



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 30/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Nassbaggerarbeiten zur Unterhaltung des Fahrwassers der [...]“ – Nr. [...] (Bekanntmachungs-Nr.: [...]) hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Felleisen auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2016

am 6. Juni 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Für den Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht wird die Antragsgegnerin verpflichtet, das

Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.

2. Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Gesamtschuldner zu zwei Drittel und die Antragstellerin zu einem Drittel. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zu einem Drittel. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der der Antragsgegnerin und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin je zu einem Drittel.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

Bei den im Folgenden zitierten Vorschriften aus dem GWB, der VgV und der VOB/A handelt es sich um solche aus der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung.

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe „Nassbaggerarbeiten zur Unterhaltung des Fahrwassers der [...]“ (Bekanntmachungs-Nr.: [...]) europaweit aus.

Gemäß Ziffer III.2.2) und III.2.3) der Bekanntmachung war der Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen sowie der technischen Leistungsfähigkeit durch eine direkt abrufbare Eintragung im sog. Präqualifikationsverzeichnis oder durch entsprechende Eigenerklärung zu erbringen.

Gemäß Ziffer IV.2.1) der Bekanntmachung bzw. Ziffer 1 der den Vergabeunterlagen beigefügten Unterlage „Gewichtung der Wertungskriterien“ sind Zuschlagskriterien der Preis (mit einer Gewichtung von 90%) und der „Technische Wert“ (mit einer Gewichtung von 10%). Der „Technische Wert“ eines Angebots bemisst sich dabei anhand des (vom Bieter jeweils anzugebenden) Treibstoffverbrauchs für alle Positionen des Leistungsverzeichnisses (vgl. Ziffer 1.2 der Unterlage „Gewichtung der Wertungskriterien“).

Gemäß der Aufforderung zur Angebotsabgabe (dort unter „C) [Anlagen,] die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind:“) war mit dem Angebot unter anderem das

Angebotsschreiben, das „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“ (Formblatt 392-B) und die sog. Geräteliste abzugeben.

Nach dem für das Angebotsschreiben zu verwendenden Formblatt 331-B hatten die Bieter unter Ziffer 7 die folgende Erklärung abzugeben und dabei eine der beiden Alternativen auszuwählen:

„7. Ich/wir erkläre(n), dass

- ich/wir alle Leistungen im eigenen Betrieb ausführen werde(n).*
- ich/wir alle Leistungen, die nicht im „Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen“ bzw. „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“ aufgeführt sind, im eigenen Betrieb ausführen werde(n).“*

In der Geräteliste, die als Anlage 20 zur Leistungsbeschreibung den Vergabeunterlagen beigelegt und mit „Zusammenstellung der Nassbaggergeräte“ überschrieben war, hatten die Bieter – und zwar getrennt nach „a) eigene Geräte“ und „b) fremde Geräte (hierbei Angabe der Eigentümer)“ für die einzusetzenden Geräte eine Vielzahl technischer Daten einzutragen und im Falle von „fremden Geräten“ auch den Eigentümer anzugeben. In der Baubeschreibung (Anlage zur Leistungsbeschreibung) wird mehrfach auf das „angebotene Gerät“ des Auftragnehmers (AN) Bezug genommen. So heißt es z.B. in Ziffer 1.1 („Auszuführende Leistungen nach Art und Umfang“) unter anderem:

„Der AN hat während der Vertragsdauer mit seinem angebotenen Gerät zwischen [...] -km [...] und [...] km [...] voraussichtlich rd. 19,0 Mio. m³ Bodensediment an verschiedenen Baggerstellen aus der Fahrrinne zu baggern, zu fördern und zu verbringen.“

In Ziffer 3.5 („Gerätegestellung durch den AN“) sind unter Ziffer 3.5.1 die Anforderungen an den Laderaumsaugbagger aufgeführt; dort heißt es unter anderem:

„Die technischen Daten der angebotenen Geräte sind vollständig in der Baugeräteliste Anlage 20 einzutragen.

Ist ein Fremdgerät für die Durchführung der Arbeiten vorgesehen, hat der Bieter mit dem Angebot eine rechtsverbindliche Erklärung über dessen Verfügbarkeit während des Ausführungszeitraums abzugeben.“

Unter Ziffer 5.1 („Geräteliste“) ist zudem ausgeführt:

„Es werden nur Angebote gewertet, in denen der Bieter eine lückenlose Gerätedarstellung (Anlage 20) gibt. Ist ein Fremdgerät für die Durchführung der Arbeiten vorgesehen, hat der Bieter mit dem Angebot eine rechtsverbindliche Erklärung über dessen Verfügbarkeit während des Ausführungszeitraumes abzugeben.“

Im Leistungsverzeichnis war von den Bietern unter jeder Position jeweils der Geräte name einzutragen, mit Verweis auf die laufenden Nummern in der Anlage 20 (der sog. Geräteliste).

Die Antragstellerin (ASt), die Beigeladene (Bg) sowie eine Bietergemeinschaft bestehend aus der [...], einer 100%igen Tochtergesellschaft der [...]. (nachfolgend: [...]), und der [...] (nachfolgend: [...]) reichten jeweils vor Ablauf der Angebotsfrist am 15. Dezember 2015 Angebote ein. Das Angebot der ASt ist das preislich günstigste Angebot; in der sog. Geräteliste (Anlage 20 zur Leistungsbeschreibung) hatte die ASt drei Nassbaggerschiffe als eigene Geräte eingetragen. Das Angebot der Bg liegt preislich an zweiter Stelle; die von ihr als eigene Geräte in die Geräteliste eingetragenen Nassbaggerschiffe sind nicht Eigentum eines der beiden Bietergemeinschaftsmitglieder der Bg, sondern von Gesellschaften des jeweiligen Konzerns, dem die Bietergemeinschaftsmitglieder angehören. Bei dem auf diesen Schiffen eingesetzten Personal handelt es sich ebenfalls nicht um Mitarbeiter eines der beiden Bietergemeinschaftsmitglieder der Bg, sondern um Mitarbeiter anderer Konzerngesellschaften.

Lediglich die ASt und die Bg haben zwischenzeitlich die Bindefristen ihrer Angebote bis zum 4. Juli 2016 verlängert.

Am 4. Januar 2016 gaben [...] und die Konzernmutter der ASt, die [...], jeweils Ad-hoc-Meldungen dahingehend ab, dass sich die beiden Unternehmen (in einer Grundsatzvereinbarung – sog. Heads of Agreement) auf die wesentlichen Punkte eines Verkaufs der Wasserbauaktivitäten der ASt an [...] geeinigt hätten. Die als Asset Deal beabsichtigte Übernahme für einen Kaufpreis von 70 Mio. Euro umfasse die Maschinen, das Personal und eine Reihe von kürzlich abgeschlossenen Wartungsverträgen. Die Transaktion solle im ersten Quartal 2016 abgeschlossen und rückwirkend zum 1. Januar 2016 wirksam werden. Die bestehenden Restaufträge würden durch [...] übernommen bzw. durch [...] als Subunternehmen zu Ende geführt.

Mit Schreiben vom 8. Januar 2016 informierte die Bg die Ag über die beiden Ad-hoc-Meldungen zum beabsichtigten Unternehmenskauf und machte Bedenken wegen der Teilnahme der ASt im Hinblick auf deren Eignung geltend; zudem liege möglicherweise ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb zwischen der ASt und der Bietergemeinschaft [...] vor. Daraufhin bat die Ag die ASt mit Schreiben vom 13. Januar 2016 um Aufklärung hinsichtlich der beabsichtigten Veräußerung im Hinblick auf die Eignung sowie hinsichtlich sich aufgrund des

Veräußerungsvorgangs ergebender Zweifel an einer Wahrung des Geheimwettbewerbs gegenüber der Bietergemeinschaft [...]. Ebenfalls mit Schreiben vom 13. Januar 2016 forderte die Ag die Bietergemeinschaft [...] zur Stellungnahme hinsichtlich der Wahrung des Geheimwettbewerbs zur Bg vor dem Hintergrund des Veräußerungsvorgangs auf.

Mit Schreiben vom 14. Januar 2016 teilte die ASt der Ag mit, dass sich der Verkauf des fraglichen Geschäftsbereichs „Großer Wasserbau“ noch in den Verhandlungen befinde und unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrats der [...] sowie auch der Kartellbehörden stehe. Im Falle einer erfolgreichen Transaktion sei ein ausreichendes Zugriffsrecht auf die gegebenenfalls zu übertragenden Geräte und Mitarbeiter eingeräumt worden. Mit Blick auf den Geheimwettbewerb teilte die ASt mit, dass das streitgegenständliche Vergabeverfahren bis zur Submission nicht Gegenstand der Verhandlungen bzw. eines Informationsaustausches mit [...] gewesen sei; kein Wettbewerber der ASt habe Kenntnis vom Inhalt, der Kalkulation und den Preisen ihres Angebots gehabt. Der Stellungnahme beigefügt war die Bestätigung von [...] vom 14. Januar 2016, dass die Verhandlungen mit der [...] noch nicht abgeschlossen seien und noch unter Vorbehalten stünden. Daneben erklärte [...] ausdrücklich, dass der Bg im Fall einer erfolgreichen Transaktion ein unwiderrufliches Zugriffsrecht auf die im Rahmen der Transaktion zu übertragenden Maschinen und zu übernehmenden Mitarbeiter zustünde. Mit Schreiben vom 15. Januar 2016 teilte die Bietergemeinschaft [...] der Ag mit, dass im Zuge der Angebotsbearbeitung durch die Bietergemeinschaft keinerlei Informationen über das zu erwartende Angebot der ASt zur Verfügung gestanden hätten. Auch habe keine Due-Diligence-Prüfung unter Einschluss des Angebots der ASt stattgefunden.

Nach den erfolgten Aufklärungen teilte die Ag der Bg unter dem 18. Januar 2016 zunächst mit, dass keine Veranlassung bestehe, die ASt vom Vergabeverfahren auszuschließen, und dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen. Mit Schreiben vom 21. Januar 2016 rügte die Bg die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Mit Schreiben vom 25. Januar 2016 nahm die ASt zu den Rügen der Bg vertieft Stellung und fügte eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers der ASt bei, in der dieser die Stellungnahme der ASt vom 14. Januar 2016 inhaltlich bestätigte. Auf Nachfrage der Ag vom 25. Januar 2016 bestätigte die ASt, dass das von [...] eingeräumte Zugriffsrecht insbesondere die im Angebot, dort in der Geräteliste, benannten Geräte umfasse. Zudem wurde erklärt, dass im Falle des Wirksamwerdens der Transaktion in ausreichendem Maße eigenes Führungspersonal bei der ASt zur Verfügung stehe.

Mit Schreiben vom 27. Januar 2016 teilte die Ag der Bg mit, dass sie ihren Rügen nicht abhelfe. Daraufhin beantragte die Bg mit Antrag vom 28. Januar 2016 die Nachprüfung bei der Vergabekammer des Bundes. Die mündliche Verhandlung dieses Nachprüfungsverfahrens, aufgrund derer die Entscheidung der Vergabekammer im dortigen Verfahren erging, fand am 23. Februar 2016 statt. Am 24. Februar 2016 wurde der fragliche Asset Deal zwischen [...] und [...] von [...] als Zusammenschluss beim Bundeskartellamt angemeldet. Mit Beschluss vom 10. März 2016 (VK 1-10/16) wies die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Bg zurück. Die Bg legte daraufhin sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer ein.

Am 24. März 2016 wurde der angemeldete Zusammenschluss vom Bundeskartellamt freigegeben. Auf Nachfrage der Ag mit Schreiben vom 4. April 2016 bestätigte die ASt der Ag mit Schreiben vom 5. April 2016, dass der Zusammenschluss nach Zustimmung des Aufsichtsrats der [...] Ende März/Anfang April nunmehr vollzogen sei. Der Zusammenschluss beinhaltet die Veräußerung der drei Nassbaggergeräte, die die ASt in ihrem Angebot in der sog. Geräteliste (Anlage 20 zur Leistungsbeschreibung) als eigene Geräte aufgeführt hatte.

Mit Schreiben vom 8. April 2016 informierte die Ag die ASt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, da begründete Zweifel an der Eignung der ASt im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit bestünden; die ASt verfüge nicht mehr über das für die Auftragsdurchführung erforderliche Gerät und Personal und sei somit nicht mehr in der Lage, die Leistung wie angeboten auszuführen, nämlich als Leistung im eigenen Betrieb und mit eigenem Gerät. Die nach Angebotsabgabe erklärte Absicht, alle Leistungen mit Gerät und Personal der [...] ausführen zu lassen, sei vergaberechtlich nicht zulässig. Dies liefe darauf hinaus, den Bietern zu gestatten, statt der angebotenen Eigenleistung die Arbeiten durch einen anderen Unternehmer erbringen zu lassen, was zu einer Änderung des Angebots führen würde. Mit weiterem Schreiben vom 8. April 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie nunmehr beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. April 2016 rügte die ASt gegenüber der Ag den Ausschluss ihres Angebots. Mit Schreiben vom 14. April 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. April 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 18. April 2016 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen den Ausschluss ihres Angebots. Ein Angebotsausschluss wegen fehlender Leistungsfähigkeit sei schon deshalb unzulässig, weil nach der Bekanntmachung als Nachweis für die Leistungsfähigkeit lediglich die Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis gefordert gewesen sei und die ASt für die fragliche Teil- bzw. Komplettleistung präqualifiziert sei und auch bleibe. Für die fragliche Präqualifizierung bedürfe es auch keinerlei Angaben zum Gerätepark.

Die Veräußerung der in der Geräteliste als eigene Geräte genannten Nassbaggergeräte führe auch zu keiner Angebotsänderung; insbesondere wolle die ASt die ausgeschriebenen Leistungen weiterhin mit den im Angebot benannten Nassbaggerschiffen ausführen, so dass sich ihr Angebot inhaltlich nicht ändere. Die im Wege des Asset Deals an [...] veräußerten Nassbaggergeräte würden zwar künftig von diesem Unternehmen betrieben. Dieses habe jedoch bereits vor Einleitung des ersten Nachprüfungsverfahrens (VK 1-10/16) klargestellt, dass sie der ASt für den Fall der erfolgreichen Transaktion ein unwiderrufliches Zugriffsrecht auf die dann zu [...] gehörenden Mitarbeiter und Maschinen einräume. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe die ASt die fraglichen Geräte zwangsläufig als eigene Schiffe angeben müssen. Sie verfüge aber auch jetzt entsprechend der Vereinbarung mit [...] über diese Geräte wie über eigene Geräte. Die entsprechende unwiderrufliche Erklärung von [...] diesbezüglich habe die ASt vorgelegt und sei damit sogar den Vorgaben von Ziffer 3.5.1 der Baubeschreibung nachgekommen. Nach dem objektiven Empfängerhorizont in einem Vergabeverfahren müsse das Geräteverzeichnis im Übrigen aber nicht die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse widerspiegeln, vielmehr sei der unwiderrufliche Zugriff auf die Geräte wie eigene Geräte gemeint. Andernfalls müsse im Geräteverzeichnis auch vermerkt sein, wenn ein Gerät an eine Bank sicherheitsübereignet oder im Wege eines sale & lease back-Vertrags veräußert werde. Derartige Angaben erwarte die Ag sicher nicht. Mit den in der Geräteliste unter b) einzutragenden Fremdgeräten seien vermutlich vielmehr die Geräte anderer Unternehmen gemeint, derer sich ein Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit im Wege der Eignungsleihe bediene bzw. die er chartern müsse. Dies sei hier nicht der Fall.

Entgegen der Auffassung der Ag würde die Angabe der ASt, die ausgeschriebenen Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen, nicht bedeuten, dass die Arbeiten nur mit eigenem, d.h. arbeitsvertraglich von der ASt gebundenen Personal ausgeführt werden dürften; vielmehr sei insoweit auch die Ausführung mit beispielsweise im Wege der Personalüberlassung genutzten Personals zulässig. Entscheidend sei, wer das Personal führe. Dies sei die Bauleitung, die vorliegend durch eigene Mitarbeiter der ASt erfolge und entgegen der Auffassung der Ag für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen von wesentlicher Bedeutung sei. Ebenso sei für die Geräte entscheidend und ausreichend, dass auf sie ein uneingeschränkter Zugriff möglich sein müsse; sie müssten nicht im Eigentum des Bieters stehen. Die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen, bedeute vielmehr, die Leistung ohne den Einsatz von Nachunternehmern mit Geräten auszuführen, auf die ein uneingeschränkter Zugriff möglich sei, und mit Personal, das Weisungen des Unternehmens, hier der ASt, unterliege. Die Leistung erfolge auch dann im eigenen Betrieb, wenn Gerät und Personal durch Dritte überlassen würden; weder die Gerätegestellung noch die Personalgestellung durch Dritte führe zu einem Nachunternehmerverhältnis oder -einsatz. Gerade bei Schiffen sei die Vercharterung eines Schiffes mit Personal übliche Praxis; teilweise werde das Schiff und das Personal auch getrennt verchartert, in den seltensten Fällen würden Schiffe ohne Personal verchartert. Die Ausführung der Arbeiten erfolge damit nicht durch einen Nachunternehmer; dies habe die ASt auch nie angekündigt oder vor. Die Leistung werde vielmehr durch die ASt selbst, und zwar mit ihren ehemaligen Nassbaggerschiffen und ihrem ehemaligen Personal (auf den Schiffen) unter Anleitung der eigenen Bauleiter erbracht.

Auch die von der Ag wiederholte Eignungsprüfung in Bezug auf die ASt sei zu beanstanden. Bei der Eignungsprüfung handele es sich um eine Prognoseentscheidung, ob das formell geeignete Unternehmen materiell in der Lage sei, die Leistung auszuführen. Dies sei bei der ASt zu bejahen. Denn sie habe nachgewiesen, dass sie unabhängig vom Asset Deal weiterhin die volle Verfügbarkeit über die von ihr im Geräteverzeichnis benannten Nassbaggerschiffe und das entsprechende Schiffspersonal habe. Die entsprechende Erklärung von [...] habe die Ag zu Unrecht nicht berücksichtigt.

Die ASt habe es im Übrigen nicht versäumt, die Ag über den vollzogenen Zusammenschluss zu informieren. Als die ASt die Ag gerade schriftlich habe informieren wollen, habe sich dies jedoch mit der Nachfrage der Ag vom 4. April 2016 überschritten, die die ASt umgehend am 5. April 2016 beantwortet habe.

Soweit die Bg behaupte, es läge ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb zwischen der ASt und der Bietergemeinschaft [...] vor, beruhe dies ausschließlich auf Mutmaßungen der Bg, während die ASt glaubhaft gemacht habe, dass kein solcher Verstoß vorliege. Nichts Gegenteiliges ergebe sich im Übrigen aus dem Vorvertrag vom 22. Dezember 2015 zwischen [...] und der Muttergesellschaft der ASt.

Die ASt beantragt,

1. festzustellen, dass der Ausschluss des Angebots der ASt rechtswidrig ist und der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren unter Einbeziehung des Angebots der ASt fortzuführen,
hilfsweise,
festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für erforderlich zu erklären und
3. der Ag die Kosten aufzuerlegen.

Zudem beantragt die ASt Akteneinsicht.

Die Ag beantragt,

die Anträge der ASt als unbegründet zurückzuweisen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag unbegründet ist, da der Ausschluss des Angebots der ASt zu Recht erfolgt sei. Die ASt habe in ihrem Angebot vom 14. Dezember 2015 noch erklärt, alle Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen, die Arbeiten mit eigenen Geräten und eigenem Personal zu erbringen und folgerichtig keine Nachunternehmer einzusetzen. Diese Angaben seien auch richtig gewesen, als der fragliche Veräußerung von Vermögenswerten an [...] avisiert worden sei, der Zusammenschluss für sich genommen aber noch ungewiss gewesen sei, so dass der ASt zunächst nicht die Eignung habe abgesprochen werden können. Mit Vollzug des Zusammenschlusses verfüge die ASt aber nun nicht mehr über das für die Auftragsdurchführung erforderliche Gerät und Personal und sei somit nicht mehr in der Lage, die Leistung wie angeboten, nämlich im eigenen Betrieb und mit eigenem Gerät und eigenem Personal, auszuführen. Aufgrund der vollständigen Übertragung des Geschäftsbereichs „Großer Wasserbau“ der ASt auf [...] sei die Eigenleistungsfähigkeit der ASt für die ausgeschriebene Maßnahme in Gänze weggefallen. Die Änderung der Eigentümerstellung bei den Geräten und eines Teils des für die Bedienung erforderlichen Personals stelle daher entgegen der Auffassung der ASt auch eine Änderung des Angebots bzw. seines Inhalts dar; dies sei vergaberechtlich

nicht zulässig. Im Übrigen habe die ASt es unterlassen, die Ag von den Entwicklungen zeitnah zu informieren und erst auf Nachfrage der Ag den Vollzug des Zusammenschlusses bestätigt. Dabei sei der ASt aus dem Vortrag der Ag und der mündlichen Verhandlung bekannt gewesen, dass schon der Aspekt der Anmeldung des Zusammenschlusses als Voraussetzung für eine Freigabe durch das Bundeskartellamt und für die Zustimmung der [...] zum Asset Deal für die Ag ein entscheidender Gesichtspunkt bei der Prognoseentscheidung hinsichtlich der Eignung gewesen sei.

Aufgrund des Umfangs des Asset Deals verbleibe auch kein Leistungsteil mehr bei der ASt, der es rechtfertigen könne, von einer Eigenleistung der ASt zu sprechen. Die ASt trete nun vielmehr als Generalübernehmerin auf, die sämtliche Arbeiten – und nicht bloß Hilfs-, Unterstützungs- oder Zulieferleistungen – durch einen Nachunternehmer ([...]) erbringen lasse. Bei den zu vergebenden Leistungen handele es sich auch um Arbeiten, bei denen keine allzu hohen Anforderungen an die Organisations- und Koordinationskompetenz der Bauleitung zu stellen seien. Insbesondere erfolge die konkrete Festlegung, wo und wann Unterhaltungsbaggerungen ausgeführt würden, durch die Bauaufsicht der Ag; diese erteile dem Auftragnehmer die konkrete Einsatzanweisung, an welchen Stellen Mindertiefen, die im Rahmen der von der Ag veranlassten Peilung festgestellt worden seien, zu beseitigen seien. Die Einsatzanweisungen würden direkt der Schiffsführung übermittelt; jenseits der verbindlichen Vorgaben der Bauaufsicht der Ag würden dem Auftragnehmer und insbesondere dessen Bauleitung keine gestaltbaren Freiräume verbleiben. Die Qualität der Bauausführung werde auf Auftragnehmerseite ausschließlich durch die Qualifikation, Kompetenz, Erfahrung und Aufmerksamkeit des Bordpersonals beeinflusst. Die Bauleitung habe demgegenüber keinen maßgeblichen Einfluss auf den Leistungserfolg. Nach allem stelle der Umstand, dass anstelle der angebotenen Eigenleistung die Arbeiten nun zu 100% durch einen Nachunternehmer ausgeführt werden sollten, eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung seitens der ASt dar. Hierzu hätte die ASt im Übrigen das Formblatt 392-B („Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“) nachreichen müssen, was sie nicht getan habe.

In Bezug auf den Vortrag der Bg, es liege ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb zwischen der ASt und der Bietergemeinschaft [...] vor, verweist die Ag auf ihre Ausführungen im Nachprüfungsverfahren VK 1-10/16. Sie halte die dort getroffene Entscheidung der Vergabekammer, keinen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb anzunehmen, weiterhin für zutreffend. Den Ausführungen der Bg zum Anscheinsbeweis könnte nicht gefolgt werden. Insbesondere hätten sowohl die ASt als auch [...] ausdrücklich erklärt, dass das vorliegende

Vergabeverfahren nicht Bestandteil des Informationsaustausches zwischen den Zusammenschlussbeteiligten gewesen sei. Auch hätte vor Submission nur eine theoretische Chance auf Erhalt des Zuschlags im Raum gestanden, die sich mangels Kenntnis der Anzahl der Wettbewerber und deren Angebote nicht habe bewerten lassen.

Mit Beschluss vom 25. April 2016 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt:

1. Die Nachprüfungsanträge werden zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war notwendig.

Des Weiteren beantragt die Bg Akteneinsicht.

Auch nach Auffassung der Bg liegt eine unzulässige Änderung des Angebots der ASt vor. Denn nach den Vergabeunterlagen seien die im Auftragsfall zum Einsatz kommenden Geräte einschließlich der Eigentümerstellung und der Mitarbeiter verbindlicher Bestandteil des Angebots. Dies ergebe sich aus Ziffer 3.5.1 und 5.1 der Baubeschreibung, wonach im Falle der Verwendung von Fremdgeräten von den Bietern eine rechtsverbindliche Erklärung über deren Verfügbarkeit während des Ausführungszeitraums abzugeben gewesen sei. Auch hätten Bieter nach Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen bzw. Formblatt 392-B Art und Umfang derjenigen Teilleistungen im Angebot bezeichnen müssen, für deren Erfüllung sich ein Bieter der Fähigkeiten und Mittel anderer Unternehmen (z.B. Geräte, Personal) bedienen wolle. Schließlich spreche die Baubeschreibung durchgehend vom „angebotenen Gerät“, das im Übrigen in Anlage 20 lückenlos mit allen geforderten technischen Daten hätte dargestellt werden müssen.

Soweit sich die ASt darauf berufe, dass ihr im Falle der Transaktion ein unwiderrufliches Zugriffsrecht auf die fraglichen Geräte seitens [...] eingeräumt worden sei, habe die Bg darin keine Einsicht erhalten. So sei es zweifelhaft, ob die Zusicherung von [...] den Anforderungen der Vergabeunterlagen (Ziffer 3.5.1 der Baubeschreibung) genüge. Des Weiteren verstoße es gegen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB, wenn es der ASt erlaubt wäre, eine solche Verfügbarkeitserklärung unaufgefordert nach Ablauf der Angebotsfrist nachzureichen. Im Übrigen sei die entsprechende Erklärung von [...] jedenfalls nicht plausibel, weil diese angekündigt habe, nach Übernahme der Geräte von der ASt eigene veraltete Geräte außer Dienst zu stellen. Daher

bestünden erhebliche Zweifel, dass [...] tatsächlich willens und in der Lage sein werde, der ASt die übernommenen Geräte und das dazugehörige Personal noch zur Verfügung zu stellen.

Darüber hinaus macht die Bg geltend, dass es deutliche Anzeichen für eine Verletzung des Geheimwettbewerbs zwischen der ASt und der Bietergemeinschaft [...] im Zuge der Vorbereitung des Asset Deals zwischen der [...] und [...] gebe. Es bestehe – wie im Fall von konkurrierenden Angeboten konzernverbundener Unternehmen – eine Darlegungs- und Beweislast der Zusammenschlussbeteiligten dahingehend, dass eine solche Verletzung nicht stattgefunden habe. Die Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast bei konzernverbundenen Unternehmen sei entsprechend anwendbar. Neben einer Konzernverbundenheit oder dem Fall paralleler Angebote eines Unternehmens als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft stelle auch ein Zusammenschluss bzw. die dazugehörigen Verkaufsverhandlungen einschließlich Due-Diligence-Prüfung eine mögliche Schnittstelle bzw. Berührungspunkte zweier Unternehmen dar, die eine objektiv erhöhte Gefahr von Verstößen gegen den Geheimwettbewerb begründe. Die Rechtsprechung zum Fall konzernverbundener Bieter stelle letztlich nur einen speziellen Anwendungsfall des allgemeinen Gebots redlicher Prozessführung nach § 242 BGB dar. Im Übrigen liege der Anscheinsbeweis für einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vor, der ebenfalls zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast führe. Unstreitig betreffe der fragliche Zusammenschluss den ausschreibungsgegenständlichen Markt, und es habe eine Due-Diligence-Prüfung stattgefunden. Auch habe mit [...] eine [...]-Tochter neben der ASt am Vergabeverfahren teilgenommen. Schließlich seien auch die Assets, d.h. die Geräte und die dazugehörigen Mitarbeiter, die wiederum die Kalkulationsgrundlagen für das Angebot der ASt gewesen seien, mit ihren Bewertungsfaktoren Gegenstand der Kaufverhandlungen gewesen. Auch sei der Öffentlichkeit kommuniziert worden, dass bestimmte Wartungsaufträge bzw. Restaufträge auf [...] übergehen würden, so dass auch davon auszugehen sei, dass das Angebot der ASt Teil der Verhandlungen gewesen sei, da es auf [...] übergehen solle. Nur so sei auch der vergleichsweise niedrige Kaufpreis zu erklären. Den danach erforderlichen Gegenbeweis, dass eine Verletzung des Geheimwettbewerbs nicht stattgefunden habe, habe die ASt nicht erbracht.

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 11. Mai 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 23. Mai 2016 wurde die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB bis zum 6. Juni 2016 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der

Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Da das streitgegenständliche Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen hat, ist gemäß § 186 Abs. 2 GWB n.F. das vor dem 18. April 2016 geltende Recht, d.h. die entsprechenden GWB-, VgV- und VOB/A-Vorschriften, anwendbar.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist ein öffentlicher Bauauftrag, der den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet (§§ 99, 100 Abs. 1 GWB). Die Vergabekammer des Bundes ist auch gemäß §§ 104 Abs. 1, 106a Abs. 1 Nr. 1 GWB zuständig.

Die ASt ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Des Weiteren behauptet die ASt, indem sie sich gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet, schlüssig die Verletzung in eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften. Die ASt hat ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht, nämlich dass ihr durch den Angebotsausschluss keinerlei Zuschlagschancen verbleiben.

Ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. GWB ist die ASt mit Schreiben vom 12. April 2016 nachgekommen; die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das vorliegende Angebot der Bg ist vergaberechtswidrig und verletzt die ASt in ihren Rechten. Das Angebot der ASt ist zwar auszuschließen (siehe unten a)). Das Angebot der Bg ist jedoch ebenfalls auszuschließen (siehe unten b)). Da keine weiteren zuschlagsfähigen Angebote mehr vorliegen – nur die ASt und die Bg haben die Bindefrist ihrer Angebote verlängert –,

darf der Zuschlag im vorliegenden Vergabeverfahren auf Grundlage der noch vorliegenden Angebote nicht erteilt werden. Eine Zuschlagserteilung ist vielmehr nur möglich, wenn den Bietern zumindest die diskriminierungsfreie Möglichkeit der Fehlerkorrektur ihrer Angebote eingeräumt wird. Dies bedeutet eine sog. zweite Chance der ASt auf den Zuschlag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juli 2015, VII-Verg 37/15), so dass die ASt trotz rechtmäßigem Ausschluss ihres Angebots durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Bg nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB in ihren Rechten verletzt ist bzw. ihr ein entsprechender Schaden entsteht.

a) Das Angebot der ASt ist gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zu Recht ausgeschlossen worden, da die ASt die Leistung, wie sie sie der Ag angeboten hat, nämlich mithilfe von eigenen Nassbaggerschiffen, nicht mehr erbringen kann (siehe aa)). Ein Angebotsausschluss kann hingegen nicht auf eine vermeintlich fehlende Leistungsfähigkeit der ASt entgegen § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB (siehe bb)) bzw. einen Verstoß der ASt gegen den Geheimwettbewerb nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A (siehe cc)) gestützt werden.

aa) Das Angebot der ASt kann nicht bezuschlagt werden, da die ASt es so, wie sie es angeboten hat, nicht mehr erbringen kann. Denn die ASt hat angeboten, die ausgeschriebenen Nassbaggerarbeiten mit eigenen Geräten auszuführen, die inzwischen nicht mehr in ihrem Eigentum stehen. Das Angebot der ASt weicht damit im Sinne des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von den Anforderungen der Vergabeunterlagen ab, da die Vergabeunterlagen von den Bietern – je nach dem, welche Eigentumsverhältnisse in Bezug auf die von ihnen angebotenen Geräte bestehen – unterschiedliche Erklärungen abgefordert haben. Ein Angebot, bei dem die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse nicht kongruent zu den erklärten Eigentumsverhältnissen sind, erfüllt somit die Anforderungen der Vergabeunterlagen nicht, es weicht vielmehr von den dort aufgestellten Anforderungen ab.

Wie sich den Vergabeunterlagen insgesamt entnehmen lässt, handelt es sich bei der sog. Geräteliste (Anlage 20 der Leistungsbeschreibung) um einen Teil des Leistungsangebots. Dies ergibt sich schon daraus, dass die einzusetzenden Nassbaggerschiffe nicht nur in die Geräteliste, die im Übrigen eine Anlage zur Leistungsbeschreibung ist, einzutragen waren, sondern die Namen der Schiffe von

den Bietern auch in den einzelnen Positionen im Leistungsverzeichnis (unter Verweis auf die entsprechende laufende Nummer in der Geräteliste) anzugeben waren und damit die jeweilige Leistungsposition dahingehend konkretisieren, mit welchem Schiff sie ausgeführt werden soll. Dementsprechend spricht auch die Baubeschreibung als Teil der Leistungsbeschreibung an verschiedenen Stellen von „angebotenen Gerät“. Insbesondere verlangt Ziffer 3.5.1, dass die technischen Daten der angebotenen Geräte vollständig in die Geräteliste einzutragen sind und für den Fall, dass ein Fremdgerät „für die Durchführung der Arbeiten“ vorgesehen ist, eine rechtverbindliche Erklärung über die Verfügbarkeit des Geräts für den Ausführungszeitraum mit dem Angebot abzugeben ist.

Die ASt hat in ihrem Angebot die Geräte, die sie für die Auftragsdurchführung einsetzen will und damit nach den Vergabeunterlagen entsprechend anbietet, als eigene Geräte angeboten und so auch eingetragen. Dies ist nach den Vergabeunterlagen, und zwar sowohl nach der vorgegebenen Struktur der Geräteliste als auch nach Ziffer 3.5.1 der Baubeschreibung, eine Geräteeigenschaft; das Gerät ist mithin Leistungsbestandteil und damit als Angebotsbestandteil selbst Teil des Angebots. Die angebotene Auftragsdurchführung mit eigenem Gerät ist der ASt jedoch nach Veräußerung der fraglichen Geräte nicht mehr möglich. Zwar handelt es sich bei den Geräten, die sie (immer noch) einsetzen will, um die identischen Geräte mit den identischen technischen Eigenschaften. Jedoch gehört die rechtliche Eigenschaft des Eigentums bzw. jetzt Fremdeigentums nach der Konstruktion der Vergabeunterlagen ebenfalls zu den erklärten und damit zugesicherten Angebotseigenschaften. Hiervon weicht das Angebot der ASt nunmehr ab, da es sich bei den fraglichen Nassbaggerschiffen nunmehr um „fremde Geräte“ handelt. Dass die ASt weiter das für die Auftragsdurchführung erforderliche Zugriffsrecht innehat – und zwar aufgrund entsprechender Erklärung von [...] –, hat insoweit keine Bedeutung, da dies an den im Angebot enthaltenen Erklärungen der ASt nichts zu ändern vermag. Der ASt kann auch nicht dahingehend gefolgt werden, dass die Angabe, ob es sich um ein „eigenes“ oder ein „fremdes“ Gerät handle, losgelöst vom Eigentumsbegriff zu verstehen sei und insbesondere ein Zugriffsrecht, wie es die ASt hat, rechtfertige, von einem eigenen Gerät zu sprechen. Denn die Geräteliste ist dem Wortlaut nach insoweit eindeutig; denn im Falle „fremder Geräte“ ist die Angabe des Eigentümers gefordert.

Die Veräußerung der fraglichen Schiffe einschließlich deren Besatzung bzw. des dazugehörigen Personals führt hingegen nicht dazu, dass die ASt die Auftragsausführung nicht mehr im eigenen Betrieb – wie angeboten – ausführen kann oder gar nicht mehr will, sondern stattdessen Nachunternehmer – hier [...] einsetzt bzw. einsetzen will, wie Ag und Bg meinen. Derartiges hat die ASt nie erklärt und ist auch nicht zwingende Folge der Veräußerung.

Mit der unter Ziffer 7 des Angebotsschreibens abzugebenden Erklärung kann der Bieter entweder erklären, alle Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen, oder aber, dass er nicht alle Leistungen im eigenen Betrieb ausführen, sondern einzelne Teilleistungen durch Nachunternehmer ausführen lassen wird. Letztlich erklärt der Bieter somit, ob er Nachunternehmer einsetzen wird oder nicht. Eine feststehende ausdrückliche Definition des Nachunternehmerbegriffs – sei es im Gesetz oder der Rechtsprechung – gibt es nicht. Einigkeit besteht dahingehend, dass nicht jede Tätigkeit eines dritten Unternehmens im Zuge der Auftragsdurchführung eine Nachunternehmerleistung darstellt; insbesondere ist anerkannt, dass bloße Zulieferleistungen, Gerätevermietungen oder Hilfstätigkeiten nicht als Nachunternehmerleistungen zu qualifizieren sind. Mit Blick auf den Begriff des Nachunternehmers bzw. Sub-Unternehmers erscheint es jedoch sachgerecht – und in Konsistenz mit dem Begriff der Unterauftragsvergabe –, die Abgrenzung zwischen Nachunternehmerleistungen und sonstigen Leistungen dritter Unternehmen anhand dessen zu bestimmen, ob das jeweilige Unternehmen als solches (d.h. in eigener Verantwortung) letztlich dem Hauptauftragnehmer (Bieter im Vergabeverfahren) die Ausführung (bzw. den Ausführungserfolg) einzelner oder mehrerer (ggf. sogar aller) ausgeschriebenen Leistungen schuldet, wie es auch der Auftragnehmer dem Auftraggeber schuldet, oder ob das dritte Unternehmen dem Hauptauftragnehmer nur die nötigen Mittel wie Baumaterial, Geräte oder auch Personal zur Verfügung stellt bzw. Hilfsleistungen wie Transportleistungen (Anlieferungen) erbringt, damit dieser die Ausführung der Leistung bewirken kann. Der (wertmäßige) Umfang oder (Kosten-)Anteil am Auftragswert kann dagegen nicht ausschlaggebend sein (zur Abgrenzung von Nachunternehmerschaft und Eignungsleihe siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Juni 2010, VII-Verg 13/10).

Vor diesem Hintergrund stellt das reine Zur-Verfügung-Stellen der Nassbaggerschiffe einschließlich des dazugehörigen Personals von [...] gegenüber

der ASt, ohne dass [...] den Ausführungserfolg schuldet, keine Nachunternehmerleistung dar. Insbesondere indem die ASt sich die Bauleitung einschließlich der Anweisung des gestellten Personals vorbehält, behält sie auch die Verantwortung für die Ausführung. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Ag sich abweichend davon unmittelbar an die Schiffsbesatzung wenden will. Denn das Vertragsverhältnis zwischen [...] und ASt hinsichtlich der Geräte und des Personals kann die Ag als unbeteiligte Dritte nicht bestimmen. Die ASt bietet somit weiterhin die Ausführung im eigenen Betrieb an.

Nach allem ist das Angebot der ASt jedoch auszuschließen, weil es die Ausführung mit eigenen Geräten anbietet, die sie nicht mehr im Eigentum hat.

bb) Das Angebot der ASt ist hingegen nicht wegen fehlender Leistungsfähigkeit nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 16 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A auszuschließen. Wie oben unter aa) gesehen handelt es sich bei der sog. Geräteliste (Anlage 20 zur Leistungsbeschreibung) nicht um einen Nachweis für die technischen Ressourcen des Bieters und damit dessen technische Leistungsfähigkeit, sondern um einen Bestandteil der angebotenen Leistung bzw. des Leistungsangebots. Als Nachweis für die Leistungsfähigkeit wurde von der Ag hingegen in der Bekanntmachung unter Ziffer III.2.2) und III.2.3) nur die Eintragung im sog. Präqualifikationsverzeichnis oder eine entsprechende Eigenerklärung gefordert. Diesen Nachweis hat die ASt unstreitig geführt, da sie im Präqualifikationsverzeichnis geführt ist und sich dies auch bis heute nicht geändert hat. Sie ist daher als formell geeignet anzusehen. Ob die ASt auch im materiellen Sinne geeignet ist, braucht hier nicht entschieden zu werden, da sich die Ag mit dieser Frage jedenfalls nicht weiter auseinandergesetzt hat. Die Ag hat sich bei ihrer Eignungsbewertung im Wesentlichen auf die rein formalen Eigentumsverhältnisse an den Nassbaggerschiffen gestützt, ohne sich eingehender damit zu beschäftigen, inwieweit durch die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse der Leistungserfolg – trotz der von der ASt vorgetragenen Zugriffsmöglichkeiten auf das erforderliche Gerät – tatsächlich gefährdet erscheint. Vor diesem Hintergrund besteht für die Vergabekammer kein Anlass, auf die Frage der materiellen Eignungsprüfung weiter einzugehen.

cc) Die ASt ist auch nicht nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A wegen wettbewerbswidriger Abrede auszuschließen. Die Bg vermutet, dass

Angebotsinhalte der ASt oder zumindest Angebotsgrundlagen in Form von Kalkulationsgrundlagen im Zuge der Verhandlungen des fraglichen Asset Deals dem Verhandlungspartner [...] bekannt geworden sind und dieser die Informationen an sein Tochterunternehmen [...] weitergegeben habe, das sich in Bietergemeinschaft mit [...]in Kenntnis dieser Informationen beteiligt habe. Für einen solchen Informationsfluss liegen zum einen weder konkrete Anhaltspunkte vor, noch hat die von der Ag dahin betriebene Aufklärung etwas anderes ergeben. Hierzu wird auf die Ausführungen im Beschluss der Kammer vom 10. März 2016 (VK 1-10/16) verwiesen. Dazu ist noch zu ergänzen, dass auch das Submissionsergebnis keine Anhaltspunkte dafür hergibt, dass der Bietergemeinschaft [...] Angebotsdaten der ASt vorlagen, die diese in der Folge angebotsstrategisch für sich nutzen konnte. Zu berücksichtigen ist auch, dass nicht schon die Kenntnis jeglicher Kalkulationsgrundlagen für einen Ausschluss nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A ausreichend ist (so ist es insbesondere einem Nachunternehmer grundsätzlich nicht verwehrt, sich parallel selbst als Bieter zu beteiligen), sondern dass maßgeblich ist, ob ein Angebot (im Wesentlichen) in Unkenntnis oder Kenntnis des Angebots eines anderen Bieters, und zwar in Bezug auf die Angebotsinhalte selbst (insbesondere des Angebotspreises) und nicht nur die Grundlagen, erstellt wurde. Dass die Bietergemeinschaft [...] tatsächlich die Angebotspreise der ASt im vorliegenden Vergabeverfahren vor Angebotsabgabe erhalten hat, liegen erst recht keine Anhaltspunkte vor.

Darüber hinaus ist der Bg nicht dahingehend zuzustimmen, dass ein Zusammenschlussvorhaben wie das vorliegende, das den ausschreibungsrelevanten Markt betrifft, de facto die widerlegliche Vermutung einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede begründe – wie sie auch für konzernverbundene Bieter gelte –, die von den betroffenen Bietern auszuräumen sei. Denn während ein Informationsaustausch zu Angebotsinhalten zwischen konzernverbundenen Bietern, die als ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne anzusehen sind, kartellrechtlich unproblematisch (keine Vereinbarung „zwischen Unternehmen“ nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV) und daher auch nicht bußgeldbewährt ist und als rechtmäßiges Verhalten auch grundsätzlich unterstellt werden kann, trifft dies auf einen Informationsaustausch zwischen nicht verbundenen Unternehmen wie hier der ASt und der [...] nicht zu. Eine widerlegliche Vermutung,

wie sie die Bg befürwortet, würde letztlich bedeuten, dass den Unternehmen zunächst ein unrechtmäßiges (kartellrechtswidriges) Verhalten unterstellt würde, das diese widerlegen müssten.

- b) Wie sich im Laufe des Vergabeverfahrens ergeben hat, ist das Angebot der Bg aus demselben Grund wie das der ASt auszuschließen. Auch die Bg hat die Ausführung mit eigenen Nassbaggerschiffen angeboten. Tatsächlich gehören die fraglichen Schiffe jedoch nicht ihr bzw. einem ihrer Bietergemeinschaftsmitglieder, sondern verbundenen Konzernunternehmen. Auch sie bietet somit die Ausführung mit eigenen Geräte an, obwohl solche nicht in ihrem Eigentum stehen. Auch das dazugehörige Personal ist von anderen Konzerngesellschaften angestellt, so dass sich nach dem Vortrag der Ag und der Bg hier ebenfalls die Frage der Nachunternehmerschaft stellen würde.

Da somit beide noch verbliebenen Angebote auszuschließen sind, verletzt es die ASt in ihren Rechten, dass auf das Angebot der Bg der Zuschlag erteilt werden soll.

3. Um die Verletzung der ASt in ihren Rechten zu beseitigen, ist der Ag zu untersagen, den Zuschlag auf das derzeit vorliegende Angebot der Bg zu erteilen. Sofern die Ag weiterhin die ausgeschriebenen Leistungen beschaffen will, hat sie den Bietern zumindest in diskriminierungsfreier Weise Gelegenheit zu geben, ihre Angebote jedenfalls in Bezug auf die zum Ausschluss führende Erklärung zur Eigentümerschaft der angebotenen Geräte und gegebenenfalls die erforderlichen Verfügbarkeitsklärungen zu überarbeiten.
4. Soweit die Bg über die gewährte Akteneinsicht hinaus weitere Akteneinsicht begehrt, steht dem im Wesentlichen § 111 Abs. 2 GWB (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen) entgegen. In ihren Verteidigungsrechten ist die Bg durch Verwehrung der Akteneinsicht jedoch nicht beeinträchtigt, da ihr der wesentliche Inhalt der fraglichen Dokumente durch den Vortrag der ASt und durch die Vergabekammer bekanntgegeben wurde. Weitergehende Detailkenntnisse waren nicht entscheidungserheblich. Nicht weiter entschieden werden muss daher, ob der erstmalig mit Schriftsatz vom 4. Mai 2016 gestellte Akteneinsichtsanhtrag noch mit der Verfahrensförderungspflicht nach § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB in Einklang steht, wenn zudem absehbar war, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen bei der konkreten Akteneinsicht von wesentlicher Bedeutung sind.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt trifft dabei ein erhebliches – mit einem Drittel zu bewertendes – Unterliegen, da sie mit ihrem Antrag die Aufhebung ihres Angebotsausschlusses und letztlich in der Folge die Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot begehrt, während durch die vorliegende Entscheidung lediglich ihre Auftragschancen in Konkurrenz zur Bg gewahrt bleiben, wohl aber – abhängig vom weiteren Lauf des Vergabeverfahrens – mit der konkreten Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten.

Es entspricht der Billigkeit nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, der ASt, soweit sie unterliegt, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie die Beseitigung ihres Angebotsausschlusses geltend macht und damit die Bg vom Zuschlagsrang verdrängen will. Die Bg hat eigene Sachanträge gestellt und sich aktiv durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Umgekehrt ist die Bg an den Kosten zu beteiligen, soweit sie mit der von ihr unterstützten Ag im Verfahren unterliegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Februar 2012, VII-Verg 85/11). Für die zu erstattenden Aufwendungen der ASt haften die Ag und die Bg nach Kopfteilen, also je zu einem Drittel (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO); eine gesamtschuldnerische Haftung kommt insoweit mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt 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.

Behrens

Ohlerich