Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 68/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

[…],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe […] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Kostka auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2017 am 31. Juli 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Angebotsaufforderung zurückzuversetzen und den Bietern unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen gesamtschuldnerisch eine Hälfte der Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen), die andere Hälfte trägt die Antragstellerin.

3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen jeweils ein Viertel der zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Antragstellerin trägt die Hälfte der zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin und der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte […]. Der zu vergebene Bauauftrag ist in zwei Lose aufgeteilt, streitgegenständlich ist das Los 2. Der Auftrag betrifft sog. Wasserinjektionsleistungen (WI-Baggerungen); dabei wird die Gewässersohle unter Wasser mit Druck bearbeitet, um die ausreichende Tiefe der Wasserstraße und die Einheitlichkeit der Sohle zu gewährleisten.

Die Verfahrensbeteiligten streiten im hiesigen Nachprüfungsverfahren über die Wertung des Angebots der Antragstellerin (ASt) sowie die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Beigeladenen (Bg) wegen mischkalkulierter bzw. fehlender Preise und der vermeintlich kartellrechtswidrigen Bildung einer Bietergemeinschaft.

1. Die Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots hat die Ag in Formblatt 313-B wie folgt definiert und den Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellt:

1.	*Preis*	*70 %*
2.	*Technischer Wert*	*20 %*
3.	*Gesamttreibstoffmenge*	*10 %*

Bei der Angebotswertung des Preises erhält gemäß Ziff 1.1 des Formblattes 313-B dasjenige wertbare Angebot mit der niedrigsten Wertungssumme zehn Punkte, 0 Punkte

erhält ein fiktives Angebot mit dem 2-fachen der niedrigsten Wertungssumme, dazwischen liegende Angebote erhalten die sich aus einer linearen Interpolation ergebenden Punkte.

Das Kriterium „Technischer Wert“ wird gemäß Ziff. 1.2 des Formblattes 313-B mit folgenden Unterkriterien ausgefüllt.

> *„Leistungs- und Einsatzparameter der WI-Geräte; Baggertechnik*
>
> *Qualität des Einsatzkonzeptes (Flexibilität im Geräteeinsatzplan; Verfügbarkeit von Ersatzgeräten bei Reparaturausfall; Spitzenabdeckung; Erfahrungswerte des Bedienpersonals; technische Belastbarkeit der Einsatzgeräte; Umweltaspekte zur WI-Technik)*
>
> *Qualität des Überwachungsprogramms“*

Das Kriterium „Gesamt-Treibstoffmenge“ (Ziff 1.3) ist in Formblatt 313-B nicht mit einer gesonderten Bewertungsmethode hinterlegt.

Gemäß Ziff. 1.5 des Formblattes 313-B gilt für die Bewertung der „Unterkriterien gemäß Ziff. 1.2 bis 1.4“ [Ziff. 1.4 ist im Formblatt nicht besetzt, Anm. d. Kammer] Folgendes:

> *„Die Bewertung der von den Bietern zu den Unterkriterien mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen gemäß Nr. 3.3 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots erfolgt über eine Punktebewertung:*
>
> - *10 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine sehr gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,*
> - *7,5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,*
> - *5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine befriedigende Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,*
> - *2,5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine über die Erfüllung der Grundanforderungen hinausgehende aber noch nicht befriedigende Erfüllung erwarten lassen,*

- *0 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers allenfalls die Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen."*

Die in Bezug genommene Ziff. 3.3 verlangt die Vorlage u.a. des Formblattes 367-B zu den technische Angaben, der Gerätebeschreibung, eines Einsatzkonzeptes, des Geräteplans, einer Beschreibung des Überwachungsprogramms und der Schiffspapiere.

Ausweislich der Vergabeakte (Teil 1 des Vergabevermerks S. 16ff. und Anlage 14 hierzu) hatte die Ag bereits am […], dem Tag vor Absendung der Bekanntmachung, sog. Vorteile für eine positive Bewertung der Unterkriterien niedergelegt. Im ersten Unterkriterium des „Technischen Werts" sollten u.a. von Vorteil sein:

„- ein junges Baujahr der Geräte und Erprobungszeit
- *die Bauform des Geräts; als Einheit als Vorteil*
- *Geometrie/Tiefgang des Gerätes optimal für alle Einsatzgebiete*
- *Flexible und manuelle Einstellmöglichkeiten von Pumpenleistungen, Geschwindigkeit des Gerätes und Balkentiefe*
- *Optimale Einsatzmöglichkeiten der Geräte ohne geometrische Einschränkung im Revier*
- *eine variable Düsentechnik (Seitendüsen, Anzahl veränderbar)*
- *mechanische Führung des Balkens (optimal bei Gelenken)*
- *Injektionswinkel vom Balken manuell verstellbar von Vorteil,*
- *Fahrgeschwindigkeit zwischen den Baggerfeldern überdurchschnittlich (größer 10 km/h); Antriebsleistung*
- *Zusätzliche technische Ausstattung"*

Im zweiten Unterkriterium („Qualität des Einsatzkonzeptes") sind ausweislich der Vergabeakte von Vorteil:

"
- *Möglichkeiten Ausfälle von Gerät und Personal schnell zu kompensieren*
- *kurzfristige Geräteverfügbarkeiten*
- *regelmäßig nachgewiesene Instandhaltungsmaßnahmen*
- *hohe Erfahrungswerte des Bedien- und Aufsichtspersonals (z.B. über fünf Jahre Berufserfahrung)*
- *Vorhalten von Ersatzteilen*

- *Überkapazitäten von Geräten und Personal für Baggermehrbedarf (Spitzenabdeckung)*
- *Einsatzplan mit Pufferzeiten*
- *Kurze Reparaturzeiten*
- *umweltfreundlicher Einsatz von Stoffen, umweltfreundliche Entsorgung*
- *Beeinträchtigung Fisch/Fauna im Baggerprozess“*

Hinsichtlich des dritten Unterkriteriums („Qualität des Überwachungsprogramms“) sollten

- *Darstellung der Software leicht verständlich,*
- *Qualitätssicherung der gelieferten Daten erfolgt,*
- *Messeinrichtung zur Aufnahme der Daten mit Plausibilitätsprüfung (z.B. Balkentiefe, Wasserstand),*
- *Automatisierte Aufnahme der Daten von Vorteil (keine manuelle Veränderungen möglich)*
- *Dopplung bei technischen Ausfällen zur Aufzeichnung der Daten vorhanden*
- *Software erprobt*
- *Zusätzliche Tools in der Software zur optimalen Überwachung*

positiv bewertet werden. Bei der Bewertung hat die Ag diese – von ihr als Einzelkriterien bezeichneten – Punkte geprüft, wobei sie ausweislich der Anlage 47 zur Vergabeakte diese Vorteile teilweise gebündelt Unter-Unterkriterien zugeordnet hat. So hat sie z.B. kurze Reparaturzeiten, Vorhalten von Ersatzteilen und den Nachweis regelmäßiger Instandhaltungsmaßnahmen dem Unter-Unterkriterium „technische Belastbarkeit der Einsatzgeräte“ zugeordnet.

Hinsichtlich der Bewertung der Gesamt-Treibstoffmenge enthält die Vergabeakte eine Vorfestlegung, wonach in Abhängigkeit von der niedrigsten angebotenen Treibstoffmenge ein Mehrverbrauch von bis zu + 5% weiterhin mit der Vergabe von zehn Punkten goutiert wird, zwischen 5,1 % und 10 % Mehrverbrauch erhält der Bieter 7,5 Punkten usw. Ab einem Mehrverbrauch von 20,1 % in Relation zum verbrauchsgünstigsten Angebot erhält der jeweilige Bieter in dem Unterkriterium bei der Wertung keinen Punkt mehr.

Diese Gesichtspunkte der Wertung der Unterkriterien sind den Bietern nicht bekannt gegeben worden.

Gemäß Ziff. 3.4.3 der Baubeschreibung (Baggertechnik) musste die Injektionstiefe der eingesetzten WI-Geräte

„*von 3,00 bis mind. 21,00 m betragen*."

An das Software-Überwachungsprogramm werden in Ziff. 3.5.2 der Baubeschreibung Anforderungen dahingehend gestellt, welche Rohdaten zu liefern sind, was im Fall des Fehlschlagens der Versendung der Rohdaten zu erfolgen hat und wie die Daten grafisch aufzubereiten sind.

Die Antragstellerin (ASt) gab am 24. April 2017 ein Angebot auch auf das streitgegenständliche Los 2 ab. Das Angebot der ASt erwies sich in der Submission als das preislich Führende […]; dahinter rangieren die Bg […] und die […]. Bei der Bewertung der qualitativen Kriterien erreichte das Angebot der ASt den zweiten Rang, dasjenige der Bg den ersten.

Mit Schreiben vom 16. Juni 2017 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass auf deren Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste Angebot sei. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Die ASt bat die Ag mit Schreiben vom 21. Juni 2017 um eine nähere Darlegung der Wertungsentscheidung. Die Ag erläuterte mit Schreiben vom 23. Juni 2017 die Wertung des Angebots der ASt in den Zuschlagskriterien „Technischer Wert" und „Gesamt-Treibstoffverbrauch" unter Bezugnahme auf die intern von ihr festgelegten Einzelkriterien („Vorteile"). Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Juni 2017 rügte die ASt die beabsichtige Vergabeentscheidung zugunsten der Bg; u.a. machte sie geltend, die Bildung der Bietergemeinschaft sei wettbewerbswidrig. Dieser Rüge wurde seitens der Ag bis zur Stellung des Nachprüfungsantrags nicht abgeholfen.

Die Ag forderte die Bg mit Schreiben vom 27. Juni 2017 auf, zu erklären, weshalb sich ihre Mitglieder für die Angebotsabgabe zusammenschlossen haben. Die Bg antwortete hierauf mit Schreiben vom darauffolgenden Tag und begründete die ihrer Ansicht nach vorliegende Zulässigkeit der Bietergemeinschaftsbildung (Anlagen 72 und 73 zum Vergabevermerk, Teil 4).

2. Mit einem am 28. Juni 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.

   a) Die ASt trägt vor, dass das Angebot der Bg zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen sei, da dieses nicht die geforderten Preise beinhalte. Die Bg habe ihrem Angebot darüber hinaus eine vergaberechtswidrige Mischkalkulation zugrundegelegt. Die Bildung der Bg selbst verstoße gegen das Kartellverbot, sie sei daher gem. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen. Letztlich habe die Ag das Angebot der ASt in den Kriterien „Technischer Wert“ und „Gesamttreibstoffverbrauch“ fehlerhaft bewertet. Im Einzelnen:

   Die Bg habe ihrem Angebot, insbesondere in den Leistungspositionen 2.1.10 und 2.1.20 (Boden hydrodynamisch im WI-Verfahren umlagern und Fahren zwischen den Baggerstellen), nicht die tatsächlich geforderten Preise zugrundegelegt. Der streitgegenständliche Auftrag sei seit mehr als 25 Jahren in der Hand der Bg […]. Einzig und allein die […] beteilige sich noch an den streitgegenständlichen Ausschreibungen. Obwohl […] grundsätzlich im Preiswettbewerb mit der Bg bestehen könnte, sei dies geschäftspolitisch anscheinend von ihr nicht gewollt. Ausweislich der Submissionsergebnisse der vergangenen Ausschreibungen halte […] regelmäßig (mit einer Ausnahme 2016) einen Preisabstand von […] gegenüber der Bg ein. […] habe offenbar kein echtes Interesse an dem Auftrag. Da die ASt nunmehr die Referenzlage für einen Markteintritt geschaffen habe, reagiere die Bg darauf durch ihre Preisgestaltung mit dem Ziel, den Markt auch weiterhin abzuschotten. Im – hier nicht streitgegenständlichen - Los 1, welches die ASt aufgrund der aufgestellten hohen Eignungsanforderungen nach Ansicht der Ag nicht bedienen könne, habe die Bg Preissteigerungen von 27 % im Vergleich zur Vorgängerausschreibung bei ihrem Angebotspreis einkalkuliert. Im hiesigen Los 2 dagegen habe die Bg den Preis im Ergebnis pro Baggerstunde um 16 % gesenkt.

   Dies belege, dass die Bg Einzelkosten der Teilleistung (EKT) aus dem Los 2 in das Los 1 verschoben habe, was von ihr und der Ag auch faktisch eingeräumt werde. Die EKT in Los 2 spiegelten daher nicht die tatsächlich von der Bg kalkulierten Kosten, sondern nur einen Bruchteil hiervon wider. Die Bg sei daher auch unter Berücksichtigung der ihr zustehenden Kalkulationsfreiheit und der unterschiedlichen

Wettbewerbssituation in den beiden Losen gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen. Denn sie habe in Los 2 einen versteckten Nachlass gewährt, den sie aus dem in Los 1 erzielten Übergewinn kompensiere. Auch wenn in den Losen 1 und 2 der Geräteeinsatz jeweils unterschiedlich sei, rechtfertige dies nicht die Preisunterschiede in der genannten Höhe. Aufgrund der ungünstigeren Randbedingungen müssten die Preise eigentlich bei Los 2 höher sein. Rechne man außerdem noch die über die Jahre variierenden Treibstoffkosten aus den Angebotspreisen heraus, zeige sich, dass die Bg bei der aktuellen Ausschreibung das Preisniveau zwischen Los 1 und Los 2 vollständig umgekehrt habe: Während sie früher Los 1 günstiger angeboten habe als Los 2, verschiebe sie nunmehr ihre realen Kosten aus Los 2 in das Los 1. Dadurch gebe sie nicht nur nicht die tatsächlich von ihr kalkulierten Preise an, was zur Unvollständigkeit der Preisangaben führe, sondern bediene sich auch einer unzulässigen Mischkalkulation. Ag und Bg könnten nicht argumentieren, dass im Sinne der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf die jeweiligen Preise letztendlich bei der Vertragsdurchführung auch tatsächlich wie angeboten abgerechnet würden, so dass keine Auf- und Abpreisungen vorlägen, die eine in Wahrheit nicht gegebene Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Preises vorspiegele. Die diesbezüglichen Äußerungen des Senats seien unglücklich formuliert und nicht im Sinne einer abschließenden Definition der Mischkalkulation zu verstehen. Da die Bg aufgrund der hohen Eignungsanforderungen risikolos davon habe ausgehen können, Los 1 zu gewinnen, habe sie die dort eine Aufpreisung vorgenommen, während sie bei Los 2 bestimmte Leistungen abgepreist habe. Dies liege erkennbar am Markteintritt der ASt und sei so offensichtlich, dass es Sache der Ag wäre, diesen Paradigmenwechsel der Bg aufzuklären. Offenbar habe sich die Bg ihr gegenüber dahingehend eingelassen, dass die Preisumkehrung mit einem neuen Gerätekonzept zusammenhänge, was baubetrieblich und kalkulatorisch jedoch keinen Sinn mache. Die Bg habe in der Vergangenheit immer ihr kalkulatorisch teureres Schiff […] bei Los 1 und die günstigeren Schiffe […] bei Los 2 eingesetzt – aber dennoch Los 2 teurer kalkuliert. Nunmehr kehre sich das preisliche Verhältnis um, ohne dass hierfür ein plausibler Grund vorgetragen werden könne.

Soweit sich die anderen Verfahrensbeteiligten zur Begründung der Kalkulation auf eine Verringerung der Stillstandzeiten bei Los 2 durch das im Vergleich zur Vergangenheit größere Auftragsvolumen berufen, führe dies nicht zwingend zu niedrigeren Preisen. Bei einer nunmehr gegebenen Auslastung von ca. 60 % könnten

die Geräte nicht mehr bei anderen Bauvorhaben eingesetzt werden und müssten allein für die vorliegende Maßnahme kalkuliert werden. Eine Nutzung der zukünftigen Stillliegezeit für Reparaturen sei ebenfalls nichts Neues, da auch in den Vorjahren eine Nutzung der Kampagnenintervalle für Wartungs- und Reparaturarbeiten möglich gewesen sei. Das Argument, bei Los 2 sei der anteilige Treibstoffverbrauch geringer, verfange nicht; die Darstellungen der ASt zur Preisumkehr beruhten gerade auf Daten, die diesen Umstand ausblendeten. Die Ag räume selbst ein, dass niedrige Wasserstände und enge Gewässer grundsätzlich bei der Kalkulation zu berücksichtigen seien; dies seien jedoch insbesondere das Los 2 treffende Umstände, so dass auch aus Sicht der Ag gerade hier höhere Kosten anfielen.

Unerheblich sei letztlich, dass es sich um Verschiebungen zwischen zwei Losen handele. Die beiden Lose seien aus Sicht der Bg als einheitlicher Auftrag zu werten. Da sie von der Zuschlagserteilung in Los 1 zu ihren Gunsten habe ausgehen dürfen, habe sie in Los 2 ein nicht ihrer Kostenstruktur entsprechendes Angebot abgegeben. Die nach der Rechtsprechung für das Vorliegen einer Mischkalkulation teilweise für erforderlich gehaltene Konnexität liege daher ebenfalls vor. Denn es seien keine geeigneten Wettbewerber vorhanden, welche die hohen Eignungsanforderungen in Los 1 erfüllen könnten, was die Ag ausweislich ihres Vergabevermerks auch erkannt habe. Alle von der Ag genannten Firmen erfüllten die Anforderungen nicht oder befänden sich in Insolvenz. […] kein echtes Interesse am streitgegenständlichen Auftrag. Die Ag habe gegenüber Mitarbeitern der ASt angesichts der Marktlage und der überhöhten Preise sogar Überlegungen dahingehend mitgeteilt, ein eigenes WI-Gerät bauen zu wollen. Von echtem Wettbewerb könne daher nicht gesprochen werden. Dies habe die Bg zu ihrem Vorteil ausgenutzt.

Die Bg sei auch wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede auszuschließen. Ausweislich der Submissionsergebnisse der letzten Jahre kämen für die Leistungen nur die Bg und […], nach den o.a. Ausführungen freilich ohne echtes Interesse, in Frage. Die Mitglieder der Bg hätten sich allein zu dem Zweck zusammengeschlossen, den Preisdruck gering zu halten und somit den Markteintritt von Konkurrenten effektiv zu verhindern. Beide Bietergemeinschaftsunternehmen gehörten […]. Beide Unternehmen könnten daher unabhängig voneinander ein Angebot für die streitgegenständlichen Leistungen abgeben. […], welche dem Grunde nach die WI-Baggerleistungen erbringen könnten. Die […]. Dennoch würden die beiden

Unternehmen seit […] eine Dauer-ARGE bilden und somit (jedenfalls für Los 1) den Markt völlig verschließen. Dies sei erkennbar auch das Ziel der Bg. Die Mitglieder der Bg könnten sich auch nicht auf Kapazitätsgründe für ihren Zusammenschluss berufen. Da in den vergangenen Jahren ein erheblicher Stillstand bei Los 2 habe einkalkuliert werden müssen – so übereinstimmend Ag und Bg – könne keine maximale Kapazitätsauslastung vorliegen, die eine auf Dauer angelegte ARGE rechtfertige. Die ASt habe die öffentlich zugänglichen AIS-Daten der Schiffe der Bg in den Jahren 2011 bis 2017 recherchiert. Die Schiffe seien 2017 maximal […] und minimal […], über den gesamten Zeitraum zwischen […] und […] ausgelastet gewesen. Die Behauptung der Kapazitätsauslastung sei somit schlicht unwahr, beide Bg-Mitglieder könnten den Auftrag jeweils allein ausführen.

Zwar liege die Entscheidung über einen Ausschluss aufgrund einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache nach dem Gesetzeswortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB im Ermessen der Ag. Bei einer derart krassen Tatsachenlage sei dieses jedoch reduziert. Ein Nicht-Ausschluss sei darüber hinaus mit Mehrkosten für den öffentlichen Haushalt verbunden und zementierte weiterhin die Marktverschließung seitens der Bg. Immerhin habe die Ag durch die vorgenommene Aufklärung bei der Bg zu erkennen gegeben, dass sie ebenfalls ein Problem sehe. Nunmehr bagatellisiere sie jedoch den Vorgang.

Die Bewertung des Angebotes der ASt im Unterkriterium „Technischer Wert“ sei fehlerhaft und daher zu wiederholen. Eine Abwertung des Unterkriteriums 1 (Leistungs- und Einsatzparameter der WI-Geräte; Baggertechnik) dürfe nicht auf den unzureichenden Tiefgang der Geräte gestützt werden. Das von der ASt eingesetzte Gerät könne die in der Baubeschreibung geforderte Injektionstiefe (von 3 – 21 m; vgl. Baubeschreibung S. 7) sicher bearbeiten. Tidebedingte Niedrigwasserstände, die das Arbeitszeitfenster reduzierten, seien in die LV-Pos. 2.1.10 einzupreisen und dürften daher nicht nochmals bei der Wertung negativ berücksichtigt werden. Ebenso wenig dürften WI-Geräte, die auch unterhalb des geforderten Niveaus von 3m operieren könnten, relativ zur ASt besser bewertet werden, da anderenfalls die Ag die dezidierten Anforderungen aus der Baubeschreibung nachträglich abändere. Hätte die ASt etwa gewusst, dass über die in Ziff. 3.4.3 der Baubeschreibung ausgewiesene Injektionstiefe hinaus ein geringerer Tiefgang der Schiffe positiv bei der Bewertung

des Gerätekonzeptes zu Buche schlage, hätte sie andere Schlepper zum Einsatz gebracht.

Gleiches gelte für die Manövrierzeiten der Schiffe; da auch diese eingepreist worden seien, dürften sie nicht nochmals bei der Wertung Berücksichtigung finden. Die Manövrierzeiten hingen auch bei längeren Schiffen zudem von Parametern wie Antriebsleistung, Ruderanlage und Bugstrahlauslegung ab, so dass nicht isoliert die Länge des Schiffes betrachtet werden dürfe. Die Ag erwecke bei ihrer Bewertung insgesamt den Eindruck, das System der ASt, welches aus einem Verbund von Schlepper und WI-Einheit besteht, als solches nicht zu wollen.

Langjährige Betriebszeiten des Gerätes der Bg dürften nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden. Die Erprobung des Geräts ergebe sich bereits aus den Referenzen und dürfte in der Wertung daher nicht nochmals angesetzt werden. Die „Langjährigkeit“ beruhe auf der rechtswidrigen Marktabschottung der Bg und den hohen Eignungsanforderungen der Ag, so dass die Bg einseitig bevorzugt werde. Auch werde die technische Belastbarkeit der Geräte bei der Qualität des Einsatzkonzeptes, dem zweiten Unterkriterium, bereits mitberücksichtigt.

Bei dessen Wertung falle zunächst eine transparente Abgrenzung der ersten drei Abwägungsbelange (Flexibilität im Geräteeinsatzplan, Verfügbarkeit von Ersatzgeräten bei Reparaturausfall und Spitzenabdeckung) schwer. Da die Bg ihre Schiffe jedenfalls weltweit im Einsatz habe, sei fraglich, ob diese besser als die ASt auf akute Bedarfe und Umstellungen reagieren könne. Darüber hinaus verfügten die Crews der Bg weder über Orts- noch (deutsche) Sprachkenntnisse, […]. Auch bezweifle die ASt aufgrund von Vorkommnissen in der Vergangenheit, dass die Bg tatsächlich über einsatzfähige Ersatzgeräte verfüge. Sei ein Gerät ausgefallen, sei es repariert und gerade nicht ersetzt worden, so dass allenfalls vermeintliche Redundanzen bei der Bg vorhanden seien. Eine Spitzenabdeckung werde aufgrund des Kampagnencharakters der Leistungserbringung bei Los 2 ohnehin nicht zum Tragen kommen. Zugunsten der ASt hätte die Ag die nähere Stationierung ihres Geräts […] berücksichtigen müssen. Sie könne daher flexibel die tägliche Einsatzzeit von 16 auf 24 Stunden anheben; ihr Personal sei bereits vor Ort, was der Bg als weltweit agierendem Unternehmen so nicht möglich sei. Auch könne die ASt aufgrund der Nähe innerhalb von 72 Stunden Reparaturen vornehmen. Der Umstand, dass die

Flotte der Bg größer sei oder dass sie über mehr Personal verfüge, dürfe nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, da es sich hierbei um Eignungsfragen handele. Die höheren Erfahrungswerte der Bg bei der Bedienung der WI-Geräte dürften ebenfalls nicht ohne Weiteres zu Buche schlagen. Auch die Schiffsführer der ASt bzw. ihrer Nachunternehmer seien erfahren, was eine verlässliche Leistungserbringung erwarten lasse. Jedenfalls stelle es eine unzulässige Doppelbewertung dar, die Erfahrungswerte auch bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu berücksichtigen. Sämtliche Komponenten der Geräte stellten Industriestandards dar, so dass bei der technischen Belastbarkeit kaum Unterschiede auftreten könnten. Bezüglich der zu wertenden Umweltaspekte der WI-Technik bleibe unklar, welche Aspekte hierunter fielen. Da der Kraftstoffverbrauch schon dem Kriterium 1.3 zuzuordnen sei, komme allenfalls noch der Anfahrtsweg in Betracht, welcher bei der ASt jedoch kürzer sei.

Auch habe die Ag Fehler bei der Sachverhaltsermittlung im Rahmen der Wertung gemacht, welche von der ASt als Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet wurden.

Das letzte Unterkriterium des „Kriteriums Technischer Wert“ – „Qualität des Überwachungsprogramms“ sei bei der ASt mit der Höchstpunktzahl zu versehen. Sie habe eine detaillierte Aufstellung angefertigt und alle erforderlichen Funktionen aufgenommen. Außerdem werde die Bg durch die Bewertung eines entsprechenden Programms bevorzugt, da diese aufgrund der langjährigen Leistungserbringung bereits über ein solches verfüge, welches zudem von der Ag im Rahmen der Vorläuferverträge bezahlt worden sei. Das Vorhandensein eines Überwachungsprogramms als Wertungskriterium erschwere damit den Marktzutritt der ASt.

Das Wertungskriterium „Gesamttreibstoffmenge“ sei ebenfalls falsch bewertet worden. Die Wertung hätte auf der Grundlage des bekannt gegebenen qualitativen Schulnotensystems der Ziff. 1.5 des Formblattes 313-B erfolgen müssen. Die vorgenommene Bewertung mit fünf Punkten sei demnach angezeigt, wenn die Angaben „eine befriedigende Erfüllung der Grundanforderungen“ erwarten ließen. Eine Differenzierung hinsichtlich des Treibstoffverbrauches finde nach den Vorgaben jedoch nicht statt. Ohnehin wäre es sinnvoller gewesen, den Treibstoffverbrauch auf die eigentliche Bagger- bzw. Pumpenleistung umzurechnen. Da die ASt mit einer höheren Pumpenleistung arbeite, fielen bei ihr weniger Baggerstunden an, so dass

von einem relativ geringeren Gesamttreibstoffverbrauch im Vergleich zur Bg auszugehen sei. Der überraschend vorgenommene Punktabzug von 50 % bei einer Abweichung bereits ab 10 % Abstand zum besten Treibstoffverbrauch bzw. der völlige Punktverlust bereits bei einem Abstand von 20 % sei mit den „Alles-oder-Nichts“-Entscheidungen des OLG Düsseldorf zu vergleichen. Angesichts der im Markt verfügbaren Schlepper sei ohne weiteres denkbar, dass ein Bieter auch völlig bei diesem Kriterium hinten runterfalle. Hätte die Ag die bereits bei den geringen prozentualen Abständen drohenden Punktabzüge im Vorfeld der Angebotsabgabe transparent gemacht, hätte die ASt ein anderes Konzept zum Einsatz gebracht (kleinere Schlepper, verbrauchsgünstigere Aggregate oder Umstellung auf Gas).

Mit ihrem Vortrag in Bezug auf die Ausschlussbedürftigkeit der Bg sei die ASt auch nicht präkludiert. Allein, dass sie ausweislich des Submissionsergebnisses von der Teilnahme der Bg am Vergabeverfahren Kenntnis gehabt habe, führe nicht dazu, dass die ASt auch positive Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß hätte haben müssen. Dass die Ag die Bg zu Unrecht nicht ausgeschlossen habe, sei der ASt erst durch die Mitteilung der Ag gemäß § 134 GWB kommuniziert worden. Bis dahin habe die ASt darauf vertrauen dürfen, dass sich die Ag rechtskonform verhalten werde.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Zuschlag im Los 2 nicht auf das Angebot der Bg, sondern auf das Angebot der ASt zu erteilen.
2. Hilfsweise: Die Ag wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Zustand vor Wertung der Angebote zurückzuversetzen und unter Berücksichtigung der Hinweise der Vergabekammer über einen Ausschluss der Bg zu entscheiden und die Wertung zu wiederholen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens trägt die Ag.

Weiter beantragt die ASt,

ihr gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakte einschließlich insbesondere den Vergabevermerk und die Dokumentation der Bewertung der Angebote der ASt und der Bg hinsichtlich der Kriterien „Technischer Wert“ und „Gesamttreibstoffverbrauch“ zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

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

Die Ag trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag bereits teilweise unzulässig sei. Soweit sie die wettbewerbswidrige Bildung der Bietergemeinschaft durch die Unternehmen der Bg geltend mache und darüber hinaus deren Ausschluss wegen des Fehlens geforderter Preise bzw. einer unzulässigen Mischkalkulation verlange, sei sie präkludiert. Die ASt habe durch die Mitteilung des Ausschreibungsergebnisses Kenntnis davon gehabt, dass sich die Bg am Vergabeverfahren beteiligt habe. Aufgrund ihrer mit dem Nachprüfungsantrag dokumentierten Branchenkenntnis habe sie zu diesem Zeitpunkt auch Kenntnis von den Auswirkungen auf die Marktsituation gehabt. Da sie zu diesem Zeitpunkt auch bereits anwaltlich vertreten gewesen sei, sei ihr zudem die Rechtskenntnis ihrer Bevollmächtigten zuzurechnen, so dass sie innerhalb von zehn Kalendertagen hätte rügen müssen. Dies habe sie jedoch unterlassen.

Auch in der Sache dringe die ASt mit ihrem Antrag nicht durch.

Der Darstellung der ASt, der Markt für WI-Baggerungen sei für Newcomer abgeschottet, sei entgegenzutreten. Die Ag vergebe […] wobei in den Vergabeverfahren für die Hauptverkehrswege sehr hohe Anforderungen an die Verfügbarkeit des Gerätes und entsprechend hohe Eignungsanforderungen gestellt würden. Diese Großaufträge eigneten sich naturgemäß nicht für Newcomer. Denn die Ag habe auch aufgrund internationaler Verpflichtungen die Wasserstraßen verfügbar zu halten, was gerade in den Zeiten zunehmenden Großschiffsverkehrs eine Herausforderung darstelle. Diese Aufgabe könne Newcomern aufgrund von erhöhten Sicherheitsanforderungen nicht übertragen werden. Allerdings habe die Ag gerade der ASt über eine Probebaggerung eine Möglichkeit für einen Referenzerwerb

verschafft, um sich beim streitgegenständlichen Los 2 beteiligen zu können. Auch bei anderen Auftraggebern seien Aufträge (Sportboothäfen, Hamburger Hafen, Hafenanlagen der Großindustrie etc.) mit geringeren Anforderungen zu erlangen, um sich für größere Maßnahmen zu qualifizieren. Ebenso habe sie die streitgegenständlichen Eignungsanforderungen im Vergleich zu Los 1 sehr niedrig angesetzt. Demzufolge habe die Bg auch keine Monopolstellung inne. In der Vergangenheit sei […] mit Baggerleistungen beauftragt worden. […] zwar jede Ausschreibung gewonnen. Allein daraus könne jedoch nicht auf eine Monopolstellung geschlossen werden. Auch andere Firmen, wie […] entwickelten sich im Bereich WI-Baggerungen weiter. So habe etwa […] unter hohen Investitionskosten in Betrieb genommen und biete dieses auch im Markt an. Allein dies widerlege die Spekulationen der ASt in Bezug auf die Ernsthaftigkeit der Angebotsabgabe durch […]. Es könne unterstellt werden, dass […] die Investitionskosten tatsächlich amortisieren wolle.

Die von der ASt aus den Preisunterschieden zwischen Los 1 und Los 2 gezogenen Schlüsse seien falsch. Die Bg habe Los 1 nicht überteuert angeboten, da zwischen ihr und […] nur ein Preisunterschied von […] liege. Bei der Preisbestimmung zwischen den Losen müssten verschiedene Parameter wie täglicher Einsatzbetrieb; max. drei Tage Ausfallzeit, Vorhaltekosten für Ersatzgerät; hoher Verschleiß bei der Baggerung auf kleinräumigem Baggerfeld; höhere Beanspruchung im […] wegen Wellengangs; Personalbedarf auch an Sonn- und Feiertagen etc. kalkuliert werden. Unter Berücksichtigung dieser Punkte seien die Angebote der Bg und […] nicht außergewöhnlich kalkuliert. Im Gegenteil müsse sich die ASt die Frage stellen lassen, ob ihr Angebotspreis u.U. aufgrund der Verkennung der Randbedingungen erforderliche Kalkulationsparameter wie etwa Ersatzgerät, erforderliche Umstände unberücksichtigt lasse und daher unauskömmlich sei.

Die tabellarischen Betrachtungen der ASt zum Vergleich der unterschiedlichen Bauverträge der vergangenen Jahre berücksichtigten nicht die verschiedenen Laufzeiten, Vordersätze, unterschiedliche Revieranforderungen und seien somit weder sachgerecht noch zielführend. Hinzu komme, dass etwa im Vergleich zur vorherigen Ausschreibung die Treibstoffkosten um 76 % gestiegen seien. Der Preis hänge überdies vom Gerätekonzept und gerade beim streitgegenständlichen Los 2

auch von den effektiven Einsatzzeiten aufgrund der Bauform und des Tiefgangs des einzusetzenden Gerätes in den engen Revieren unter Tide ab.

Die Ag habe die Preise der ASt und der Bg bei Los 1 und Los 2 kritisch geprüft. Die Preissteigerungen bei Los 1 seien nachvollziehbar aufgeklärt worden, so dass kein Anhaltspunkt für eine wettbewerbswidrige Kalkulation des dortigen Angebotspreises vorliege. Aufgrund des in Los 1 mithin vorliegenden Wettbewerbspreises, gebe es im Übrigen keinen Anhaltspunkt dafür, dass im Verhältnis zu Los 2 eine Mischkalkulation im Sinne einer Verschiebung seitens der Bg vorgenommen worden sei. Jedenfalls aus einem reinen Preisvergleich – wie ihn die ASt vornehme – lasse sich aufgrund der kalkulationsrelevanten unterschiedlichen Anforderungen in den beiden Losen nichts ableiten. Im Vergleich zu den Vorgängerausschreibungen habe sich der Bedarf extrem erhöht, was dazu führe, dass die Bieter keine bzw. weitaus weniger Stillstandzeiten kalkulieren müssten, wodurch sich die Bieter zur Deckung ihrer Kosten auch nicht mehr um andere Aufträge bemühen müssten. Aufgrund der Kampagnen-Durchführung der Bauleistung böten sich für den Auftragnehmer zudem ausreichend große Zeitfenster, um Reparaturen und Instandsetzungen durchzuführen. In […] sei auch der Schiffsverkehr geringer, so dass weniger Unterbrechungen anfielen und von einer maximalen Auslastung ausgegangen werden könne. Auch seien die Leistungen unterschiedlich – flächige Baggerstellen in den Nebenrevieren, Beseitigung von Einzeluntiefen in der […] auch dies führe zu unterschiedlichen Anforderungen an das Gerät und unterschiedliche Kalkulationsmöglichkeiten. Es sei auch nicht vergaberechtlich verwerflich, wenn die Bg auf unterschiedliche Wettbewerbslagen in den einzelnen Losen unterschiedlich reagiere. Auch dies sei Teil der ihr zustehenden Kalkulationsfreiheit.

Die Bg sei nicht wegen wettbewerbswidriger Bildung einer Bietergemeinschaft auszuschließen. Auch wenn beide Unternehmen derselben Branche angehörten, löse dies nicht per se den Verdacht aus, dass die Verbindung zu dem Zweck abgeschlossen worden sei, den Wettbewerb zu verfälschen oder zu verhindern. Entscheidend sei, ob sich die Mitgliedsunternehmen der Bg auch einzeln an der Ausschreibung hätten beteiligen können. Hierbei stehe den Unternehmen allerdings eine Einschätzungsprärogative zu. Es mache schon im Ausgangspunkt wenig Sinn, wenn sich Unternehmen zusammenschlössen, obwohl sie den gesamten Auftrag und den hieraus erzielbaren Gewinn auch hätten alleine erhalten können. Die Bg habe

auf Nachfrage der Ag vom 28. Juni 2017 hin jedenfalls nachvollziehbar erläutert, weshalb ihre Mitgliedsunternehmen nur gemeinsam ein Angebot hätten abgeben können. Insbesondere seien erforderliche Kapazitäten durch andere Aufträge gebunden; die Einzelheiten stellten Geschäftsgeheimnisse der Bg dar. Soweit die ASt eine geringe Auslastung der Schiffe der Bg als Beweis für das Nichtvorliegen kapazitiver Engpässe heranziehe, gehe sie schon von falschen Ansätzen (Einsatzzeit über die gesamten 24 Stunden pro Tag, statt wie vorgegeben maximal 16 Stunden) aus, so dass die von ihr angeführten Zahlen nicht aussagekräftig seien.

Das Angebot der ASt sei im Kriterium „Technischer Wert“ korrekt bewertet worden. Die Ag hätte die von ihr bei Erstellung der Ausschreibung als vorteilhaft bei der Konzeptbewertung erkannten Umstände (sog. „Vorteile“) aufgrund der Dimarso-Rechtsprechung des EuGH den Bietern nicht vorab mitteilen müssen. Denn diese hätten sich als fachkundige Bieter ohnehin mit der Frage beschäftigen müssen, wie sie den Auftrag optimal erbringen könnten und hätten die im Nachprüfungsverfahren umstrittenen Punkte daher bei der Angebotserstellung selbst erkennen können und auch müssen. Nach der Vorstellung der Ag sollten die Vorgaben der Baubeschreibung (z.B. Wasserinjektionstiefe von 3 m bis mind. 21 m) lediglich den Mindeststandard abbilden, um von einer generellen Eignung ausgehen zu können. Übererfülle ein Bieter mit seinem Angebot diesen Standard, sei dies im Rahmen der Wertung zu seinen Gunsten berücksichtigt worden. Gerade in Bezug auf den Tiefgang sei jedem Fachunternehmen klar, dass je geringer dieser sei, desto länger die WI-Baggerung durchgeführt werden könne (durch Ausnutzen des Scheitelpunktes des Hochwassers), was zur Optimierung der Auftragsabwicklung beitrage. Insofern sei der möglichst geringe Tiefgang der WI-Geräte als unmittelbare Größe für die Wirtschaftlichkeit der Angebote in die Qualitätsbewertung eingeflossen. Die Länge des Verbundes der ASt sei bei den engen Revieren in Los 2 von Nachteil, zudem seien sie träger, was die Ag ebenfalls bei der Wirtschaftlichkeit habe berücksichtigen dürfen. Die Betriebsdauer des Gerätes als Indiz für die Ausgereiftheit des Systems habe die Ag ebenfalls ansetzen dürfen; nur bei Los 1 habe die Ag eine Mindestbetriebsdauer als Eignungskriterium verlangt, bei Los 2 sei sie daher bei der Bewertung zu berücksichtigen gewesen. Eine unzulässige Doppelberücksichtigung als Eignungs- und Zuschlagskriterium liege bei Los 2 mithin nicht vor. Bei der Qualität des Einsatzplanes habe die Ag bewerten müssen, dass aufgrund nur eines bei der ASt vorhandenen WI-Gerätes weniger Flexibilität herrsche, es könne kein Ersatzgerät

bei Reparaturausfall oder für die Abdeckung von Spitzenzeiten zur Verfügung gestellt werden.

Der vermeintliche Vorteil der ASt in Bezug auf die Nähe ihrer Mitarbeiter zum Einsatzort könne nicht zugunsten der ASt berücksichtigt werden. Denn auch die Bg könne angesichts der Vorlaufzeit für zusätzlichen Personalbedarf Vorkehrungen treffen, so dass das Personal werde anreisen können. Die von der ASt im Übrigen angeführten Einzelfälle der vermeintlich unzureichenden Vertragserfüllung der Bg (Sprachschwierigkeiten, nicht verfügbares Gerät) lägen einerseits lange zurück und beruhten andererseits auf einer nicht rechtzeitigen Anforderung der Ag selbst. Bezüglich der gewerteten Umweltaspekte habe die Ag Nachweise für umweltbewusstes Arbeiten gewertet und nicht nochmals den Treibstoffverbrauch betrachtet. Man habe keine neuen Nachweisanforderungen aufgestellt, sondern lediglich Pluspunkte bei umweltschützenden Arbeitsweisen vergeben.

Das Unterkriterium „Überwachungsprogramm“ sei relativ positiv bei der ASt bewertet worden. Selbst wenn die ASt die von ihr reklamierte höhere Bewertung erhielte, müsste aufgrund des Quervergleichs der Angebote auch die Bg eine höhere Punktzahl erhalten, so dass sich kein anderes Ergebnis einstellte.

Das Unterkriterium „Gesamt-Treibstoffmenge“ sei ebenfalls fehlerfrei bewertet worden. Die vorgenommene quantitative Bewertung sei unumgänglich gewesen, da es um eine reine Mengenangabe gegangen sei. Die letztlich angewandte Methode werde auch nicht durch das zunächst bekannt gegebene Wertungssystem ausgeschlossen. Verbrauchsgünstige Geräte ließen naturgemäß eine sehr gute Erfüllung der umweltbezogenen Eigenschaften des Angebotes erwarten. Aus dem Kriterium lasse sich ableiten, dass je weniger Treibstoff verbraucht werde, desto höher werde die Punktzahl ausfallen. Dass die konkrete Methode zur Berechnung nicht vorab bekannt gemacht worden sei, begegne angesichts der neueren Rechtsprechung des EuGH, BGH und OLG Düsseldorf keinen Bedenken. Der Bewertungsmaßstab sei vor Auftragsbekanntmachung festgelegt worden, ebenso sei der Wertungsvorgang eingehend dokumentiert. Die Annahme der ASt, eine höhere Pumpenleistung bedeute unmittelbar auch eine höhere Baggerleistung, treffe so nicht zu. Denn bei einer zu hohen Pumpenleistung werde die Erzeugung eines Dichtestroms verhindert und die positiven Effekte der WI-Baggerung würden sogar

hinfällig. Im Übrigen basierten die gesamten Überlegungen der ASt auf spekulativen und damit falschen Annahmen zum Gerätekonzept der Bg, so dass sie auch bei Mitteilung der letztlich angewandten Methode aufgrund ihrer Fehlvorstellung keine anderen Schlepper angesetzt hätte, da sie sich im Vorteil wähnte.

Die Nichtbekanntgabe der im Vorfeld aufgestellten Vorteile für die Bewertung der Angebote führe nicht zur Zurückversetzung des Verfahrens. Auch hier greife die Dimarso-Rechtsprechung des EuGH. Jedem fachkundigen Bieter, der sich hinreichend mit den Vergabeunterlagen beschäftigt habe, hätte schon im Rahmen seiner eigenen Kalkulation erkennen können, wo er über diese Mindestvorgaben hinaus Wirtschaftlichkeitsvorteile heben könne, die auch Einfluss auf die Qualität der Leistungserbringung hätten (Zeitvorteile durch längere Arbeitsdauer, höhere Leistungsgeschwindigkeit, Redundanzen durch Mehrzahl von Geräten etc.). Die Ag habe den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum durch die Definition der „Vorteile“ bei der Einzelbewertung der Kriterien genutzt.

c) Mit Beschluss vom 29. Juni 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg trägt vor, dass die Vorwürfe der ASt einer zielgerichteten Marktverdrängung seitens der Bg, einer Mischkalkulation bzw. Angabe falscher Preise sowie der Bildung einer wettbewerbswidrigen Bietergemeinschaft unzutreffend seien. Letztlich sei auch die vermeintlich fehlerhafte Bewertung der Angebote korrekt, eine Zurückversetzung des Verfahrens nicht angezeigt. Im Einzelnen:

Der Bg komme in Bezug auf den streitgegenständlichen Wasserbauauftrag keine Marktführerschaft oder gar ein Monopol zu. Die Wasserinjektion sei ein gängiges Verfahren zur Befreiung des Gewässergrundes der Wasserstraßen/Hafenanlagen von Sediment- oder Schlickablagerungen. Daneben könne auch auf Luftinjektionsverfahren, Schlickpflugverfahren oder auf die klassische Nassbaggerei mit Schwimm- und Laderaumsaugbaggern zurückgegriffen werden. Ein eigenständiger Markt für WI-Arbeiten sei daher schon anzuzweifeln, sondern vielmehr von einem allgemeinen Markt für Unterhaltungsbaggerungen für Wasserstraßen auszugehen. Auch räumlich sei es abwegig, diesen Markt auf […] einzugrenzen. Wasserinjektionsleistungen würden europaweit nachgefragt. Die ASt selbst trage vor, dass sie es geschafft habe, eine Referenz anderenorts zu erlangen und dass die Bg

weltweit tätig sei. Dies alles belege, dass es sich bei der vorliegenden Ausschreibung auch räumlich nicht um einen eigenen, lokalen Markt handle. Bei den vergangenen Ausschreibungen habe mit sieben (2013) und drei (2016) Angeboten auch hinreichender Wettbewerb bestanden. Unabhängig davon habe die Bg nicht die Absicht, die ASt zu verdrängen. Auch hier widerlege sich die ASt selbst, da sie es nach dem eigenen Vortrag geschafft habe, sich eine ausreichende Referenzlage zu erarbeiten und somit bereits in den Markt eingetreten sei. Auch verkenne die ASt, dass es neben den von ihr angeführten Ausschreibungen aus dem Oberschwellenbereich auch Unterschwellenvergaben gebe, mit denen sie (aggregiert) auch die erforderlichen Eignungsanforderungen – wie etwa eine WI-Baggerung über mindestens 1500 Stunden im Tidegebiet in Los 1 – belegen könnte. Allein auf eine TED-Recherche abzustellen, verfälsche das Bild und sei daher nicht marktgerecht. Nach Einschätzung der Bg sei ein Markteintritt auch bei Los 1 innerhalb eines Jahres ohne Weiteres möglich. Der vorliegende Auftrag ermögliche folglich nicht den Markteintritt und verhindere ihn im Fall des Nichterhalts auch nicht. Die ASt sei lediglich im Wettbewerb unterlegen, was jedoch nicht auf einer Marktverdrängung seitens der Bg oder zu scharfer Eignungsanforderungen der Ag beruhe. Im Gegenteil habe die ASt im streitgegenständlichen Los 2 die Eignungsanforderungen offenbar gerade erfüllt.

Die Bg habe ihre Preise auch vergaberechtskonform gebildet. Denn der Vorwurf der ASt, die Bg habe Kosten- oder Preisbestandteile zwischen den Losen 1 und 2 verschoben, sei unzutreffend. Unabhängig davon, dass eine Mischkalkulation ohnehin nicht per se vergaberechtswidrig sei und ein Verschieben zwischen zwei Losen schon deshalb keinen Sinn mache, weil der Bieter bei der Angebotserstellung nicht von der Zuschlagserteilung in beiden Losen ausgehen könne, liege ein Auf- und Abpreisen tatsächlich auch nicht vor. Die ASt gehe bei ihrer Argumentation von einer veralteten Fehlvorstellung vom Gerätekonzept der Bg aus, was wohl auf der Kenntnis zweier Mitarbeiter beruhe, die von einem Mitglied der Bg zur ASt gewechselt hätten. Anders als in den Vorjahren setze die Bg in den beiden Losen nunmehr verschiedenes Gerät mit voneinander abweichenden Kostenstrukturen ein, was zu veränderten Kalkulationsgrundlagen geführt habe. Die Berechnungen der ASt seien daher obsolet, ihre ins Blaue hinein gerichteten Vermutungen bewahrheiteten sich nicht. Die Berechnungen der ASt zur Auslastung der Schiffe der Bg seien schon deshalb falsch, weil sie den kompletten Tag und nicht die tatsächlichen

Arbeitsstunden abbildeten. Durch den somit nicht berücksichtigten Stillstand stelle sich die Auslastung naturgemäß als zu gering dar.

Die Bietergemeinschaft der Bg sei wettbewerbskonform gebildet worden. Es sei schon nicht ersichtlich, wie sich der Markteintritt eines Dritten durch die Bildung einer Bietergemeinschaft verhindern ließe. Dieses vermeintliche Ziel der Bg lasse sich durch nichts belegen. Objektiv sei die Bildung zulässig, da sie nicht eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs beabsichtigt habe. Aus dem Kreis der BiGe-Mitglieder hätte mangels Ressourcen kein zweites Angebot abgegeben werden können, so dass der Wettbewerb nicht beschränkt worden sei. Die vorhandenen Kapazitäten seien auch anderweitig gebunden. Letztlich sei es kaufmännisch vernünftig, die Risiken des Auftrags durch die Bildung der Bg abzufedern (Vorhaltung von Gerät, Personal; Abrufmöglichkeiten des Auftraggebers). Die jeweiligen genauen Gründe hierfür seien gegenüber der Ag auch aufgeklärt worden, stellten aber Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg im Verhältnis zur ASt dar.

Soweit die Bg durch die Ausführungen der ASt und Ag Einblick in das Angebot der ASt und dessen Wertung erhalten habe, stellten sich die Argumente der Ag als nicht sachwidrig dar. Die ASt versuche, ihre Sichtweise zum Maßstab des Beurteilungsspielraums der Ag zu machen; diese Rolle komme ihr und auch der Kammer nicht zu.

Darauf, dass bestimmte Leistungs- und Einsatzparameter bereits kalkuliert worden und damit in das Zuschlagskriterium „Preis“ eingeflossen seien, was – so die ASt – nicht noch einmal bei der qualitativen Wertung berücksichtigt werde dürfe, komme es nicht an. Abgesehen davon, dass dieser Umstand vor Angebotsabgabe hätte gerügt werden müssen, habe die Ag z.B. bei Stillstandzeiten beim Gerät nicht nur ein Interesse an einem niedrigen Preis, sondern auch daran, dass der Auftragnehmer die Leistung tatsächlich möglichst schnell erbringe. Auch könne die Ag nicht erkennen, inwieweit dieser Umstand in den Preis eingeflossen sei.

Unzutreffend sei ferner, dass die langjährige Betriebszeit des Geräts nicht positiv berücksichtigt werden dürfe. Dies beziehe sich nicht auf die Eignung des Unternehmens an sich, sondern auf die Eigenschaft des zum Einsatz kommenden

Geräts. Jedes WI-Schiff sei ein Unikat, welches sich im Laufe der Einsatzzeit weiterentwickle, wodurch anfängliche „Kinderkrankheiten“ beseitigt würden. Ein frisch gebautes WI-Gerät müsse sich erst noch im Einsatz beweisen und sei nicht so eingespielt. Ein erprobtes Gerät stelle somit vollkommen zutreffend für die Ag einen wirtschaftlichen Vorteil dar. Erfahrungswerte des konkret für den Auftrag vorgesehenen Personals dürften – unbeschadet der auch hier nicht erfüllten Rügeobliegenheit – gemäß § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 lit. b) VOB/A berücksichtigt werden. Wettbewerbsvorteile der Bg (wie etwa das vorhandene Überwachungsprogramm) seien – auch nach der Entscheidungspraxis der erkennenden Kammer – hinzunehmen. Das Vergaberecht dürfe nicht tatsächlich existierende wettbewerbliche Vorteile nivellieren. Hinsichtlich der Bewertung des Kriteriums „Gesamt-Treibstoffmenge“ sei auf die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zu verweisen, wonach der öffentliche Auftraggeber die konkrete Bewertungsmethode nicht vorab festlegen müsse. Diesen Spielraum habe die Ag durch eine die Angebote vergleichende Berechnung genutzt. Sie habe daher nicht die in Ziff. 1.5 bekannt gegebenen qualitativen „Schulnoten“ verändert, sondern lediglich ausgefüllt.

Ebenso wenig sei eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens aufgrund der Nichtbekanntgabe der von der Ag als vorteilhaft angesehenen Punkte geboten. Die ASt habe nicht substantiiert vorgetragen, dass sie ein Angebot mit einem anderen Inhalt bei Bekanntgabe dieser „Vorteile“ hätte abgeben können. Sie habe die bekannt gegebenen, weiten Kriterien nicht gerügt und somit akzeptiert, dass die Ag bei der Wertung über einen weiten, von ihr auszufüllenden Spielraum verfüge. Diesen habe die Ag bei der Wertung der Angebote genutzt.

3. In der mündlichen Verhandlung vom 19. Juli 2017 wurde der Sachverhalt mit den Verfahrensbeteiligten umfassend erörtert. Der ASt und der Bg ist jeweils in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag erweist sich in der Sache als teilweise begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

   a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert in Bezug auf den Gesamtauftrag (Lose 1 und 2) oberhalb des im Rahmen der VOB/A geltenden Schwellenwerts liegt.

   b) Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Insbesondere hat sie mit ihrem Rügeschreiben und dem Einreichen des Nachprüfungsantrags ihr Interesse am Auftrag hinreichend belegt. Sie macht mit der Nichtbeachtung der Ausschlussbedürftigkeit der Bg und Wertungsfehlern in Bezug auf ihr eigenes Angebot auch Vergaberechtsverstöße geltend, die sich angesichts des Wertungsergebnisses unmittelbar auf ihre Zuschlagschancen ausgewirkt haben könnten.

   c) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße mit Schreiben vom 26. Juni 2017 gerügt und damit ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entsprochen. Ihr kann nicht vorgeworfen werden, bereits mit Übersendung des Submissionsergebnisses am 25. April 2017 über die Beteiligung der Bg informiert worden zu sein, so dass sie bereits zu diesem Zeitpunkt positive Kenntnis von den später geltend gemachten Verstößen gehabt habe oder diese jedenfalls hätte haben können. Denn erst mit der Mitteilung vom 16. Juni 2017 an die ASt, dass die Bg als Zuschlagsdestinatärin ermittelt worden sei, manifestierte sich die Zuschlagsentscheidung der Ag. Bis zu dieser Information durfte die ASt auch bei unterstellter Durchdringung der Marktsituation davon ausgehen, dass die Angebotsprüfung der Bg im Sinne der Argumentation der ASt zu dem Ausschluss der Bg bzw. von deren Angebot führen werde. Der Verfahrensverstoß, den die ASt mit dem hiesigen Nachprüfungsantrag verfolgt, liegt gerade in der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bg. Dies konnte die ASt nicht vor der Zuschlagsmitteilung rügen, zu prophylaktischen oder bedingten Rügen ist die ASt nicht verpflichtet.

   d) Eine Nichtabhilfemitteilung der Ag hat die ASt nicht erhalten, so dass die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nicht in Gang gesetzt wurde.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit die ASt sich auf die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Bg beruft. Weder ist die Bg wegen hinreichender Anhaltspunkte für eine kartellrechtswidrigen Bildung der Bietergemeinschaft gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 4 VOB/A auszuschließen (dazu sub a) noch wegen der von der ASt insinuierten Absprache mit dem dritten Bieter […] (dazu sub b)). Auch ist der Bg keine vergaberechtswidrige Mischkalkulation bzw. die Abgabe eines Angebots mit fehlenden Preisen vorzuwerfen (dazu sub c)). Der Nachprüfungsantrag der ASt erweist sich aber insoweit als begründet, als die Ag der Wertung nicht bekannt gegebene Unterkriterien zugrunde gelegt hat (dazu sub d)).

   a) Die Bg ist nicht wegen einer wettbewerbswidrigen Abrede nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 4 VOB/A von der Vergabe auszuschließen, weil sich die an ihr beteiligten Unternehmen – wie die ASt vorträgt – in unzulässiger Weise als Bietergemeinschaft an der Ausschreibung beteiligt hätten. Hinreichende Anhaltspunkte für eine wettbewerbswidrige Vereinbarung, welche die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs um den streitgegenständlichen Auftrag bezweckt oder bewirkt, und damit den Ausschluss der Bg nach sich ziehen könnte, liegen der Ag und auch der Vergabekammer im Rahmen der hier allein möglichen kursorischen Prüfung nicht vor; eine abschließende und vollumfassende Kartellrechtsprüfung ist weder der Auftraggeber möglich noch den Nachprüfungsinstanzen, die hierfür nicht zuständig sind (vgl. ausführlich zur Problematik des Kartellrechts als Prüfungsmaßstab im Vergabenachprüfungsverfahren 2. Vergabekammer des Bundes, Beschlüsse vom 27. Juli 2016, VK 2 – 63 und 65/16).

      aa) Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften sind Art. 101 AEUV und § 1 GWB, denen als höherrangiges Recht Vorrang vor § 6 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A, wonach Bewerber- und Bietergemeinschaft grundsätzlich Einzelbietern gleichgestellt werden und damit anerkannt werden, zukommt. Die vergaberechtliche Gleichstellung von Bietergemeinschaften mit Einzelbietern kann sich also nur auf kartellrechtlich zulässige Bietergemeinschaften beschränken. Die Entscheidung eines Unternehmens, sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einer Ausschreibung zu beteiligen, unterliegt einer Einschätzungsprärogative der beteiligten Unternehmen, die von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt auf die Einhaltung ihrer Grenzen

kontrollierbar ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juli 2015, VII-Verg 17/15). Die Bietergemeinschaftsbildung muss jedoch auf objektiven Anhaltspunkten beruhen, deren Vorliegen vom Auftraggeber zu überprüfen ist, so dass die Entscheidung zur Eingehung einer Bietergemeinschaft jedenfalls als vertretbar erscheint (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. November 2011, VII-Verg 35/11). Daran gemessen ist die Entscheidung der Ag, die Bg im Verfahren zu belassen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden:

Die Ag hat auch verfahrensrechtlich dasjenige getan, was ihr angesichts der beschränkten eigenen Ermittlungskompetenzen im Rahmen der Aufklärung möglich war und die Bg zur Abgabe einer Stellungnahme zu den Hintergründen der Bietergemeinschaftsbildung aufgefordert. Diese hat der Ag zur Erläuterung der Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft am 28. Juni 2017 gegenüber der Ag eine entsprechende Erklärung abgegeben. Sie hat sich – soweit die Aussagen zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse abstrakt der Entscheidung zugrunde gelegt werden können – darauf berufen, dass jedenfalls in Bezug auf ein Bietergemeinschaftsmitglied keine Kapazitäten hinsichtlich des WI-Geräts für eine Beteiligung im streitgegenständlichen Los selbst – auch unter Berücksichtigung von im Konzern grundsätzlich existentem Gerät – vorhanden seien und eine parallel von ihr gewonnene Ausschreibung benannt, welche insbesondere die Personalressourcen der Unternehmen binde. Die Ag durfte nach der durchgeführten Aufklärung daher davon ausgehen, dass zumindest die beiden ersten von der Rechtsprechung herausgebildeten Fallgruppen (fehlende alleinige Leistungsfähigkeit, Kapazitätsbindung i.Ü.) zur Rechtfertigung der Bildung der Bietergemeinschaft vorliegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juli 2015, VII-Verg 17/15), deren Einschätzungsprärogative bezüglich der Kartellrechtskonformität mithin jedenfalls für die Ag im Vergabeverfahren, wo dem öffentlichen Auftraggeber nur beschränkte Überprüfungsmöglichkeiten ohne gesetzliche Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung stehen, nicht angreifbar ist.

Da zudem nach der Ausschreibungskonzeption der Ag die Flexibilität des Geräteeinsatzes, das Vorhandensein von Ersatzgeräten im Reparaturfall, die Abdeckung von Spitzenlasten durch zusätzliches Gerät als Zuschlagskriterium vorgesehen und folglich bei der Bauausführung ein volatiles Abrufverhalten zu

erwarten ist, sind Redundanzen bei Gerät und Personal im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung von Vorteil. Der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft erscheint daher auch im Sinne der dritten Fallgruppe als zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig, um diese Redundanzen gerade vorhalten zu können.

cc) Da es sich bei den zugrundeliegenden Vorwürfen zudem um bußgeldbewehrte bzw. strafrechtlich relevante Umstände handelt, kann ein Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 4 VOB/A seitens der Ag letztlich nicht auf der Grundlage von Spekulationen oder Indizien, sondern nur bei einer – auch verfahrensmäßigen – Verfestigung des Anfangsverdachts erfolgen. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB (BT-Drs. 18/6281, S. 106) sollen nicht einmal Ermittlungsmaßnahmen der Kartellbehörden wie Durchsuchungen, sondern erst die Feststellung des Verstoßes in einer (kartellbehördlichen) Verfügung den Ausschluss wegen einer wettbewerbswidrigen Absprache nach sich ziehen können. Die vorliegende Konstellation ist jedoch weder durch die zuständige Beschlussabteilung des Bundeskartellamts noch durch eine Staatsanwaltschaft entsprechend gewürdigt worden. Sollte die Ag entsprechende Anhaltspunkte haben, so könnte sie allenfalls ein Tätigwerden dieser Ermittlungsbehörden anregen.

b) Soweit die ASt mit ihrem Vortrag, der dritte Bieter […] habe kein echtes Interesse am Erhalt des Auftrags und habe zudem in der Vergangenheit ein auffälliges, weil gleichförmiges Preisverhalten in Relation zu den Angebotspreisen der Bg an den Tag gelegt, was die Abgabe von Scheinangeboten durch […] zugunsten der Bg vermuten lässt, begründet dies ebenfalls nicht nicht die Ausschlussbedürftigkeit der Bg. Auch diesbezüglich liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Absprache i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 4 VOB/A auf der Grundlage kartellbehördlicher oder staatsanwaltschaftlicher Maßnahmen vor. Die Ausführungen unter a) cc) gelten hier entsprechend.

Zwar sind grundsätzlich die permanente Beteiligung eines Unternehmens an Ausschreibungen, ohne jemals einen Zuschlag zu erhalten […], und der permanente Gewinn des Zuschlags durch ein und dasselbe Unternehmen (hier: Bg) Indizien für

mögliche Submissionsabsprachen unter diesen Unternehmen (vgl. S. 5 der Checkliste des Bundeskartellamtes „Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen?; abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Submissionsabsprachen.html;jsessionid=3AABBA4FE908E975870437A64F61AE08.2_cid387?nn=3591418).

Diese (teils unterschwelligen) Vorwürfe der ASt, sofern sie aufgrund ihres spekulativen Charakters einer Überprüfung überhaupt zugänglich sind, sieht die Ag dadurch als widerlegt an, dass […] in ein neues, auf die Revierspezifika an der […] abgestimmtes WI-Gerät investiert, welches sie auch auf diesem Markt anbietet. Der Einschätzung der Ag, dass […] ein unternehmerisches Interesse an der Amortisation der getätigten Investitionen hat und somit auch tatsächlich für den Erhalt des Zuschlags und nicht nur zum Schein mitbietet, ist von der Kammer nicht zu beanstanden. Auch ist der Preisabstand bei Los 2 zwischen der Bg und […] derart hoch, dass die von der ASt beschriebene Konstanz bei der Höhe des Preisabstandes zwischen den beiden Bietern im Laufe der letzten Jahre, was für sich genommen ein weiteres Indiz für eine Absprache wäre, bei der hiesigen Ausschreibung nicht (mehr) aufrechterhalten worden. Nach dem Vortrag der ASt hat es bereits 2016 einen diesbezüglichen „Ausreißer“ gegeben. Die Indizienlage ist mithin nicht eindeutig, eine weitere Aufklärung seitens der Ag folglich nicht angezeigt.

Die Anhaltspunkte sind jedenfalls solange als nicht hinreichend für einen Ausschluss zu betrachten, bis nicht weitere Anhaltspunkte, wie etwa Hinweise auf mögliche Kompensationen zwischen den Unternehmen (z.B. umgekehrte und gleichsam beständige „Verteilungskonstellation“ in anderen Revieren der Ag o.ä.) hinzutreten. In diesem Fall wäre der Ag zu raten, die Vorgänge von der ersten Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes bzw. einer zuständigen Staatsanwaltschaft auf ihre kartellrechtlich bzw. strafrechtliche Relevanz hin prüfen zu lassen.

c) Das Angebot der Bg ist auch nicht wegen fehlender Preise (dazu sub aa)) oder einer vergaberechtswidrigen Mischkalkulation (dazu sub bb)) auszuschließen.

aa) Der von der ASt geltend gemachte Ausschlussgrund des § 16 EU Nr. 3 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A liegt nicht vor. Das Angebot der Bg für Los 2 enthält die von ihr für die Erbringung der Leistung geforderten Preise.

Ein Verstoß gegen § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, wonach die Angebote die geforderten Preise enthalten müssen, liegt zwar nicht nur dann vor, wenn eine Preisangabe im Sinne einer echten Lücke fehlt, sondern auch dann, wenn der angegebene Preis unzutreffend ist. Denn ein transparentes, auf der Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn in jeder sich aus den Vergabeunterlagen ergebender Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Damit ein Angebot dem Wirtschaftlichkeitsvergleich unterzogen werden kann, ist deshalb jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2016, VII-Verg 48/15 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2011, Verg 11/11 und OLG München, Beschluss vom 10. November 2010, Verg 19/10). Die Bg hat vorliegend alle erforderlichen Preisangaben bei den abgefragten Leistungspositionen gemacht, so dass sie sämtliche Preise für die von ihr angebotene Leistung gefordert hat und somit auch keine Unvollständigkeit vorliegt. Dass nach dem Vortrag der ASt die Bg auf die unterschiedliche Wettbewerbsintensität durch Ansetzen eines „Globalrabatts“ bei Los 2 und folglich mit unterschiedlichen Preisen in den beiden Losen reagiert, führt nicht dazu, dass es sich nicht um die tatsächlich von ihr geforderten Preise handeln würde und der niedrigere Preis bei Los 2 als fehlend i.S.d. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu qualifizieren wäre.

bb) Auch eine unzulässige Mischkalkulation kann nicht festgestellt werden, da eine Verschiebung von kalkulatorischen Bestandteilen einer Position in eine andere (hier von Los 2 in Los 1) nicht vorliegt.

Eine mischkalkulierte Preisangabe ist – analog zu der oben beschriebenen Problematik des Fehlens der Preisangabe – nur dann unzutreffend und daher unzulässig, wenn sie nicht mit demjenigen Preis vorgenommen worden ist, der für die betreffende Leistung beansprucht wird (BGH, Urteil vom 24.Mai 2005, X ZR 243/02). Dies ist, wie bereits oben in Bezug auf die Vollständigkeit der Preisangaben ausgeführt, nicht der Fall. Zutreffend beansprucht ist derjenige Preis, den die Bg für die Leistung tatsächlich kalkuliert hat und den sie folglich

tatsächlich berechnen will. Daran, dass die Bg nur die ausgewiesenen Leistungspreispositionen so abrechnen kann und will, und zwar wie ausgewiesen, bestehen keine Zweifel. Wie die Bg ihre Preise bei den einzelnen Losen zu kalkulieren hat, schreibt ihr das Vergaberecht dabei nicht vor. Dies liegt als Ausdruck der Freiheit unternehmerischen Handelns vielmehr in ihrem Verantwortungsbereich (vgl. BGH a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Februar 2009, VII-Verg 66/08). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn in einer Position mehr oder weniger einkalkuliert ist, als dasjenige, was für die konkrete Position nötig wäre, solange derjenige Preis genannt wird, den der Bieter nach dem Ergebnis seiner Kalkulation dem Auftraggeber tatsächlich in Rechnung zu stellen beabsichtigt. Die vom BGH für unzulässig erachtete Konstellation, wonach durch "Abpreisen" bestimmter ausgeschriebener Leistungen (dort auf einen Einheitspreis von 0,01 €) und ein "Aufpreisen" der abgepreisten Beträge in die Einheitspreise anderer Leistungspositionen eine Verschiebung vorgenommen wird, so dass die ausgewiesene Wirtschaftlichkeit des Angebots in Wahrheit nicht das widerspiegelt, was für die Leistung letztendlich vom Auftraggeber zu zahlen sein wird, ist mit der hiesigen Konstellation nicht zu vergleichen (BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004, ZB 7/04). Der Wertungspreis repräsentiert exakt das, was der Auftraggeber (voraussichtlich) zu zahlen haben wird. Eine Spekulation auf Veränderung von Mengenvordersätzen, etwa durch eine Verschiebung von Leistungen zwischen den Losen, und damit auf Nachträge in dem „begünstigten“ Los o.ä. ist nicht geltend gemacht worden und auch sonst nicht ersichtlich. Die Angebote der Bieter sind daher weiterhin einem Wirtschaftlichkeitsvergleich zugänglich.

Darüber hinaus hat die Bg die Gründe für ihre unterschiedliche Kostenstruktur bei den beiden Losen erläutert, so dass auch in der Sache der Vorwurf der ASt einer unzulässigen Verschiebung der Einzelkosten der Teilleistung zwischen den Losen 1 und 2 ins Leere geht. Die ASt selbst belegt mit ihrem Vortrag, wonach die Bg in der Vergangenheit bei Los 2 ein von der Kostenstruktur teures Schiff eingesetzt habe, so dass die dort zu erbringenden Leistungen relativ teuer angeboten worden seien, die Plausibilität der Veränderung des Angebotspreises bei der hiesigen Ausschreibung durch die Bg. Da diese offengelegt hat, dass sie das von der ASt beschriebene ursprüngliche Gerätekonzept verändert hat, ist eine Erhöhung der Preise bei Los 1 bzw.

korrespondierend eine Senkung bei Los 2 schon aus diesem Grund sachlich begründbar: Bei Los 2 fallen diese Kosten schlicht nicht bzw. jedenfalls nicht mehr in dieser Höhe an. Auch die Reduktion der Stillstandzeiten des WI-Geräts aufgrund der vorgesehenen Mengenerhöhungen bei Los 2 ermöglicht den Bietern im Rahmen ihrer Kalkulationsfreiheit grundsätzlich, ihre Deckungsbeiträge früher zu erhalten und damit Risikozuschläge für den Fall des Nichterhalts weiterer Aufträge zurückfahren zu können.

Einen allgemeinen vergaberechtlichen Grundsatz „gleicher Preis für (annähernd) vergleichbare Leistung“ gibt es gerade nicht (vgl. Dicks in: Kulartz/Marx, Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, § 16 EG Rn. 68). Es ist der Bg insbesondere nicht zu verwehren, auf die von der ASt geltend gemachte unterschiedliche Wettbewerbsstruktur mit unterschiedlichen Preisen zu reagieren, ohne dass es sich in der Folge um Spekulationsangebote handeln würde. Der Wettbewerb findet im jeweiligen Los statt, so dass ein Bieter die jeweils gegebenen Parameter aufgreifen und sich auch in preislicher Hinsicht optimal hierauf einstellen können muss, ohne dass dies vergaberechtlich zu beanstanden wäre. Eine überprüfungswürdige Grenze ist dann erreicht, wenn ein Angebot als ungewöhnlich niedrig erscheint und damit unauskömmlich sein könnte. Angesichts der Tatsache, dass das Angebot der ASt preislich unter demjenigen der Bg liegt, ist diese Grenze bezüglich des Angebots der Bg jedoch nicht erreicht. Dieser Umstand widerlegt auch eine missbräuchliche Untersetzung der eigenen Preise zur Marktabschottung seitens der Bg, weil die ASt als Newcomerin noch günstiger anzubieten in der Lage war, obwohl anzunehmen ist, dass aufgrund der (zumindest teilweise) erfolgten Abschreibung der Geräte der Bg und – wie die ASt selbst vorträgt – Finanzierung der Software (Überwachungsprogramm) durch andere Aufträge die Unternehmen der Bg über bessere Kalkulationsgrundlagen verfügen dürften. Im Gegenteil verfügt die Bg ausweislich des von ihr eingereichten Formblatts über die Einzelkosten der Teilleistung noch über einen substantiellen kalkulatorischen Spielraum, so dass ein „Kampfpreis“ nicht festzustellen ist. Im Übrigen wäre selbst ein – hier nicht vorliegendes Unterkostenangebot – nicht per se vergaberechtswidrig, ebenso wenig wie eine Quersubventionierung von Preisen (Dicks, a.a.O, Rn. 68 und 69).

d) Das Vergabeverfahren ist in Bezug auf das streitgegenständliche Los jedoch deshalb in den Stand vor Versendung der Angebotsunterlagen zurückzuversetzen, weil die Ag entgegen § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 S. 1 VOB/A nicht bekannt gegebene Zuschlagskriterien bei der Angebotswertung verwandt bzw. bekannt gegebene Kriterien bzw. deren Gewichtung faktisch nachträglich abgeändert hat. Dies verletzt den Anspruch der ASt auf Durchführung eines transparenten und wettbewerbskonformen Verfahrens (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB). Im Einzelnen:

aa) Die Ag hat in ihrer Baubeschreibung für die Erbringung der Leistung u.a. Anforderungen an die einzusetzende Gerätetechnik und das Software-Überwachungsprogramm aufgestellt, welche auch als Unterkriterien bei der qualitativen Bewertung der Angebote zur Anwendung kommen sollten. Ausweislich der Voraussetzungen für die Vergabe der Höchstpunktzahl erhält diese ein Angebot, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine sehr gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen.

bb) Demgegenüber bewertet die Ag im ersten qualitativen Unterkriterium „Leistungs- und Einsatzparameter der WI-Geräte; Baggertechnik“ u.a. auch, ob das vom Bieter eingesetzte Gerät über den sich aus der Baubeschreibung ergebenden maximalen Tiefgang zur Aufrechterhaltung der geforderten Injektionstiefe von 3,00 bis min. 21,00 m hinaus einen geringeren Tiefgang aufweist. Darüber hinaus bewertet die Ag negativ, wenn ein Schiffsverbund angeboten wird, und positiv, wenn nicht geforderte zusätzliche Ausstattung wie z.B. eine Peileinrichtung angeboten wird. Alle diese Punkte ergeben sich so nicht aus der Leistungsbeschreibung. Das von der Ag in der mündlichen Verhandlung dargelegte Verständnis, die Baubeschreibung rege zu ihrer Übererfüllung an, da sich die Bieter bei der Angebotserstellung schon im Eigeninteresse über die Möglichkeiten der wirtschaftlichsten Leistungserbringung Gedanken machen müssten, kehrt die vergaberechtlichen Anforderungen um. Es ist Sache des Auftraggebers, seine Anforderungen zu definieren, ebenso transparent zu machen, was ihm für die Bewertung der Angebote in wirtschaftlicher Hinsicht wichtig ist (§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB, § 7 EU Abs.1 Nr. VOB/A), und nicht Sache der Bieter, mögliche Übererfüllungen oder

neue Anforderungen zu überlegen, die sich der Auftraggeber im Sinne einer Mentalreservation vorbehalten haben könnte.

Der Verweis auf die neuere Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 14. Juli 2016, C-6/15 „Dimarso“), den BGH (Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17 „Postdienstleistungen“) und das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16 „Gerätekraftwagen“), wonach der Auftraggeber die Bewertungsmethode bzw. Zielerfüllungsgrade für die Zuschlagskriterien nicht vorab zur Herstellung von Transparenz bekannt geben muss, ist zur Rechtfertigung der Vorgehensweise der Ag unbehelflich. Zum einen hat der EuGH seine Entscheidung unter die Prämisse gestellt, dass es im Einzelfall möglich sein soll, dass der Auftraggeber erst in Ansehung der Angebote eine konkrete Bewertungsmethode für diese festlegt und daher nicht gezwungen werden kann, diese schon vorher zu entwickeln und bekannt zu geben. Dieser Gesichtspunkt kann vorliegend schon deshalb nicht greifen, da die Ag die Kriterien bereits vor Absendung der Bekanntmachung aufgestellt und auch unverändert zur Anwendung gebracht hat. Dieser zeitliche Ablauf belegt, dass die Ag gerade nicht – wie vom EuGH als Rechtfertigungsaspekt für eine Nichtbekanntgabe für möglich gehalten - die Angebote brauchte, um Kriterien oder Formeln sinnvoll festlegen zu können; ein sachlicher Grund, welcher die Nichtbekanntgabe legitimieren könnte, greift ausweislich des eigenen Verhaltens der Ag nicht. In diesem Fall gibt es aber auch keinen Grund, von der Verpflichtung auf die Durchführung eines transparenten Verfahrens abzuweichen. Die Ag hätte ohne Weiteres die von ihr später angewandten (und ausdrücklich auch so bezeichneten) „Einzelkriterien“ der Wertung den Bietern bekannt geben können und zur Herstellung der Transparenz auch müssen. Davon geht der EuGH (und auch weiterhin der BGH und das OLG Düsseldorf in den zitierten Entscheidungen) aus, der die Notwendigkeit der abschließenden Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung betont. Die Ag wendet nicht nur eine Bewertungsmethode an, sondern bewertet nicht bekannt gegebene Leistungsparameter. Es darf jedoch in der nachträglich erstellten „Bewertungsmethode“ nichts eingeführt werden, was Einfluss auf die Angebotserstellung hätte haben können. M.a.W.: Der Grad der Erfüllung darf zulässigerweise offen bleiben, wenn den fachkundigen Bietern in der Gesamtschau aller Vorgaben klar sein musste, worauf es dem Auftraggeber

ankommt; nicht jedoch dürfen – wie vorliegend – neue Anforderungen aufgestellt oder bereits aufgestellte verschärft werden.

Konsequent gehen OLG Düsseldorf und der BGH (a.a.O) bei der Bestätigung der Anwendung von „Schulnoten“ bei der Wertung davon aus, dass die Leistungsbeschreibung in diesen Fällen so erschöpfend beschrieben sein muss, dass es einer weiteren Konkretisierung durch eine (exakte) Definition der einzelnen Notenstufen nicht bedarf. Dieser Vorgabe wird die Ag jedoch nicht gerecht: Sie stellt zunächst konkrete Anforderungen auf und kündigt die Vergabe von zehn Punkten bei einer „sehr guten Erfüllung dieser Grundanforderungen“ an. Letztlich vergibt sie eklektisch bei einzelnen Kriterien den Höchstwert jedoch erst bei einer Übererfüllung der Anforderungen (z.B. geringerer Tiefgang als gefordert, überdurchschnittliche Fahrgeschwindigkeit). Demgegenüber werden andere überfüllte Anforderungen der Baubeschreibung durch die Bieter (z.B. höhere Leistung der Pumpe bei der ASt) nicht positiv bewertet, obwohl eine höhere Pumpleistung in der Sache – jedenfalls bis zu einem gewissen Grad –durchaus Vorteile bietet. Diese Differenzierung – welche Anforderungen sind einer Überfüllung zugänglich und welche nicht – war für die Bieter bei Erstellung ihrer Angebote nicht ersichtlich. Sie konnten ihre Angebote daher nicht optimal auf die Anforderungen der Ag ausrichten. Wie die Bewertung der jeweiligen Angebote zeigt, ist es den grundsätzlich fachkundigen Bietern dementsprechend auch nicht gelungen, die versteckten Anforderungen der Ag zu antizipieren und in ihrem Einsatzkonzept abzubilden.

cc) Beim zweiten Unterkriterium „Qualität des Einsatzkonzeptes (Flexibilität im Geräteeinsatzplan; Verfügbarkeit von Ersatzgeräten bei Reparaturausfall; Spitzenabdeckung; Erfahrungswerte des Bedienpersonals; technische Belastbarkeit der Einsatzgeräte; Umweltaspekte zur WI-Technik“) lassen sich aus Sicht der Kammer die in der Wertung angewandten Einzelkriterien zwar thematisch unter die in der Klammer enthaltenen Unter-Unterkriterien subsumieren, so dass jedenfalls insofern die Wertung konsistent ist. Allerdings verändert die Ag durch die unterschiedliche Anzahl der Einzelkriterien die Gewichtung der ursprünglich gleichrangig nebeneinander stehenden Unter-Unterkriterien. So wird etwa die „technische Belastbarkeit der Einsatzgeräte“ durch drei Einzelkriterien mit jeweils zehn möglichen Punkten faktisch

aufgewertet, ebenso die „Umweltbelange“ durch zwei Kriterien, während es beispielsweise bei den „Erfahrungswerten des Bedien- und Aufsichtspersonals“ bei einem gewichteten Kriterium bleibt. Die Veränderung der Gewichtung und damit der Bedeutung der ursprünglich bekannt gemachten Kriterien ist überraschend und auch im Lichte der neueren Rechtsprechung vergaberechtlich ebenfalls unzulässig (so ausdrücklich EuGH a.a.O.). Auch wirkt sie sich unmittelbar auf die Angebotserstellungsmöglichkeiten der Bieter aus.

Nicht transparent in diesem Block den Bietern bekannt gegeben wurde darüber hinaus die von der Ag positiv bewertete Berufserfahrung des Bedien- und Aufsichtspersonals bei einer Tätigkeit von mehr als fünf Jahren, wodurch das Zuschlagskriterium des § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 lit. b) VOB/A eingeengt wurde. Die Forderung nach einer Nachweisführung über regelmäßige Instandhaltungsmaßnahmen der Geräte war ebenso wenig erkennbar wie der Umstand, dass beim Einzelkriterium „umweltfreundlicher Einsatz von Stoffen, umweltfreundliche Entsorgung“ das Vorhandensein von Zertifikaten zu einer besseren Bepunktung führen wird. Über welche Mindesterfahrungsstufe das Personal verfügen soll und welche Nachweise vorzulegen sind, ist vorab transparent zu machen, ebenso eine Besserbewertung im Fall der Übererfüllung.

dd) Augenfällig wird das Transparenzdefizit auch bei Betrachtung des dritten Unterkriteriums (Qualität des Software-Überwachungsprogramms). Ziff. 3.5.2 der Baubeschreibung legt für die tägliche Übermittlung der Rohdaten zunächst fest, welche Daten zu liefern sind, führt dann aus, was im Fall des Fehlschlagens der Versendung der Rohdaten zu erfolgen hat und endet damit, wie die Daten vom Programm grafisch aufzubereiten sind. Über diese Vorgaben hinaus wurde in den Einzelkriterien neben der Verständlichkeit der Software und der Qualitätssicherung der Daten zusätzlich bewertet, ob eine nachträgliche manuelle Veränderung der Daten ausgeschlossen ist, eine Plausibilitätsprüfung der Daten (z.B. Balkentiefe und Wasserstand) erfolgt, die Daten doppelt vorgehalten werden, die Software bereits erprobt ist – wobei ausweislich der Bewertung jedenfalls eine Erfahrung von mehr als fünf Jahren positiv bewertet wird – und letztlich ob der Bieter zusätzliche Tools für die

Überwachung anbietet. Mit den fünf letztgenannten Punkten hat die Ag faktisch nicht die bekannt gegebenen Kriterien bewertet, sondern neue Anforderungen an das Programm gestellt, die sich so nicht aus der Baubeschreibung ergeben. Wie die relativ schlechte Bewertung der Bieter in diesen Punkten zeigt, gelang es ihnen offenbar auch hier nicht, ihr Angebotskonzept auf diese nicht bekannt gemachten Kriterien auszurichten.

ee) Ebenfalls zu beanstanden ist die Nichtbekanntgabe der Umrechnungsformel für die Punktvergabe beim Unterkriterium Gesamt-Treibstoffmenge. Die Ag hatte in ihrer Angebotsaufforderung auch für dieses Kriterium auf die allgemeine, sich an der Erfüllung der „Grundanforderungen“ orientierende 10; 7,5; 5; 2,5; 0 – Punkteabstufung verwiesen, so dass der Schwenk auf eine Punktevergabe in Relation zum verbrauchsgünstigsten Bieter (ab 5,1 bis 10 % Mehrverbrauch: Vergabe von 7,5 Punkten, ab 10,1 % von 5 Punkten usw., so dass ab 20,1 % Mehrverbrauch der jeweilige Bieter in dem Unterkriterium keinen Punkt mehr erhält) den Bezugspunkt ver- und damit die ursprünglich bekannt gegebenen Kriterien abändert. Zwar versteht es sich im Ausgangspunkt von selbst, dass eine möglichst geringe Verbrauchsmenge tendenziell besser bewertet wird als eine relativ hohe. Auch ist bei diesem Kriterium eine quantitativ-formelbezogene Bewertung sachnäher als die bekannt gegebene qualitative Bewertung.

Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der ASt in der mündlichen Verhandlung weisen die Schiffsaggregate der Marktteilnehmer eklatante Verbrauchsunterschiede auf, so dass ein Bieter bei einer relativen Betrachtung des Verbrauchs sehr schnell bedeutsame Punktverluste riskiert. Diese Einschätzung der ASt deckt sich auch mit der Angebotslage, die eklatante Verbrauchsunterschiede aufweist. Angesichts der Bedeutung des Kriteriums ist hier eine transparente Vorgabe erforderlich. Auf die Dimarso-Rechtsprechung des EuGH kann sich die Ag auch hier aus den o.a. Gründen (siehe sub (2)) nicht berufen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb die Ag die bereits vor Absendung der Bekanntmachung existente Berechnungsformel für den Treibstoffverbrauch nicht von vornherein den Bietern mitgeteilt hat.

ff) Die ASt beruft sich bezüglich der aufgezeigten Intransparenzen zu Recht darauf, dass ihr keine optimale Ausrichtung auf die versteckten Anforderungen

der Ag möglich war, sie folglich bei Bekanntgabe der Einzelkriterien ein anderes Angebot (wie etwa durch den Einsatz verbrauchsärmerer Schlepper, einem geringeren Tiefgang der Boote, zusätzliche Tools etc.) hätte anbieten können. Alternativ hätte sie auch im Bewusstsein des Gewichts der jeweiligen Kriterien preislich reagieren können, um erkannte, von ihr aber nicht zu beseitigende Nachteile kompensieren zu können. Eine Rechtsverletzung ist ihr durch die Intransparenz des Verfahrens folglich nicht abzusprechen.

gg) Soweit die ASt eine unzulässige Doppelberücksichtigung von Umständen aufgrund deren Relevanz sowohl für den Preis wie für die Wertung beanstandet (z.B. langsameres Gerät verteuert Kalkulation, zusätzliche Abwertung bei Manövrierzeit), kann ihr nicht gefolgt werden. Die Ag bestimmt im Ausgangspunkt, was ihr für die Qualität der Leistungserbringung wichtig erscheint. Allein maßgeblich für die Zulässigkeit als Wertungsbestandteil ist ein Auftragsbezug des jeweiligen Zuschlagskriteriums. Aus einer denkbaren Preisrelevanz, wie etwa der Leistungsgeschwindigkeit, folgt nicht als Automatismus, dass die Ag die zugrundeliegenden Umstände bei der Wirtschaftlichkeit nicht mehr berücksichtigen dürfte. Auch wenn dies, um im Beispiel zu bleiben, für langsam arbeitende und damit relativ teuer kalkulierende Bieter einen zusätzliche Nachteil bei der Angebotswertung darstellen könnte, weist die Arbeitsgeschwindigkeit einen unmittelbaren Leistungsbezug auf, denn Beeinträchtigungen des Schiffsverkehrs infolge der Arbeiten werden dadurch minimiert. Im Übrigen erscheint ein Automatismus „langsame Arbeitsgeschwindigkeit – teure Kalkulation“ nicht als zwangsläufig gegeben, denn bei einer langsamen Arbeitsweise könnte wiederum das eingesetzte Gerät weniger leistungsfähig und damit billiger sein oder weniger Personal zum Einsatz kommen, womit die diesbezüglichen Kosten geringer wären.

hh) Ebenso wenig kann der ASt gefolgt werden, soweit sie eine Bevorzugung der eigenen – unterstellt günstigeren – Standortnähe bei der Bewertung und die Nichtberücksichtigung bereits vorhandener Ressourcen bei der Bg (wie etwa das Überwachungsprogramm) verlangt. Aus Gleichbehandlungsgründen ist der Ag beides verwehrt: Eine Regionalität des Bieters positiv zu bewerten widerspricht im Regelfall dem Kerngedanken des europaweiten Vergaberechts

– der Herstellung des Binnenmarkts, weil sie ortsfremde Bieter ohne sachlichen Grund diskriminiert.

Demgegenüber sind vorhandene Wettbewerbsvorteile wie das bereits vorhandene Überwachungsprogramm der Bg nicht durch das Vergaberecht zu nivellieren, sofern sie – wie vorliegend – im Wettbewerb erworben wurden und nicht auf unzulässigen Beihilfen o.ä. beruhen (2. VK Bund, Beschluss vom 10. März 2017, VK 2 – 19/17).

ii) Hinsichtlich der von der Ag bei der Bewertung als positiv angesehen „Eingespieltheit“, die etwa bei den Erfahrungswerten mit dem einzusetzenden Gerät, der Erprobtheit der Software oder der Berufserfahrung des Bedien- und Aufsichtspersonals als Einzelkriterien auf eine bestimmte Dauer für das Erreichen der Höchstpunktzahl abstellen, ist nicht nur Transparenz herzustellen, sondern seitens der Ag auch zu prüfen, ob diese Mindestdauer wirklich erforderlich ist, um sich positiv auf die Auftragsausführung auswirken zu können. Diesen Kriterien ist nämlich eine (zumindest partielle, weil nicht ausschlussbegründende, sondern nur graduell zu bewertende) Abschottungswirkung, die der auch von der Ag gewünschten Verbreiterung der Wettbewerbsbasis entgegenstehen, nicht abzusprechen.

Die Ag hat nach alledem den Bietern die Vorteile bzw. Einzelkriterien bekannt zu geben und sie – bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf – erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern.

III.

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

Die ASt unterliegt mit ihrem Antrag, soweit sie die Ausschlussbedürftigkeit der Bg geltend macht, obsiegt jedoch aufgrund der Nichtbekanntgabe aller für die Wertung aufgestellter Einzelkriterien. Diese zweite Chance auf Abgabe eines gegebenenfalls wettbewerbsfähigeren Angebots ist in Relation zu ihrem Unterliegen mit 50 % zu werten; in dieser Höhe hat sie die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die andere Hälfte tragen die Ag und die Bg gesamtschuldnerisch. Letztere ist an der Kostentragungslast zu beteiligen, weil sie sich – auch ohne Stellung von Anträgen –

umfassend zur Sach- und Rechtslage eingelassen und somit das Verfahren wesentlich gefördert. hat

Die der Ag und der Bg entstandenen notwendigen Aufwendungen für die Rechtsverteidigung sind ihnen hälftig von der ASt zu erstatten. Ag und Bg haben jeweils ein Viertel der notwendigen Aufwendungen der ASt für ihre Rechtsverfolgung zu tragen.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt und der Bg war jeweils notwendig. Es stellten sich auch über das Vergaberecht hinausgehende komplexe Sach- und Rechtsfragen, die eine anwaltliche Beratung erforderlich machten. In Bezug auf die Bg ergibt sich Notwendigkeit der Hinzuziehung zusätzlich aus dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit gegenüber der im Zeitpunkt der Beiladung bereits ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

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.

Dr. Herlemann Zeise