfung graphisch und mit Bemaßung darzustellen,

–Traglast RDV-Gerät: Der Kran muss bei der sich ergebenden Auslage vom am weitesten entfernten Ansatzpunkt bis zur Mitte Trägergerät mind. eine 1,25-fach höhere Zugkraft in Bezug auf das Lanzengewicht aufweisen (...),

...“

Den Vergabeunterlagen beigelegt waren unter anderem Formblätter für Geräte- und Personalangaben.

Das Formblatt „Geräteverzeichnis“ ([...]) enthält als Vorbemerkung über den auszufüllenden Spalten folgenden Passus:

„Nachstehend sind die vom Auftragnehmer für die Ausführung der Leistung vorgesehenen maßgeblichen Geräte anzugeben (bei Nachunternehmereinsatz auch dessen Geräte). Diese Angaben entbinden den Auftragnehmer nicht von der Verpflichtung, die für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung erforderlichen Geräte einzusetzen.“

Das Formblatt [...] „Ergänz-GV B“ sah unter der Überschrift „Ergänzende Angaben zum Geräteverzeichnis – Verfügbarkeit der Verdichtungstechnik –“ Eintragungen dahingehend vor, dass Technik benannt und anschließend entweder die Alternative „steht für den Realisierungszeitraum als Eigenttechnik zur Verfügung“ oder die Alternative „wird angemietet – Verfügbarkeitszusage ist diesem Formblatt beigelegt“ angekreuzt wurde.

Des Weiteren war ein Formblatt „Tabelle Zusammenstellung der geltenden Technikbegrenzungen und Zuordnung der vom Bieter geplanten Gerätetechnik“ beigelegt, das drei von der Ag vorausgefüllte Spalten enthielt; in diesen Spalten waren bestimmte Geräte oder Gerätearten, deren jeweiliger Einsatzbereich und technische Anforderungen, die die Geräte erfüllen sollen, aufgelistet. So ist dort als Gerät ein Amphibienbagger (Einsatzbereich: Profilierung Massenabtragsbereich und Massenauftragsbereich) aufgeführt, für den als Anforderung

„Mindestausladung 18 m“ angegeben ist. Die vierte Spalte mit der Überschrift „Vom AN geplante Technik (konkrete Geräteangabe)“ war frei für Eintragungen.

Für Angaben zum Personal war den Vergabeunterlagen das Formblatt „[...]_Auf-Pers“ ([...]_Aufsicht_Personal_Bau.pdf) beigelegt. Unter der Überschrift „Personal für Leitung und Aufsicht – (Vom Bieter auszufüllen)“ war eine Tabelle vorgesehen, in deren Spalten jeweils Name, vorgesehene Funktion in der ausgeschriebenen Maßnahme, Beruf/Qualifikation und bisher ausgeübte Tätigkeiten und Maßnahmen einzutragen waren. Direkt über der Tabelle war als Vorbemerkung Folgendes ausgeführt:

„Nachstehend ist das vom Auftragnehmer für die Leitung und Aufsicht vorgesehene technische Personal anzugeben (VOB/A § 6a EU Nr. 3 g)“

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU) waren als Anlagen, die mit dem Angebot einzureichen waren (Kategorie C), unter anderem folgende genannt: „Geräteverzeichnis mit Anlagen (GV-A)“ und „Verfügbarkeitserklärung RDV Technik (GV-B)“. Das Formblatt „[...]_Auf-Pers“ wurde in der Angebotsaufforderung überhaupt nicht erwähnt, insbesondere auch nicht in den Kategorien C) und D) (mit dem Angebot bzw. auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle einzureichen).

Als alleiniges Zuschlagskriterium wurde der Preis bestimmt (vgl. Ziffer II.2.5) der Bekanntmachung bzw. Ziffer 6 der Aufforderung zur Angebotsabgabe).

Die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) gaben jeweils fristgerecht ein Angebot ab. Das Angebot der Bg ist preislich günstiger als das der ASt.

Die Ag führte mit beiden Bietern am 27. Juni 2017 jeweils ein Aufklärungsgespräch. Mit Schreiben vom 17. Juli 2017 forderte die Ag „im Nachgang zum Aufklärungsgespräch“ die Bg auf, Folgendes zu bestätigen:

„Sollte zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung ein Geräteinsatz über die von Ihnen im Geräteverzeichnis ([...]_GV) angegebenen Geräte hinaus notwendig sein, werden Sie diese Geräte ohne Änderung der angebotenen Einheitspreise einsetzen.“

Die ASt gab am 17. Juli 2017 eine entsprechende Erklärung ab.

Mit Schreiben vom 18. Juli 2017 informierte die Ag die ASt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Auf das Angebot der ASt könne der Zuschlag nicht erteilt werden, da es nicht das wirtschaftlichste Angebot sei.

Mit Schreiben vom 24. Juli 2017 rügte die ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung zugunsten der Bg. Aufgrund ihrer aktuell bekanntgewordener Tatsachen bestünden begründete Zweifel an der personellen und technischen Leistungsfähigkeit der Bg; auch die erforderlichen Referenzen habe die Bg vermutlich nicht vorlegen können. Mit Schreiben vom 25. Juli 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 27. Juli 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 27. Juli 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass die Ag die Eignung der Bg nicht ausreichend geprüft bzw. zu Unrecht bejaht habe. Es bestünden vielmehr erhebliche Zweifel an der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der Bg. Dies betreffe insbesondere die technische Leistungsfähigkeit der Bg im Hinblick auf die Geräte, die von der Bg für die Ausführung des streitgegenständlichen Auftrags vorgesehen und verfügbar seien. Die Bg habe in jüngster Zeit versucht, sich Geräte am Markt zu beschaffen, die für die Ausführung des streitgegenständlichen Auftrags erforderlich seien.

So habe die Bg versucht – wenn auch erfolglos –, die Spezialtechnik zur Ausführung der oberflächennahen Rütteldruckverdichtung (LRV) zu beschaffen, die die ASt bisher im bereits vergebenen Bauabschnitt erfolgreich einsetze. Da sie diese LRV-Technik nicht erhalten habe, müsse die Bg ein anderes Verfahren und eine andere Spezialtechnik angeboten haben. Das angebotene Verfahren sei nicht nur theoretisch auf Grundlage der Angaben der Bg in den vorgesehenen Formularen, sondern auch durch praktische Anwendungstests vor Ort auf seine Eignung hin zu überprüfen. Auch der Akteneinsicht lasse sich nicht entnehmen, dass die Ag dies in der gebotenen fachlichen Tiefe geprüft habe. Insbesondere habe sie sich das Verfahren nicht näher erläutern lassen und geprüft, ob mit dem von der Bg angebotenen Gerät ein Arbeitsverfahren möglich sei, das den vorgegebenen Verdichtungserfolg überhaupt herbeiführen könne, und ob dies innerhalb der vertraglich vorgegebenen Leistungszeiträume möglich sei. Bezeichnend sei insoweit, dass die ARGE [...], die von der Ag mit der technischen

Angebotsprüfung betraut worden sei, die Anlegung eines Testfelds vor Beginn der Verdichtungsarbeiten ins Gespräch gebracht habe.

Es sei auch zweifelhaft, ob die Bg für eine ausreichende Anzahl von RDV-Gerätekomplexen Verfügbarkeitserklärungen abgegeben habe. Aus verschiedenen Vorgaben zu bestimmten Betriebseinheiten und entsprechenden Vorhaltezeiten und Zeitpunkten für die Ausführung ergebe sich, dass die ausgeschriebenen Arbeiten nur so ausschreibungskonform durchgeführt werden könnten, dass parallel in verschiedenen Baubereichen verdichtet werde; für mindestens vier parallel zu betreibende Betriebseinheiten im Jahr 2018 seien in den Titeln 7, 10, 17 und 18 jeweils die Einrichtung und die Unterhaltung des erforderlichen Geräts ausgewiesen. Daher seien insgesamt sechs (mindestens aber vier bis fünf) RDV-Gerätekomplexe (Rütteldruckverdichter mit Trägergerät), zwei davon schwimmfähig mit Ponton, für eine vertragsgerechte Ausführung erforderlich. Wenn das Angebot der Bg vorsehe, dass eine geringere Anzahl von Geräten parallel zum Einsatz komme, laufe es den vertraglichen Pflichten zuwider. Sie würde sich dann auch die Baustelleneinrichtung teilweise ersparen und somit doppelte Vergütung für die Baustelleneinrichtung derselben Geräteeinheit erhalten wollen. Entsprechende Abweichungen könnten zwar grundsätzlich als Nebenangebote angeboten werden; vorliegend seien Nebenangebote jedoch nicht zugelassen. Dass die Bg keine ausreichende Anzahl von Geräten für eine parallele Ausführung in mehreren Arbeitsbereichen angeboten habe, ergebe sich auch aus dem Prüfvermerk der von der Ag eingeschalteten ARGE [...]. Eine positive Bewertung der Eignung der Bg habe daher nicht erfolgen dürfen. Die später von der Bg erbetene Bestätigung, dass sich bei einem Mehrbedarf an Geräten die angebotenen Preise nicht änderten, könne das Fehlen der Eignung, die allein auf Basis der mit dem Angebot eingereichten Unterlagen geprüft werden dürfe, nicht heilen und stelle im Übrigen eine unzulässige Änderung des Angebots dar.

Im Übrigen müssten Verfügbarkeitserklärungen der Bg in Zweifel gezogen werden, wenn diese für mehr als zwei RDV-Gerätekomplexe solche Erklärungen abgegeben habe; denn sie selbst verfüge nur über zwei eigene als Trägergerät geeignete Bagger. Eine Verfügbarkeit der Gerätekomplexe (nachgewiesen durch entsprechende Erklärungen) sei aber nach der Bekanntmachung erforderlich.

Ebenso sei die Verfügbarkeit der seeseitigen Spezialtechnik zweifelhaft. Dazu gehörten neben mindestens zwei Schubbooten und drei Schuten unter anderem auch Schwimmbagger zur Ausführung der Geländemodulation. Auch hier habe die Bg am Markt Versuche unternommen, insbesondere Schubboote, Schuten und Schwimmbagger zu beschaffen. Auch die ARGE [...] sei

in ihrem Prüfvermerk zu dem Ergebnis gekommen, dass die schwimmende Transporttechnik nicht ausreiche und Stillstände beim Materialtransport und Verzögerungen beim Weiterrücken der Pontonkomplexe nicht auszuschließen seien.

Mit den Gerätelisten seien im Angebot auch nähere Angaben zu den technischen Spezifikationen zu machen gewesen. Diese seien erkennbar dazu gedacht gewesen, der Ag zu ermöglichen, die Eignung der vorgesehenen Geräte für die auszuführende Leistung überprüfen zu können. Im Übrigen enthalte die Auftragsbekanntmachung technische Mindestanforderungen für die RDV-Gerätekomplexe hinsichtlich Ausladung und Traglast. Soweit die RDV-Komplexe seeseitig eingesetzt werden müssten, würden sie auf Pontons montiert. Diese müssten groß genug sein, damit sie mit dem jeweiligen Trägergerät, das ein erhebliches Gewicht aufweise, die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllten, nämlich insbesondere in ungünstiger Arbeitsstellung ohne Abstützung schwimmfähig und auch kentersicher seien. Dies müsse die Ag auch bereits im Rahmen der Eignung überprüfen. Dass die Vorlage von entsprechenden Nachweisen bzw. Genehmigungen oder Zulassungen gemäß der Leistungsbeschreibung erst nach Auftragserteilung zu erfolgen habe, entbinde die Ag nicht von der Prüfung, ob das vom betreffenden Bieter nach den Gerätelisten vorgesehene Gerät überhaupt fähig ist, ein späteres Genehmigungs- und Prüfverfahren zu bestehen. Tatsächlich habe die Ag diese Prüfung jedoch nicht vorgenommen.

Auch was den vermutlich von der Bg benannten Amphibienbagger betreffe, verfüge dieser nur über wasserrechtliche Zulassungen, die sich auf die Ausführung von Baggerarbeiten bezögen. Für die hier auszuführenden oberflächennahen Rütteldruckverdichtungsarbeiten sei die erforderliche Schwimmfähigkeit und Kentersicherheit neu nachzuweisen, was die Bg derzeit nicht könne. Im Übrigen ergebe sich aus dem Prüfvermerk der ARGE [...], dass der von der Bg benannte Amphibienbagger nicht über die geforderte Mindestausladung von 18 m verfüge. Scheinbar sei diese Mindestanforderung zugunsten der Bg fallengelassen worden, was jedoch vergaberechtswidrig sei.

Weiter habe die Bg – wie sich aus der Akteneinsicht ergebe – mit ihrem Angebot nicht die Verfügbarkeit des angebotenen Peilstegs nachgewiesen. Da der Peilsteg bereits zu Beginn der Ausführungszeit benötigt werde, könne ein Bieter, der nicht über einen Peilsteg verfüge, die anfänglichen Arbeiten und insbesondere die Vorbereitungsarbeiten für den Beginn der Rütteldruckverdichtung überhaupt nicht ausführen. Zur Einsatzbereitschaft gehörten auch Nachweise zur Schwimmfähigkeit.

Außerdem ergebe sich aus der Akteneinsicht, dass die Bg offensichtlich einen Traglastnachweis nicht erbracht habe, der aber eine Eignungsanforderung gemäß Bekanntmachung darstelle. Soweit der Bg ermöglicht worden sei, den Traglastnachweis durch eine andere Art der Berechnung zu erbringen, sei dies nicht zulässig gewesen, da eine Nachforderung überhaupt nicht in Betracht käme, da keine Unterlagen fehlen würden.

Darüber hinaus ergebe sich aus dem Prüfvermerk der ARGE [...], dass die Bg die Arbeitszeiten für die Ausführung der einzelnen Verdichtungsvorgänge geringer ansetze, als diejenigen, die gemäß Ausführungsplanung durch den Sachverständigen für Geotechnik angegeben worden seien und für erforderlich gehalten würden. Damit erkläre die Bg de facto, den Vertrag in diesem Punkt nicht technisch einwandfrei und entsprechend den Vorgaben der Ausführungsplanung ausführen zu wollen, was zu einer Verneinung der Eignung bzw. zum Ausschluss des Angebots der Bg führen müsse. Im Übrigen verschaffe sich die Bg einen wettbewerbswidrigen Preisvorteil, indem sie entgegen den vertraglichen Vorgaben kalkuliert habe und so zu niedrigeren Preisen komme, als sie bei Beachtung der vertraglichen Vorgaben anbieten würde.

Des Weiteren bestünden dahingehend Zweifel, ob die Bg überhaupt über die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen personellen Kapazitäten verfüge. Die Bg habe nämlich versucht, Mitarbeiter der Bietergemeinschaftsmitglieder der ASt mit dem Hinweis abzuwerben, dass der Einsatz beim Bauvorhaben [...] vorgesehen sei. Bei sorgfältiger Prüfung seitens der Ag hätte sich vermutlich ergeben, dass die ASt nicht über die ausreichende Anzahl von Mitarbeitern mit Qualifikation in Form auch einschlägiger Erfahrung verfüge. Fraglich sei auch, ob die nach Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung geforderten Angaben zu den Personen, die für die Auftragsausführung verantwortlich sein sollen, von der Bg vorgelegt worden seien.

Schließlich sei auch fraglich, ob die Bg ausreichende Referenzen vorgelegt habe, insbesondere über seeseitige Kippenstabilisierungen mit Arbeitstiefen (Teufen) von über 25 m oder vergleichbare Arbeiten. Wenn es in der Bekanntmachung heiße, dass Referenzen über geotechnische Kippenstabilisierungen (RDV) „vorzugsweise seeseitig“ gefordert seien, müsse dem bei der Prüfung der Referenzen zumindest dahingehend Bedeutung eingeräumt werden, dass RDV-Referenzprojekte, wenn sie nicht seeseitig erbracht worden seien, jedenfalls aufgrund anderer spezifischer Charakteristika und daraus folgenden ähnlich hohen Anforderungen an die technische und personelle Leistungsfähigkeit mit seeseitigen RDV-Arbeiten vergleichbar sein müssten. Die Vergabeunterlagen würden die besondere Schwierigkeit, die Gefahrträchtigkeit und

die erhöhten Anforderungen gerade für die Arbeiten von der Wasserseite mit Ponton sowie mit amphibischem Trägergerät herausstellen. Auch die Arbeitstiefe von 25 m müsse dazu nachgewiesen werden. Dies alles sei jedoch von der Ag nicht berücksichtigt worden.

Insgesamt sei bei der Eignungsprüfung zu beachten, dass der Beurteilungsspielraum der Vergabestelle jedenfalls dann überschritten sei, wenn wie hier die in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen enthaltenen Eignungsanforderungen keiner sachgerechten Prüfung in Bezug auf die einzelnen Angebote unterzogen würden und greifbaren Zweifeln an der Eignung nicht nachgegangen werde. Insbesondere hätten sich die Bieter mit den zu den Geräten geforderten Angaben erkennbar dahingehend festlegen müssen, mit welchen Geräten genau sie die ausgeschriebenen Leistungen bewerkstelligen wollten. Diese Angaben hätten auch erkennbar eine Basis der Eignungsprüfung sein sollen. Ein rein formelles Abarbeiten der eingereichten Formblätter reiche da nicht aus.

Die ASt beantragt:

1. Es wird angeordnet, den Zuschlag nicht auf das Angebot der Bg zu erteilen.
Hilfsweise:
2. Die Vergabekammer möge die sonstigen geeigneten Maßnahmen anordnen, um die festgestellten Vergaberechtsverstöße zu beseitigen.
3. Es wird festgestellt, dass es erforderlich war, dass die ASt Verfahrensbevollmächtigte hinzuzieht.
4. Die Ag hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen.
Ferner wird beantragt,
5. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 GWB zu gewähren.

Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag wird für notwendig erklärt.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet. Die Eignungsprüfung in Bezug auf die Bg sei nicht zu beanstanden. Insbesondere habe sie den ihr insoweit zustehenden Beurteilungsspielraum fehlerfrei ausgeübt. Die ASt habe auch alle mit dem Angebot oder mit gesondertem Verlangen bzw. Nachforderung geforderten Unterlagen eingereicht.

Was die Referenzen der Bg betreffe, so erfüllten die von der Bg eingereichten Referenzen die von der Ag aufgestellten Anforderungen. Soweit die ASt meine, dass darüber hinaus die Vorlage von Referenzen über seeseitige Kippenstabilisierungen mit Arbeitstiefen von über 25 m erforderlich seien, um eine einwandfreie Ausführung des Auftrags erwarten zu lassen, sei dem zu widersprechen. Soweit in der Bekanntmachung die Formulierung „vorzugsweise seeseitig“ gebraucht werde, sei dies (nur) im Sinne von „soweit möglich“ zu verstehen. Die Rütteldruckverdichtung sei, soweit sie seeseitig erfolge, im Übrigen auch nicht durch Arbeitstiefen von über 25 m geprägt. Kern der ausgeschriebenen Leistungen sei vielmehr das Verfahren der Rütteldruckverdichtung, mit der mithilfe eines Tiefenrüttlers der locker gelagerte Kippenboden durch Vibration verdichtet werde; der Standort des Trägergeräts – landseitig im Gelände oder wasserseitig auf einem schwimmfähigen Ponton sei daneben eher zweitrangig. Zudem sei die Ag, die auch die ARGE [...] zur fachlichen Prüfung hinzugezogen habe, im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Bg die Ausführung vergleichbarer Leistungen nachgewiesen habe und dies eine einwandfreie Ausführung des Auftrags erwarten lasse.

Es bestünden auch keine Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Bg. Insbesondere habe die Bg Gerätetechnik nachgewiesen, die den geotechnischen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würde. So habe sie unter anderem auch den erforderlichen Peilsteg in ihr Geräteverzeichnis eingetragen; ein Verfügbarkeitsnachweis habe dazu nicht vorgelegt werden müssen. Auch die Detailprüfung der von der Bg angebotenen Geräte und Technologie habe zu dem Ergebnis geführt, dass die Leistungsfähigkeit der Bg vorliege. Dabei habe die Ag die Ausführungsvoraussetzungen für die verschiedenen Leistungsbereiche (seeseitige Rütteldruckverdichtung, Massenzugabe bei der seeseitigen Rütteldruckverdichtung, landseitige Rütteldruckverdichtung und oberflächennahe Rütteldruckverdichtung) und die entsprechenden Techniken im Einzelnen geprüft. So verfüge etwa der von der Bg benannte Amphibienbagger über die geforderte Mindestausladung. Auch die Mindestanforderungen an die Traglast von bestimmten Geräten seien von der Bg erfüllt worden. Die von der Bg vorgesehene LVR-Technik sei ebenfalls geprüft und letzter Aufklärungsbedarf im Aufklärungsgespräch mit der Bg geklärt worden. Zudem habe die Bg die erforderlichen Nachweise der praktischen Verfügbarkeit der RDV-Gerätekomplexe und der seeseitigen Spezialtechnik eingereicht. Die Ag habe sich bei der Prüfung insgesamt auch nicht auf das formelle Abarbeiten der ausgefüllten Formblätter beschränkt, sondern selbstverständlich auch eine inhaltliche Prüfung vorgenommen. Den von der ARGE [...] zunächst geäußerten Zweifeln dahingehend, ob der von der Bg kalkulierte

Geräteeinsatz ausreichend sei, sei die Ag im Rahmen des Aufklärungsgesprächs nachgegangen und habe diese geklärt. Die Ag habe sich auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine parallele Arbeitsweise, wie sie die ASt dargestellt habe, in dieser Form zwingend erfolgen müsse, um das Leistungsziel zu erreichen; im Ergebnis sei dies jedoch nicht der Fall. Im Übrigen seien vertragliche Einzelfristen nicht vereinbart; dies folge nicht zuletzt aus Ziffer 7.2. und 7.3. der Ergänzenden Zusätzlichen Vertragsbedingungen.

Die Bg sei auch ihrer sich aus Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung ergebenden Verpflichtung nachgekommen, die Namen und beruflichen Qualifikationen derjenigen Personen anzugeben, die für die Ausführung des Auftrags verantwortlich seien. Die Ag habe auch keine Bedenken, dass die genannten Personen als Verantwortliche für die Ausführung des Auftrags geeignet seien. Daneben habe die Ag selbstverständlich geprüft, ob die Bg über das zur Ausführung des Auftrags notwendige Personal verfüge; auch dies habe die Ag ermessensfehlerfrei bejaht.

Entgegen der Auffassung der ASt sei die Ag auch nicht verpflichtet gewesen, aufgrund der nicht einmal glaubhaft gemachten Behauptungen der ASt erneut in die Eignungsprüfung der Bg einzutreten. Der Bg bleibe es vielmehr unbenommen, weitere qualifizierten Fachkräfte und Technik zu beschaffen; ein solches Vorgehen lasse keineswegs den Rückschluss auf eine fehlende Leistungsfähigkeit zu.

Soweit die ASt geltend mache, die Bg habe in einzelnen Positionen zu geringe Zeitansätze pro Verdichtungspunkt angesetzt, sei festzuhalten, dass es sich bei den dieser Beurteilung zugrunde liegenden Zeitangaben vom Sachverständigen für Geotechnik in der Ausführungsplanung nicht um Mindestanforderungen handle. Im Übrigen sei auch zum Angebot der ASt festgestellt worden, dass es für einzelne Positionen zu geringe Zeitansätze enthalte.

Mit Beschluss vom 3. August 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt Akteneinsicht und reicht mehrere schriftsätzliche Stellungnahmen ein.

Nach Auffassung der Bg ist der Nachprüfungsantrag schon unzulässig, weil die ASt schon wegen wissentlich falscher Behauptungen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB mit ihrem Angebot auszuschließen sei. So behaupte die ASt ins Blaue hinein Defizite beim Angebot der Bg. Insbesondere die Behauptung, die Bg habe gegenüber einem dritten Unternehmen angegeben, dass sie nicht über ausreichende Geräte und Personal verfüge, sei falsch. Sie habe zwar Kontakt

zu diesem Unternehmen gehabt, tatsächlich habe es sich aber umgekehrt verhalten: das Drittunternehmen habe ein hohes Interesse daran gehabt, Leistungen für die Bg zu erbringen, sei aber letztlich nicht mit der Bg ins Geschäft gekommen. Die Bg habe auch nicht versucht, Mitarbeiter der ASt abzuwerben. Schließlich trage die ASt vorsätzlich fehlerhaft vor, dass für den Amphibienbagger ein Nachweis für die Schwimmfähigkeit und die Kintersicherheit für die Ausführung der oberflächennahen Rütteldruckverdichtung nicht vorliege, obwohl sie die Nachweise aus einem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren kenne. Im Übrigen sei der Amphibienbagger im vorliegenden Fall gar nicht für Rütteldruckverdichtungsarbeiten vorgesehen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Die Bg verfüge über die erforderlichen Personalkapazitäten und habe sämtliche geforderten Angaben mit ihrem Angebot ordnungsgemäß erbracht.

Die Bg habe auch ihre fachliche Eignung durch ausreichende Referenzen nachgewiesen. Sie verfüge darüber hinaus auch über Referenzen mit Tiefen von mehr als 25 m von einem schwimmenden Gerät aus. Da diese jedoch außerhalb des Betrachtungszeitraums lägen, habe die Bg auf deren Angabe verzichtet. Die Ag sei auch im Rahmen der materiellen Prüfung beurteilungsfehlerfrei zum Ergebnis gekommen, dass die Bg fachlich geeignet sei. Aufgrund der Bekanntmachung sei klar, dass es auf eine Referenz von Verdichtungsarbeiten mit einer Arbeitstiefe von 25 m vom schwimmenden Gerät aus gerade nicht ankomme. Die Referenzarbeiten der Bg seien auch mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar. Im Übrigen komme es aber auf eine Vergleichbarkeit gar nicht an, weil diese nicht in der Bekanntmachung gefordert worden sei.

Zu den Geräten habe die Bg alle geforderten Angaben gemacht, und diese Geräte stünden der Bg auch zur Verfügung. Entgegen der Annahme der ASt sei die von der Bg angebotene Ponton-Größe ausreichend bemessen und deutlich größer, als die ASt unterstelle. Auch der benannte Amphibienbagger erfülle die Vorgabe einer Mindestausladung von 18 m. Ebenso erfülle die Bg die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses in Bezug auf den Peilsteg. Die Traglastnachweise seien von der Bg ordnungsgemäß erbracht worden. Schließlich habe die Bg auch eine ausreichende Anzahl an Geräten benannt.

Eine parallele Arbeitsweise, wie die ASt sie darstelle, sei entgegen der Ansicht der ASt nicht zwingend notwendig. In den Vergabeunterlagen seien keine verbindlichen Festlegungen dahingehend getroffen worden, wann welche Geräte in welcher Anzahl zum Einsatz kommen

sollten. Aus den Vordersätzen dürfe schon deshalb nichts geschlossen werden, da der Auftragnehmer auf die entsprechenden Massen schon keinen Anspruch habe, sondern es sich lediglich um eine Schätzung der Ag handle. Die Leistungsbeschreibung und das Leistungsverzeichnis würden im Übrigen lediglich einen Vertragsbeginn und ein Vertragsende definieren. Es gebe hingegen keine vertraglichen Zwischentermine hinsichtlich der einzelnen Bauabschnitte; einzige Ausnahme bilde die vertragliche Vorgabe dahingehend, dass in einem bestimmten Baubereich frühestens am 1. August 2018 begonnen werden könne. Nach allem sei der Auftragnehmer im vorgegebenen zeitlichen Rahmen und der technischen Leistungsanforderungen frei, den Ablauf der Leistungserbringung zu gestalten und den Einsatz seiner Ressourcen zu optimieren. Die Ag habe im Übrigen den geplanten Ablauf der Bg geprüft und ausdrücklich bestätigt. Ein Ausschluss des Angebots der Bg käme insoweit im Übrigen nur in Betracht, wenn die Leistung in der vorgesehenen Form nicht erbringbar sei, was vorliegend nicht der Fall und nicht festgestellt worden sei. Darüber hinaus habe die Bg mit ihrem Angebot das Versprechen abgegeben, die dort beschriebene Leistung ordnungsgemäß, vollständig und mangelfrei auszuführen. Schon aufgrund dieses Versprechens sei er verpflichtet, etwaige Personal- und Materialaufstockungen vorzunehmen. Dies sei auch ausdrücklich in § 4 VOB/B geregelt. Sofern ein Auftraggeber vor diesem Hintergrund eine zusätzliche Zusicherung des Bieters fordere, vorgesehene Personal und Gerät erforderlichenfalls aufzustocken, stelle dies keine Änderung oder Verhandlung des Angebots dar, sondern lediglich eine deklaratorische Erklärung im Hinblick auf die ohnehin nach Vertrag und insbesondere § 4 VOB/B bestehende Verpflichtung.

Soweit die ASt eine Unterschreitung der notwendigen Arbeitszeit seitens der Bg bei den Verdichtungen geltend mache, habe eine Unterschreitung von zwingenden Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht stattgefunden; die Bg habe lediglich bei ihrer Taktung und Kalkulation die ihr zur Verfügung stehenden Rahmenbedingungen in zulässiger Weise genutzt. Dies sei auch von der Ag überprüft worden.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 23. August 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der ASt vom 28. August 2017 wurde nicht berücksichtigt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Insbesondere ist die ASt antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Denn sie hat mit ihrem Angebot ihr Interesse am Auftrag dokumentiert und Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt haben können. Die Antragsbefugnis ist auch nicht schon deshalb zu verneinen, weil die ASt – wie die Bg meint – nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB auszuschließen sei. Dies wäre vielmehr – da die ASt an den betreffenden Vermutungen als wahrheitsgemäß festhält – im Rahmen der Begründetheit (Verletzung der ASt in ihren Rechten) zu klären.

Auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB ist die ASt nachgekommen; die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Angebot der Bg ist weder wegen fehlender Eignung noch wegen eines Abweichens des Angebots von den Vergabeunterlagen auszuschließen.

a) Entgegen der Auffassung der ASt erfüllt die Bg die von der Ag wirksam aufgestellten Eignungsanforderungen. Daneben ergeben sich auch im Übrigen keine Zweifel an der Eignung der Bg.

aa) Insbesondere erfüllt die Bg die Anforderungen an die Referenzen. Maßgeblich dafür, welche Eignungsanforderungen (als Ausformungen der Eignungskriterien) wirksam aufgestellt wurden, ist vorliegend gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB die Auftragsbekanntmachung mit den darin bekanntgegebenen Vorgaben. Gemäß Ziffer III.1.3) der fraglichen Bekanntmachung müssen die Bieter unter anderem über bestimmte Referenzen aus den letzten fünf Jahren verfügen, darunter auch eine Referenz über „Sicherungsarbeiten im Bereich von Tagebaukippen /

Tagebaurestbaulöchern mittels Rütteldruckverdichtung (Rütteltiefen bis 25 m) unter Beachtung spezieller geotechnischer Verhaltensvorgaben“. Danach haben die Bieter eine Referenz über entsprechende Rütteldruckverdichtungsarbeiten mit Rütteltiefen von 25 m und tiefer vorzulegen. Unter den von der Bg vorgelegten Referenzen hat mindestens eine auch Rütteldruckverdichtungsarbeiten im fraglichen Zeitraum mit Arbeitstiefen von über 25 m zum Gegenstand. Dies wird von der ASt auch nicht in Zweifel gezogen.

Da die fragliche Referenzanforderung jedoch in der Bekanntmachung unter dem Oberbegriff „Geotechnische Kippenstabilisierung (vorzugsweise seeseitig)“ steht, ist nach Auffassung der ASt eine Referenz, bei der – wie hier im Falle der Referenz der Bg – die Verdichtungsarbeiten von Land aus und nicht see- bzw. wasserseitig erbracht wurden, nicht ausreichend bzw. nur, wenn weitere Rahmenbedingungen zu einer vergleichbaren Schwierigkeit bzw. Komplexität führen würden. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Wird vom Gesetzgeber wie hier in § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB gefordert, dass bestimmte Anforderungen bereits mit der Auftragsbekanntmachung den potentiellen Bietern bekanntzugeben sind, soll damit eine Transparenz dahingehend erreicht werden, dass potentielle Bieter bereits auf der Basis der Bekanntmachung – und ohne weiteres Studium der Vergabeunterlagen – entscheiden können, ob sie überhaupt in der Lage sind, an dem Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Von daher verbieten sich schon Betrachtungen einer Vergleichbarkeit von Referenzprojekten mit den ausgeschriebenen Leistungen, wenn sich die Vergleichbarkeit nicht aus der Bekanntmachung selbst, sondern erst aus den Vergabeunterlagen ergibt. Im Übrigen ist für die Auslegung und das Verständnis der Bekanntmachung der objektive Empfängerhorizont des potentiellen Bieters maßgeblich, da sich das Dokument an eine unbestimmte Vielzahl von Unternehmen richtet, wobei der Empfängerhorizont eines durchschnittlichen verständigen und sachkundigen Bieters zugrunde zu legen ist. Ausgangspunkt ist selbstverständlich der Wortlaut, der weder ausdrücklich noch auf anderem Wege auf eine Vergleichbarkeit mit den ausgeschriebenen Leistungen hinweist. Insbesondere dem Passus „vorzugsweise seeseitig“ ist eine solche Vergleichbarkeitsanforderung nicht zu entnehmen. Denn zum einen ist den unter Ziffer II.2.4) der Bekanntmachung genannten Massenangaben für Rütteldruckverdichtung seeseitig einerseits und landseitig andererseits aufgrund des um das Drei- bis Vierfache höheren Volumens der landseitigen Rütteldruckverdichtungen ein besonderes Gewicht der seeseitigen

Verdichtungsarbeiten gerade nicht zu erkennen. Im Übrigen ist dem Begriff „vorzugsweise“ klar zu entnehmen, dass es sich gerade nicht um eine zwingende Eignungsanforderung handelt. Die Ag bringt damit lediglich zum Ausdruck, dass sie an der Vorlage seeseitig erbrachter Referenzen ein höheres Interesse hat. Dies ist aber nicht geeignet, einen zwingenden Ausschluss der Bg zu begründen. Vor diesem Hintergrund hat die Ag mithin die Referenzen der Bg beurteilungsfehlerfrei dahingehend bewertet, dass diese den von ihr bekanntgemachten Eignungskriterien genügen.

- bb) Entgegen der Annahme der ASt hat die Bg auch die geforderten Verfügbarkeitsnachweise mit dem Angebot vorgelegt. Nach Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung war die Verfügbarkeit der RDV-Gerätekomplexe, der LRV-Technik sowie der „seeseitigen Spezialtechnik (Pontons, Amphibienbagger)“ nachzuweisen und zu bestätigen. Die Ag hatte dafür den Vergabeunterlagen das Formblatt „[...] Ergänzt-GV B“ („Ergänzende Angaben zum Geräteverzeichnis – Verfügbarkeit der Verdichtungstechnik“) beigefügt, das die Bieter auch genutzt haben. Insbesondere hat die Bg für die in der Bekanntmachung genannte Technik das fragliche Formblatt mehrfach in ausgefüllter Form für die verschiedenen Geräte mit ihrem Angebot eingereicht und – soweit es sich nicht um eigenes Gerät handelt – entsprechende Verfügbarkeitsserklärungen der Drittunternehmen beigefügt. Auch dass die RDV-Komplexe über GPS und entsprechende Prozessdatenerfassung verfügen, lässt sich den Angebotsunterlagen ohne weiteres entnehmen. Über den Wortlaut der Bekanntmachung und des Formblatts hinaus liegt dies auch für Schubboote und Schuten vor. Den Eignungsanforderungen nach Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung ist danach Genüge getan.

Soweit die ASt darüber hinaus geltend macht, dass die Bg keine ausreichende Anzahl von Gerätekomplexen zur Rütteldruckverdichtung und dem Umfang nach nicht ausreichende seeseitige Spezialtechnik nachgewiesen habe und sich dabei auch auf den Prüfvermerk der ARGE [...] bezieht, ist zunächst festzuhalten, dass dieser Vermerk für die Prüfung zum Teil eine geringere als die tatsächlich benannte Anzahl von Booten zugrunde legt und insoweit von falschen Tatsachen ausgeht. Darüber hinaus war aber auch keine konkrete Mindestanzahl bestimmter Gerätschaften (insbesondere von RDV-Gerätekomplexen oder seeseitiger Spezialtechnik) – etwa in Form einer Mindestanforderung bzw. eines

Mindeststandards – in der Bekanntmachung angegeben. Die Vorbemerkung im Geräteverzeichnis (Formblatt [...] -GV), wonach die Angaben im Geräteverzeichnis den (späteren) Auftragnehmer nicht von der Verpflichtung entbinden, die für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung erforderlichen Geräte einzusetzen, macht vielmehr im Gegenteil deutlich, dass die Ag es den Bietern überlässt zu errechnen, wie viele Geräte sie für die ordnungsgemäße Auftragsausführung benötigen, und diese auch vorzuhalten.

Aber auch wenn man dem Auftraggeber über die bekanntgegebenen Eignungskriterien hinaus eine zusätzliche materielle Eignungsprüfung zugesteht, hat die Ag im vorliegenden Fall jedoch den dann insoweit bestehenden Beurteilungsspielraum fehlerfrei ausgefüllt, indem sie sich – wie sich aus der Vergabeakte ergibt – mit dem Umfang der benannten Technik auseinandergesetzt, die Risiken bewertet und sich in Kenntnis der Umstände für eine positive Eignungsprognose entschieden hat; insbesondere musste sie aufgrund des ermittelten Sachverhalts nicht (zwingend) zu dem Ergebnis kommen, dass die Bg mit den genannten Gerätschaften keinesfalls in der Lage ist, den Auftrag ordnungsgemäß auszuführen.

- cc) Für den für die Auftragsausführung erforderlichen Peilsteg waren angesichts des insoweit abschließenden Wortlauts keine Verfügbarkeitsklärung und sonstige Unterlagen zur Eignungsprüfung vorzulegen. Auch aus den Vergabeunterlagen ergibt sich nichts anderes. Vielmehr sieht Position 01.01.01700 des Leistungsverzeichnisses vor, dass (erst) der Auftragnehmer (d.h. nach Zuschlag) eine Verfügbarkeitsklärung für den geplanten Arbeitszeitraum vorzulegen hat. Für einen Ausschluss des Angebots der Bg wegen Fehlens solcher Unterlagen bereits im Angebot ist somit kein Raum. Im Übrigen hat die Bg den Peilsteg im in ihrem Angebot im Geräteverzeichnis aufgeführt, so dass auch in materieller Hinsicht keinerlei Anlass für die Ag bestand, insoweit an der Eignung der Bg zu zweifeln.
- dd) Die nach Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung geforderten Traglastnachweise für die RDV-Gerätetechnik hat die Bg entgegen der Annahme der ASt ebenfalls erbracht. Gemäß der Bekanntmachung war insbesondere der Nachweis bestimmter Traglastsicherheiten (1,25-fach höhere Zuglast als das Lanzengewicht) zu führen. Einer der von der Bg mit dem Angebot eingereichten Traglastnachweise wies nach

Auffassung der Ag nicht die erforderliche Sicherheit aus, basierte jedoch nicht auf der geforderten Ausladung von mindestens 40 m, sondern auf einer weit größeren. Damit könnte von einem Fehlen des fraglichen Traglastnachweises ausgegangen werden, so dass eine Nachforderung – wie hier geschehen – gemäß § 16a Satz 1 VOB/A erforderlich war. Den mit dem Angebot eingereichten Datenblättern hätte allerdings auch bereits eine ausreichende Sicherheit für eine Ausladung von 40 m entnommen werden können. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Ag in Bezug auf einen Traglastnachweis der ASt ebenfalls davon ausging, dass er nicht alle Voraussetzungen einbezogen habe, und anhand der eingereichten Unterlagen eigene Ersatzberechnungen – mit positivem Ergebnis für den fraglichen Traglastnachweis – durchgeführt hat. Insoweit musste es zumindest aus Gründen der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB der Bg zugebilligt werden, einen Traglastnachweis mit den zutreffenden Rahmenparametern nachzureichen, was sie auch getan hat.

In Bezug auf die geforderten Traglastnachweise ist im Übrigen zu bemerken, dass – weil es sich hier um Eignungsanforderungen handeln soll (wie sich aus dem Standort in der Bekanntmachung ergibt) – Maßstab nur die in der Bekanntmachung aufgelisteten Voraussetzungen sein können; weitere Umstände, die sich erst aus Einbeziehung der betroffenen Leistungspositionen ergeben, können hier nicht maßgeblich sein.

- ee) Soweit die ASt mutmaßt, dass die von der Bg angebotene Technik nicht über die erforderlichen Eigenschaften verfüge, um den Auftrag ordnungsgemäß zu erfüllen, ergibt sich dies aus dem Angebot der Bg gerade nicht. Unabhängig, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt hier ein Angebotsausschluss begründet werden sollte, ist jedenfalls die Pontongröße keinesfalls so klein, wie die ASt vermutet, sondern in einer Größenordnung, wie sie auch die ASt für ausreichend erachtet. Soweit in den Vergabeunterlagen beigefügten Formblatt „Tabelle Zusammenstellung der geltenden Technikbegrenzungen und Zuordnung der vom Bieter geplanten Gerätetechnik“ für den Amphibienbagger zur Profilierung des Massenabtragsbereichs und des Massenauftragsbereichs eine Mindestausladung von 18 m gefordert war, enthält das Angebot der Bg auch hier keinen Anhaltspunkt dahingehend, dass sie ein solches Gerät nicht verfügbar hat bzw. einsetzen will. Vielmehr hat sie durch Angabe eines bestimmten Gerätetyps an dieser Stelle zum

Ausdruck gebracht, dass sie einen den Anforderungen entsprechenden Bagger einsetzen will. Dieser Gerätetyp verfügt – wie die Bg nachgewiesen hat – in entsprechender Konfiguration auch über eine Ausladung von über 18 m. Eventuelle wasserrechtliche Zulassungen, Genehmigungen oder Stabilitätsberechnungen – wie sie die ASt weiter fordert – waren weder nach der Bekanntmachung noch den Vergabeunterlagen im Vergabeverfahren gefordert. Vielmehr werden derartige Nachweise auch hier erst bei der Auftragsausführung gefordert (vgl. etwa Position 07.06.00100 des Leistungsverzeichnisses).

Wenn die ASt des Weiteren geltend macht, das von der Bg für die oberflächennahe Rütteldruckverdichtung (LRV) vorgesehene Verfahren sei nicht ausreichend geprüft und insbesondere nicht praktisch getestet worden, ist auch dies nicht geeignet, einen Ausschluss des Angebots der Bg zu begründen. Weder hatte die Ag in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen bestimmte Nachweise oder Belege für das zum Einsatz kommende Gerät gefordert. Die Abfrage im Formblatt „Tabelle Zusammenstellung der geltenden Technikbegrenzungen und Zuordnung der vom Bieter geplanten Gerätetechnik“ ist für sich nicht geeignet, Prüf- und Ausschlussvorbehalte seitens der Ag zu begründen. Vielmehr werden im Leistungsverzeichnis (vgl. etwa Position 07.07.00300) die technischen Rahmenbedingungen und Anforderungen (einschließlich Maßstäbe der Zielerreichung) sehr ausführlich beschrieben, was so zu verstehen ist, dass die Ag die ordnungsgemäße Ausführung in die Verantwortung des Auftragnehmers legen will. Dass der Bieter in der Lage ist, LRV-Verdichtungsleistungen ordnungsgemäß zu erbringen, hat sich die Ag im Übrigen durch Benennung entsprechender Referenzarbeiten belegen lassen.

- ff) Ein Ausschluss der Bg bzw. ihres Angebots kommt auch nicht wegen fehlender personeller Ressourcen für die Auftragsausführung in Betracht. Dabei kann ein Ausschluss zum einen nicht auf das Nichterfüllen von Eignungsanforderungen gestützt werden. Hier hatte die Ag in demjenigen Abschnitt der Bekanntmachung, in dem die Eignungsanforderungen veröffentlicht werden (Unterabschnitt III.1) – Teilnahmebedingungen), die Angabe der jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte der letzten drei Geschäftsjahre gefordert. Dazu hat die Bg die erforderlichen Angaben mit dem Angebot eingereicht bzw. fristgerecht nachgereicht und damit die Eignungsanforderung erfüllt.

Soweit die Ag unter Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung („Für die Ausführung des Auftrags verantwortliches Personal“) die Bieter zur Angabe der Namen und beruflichen Qualifikationen derjenigen Personen aufgefordert hat, die für die Ausführung des Auftrags verantwortlich sind, geht dies nicht auf Vorschriften zu Eignungskriterien zurück, sondern auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Danach können juristische Personen – außer bei reinen Lieferaufträgen – verpflichtet werden, in ihrem Angebot (oder Teilnahmeantrag) die Namen und einschlägigen beruflichen Qualifikationen der Mitarbeiter anzugeben, die für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung verantwortlich sein sollen. Die Ag hatte den Vergabeunterlagen das Formblatt („[...] -Auf-Pers“) beigelegt, das entsprechende Eintragungen erlaubte. Der darin enthaltene Verweis auf § 6a EU Nr. 3 lit. g) VOB/A ist allerdings missverständlich, da diese Vorschrift nur die bereits oben genannte Eignungsanforderung des jahresdurchschnittlich beschäftigten Personals regelt. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU) hat die Ag die fragliche Anlage allerdings weder unter der Kategorie C) aufgeführt, also den Anlagen, die mit dem Angebot einzureichen waren, noch unter der Kategorie D) (auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle einzureichen). Damit ist das Einreichen dieser Anlage – trotz bekanntgemachter Anforderung in der Auftragsbekanntmachung – letztlich nicht wirksam, weil nicht eindeutig gefordert. Ein Ausschluss des Angebots der Bg kann daher schon aus diesem Grund nicht darauf gestützt werden. Nicht zu entscheiden ist vor diesem Hintergrund, ob die Ag entsprechende Angaben überhaupt fordern dürfte, da die oben genannte Richtlinienvorschrift zwar für Liefer- und Dienstleistungsaufträge in § 43 Abs. 1 Satz 2 VgV, nicht aber – soweit ersichtlich – für Bauaufträge in der VOB/A-EU umgesetzt worden ist.

Da die Bg für eine Reihe von Aufsichtspersonen bereits mit dem Angebot unter Verwendung des Formblatts „[...] -Auf-Pers“ entsprechende vollständige Angaben und im Übrigen Teilangaben gemacht hatte, ist es auch in materieller Hinsicht vom Beurteilungsspielraum der Ag im Hinblick auf die Eignungsprognose gedeckt, von ausreichenden qualifizierten Personalressourcen seitens der Bg auszugehen.

- b) Ein Ausschluss des Angebots der Bg kommt auch nicht deshalb in Betracht, weil sich dem Angebot – wie die ASt meint – entnehmen lässt, dass die Arbeiten in Abweichung

von den Vergabeunterlagen, konkret den Vorgaben von Leistungsbeschreibung bzw. Leistungsverzeichnis, erfolgen sollen.

aa) Indem die ASt geltend macht, dass die Bg zu wenige Geräte für die Rütteldruckverdichtung vorsehe (und zur Verfügung) habe und damit nicht parallel mit mindestens vier Geräten arbeiten könne, vertritt sie auch die Auffassung, dass aufgrund der Leistungsvorgaben eine solche parallele Bearbeitung der Verdichtungsgebiete de facto erforderlich und damit vorgeschrieben sei und ein Abweichen davon nach § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 1, 2 VOB/A zum Angebotsausschluss führen müsse.

Die Leistungsbeschreibung und das Leistungsverzeichnis enthalten jedoch zum einen keine ausdrücklichen Vorgaben dahingehend, dass bestimmte Verdichtungsgebiete parallel und damit mit zwei (oder mehr) verschiedenen RDV-Gerätekomplexen zu bearbeiten sind. Zum anderen handelt es sich bei den Geräteangaben im Rahmen des Geräteverzeichnisses und dessen Anlagen einschließlich der tabellarischen Aufstellung von Anforderungen an die Gerätetechnik um Angaben für die Eignungsprüfung; so ergibt es sich aus der systematischen Stellung in der Auftragsbekanntmachung. Diese werden damit gerade nicht Bestandteil der geschuldeten Leistung und sind deshalb auch schon nicht geeignet, die Leistungsvorgaben der Ag abzuändern. Dies wird auch noch einmal anhand der Vorbemerkung des Geräteverzeichnisses deutlich, die ausdrücklich darauf hinweist, dass die Auflistung den Auftragnehmer gerade nicht von seiner Verpflichtung enthebt, im ausreichenden Umfang Geräte einzusetzen, um eine vertragsgerechte Auftragserfüllung sicherzustellen. Letztlich hat sich die Ag auch noch einmal von der Bg mit Aufforderung vom 17. Juli 2017 bestätigen lassen. Ein Abweichen des Angebots der Bg von bestimmten Leistungsvorgaben lässt sich somit nicht feststellen. Dementsprechend hat die Bg mit dieser Bestätigung ihr Angebot auch nicht nachträglich in ausschussrelevanter Weise abgeändert, sondern lediglich das bestätigt, wozu sie aufgrund der Vorgaben in den Vergabeunterlagen (hier der Vorbemerkung des Geräteverzeichnisses) ohnehin bereits verpflichtet war.

bb) Auch soweit die ARGE [...] in ihrem Prüfvermerk feststellt, dass die von der Bg (wie auch von der ASt) angegebenen Zeitansätze für die Ausführung der Verdichtungs Vorgänge von den von ihr selbst veranschlagten Ausführungszeiten

nach unten abweichen und im Prüfvermerk als nicht auskömmlich deklariert werden, kann darin – anders als die ASt meint – ebenfalls kein Abweichen von den Vergabeunterlagen seitens der Bg (oder der ASt) entdeckt werden. Vielmehr sind Grundlage dieser Einschätzung diejenigen Angaben, die die Bieter aufgrund des Formblatts „[...] Ergänzt-GV A“ gemacht haben. Dabei handelt es sich erkennbar um die Abfrage von Kalkulationsangaben – sowohl was Zeitanätze als auch Kosten etc. betrifft. Damit handelt es sich nicht um Bieterangaben, die geeignet sind, den vertraglich geschuldeten Leistungsinhalt zu prägen oder gar zu modifizieren.

Nach allem kommt ein Ausschluss des Angebots der Bg nicht in Betracht, so dass auch die Frage, ob die ASt durch einen rechtswidrig nicht erfolgten Ausschluss des Angebots der Bg in ihren Rechten verletzt wäre – hierzu macht die Bg umgekehrt den Ausschluss der ASt geltend –, nicht mehr zu entscheiden ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren geltend macht. Die Bg hat sich auch durch umfangreichen Schriftsatzvortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich über das in einem Vergabeverfahren Übliche hinausgehende Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Die hauptamtliche Beisitzerin Ohlerich ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Behrens

Behrens