



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 44/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „[...] Instandsetzung von Tragpfählen [...] Los 1)“ [...] sowie [...] – Instandsetzung von Tragpfählen [...] – Los 2)“ [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den stellvertretenden Vorsitzenden Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Rempfer auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 2018 am 3. Juni 2018 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Eignungsprüfung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zur Hälfte als Gesamtschuldner. Die Antragstellerin trägt die andere Hälfte der Kosten. Die entstandenen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich bei beiden Losen im Wesentlichen gegen die beabsichtigte Bezuschlagung der Beigeladenen (Bg), weil diese nicht leistungsfähig sei. Ferner meint die ASt, die Bg habe ein unzulässiges Nebenangebot abgegeben; auch sei das Informationsschreiben der Antragsgegnerin (Ag) nach § 134 GWB unzureichend gewesen.

1. Die Ag veröffentlichte am [...] EU-weite Auftragsbekanntmachungen, die die Vergabe zweier Lose zu Instandsetzungsarbeiten von Stahltragpfählen [...] in offenen Verfahren umfassten (Los 1 betreffend die Auftragsnummer [...] zur Bekanntmachungsnummer [...] und Los 2 betreffend die Auftragsnummer [...] zur Bekanntmachungsnummer [...]), jeweils im Supplement des EU-Amtsblattes). Los 1 umfasste die Instandsetzung von [...] Tragpfählen, Los 2 die Instandsetzung von [...] Tragpfählen. Auszuführen waren in diesem Rahmen weitgehend Schweiß-, Stahlbau-, Schalungs- und Betonierarbeiten unter Wasser. Ag, ASt und Bg haben in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend angegeben, dass hiervon rund 50% Unterwasserschweißarbeiten sind.

Einziges Zuschlagskriterium war in beiden Vergabeverfahren der Preis.

Die Ag hatte die in beiden Losen erfassten Arbeiten bereits vorab in einem einzigen Vergabeverfahren unter der Vergabenummer [...] vom [...] europaweit ausgeschrieben, dieses Vergabeverfahren allerdings mit Schreiben vom 24. Oktober 2018, u.a. an die ASt, aufgehoben, weil kein Angebot eingegangen war, das den Ausschreibungsbedingungen entsprach. Die ASt hatte sich bereits in diesem Vergabeverfahren mit Angeboten in ungefähr gleicher Höhe beteiligt. In diesem aufgehobenen Vergabeverfahren hatte die Ag in der Leistungsbeschreibung u.a. vorgegeben, dass in jedem Los in der Regel zwei Tauchergruppen parallel oder im Schichtbetrieb einzusetzen seien. Diese Vorgabe nahm die Ag in den Leistungsbeschreibungen der streitgegenständlichen Ausschreibungen [...] und [...] nicht mehr auf.

In Ziff. II.2.14 und Ziff.III.2.2 der Auftragsbekanntmachungen des nun streitgegenständlichen Vergabeverfahrens war vorgeschrieben, dass die Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten gemäß [...] oder eine vergleichbare Qualifikation mit dem Angebot vorzulegen ist. Ebenso wurde in Ziff. III.2.3 auf die Verpflichtung hingewiesen, die Namen und beruflichen Qualifikationen der Personen, die für die Ausführung des Auftrags verantwortlich sind, anzugeben.

Ziff. 2.3 der im Wesentlichen gleichlautenden Leistungsbeschreibungen für Los 1 und Los 2 beschreiben den Leistungsumfang der auszuführenden Arbeiten. Der Leistungsumfang beinhaltet danach im Wesentlichen Arbeiten, die „unter Wasser“ auszuführen sind. Für Arbeiten, die den Einbau von Material unter Wasser betreffen, ist zusätzlich die Lieferung benannt.

Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibungen für Los 1 enthielt u.a. folgende Termin-Vorgaben:
„... Folgende Fertigstellungsfristen sind bei der Ausführung zu beachten.

[...] Pfähle bis 15.12.2018

[...] Pfähle bis 30.11.2019.

In den letzten beiden Juniwochen eines jeden Jahres ... ist von einer vollständigen Unterbrechung aller Arbeiten vor Ort von Seiten des AG von bis zu 12 Werktagen auszugehen. ...

Die Fertigstellungstermine sind zwingend einzuhalten. Entsprechend sind der Personaleinsatz wie die Anzahl der Taucherguppen vorzusehen. Für eine fristgerechte Durchführung der Arbeiten sind monatlich durchschnittlich [...] Pfähle fertig zu stellen. ...“

Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibung für Los 2 enthielt im Wesentlichen wortgleiche Vorgaben. Lediglich Zeitvorgabe und Gesamtzahl der fertigzustellenden Pfähle variierte:

„...[...] Pfähle bis 15.12.2018

[...] Pfähle bis 31.10.2019 ...“

Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibungen für Los 1 bzw. Los 2 wiederholte die Vorgabe der Auftragsbekanntmachung zur Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten und besagt ferner: *„Zudem muss die Firma eine verantwortliche Schweißaufsichtsperson*

son in Funktion eines Schweißtechnikern oder Schweißfachingenieurs namentlich benennen. Die entsprechenden Qualifikationen sind mit dem Angebot in gültiger Fassung vorzulegen.

Die Schweißarbeiten dürfen nur von Personen durchgeführt werden, die über eine gültige, personengebundene Qualifikation für Unterwasserschweißarbeiten ... verfügen. Die entsprechenden Qualifikationen aller bei der Baumaßnahme eingesetzten Taucher, die Schweißarbeiten unter Wasser ausführen, sind der Vergabestelle auf Verlangen in gültiger Fassung vorzulegen.“

Gemäß Ziff. 3.2 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots waren „*Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals*“ „*auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle vorzulegen*“.

Nebenangebote waren nicht zugelassen (Ziff. 5 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots).

ASt und Bg gaben fristgemäß Angebote für Los 1 und Los 2 ab.

Die Bg erklärte in den Angebotsschreiben für Los 1 und Los 2 jeweils, alle Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen (Ziff. 7 des Angebotsschreibens). Ebenso gab sie mit den Angeboten für Los 1 und Los 2 jeweils die ausgefüllten Formblätter 235 ab, in denen sie im „*Verzeichnis über Art und Umfang der Leistungen, für die sich der Bieter der Kapazitäten anderer Unternehmen bedienen wird*“ lediglich verschiedene Materiallieferungen als Teilleistungen benannte.

ASt und Bg reichten mit den Angeboten den geforderten Herstellerqualifikationsnachweis für nasse Unterwasserschweißarbeiten ein. Die Bg erklärte hierzu, der betreffende Mitarbeiter sei kein Schweißtechniker bzw. –fachingenieur, aber aufgrund langjähriger Berufserfahrung anerkannt worden. Der Nachweis der ASt enthielt die Angabe, der betreffende Mitarbeiter sei aufgrund langjähriger Berufserfahrung als Schweißaufsichtsperson anerkannt worden.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2018 übermittelte die Ag der ASt die Submissionsprotokolle für die Lose 1 und 2 per Fax. Die Faxübermittlungen wurden von der Ag am gleichen Tage empfangen.

Mit Schreiben vom 14. März 2018 übermittelte die ASt der Ag auf die erhaltenen Submissionsprotokolle vom 22. Februar 2018 eine „Vergaberüge“ mit folgendem Inhalt:

- Anhand der Submissionsprotokolle habe die ASt erst jetzt erkannt, dass die Aufhebung des ursprünglichen Vergabeverfahrens [...] fehlerhaft erfolgt sei. Die Submissionsprotokolle der streitgegenständlichen Vergabeverfahren [...] und [...] hätten gezeigt, dass der aus den Submissionsprotokollen ersichtliche Preisspiegel die Angemessenheit der Preise der ASt aus dem aufgehobenen Vergabeverfahren bestätigt habe. Daher sei das Vorgehen zur Vergabe der ausgeschriebenen Bauleistungen bzw. die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibung zu überdenken.
- Vorsorglich wies die ASt darüber hinaus darauf hin, dass auch in den neuen Vergabeverfahren [...] und [...] von der Vorgabe mindestens zweier Tauchgruppen pro Los auszugehen sei wie es noch im aufgehobenen Verfahren [...] vorgegeben worden sei. Es sei davon auszugehen, dass die übrigen Bieter in den Vergabeverfahren nicht über genügend festangestelltes Tauchpersonal verfügten, um die zwingenden Terminvorgaben erfüllen zu können. Es sei zu vermuten, dass die übrigen Bieter freiberuflich tätige Taucher als Subunternehmer einplanen müssten. Ein solcher Einsatz von Nachunternehmern sei aber ausgeschlossen, da freiberufliche Taucher per se nicht über die in den Leistungsbeschreibungen vorgeschriebene Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten verfügten.

Die Ag antwortete der ASt mit Schreiben vom 20. März 2018 und teilte im Hinblick auf die Rüge zur Aufhebung des alten Vergabeverfahrens [...] mit, die ASt sei mit Schreiben vom 24. Oktober 2018 über die Aufhebung und die Gründe informiert worden. Der ASt sei darin mitgeteilt worden, ihr Angebot habe damals wegen unangemessen hoher Preise nicht berücksichtigt werden können. Auf die beabsichtigte Neuausschreibung sei ebenfalls hingewiesen worden. Eine genauere Begründung habe die ASt damals nicht erfragt. Die Ag erläuterte der ASt daraufhin im Einzelnen die Gründe, die die Ag seinerzeit veranlasst hatten, das Angebot als unangemessen hoch einzuschätzen. Zu den noch laufenden Vergabeverfahren [...] und [...] könne die Ag keine Auskünfte erteilen. Diese würden fortgeführt, da keinerlei Verfehlungen der Vergabestelle vorlägen.

Die Ag hatte überdies mit Schreiben vom 15. März 2018 für beide Lose von der ASt und der Bg u.a. die Befähigungsnachweise des für die Auftragserledigung eingesetzten Personals gemäß Ziff. 3.2 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes abgefordert.

Die Bg legte mit Schreiben vom 20. März 2018 Bescheinigungen bzw. Zertifikate vor. Neben Nachweisen für ihr eigenes Personal legte die Bg auch Nachweise für einzelne Personen vor, die als freiberufliche Mitarbeiter/Taucher tätig sind. Sie legte ferner eine E-Mail der die Schweißer-Prüfbescheinigungen ausstellenden Institution vom 19. März 2018 bei, in dem diese Institution erklärte, dass die Gültigkeitsdauer der Bescheinigungen einiger Personen, sowohl eigene Mitarbeiter der Bg als auch freie Taucher, falsch ausgestellt worden sei und die Bescheinigungen daher korrigiert und neu verschickt würden. Mitgeteilt wurde die korrekte in der Zukunft liegende Gültigkeitsdauer und der Umstand, dass die besagten Personen, die entsprechenden Lehrgänge erfolgreich absolviert hätten. Die Ag forderte mit E-Mail vom 20. April 2018 von der ASt die korrigierten Bescheinigungen ab, die die ASt für ihr eigenes Personal noch am 20. April 2018 übermittelte.

Die ASt wies in ihrem Antwortschreiben vom 20. März 2018 an die Ag darauf hin, die ASt wie auch der verbliebene dritte Bieter verfügten nicht über genügend festangestelltes Personal, um den Anforderungen der Leistungsbeschreibung gerecht werden und die Leistungen termingerecht erbringen zu können. Es sei zu befürchten, was näher ausgeführt wird, dass insbesondere die Bg freiberuflich tätige Taucher als Subunternehmer beschäftigen müsse, so dass die ausgeschriebenen Leistungen gerade nicht im eigenen Betrieb der Bg erbracht werden könnten.

Am 22. März 2018 kam es zwischen der Ag und der Bg zu einem Aufklärungsgespräch nach § 15 Abs. 1 VOB/A-EU über die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot, die geplante Art der Durchführung, die Bezugsquellen von Stoffen und Bauteilen sowie die Angemessenheit der Preise. Dieses Gespräch ist in einem Protokoll dokumentiert, das in den Vergabeakten jeweils enthalten ist, aber von Ag und Bg als „geheim zu halten“ deklariert ist. Im Protokoll wird u.a. der Punkt *„Personalaufteilung auf [...] und [...], mögliche Personalverstärkung“* festgehalten. Hierzu wird bestätigt, dass die Nachweise für eigenes Personal der Bg vorgelegt worden sind und dieses Personal namentlich festgehalten. Ferner wird Folgendes festgehalten: *„Mögliche Aufstockung durch freiberufliche Mitarbeiter/Taucher (Nachweise liegen vor) mit Vertrag auf Stundenlohnbasis (Dienstvertrag): ...“*. Es folgen Angaben zu mehreren weiteren Personen, die nicht zum Eigenpersonal der Bg gehören.

Im Vergabevermerk, datiert vom 12./16./22. März/9. April 2018 und im Geschäftsgang der Ag zustimmend abgezeichnet am 10. April 2018, dokumentierte die Ag den Gang der die beiden Lose betreffenden Vergabeverfahren. Dem Vermerk vorausgegangen war ein Formularvermerk („Vergabevermerk – Formular 331“) vom 22. März 2018, ebenfalls im Geschäftsgang der Ag zustimmend abgezeichnet am 10. April 2018, dem eine preisliche Wertungsübersicht vom 16. März 2018 anhing. Im Ergebnis der Angebotswertungen lagen ASt und Bg nach den in diesen Vermerken dokumentierten Wertungsübersichten für Los1 bzw. Los 2 auf folgenden Rangplätzen:

- Bei Los 1 lag die Bg auf dem ersten und die ASt auf dem zweiten Rang.
- Bei Los 2 lag die Bg auf dem ersten und die ASt auf dem dritten Rang.

Im Ergebnis schlug die Vergabestelle der Ag vor, der Bg den Zuschlag für Los 1 und Los 2 zu erteilen.

Am 5. April 2018 dokumentierte die Ag eine Prüfung, in der die Ag der Frage nachging, ob der von der Bg im Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 mitgeteilte Personalansatz eine zeitgerechte Umsetzung der ausgeschriebenen Maßnahme ermögliche. Hierzu fertigte die Ag für die Vergabeakte zu jedem Los einen Vermerk, dessen Inhalt im Wesentlichen gleich war und worauf Bezug genommen wird. In jedem Vermerk prüfte die Ag bezogen auf Los 1, ob die Bg mit dem von ihr angegebenen Ansatz die Arbeiten für Los 1 in der vorgeschriebenen Zeit von 83 Wochen erbringen könne. Im Ergebnis gelangt die Ag unter Zugrundlegung einer Arbeitszeit von 10 Arbeitsstunden pro Tag und 5 Arbeitstagen pro Woche, hilfsweise von 9 Arbeitsstunden pro Tag und 6 Arbeitstagen pro Woche zu einer Gesamtarbeitszeit von deutlich mehr als 83 Wochen. Für die Prüfung berücksichtigte die Ag in ihrem Vermerk insbesondere, dass nicht alle Positionen des Leistungsverzeichnisses zwingend mit Tauchern zu bearbeiten seien und die Bg im Bedarfsfall eine Personalaufstockung durch freiberufliche Taucher vorsehe, wie im Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 erörtert worden sei. Bereits unter der Annahme, dass 15% der kalkulierten Stunden nicht durch Taucherguppen erbraucht werde, ergäbe sich eine Bauzeit von jedenfalls weniger als 83 Wochen. Auf dieser Grundlage sei eine ordnungsgemäße und termingerechte Umsetzbarkeit der Maßnahme zu Los 1 zu erwarten. Für Los 2 ergebe sich aufgrund des um [...] Tragpfähle reduzierten Bauumfangs bei einem um vier Wochen verkürzten Umsetzungszeitraum ein noch günstigeres Bild, ohne dass dies näher ausgeführt wurde.

Mit separaten Schreiben vom 11. April 2018 informierte die Ag die ASt, sie beabsichtige hinsichtlich der Lose 1 und 2, die Bg zu bezuschlagen. Zur Begründung gab die Ag jeweils an, das Angebot der ASt könne nicht bezuschlagt werden, weil sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Es liege ein niedrigeres Hauptangebot vor.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 13. April 2018 (vgl. Anlage [...]) rügte die ASt gegenüber der Ag die geplante Zuschlagserteilung an die Bg für die Lose 1 und 2. Zur Begründung führte die ASt im Wesentlichen aus, die Bg sei nicht geeignet, weil sie nicht über genügend Personal verfüge, um die termingerechte Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen zu ermöglichen. Es sei zu befürchten, was näher ausgeführt wird, dass die Bg freiberuflich tätige Taucher einsetze, somit also nicht ausschließlich eigenes Personal. Gerade dies sei aber gefordert, was aus der Vorgabe abzuleiten sei, es müssten „Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals“ beigebracht werden. Überdies sei das Angebot der Bg nach § 16 Nr. 4 VOB/A-EU auszuschließen. Außerdem genüge das Informationsschreiben vom 11. April 2018 nicht den Maßgaben des § 134 GWB, weil es nur eine leerformelhafte Begründung enthalte.

Die Ag wies diese Rügen mit Schreiben vom 17. April 2018 zurück (vgl. Anlage [...]). Zur Begründung verwies die Ag im Wesentlichen darauf, dass es für die streitgegenständlichen Vergabeverfahren in Abkehr von der Vorgabe im aufgehobenen Verfahren [...] keine Vorgaben zur einzusetzenden Personalstärke mehr gegeben habe. Die Prüfung der Angebote der Bg habe ergeben, dass deren Leistungsfähigkeit vor diesem Hintergrund zu bejahen sei. Auch entspreche die Begründung in den Informationsschreiben vom 11. April 2018 dem Zweck des § 134 GWB, da lediglich der Preis das alleinige Zuschlagskriterium sei.

2. Mit anwaltlichem Schreiben vom 19. April 2018 beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Mit Schreiben vom 7. Mai 2018 hat sie ihren Vortrag ergänzt und vertieft.
 - a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei hinsichtlich beider Lose zulässig, insbesondere sei sie antragsbefugt. Soweit die Ag im Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Loses 2 die Antragsbefugnis bestreite, weil die ASt dort nur drittplatziert sei, spreche dies nicht gegen die Antragsbefugnis, weil die ASt davon ausgehe, im Hinblick

auf die Anforderungen der Leistungsbeschreibung allein die erforderliche Anzahl von Tauchpersonal in Festanstellung vorzuhalten.

Die ASt ist der Ansicht, die Ag dürfe der Bg nicht den Zuschlag erteilen, da diese nicht geeignet sei. Denn die Bg sei nicht in der Lage, die ausgeschriebenen Aufträge innerhalb der Terminvorgaben zu erfüllen, wie sie in Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis und den besonderen Vertragsbedingungen vorgegeben worden seien. Weder die Bg noch einer der anderen Bieter verfüge über ausreichend angestelltes Schweißtaucherpersonal. Die Bg beschäftige höchstens drei entsprechende Taucher als Eigenpersonal. Die Bg wisse von mehreren freiberuflich tätigen Tauchern, dass die Bg nach Erhalt der Aufforderung durch die Ag, die Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals vorzulegen, diese freiberuflichen Taucher kontaktiert und gebeten habe, deren Befähigungsnachweise einreichen zu dürfen. Dies sei aber mit den Vorgaben der Vergabeunterlagen nicht vereinbar. Dort würden die „Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals“ verlangt, worunter aber nur festangestelltes Personal zu verstehen sei. Es sei der Bg mithin verwehrt, sich auf die freiberuflichen Taucher berufen zu können. Es sei überdies zu bezweifeln, dass die Bg die einzusetzenden freien Taucher als Nachunternehmer deklariert habe. Aus den Befähigungsnachweisen gehe jedenfalls nicht hervor, ob ein (Schweiß-)Taucher festangestellt oder freiberuflich tätig sei. Außerdem seien freie Taucher als Nachunternehmer per se auszuschließen, da sie nicht über die von der Ag geforderte Herstellerqualifikation verfügten.

Vor diesem Hintergrund verweist die ASt auf § 16 Nr. 4 VOB/A-EU; danach sei das Angebot der Bg auszuschließen, wenn sie die von der Ag mit Schreiben vom 15. März 2018 nachgeforderten Befähigungsnachweise für das eigene Personal nicht innerhalb der vorgegebenen Frist vorgelegt habe.

Allein die ASt sei in der Lage, die Termin- und Mengenvorgaben einzuhalten. Die anderen Bieter, insbesondere die Bg, sei aber wegen ihrer zu geringen Zahl an eigenen Schweißtauchern nicht leistungsfähig. Die Ag habe jeweils genaue und zwingend einzuhaltende Termin- und Mengenvorgaben in Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibungen für Los 1 und Los 2 gemacht. Die Ag habe in diesem Zusammenhang noch in der vorangegangenen aufgehobenen Ausschreibung zwei parallel oder in Schichtarbeit tätigen Tauchergruppen pro Los vorgegeben. Es sei nicht ersichtlich, dass dies nach

den neuen streitgegenständlichen Ausschreibungen in der Sache nunmehr anders sei, so dass davon auszugehen sei, dass die ausgeschriebenen Arbeiten pro Los nur mit mindestens zwei Tauchergruppen bearbeitet werden könnten. Die ASt führt im Einzelnen anhand ihrer Losangebote aus, dass pro Los mindestens zwei Tauchgruppen erforderlich seien, um den veranschlagten Zeitplan zu bewältigen. Im Einzelnen sei davon auszugehen, dass eine Tauchgruppe aus drei Tauchern bestehe, so dass pro Los sechs Taucher bei jeweils zwei erforderlichen Tauchgruppen eingesetzt werden müssten. Auch wenn nach der Unfallverhütungsvorschrift Taucherarbeiten in der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV Vorschrift 40) eine Tauchergruppe aus zwei Tauchern und einem Signalmann, der nicht tauche, bestehe, so benötige der Signalmann eine Taucherausbildung; außerdem müsse nach Maßgabe der Unfallverhütungsvorschrift bei den hier gegebenen Arbeiten unter Bauwerken ein Reservetaucher für Notfälle bereit stehen. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass mehr als die Hälfte der ausgeschriebenen Arbeiten Unterwasserschweißarbeiten seien, weshalb mehr als drei Schweißtaucher pro Los geboten seien, die aus Gründen des Arbeitsschutzes durchschnittlich rund drei Stunden tauchen könnten. Pro Tauchgruppe müssten zudem mindestens zwei Schweißtaucher eingesetzt werden, also vier pro Los und insgesamt bei zwei Losen acht Schweißtaucher. Dem könne die Bg, die – was die ASt im Einzelnen im Schriftsatz vom 7. Mai 2018 ausführt – lediglich drei festangestellte Schweißtaucher habe, nicht entsprechen. Auch andere am Vergabeverfahren beteiligte Bieter hätten nicht genügend festangestellte Schweißtaucher.

Überdies sei zu befürchten, dass die Bg ein nicht zugelassenes Nebenangebot abgegeben habe, wenn die Ag erstmals im Nachprüfungsverfahren von einem vorgelegten „Konzept“ der Bg spreche, das eine Reduzierung der Unterwassereinsatzzeiten ermöglichen solle.

Es sei als Erklärung nicht nachvollziehbar, wenn die Ag im Nachprüfungsverfahren ausführe, sie habe im Bietergespräch vom 22. März 2018 aufgeklärt und am 5. April 2018 selbständig geprüft, ob mit dem von der Bg. vorgelegten Konzept eine ordnungsgemäße Auftragserfüllung möglich sei, da insbesondere nicht alle Arbeiten von Tauchern auszuführen seien und der Unterwassereinsatz durch einen besonderen Arbeitsablauf insgesamt reduziert werde. Der Schwerpunkt der ausgeschriebenen Leistungen liege bei Unterwasserschweißarbeiten bzw. müsse unter Wasser erfolgen, was maßgeblich aus Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibungen beider Lose ersichtlich sei.

Schließlich habe die ASt in die entsprechenden Vermerke zum Bietergespräch und zur Prüfung des Konzepts der Bg keine bzw. nur begrenzte Akteneinsicht erhalten, so dass auch insofern nicht nachvollzogen werden könne, ob eine fehlerfreie Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Bg erfolgt sei.

Soweit die ASt Einsicht in den Vermerk vom 5. April 2018 erhalten und die Ag dort u.a. dokumentiert habe, dass die Bg in der Vergangenheit für die Ag mit der Überwachung vergleichbarer Leistungen im vorherigen Bauabschnitt beauftragt gewesen und daher mit den technischen Anforderungen vertraut sei, hält die ASt dies für nicht nachvollziehbar. Die Bauüberwachung sei etwas anderes als die Bauausführung, so dass daraus nicht der Schluss gezogen werden könne, die Bg habe eine ordnungsgemäße Personalplanung für die nunmehr ausgeschriebenen Aufträge erstellt. Es sei aus der Vergabeakte auch nicht ersichtlich, dass die Bg mit der Überwachung vergleichbarer Leistungen in den vorangegangenen Bauabschnitten beauftragt gewesen sei.

Im Hinblick auf die im Zuge der Akteneinsicht der ASt offenbarten Vermerke vom 12./16./22. März/9. April 2018 und vom 5. April 2018 rügt die ASt zudem einen Verstoß gegen § 8 VgV, weil die Prüfvorgänge im Hinblick auf die Bg nicht hinreichend nachvollziehbar dokumentiert seien.

Auch soweit sich aus dem Vorbringen der Ag ergebe, dass die Bg freie Taucher im Angebot benannt habe, sei dies ein Indiz dafür, dass die Bg entweder nicht auf die ausgeschriebenen Leistungen selbst eingerichtet sei oder bereits jetzt für einen nicht angebotenen Nachunternehmereinsatz vorbauen wolle. Dies lasse sich allerdings nicht durch einen Rückgriff auf § 4 Abs. 8 VOB/B rechtfertigen, der grundsätzlich davon ausgehe, dass ein Auftragnehmer die vereinbarten Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen habe. Es sei danach davon auszugehen, dass die Bg die freien Taucher von vornherein als Nachunternehmerleistungen hätte benennen müssen, was nicht erfolgt sei.

Schließlich habe das Informationsschreiben der Ag vom 11. April 2018 nicht den Anforderungen des § 134 GWB iVm § 19 VOB/A-EU genügt, weil die Ag der ASt nur eine nichtssagende Leerformel zur Begründung der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes geliefert habe.

Die ASt trägt ferner vor, sie könne den Vorwurf unangemessen hoher Preise in dem Angebot zum aufgehobenen Vergabeverfahren [...] nicht nachvollziehen. Dieser Vorwurf sei falsch. Die ASt habe erst anhand des Submissionsprotokolls vom 22. Februar 2018 bzw. des darauf beruhenden Preisspiegels der streitgegenständlichen Ausschreibungen erkannt, dass die Angemessenheit der Preise des Angebots zum aufgehobenen Verfahren [...] bestätigt worden sei.

Die ASt beantragt,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
2. den vorliegenden Vergabenachprüfungsantrag sofort der Ag zuzustellen,
3. der Ag aufzugeben, unter Ausschluss der Bg den Zuschlag an die ASt zu erteilen,
4. hilfsweise, die Ag anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Wertung zurückzusetzen und die Zuschlagsentscheidung unter ermessensfehlerfreier Verwendung der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien sowie unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu treffen,

weiter hilfsweise,

der Ag aufzugeben, die Ausschreibung aufzuheben,

weiter hilfsweise,

einen gegebenenfalls bereits erteilten Zuschlag für nichtig zu erklären, und wiederum hilfsweise, festzustellen, dass eine Rechtsverletzung der ASt stattgefunden hat,

weiter hilfsweise,

festzustellen, dass der durch die Ag an die Bg erteilte öffentliche Auftrag von Anfang an unwirksam ist,

weiter hilfsweise,

die Ag zu verpflichten, das bezeichnete Vergabeverfahren in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen,

5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für erforderlich zu erklären

und

6. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Darüber hinaus beantragt die ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten nach § 165 GWB zu erteilen.

b) Die Ag beantragt,

1. die Anträge der ASt abzulehnen,
2. die Hinzuziehung als Bevollmächtigten der Ag für erforderlich zu erklären.

Die Ag begründet ihre Anträge mit anwaltlichen Schreiben vom 26. April und 11. Mai 2018 wie folgt:

- Sie hält die Ag hinsichtlich des Loses 2 für nicht antragsbefugt, da die ASt dort nur drittplatziert sei und daher auch bei einem Ausschluss der Bg keine Chance auf den Zuschlag habe. Die Ag meint, dem Nachprüfungsantrag sei nicht hinreichend substantiiert zu entnehmen, dass auch das zweitplatzierte Unternehmen auszuschließen sei.
- Jedenfalls aber sei der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der beiden Lose unbegründet. Die Angebote der Bg seien nicht auszuschließen bzw. weiterhin zu berücksichtigen.
 - o Die Bg habe kein unzulässiges Nebenangebot abgegeben und sei insofern auch nicht auszuschließen. Das Angebot bewege sich innerhalb der Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Da allerdings die Arbeitsabläufe nicht vorgegeben worden seien, seien die Bieter frei gewesen, mit welchem Arbeitskonzept sie den vorgegebenen Terminplan erreichen wollten. Dies habe die Bg im Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 erläutert und dargestellt, wie sie die Zeiten des Unterwassereinsatzes reduzieren wolle, ohne aber die zwingend unter Wasser durchzuführenden Arbeiten außerhalb des Wassers durchzuführen. Im Ergebnis schlage sich dies nachvollziehbar in der Kalkulation des Angebotes der Bg nieder, ohne dass ein unzulässiges Nebenangebot vorliege.

- Die Bg sei auch nicht mangels Leistungsfähigkeit nicht weiter zu berücksichtigen. Die Ag habe sich im Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 die Art der geplanten Ausführung darlegen lassen und – dokumentiert im Vermerk vom 5. April 2018 – selbständig überprüft, ob die Umsetzung der Arbeiten innerhalb des vorgegebenen Zeitraums mit dem von der Bg angegebenen Personalansatz machbar sei. Die Ergebnisse seien hinreichend in den entsprechenden Vermerken dokumentiert, so dass kein Verstoß gegen § 8 VgV ersichtlich sei. Im Hinblick auf die Prüfung durch die Ag sei zu berücksichtigen gewesen, dass es gerade keine Mindestvorgabe von Tauchergruppen gegeben habe. Die Ag habe von dem anderslautenden Ansatz in der Leistungsbeschreibung des aufgehobenen Vergabeverfahrens [...] bewusst Abstand genommen. Das Angebot der Bg zeige, dass es technisch nicht zwingend sei, mindestens zwei Tauchergruppen pro Los einzusetzen. Es sei zudem falsch, wie von der ASt vorgetragen, dass eine Tauchgruppe zwingend aus drei Tauchern bestehen müsse. Die einschlägige Unfallverhütungsvorschrift DGUV, die die Ag als Anlage AG2 eingereicht hat, bestimme in § 9 Abs. 2 und 3, dass eine Tauchgruppe mindestens aus zwei Tauchern und einem Signalmann bestehen müsse. Die Bg habe im Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 nachvollziehbar dargelegt, dass sie durch den von ihr beabsichtigten Arbeitsablauf den Unterwassereinsatz insgesamt reduziere. Die Bg kenne die Örtlichkeiten und das anzuwendende Verfahren aus einer Überwachungstätigkeit im Rahmen des [...]; sie habe sich dies durch Anpassung ihrer Arbeitsabläufe zunutze machen können. Vor diesem Hintergrund sei für die Ag eine positive Eignungsprognose zugunsten der Bg möglich gewesen. Diese sei im Nachprüfungsverfahren nur auf etwaige Prognosefehler überprüfbar, die aber nicht gegeben seien.
- Die Ag habe bei ihrer Prüfung überdies allein das von der Bg beschäftigte Personal berücksichtigt, ohne das von der Bg zusätzlich benannte freiberufliche Tauchpersonal einzubeziehen. Soweit die Bg freiberufliches Personal benannt habe, habe sie dies nur vorsorglich getan, um im Auftragsfall bei etwaigen außerordentlichen Vorkommnissen im Hinblick auf § 4 Abs. 8 VOB/B durch die Ag genehmigungsfähige Nachunternehmer benennen zu können. Es sei für die Auftragsausführung aber im Normalfall kein Rückgriff auf diese freien Taucher erforderlich, was die Prüfung der Ag bestätigt habe. Die Bg führe somit

die von ihr angebotenen Leistungen im Auftragsfalle selbst aus. Eine Benennung der freien Taucher im Rahmen der anzugebenden Nachunternehmerleistungen sei daher nicht erforderlich.

- Für die somit lediglich im Hinblick auf § 4 Abs. 8 VOB/B benannten freien Taucher sei daher auch ein auf diese bezogener Nachweis der Herstellerqualifikation gemäß [...] entbehrlich. Die freien Taucher würden überdies von der Herstellerqualifikation der Bg gemäß [...] erfasst.
 - Im Hinblick auf die Begründung des Informationsschreibens der Ag liege kein Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB vor. Die gegebene Begründung, die Angebote der ASt würden nicht berücksichtigt, weil sie nicht die wirtschaftlichsten Angebote sei, denn es habe jeweils ein niedrigeres Angebot gegeben, werde dem Zweck der Norm gerecht. Darüber hinaus formuliert die ASt in ihrem Schriftsatz vom 26. April 2018 ergänzend eine konkretisierte Bieterinformation an die ASt.
- c) Die mit Beschluss der Kammer vom 23. April 2018 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt mit anwaltlichem Schreiben vom 26. April 2018,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
 2. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die Bg für erforderlich zu erklären.

Die Bg hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Sie führt insoweit in ihren anwaltlichen Stellungnahmen vom 26. April und 9. Mai 2018 Folgendes aus:

- Die Bg habe kein unzulässiges Nebenangebot, sondern nur ein (Haupt-)Angebot abgegeben. Dabei habe die Bg ihrer Kalkulation einen „geschickten Personaleinsatz“ zugrunde gelegt und ein kostenschonendes Angebot vorgelegt.
- Den Vorwurf mangelnder Eignung weist die Bg zurück. Die diesbezügliche Rüge der ASt laufe darauf hinaus, neue Eignungsvoraussetzungen in Gestalt einer Mindestvorgabe einzusetzender Taucher aufzustellen. Eine derartige Vorgabe sähen die Leistungsbeschreibungen nicht vor. Die Bg sei als erfahrenes Tauchunternehmen in der Lage, die Personalkalkulation ordnungsgemäß vorzunehmen. Sie kenne insbesondere die Örtlichkeiten und die Art der auszuführenden Leistungen, da sie im ersten Bauabschnitt Arbeiten der ASt kontrolliert habe. Letztlich ergäben die Submissionsprotokolle, dass die eingereichten Angebote nicht erheblich voneinander abgewichen seien, was für eine solide Kalkulation auch der Bg spreche.

- Die Bg setze nur eigenes Personal ein, dies habe sie auch nur angeboten. Auf der Grundlage der von ihr im Aufklärungsgespräch erläuterten Angebote sei die Ag fehlerfrei zu dem Schluss gekommen, dass die Bg die Gewähr für eine fachkundige Ausführung der Arbeiten biete.
 - Sofern die Bg auch freiberuflich tätige Taucher angefragt und für diese die entsprechenden Befähigungsnachweise bei der Ag eingereicht habe, sei dies darauf zurückzuführen, dass die Ag gefragt habe, ob bei Auftreten von Behinderungen im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B eine Beschleunigung möglich sei. Die Personalkalkulation der Bg sehe aber den Einsatz dieser freien Taucher nicht vor.
 - Die Rüge zum Begründungsumfang im Informationsschreiben nach § 134 GWB hält die Bg für unbegründet. Da der Preis das alleinige Wertungskriterium und das Submissionsergebnis öffentlich gewesen sei, sei nicht über die von der Ag gegebene Begründung hinauszugehen gewesen.
 - Schließlich reklamiert die Bg im Hinblick auf den Akteneinsichtsantrag der ASt insbesondere Geschäftsgeheimnisse hinsichtlich der Kalkulation und Urkalkulation der ASt, des Protokolls des Aufklärungsgesprächs, der personenbezogenen Daten des von der ASt eingesetzten Personals sowie der Lieferanten der ASt.
 - Das Vorbringen der ASt betreffend die Angemessenheit ihrer Preise im aufgehobenen Vergabeverfahren [...] hält die Bg jedenfalls für präkludiert.
3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag und zu einzelnen Punkten auch der Bg, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung ihren Vortrag zu folgendem Aspekt ergänzt: Aus dem Formularvergabebericht (Formular 331) der Ag, datiert vom 22. März 2018, gehe hervor, dass Ag bereits Zuschlag an Bg empfohlen habe. Erst am 5. April 2018 aber habe die Ag die Leistungsfähigkeit geprüft. Es sei nicht auszuschließen, dass die Ag ihre Eignungsprüfung nicht mehr unvoreingenommen durchgeführt habe, nachdem sie bereits am 22. März 2018 eine erste Vergabeempfehlung zugunsten der Bg abgegeben habe.

Die Ag hat darauf hingewiesen, dass der Formularvermerk erst am 10. April 2018 abgezeichnet worden sei und die abschließenden Vergabeempfehlungen für die Lose 1 und 2 in den diesbezüglichen umfassenden Vergabevermerken, datiert vom 12./16./22. März/9. April 2018, erfolgt und dokumentiert sei.

Die Bg hat in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärt, dass sie für die Erstellung ihres Angebots bestimmte Arbeitsabläufe bei vorbereitenden Arbeiten optimiert habe, um so das Tauchpersonal bei den Unterwasserarbeiten effizienter einsetzen zu können.

Die Kammer hat in der mündlichen Verhandlung die ASt – nach vorheriger separater Anhörung der Ag und der Bg – zu den in den Vergabeakten befindlichen Prüfvermerken der Antragsgegnerin vom 5. April 2018, in die die ASt vor der mündlichen Verhandlung nur teilgeschwärzt Akteneinsicht erhalten hat, informiert, dass auf Seite 2 dieser Vermerke die Erwägungsgründe der Ag dokumentiert sind und die entsprechenden Erläuterungen zu Protokoll genommen. Danach habe die Ag diese Erwägungsgründe ihrer Abschätzung zugrunde gelegt, ob mit dem von der Bg geplanten Personalansatz die Leistungen des Loses 1 in der ausgeschriebenen Zeit von 83 Wochen erbracht werden könnten. Die Kammer teilt ferner mit, dass die Ag dort eine Berechnung durchgeführt habe, bei deren Offenlegung gegenüber der ASt Rückschlüsse auf von der Bg reklamierte Geschäftsgeheimnisse nicht auszuschließen sind. Die Kammer teilt ferner mit, dass die Ag in den Vermerken auf Seite 2 zu Los 1 abschließend dokumentiert hat, dass sie für die Abschätzung weiter Folgendes berücksichtigt habe:

„ - dass nicht alle Positionen des LVs zwingend mit Tauchern bearbeitet werden müssten“

„- die [Bg] im Bedarfsfall eine Personalaufstockung durch freiberufliche Taucher vorsehe“.

„Bereits unter der Annahme, dass 15% der kalkulierten Stunden nicht durch die Taucherguppen erbracht würden, ergäbe sich eine Bauzeit [für die die Ag in den Vermerken eine Zahl von Wochen dokumentierte, die unterhalb der von ihr vorgegebenen 83 Wochen liegt und bei deren Offenlegung Rückschlüsse auf von der Bg reklamierte Geschäftsgeheimnisse nicht auszuschließen sind.]“

Die ASt hat im Nachgang zur mündlichen Verhandlung mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 17. Mai 2018 weiter vorgetragen, worauf die Ag mit nicht nachgelassenem

Schriftsatz vom 18. Mai 2018 reagiert hat. Die ASt hat auf diese Ausführungen der Ag nochmals mit Schreiben vom 18. Mai 2018 repliziert.

Die Ag hat mit ihrem Schriftsatz vom 18. Mai 2018 außerdem zwei neue Vermerke vom 16. Mai 2018 vorgelegt, in denen sie eine neue Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg hinsichtlich der Lose 1 und 2 dokumentiert hat (Anlage [...] zum Schriftsatz der Ag vom 18. Mai 2018). Diese Vermerke hat die Ag nur der Kammer vorgelegt.

In den neuen Prüfvermerken vom 16. Mai 2018, auf die im Einzelnen Bezug genommen wird, prüft die Ag, ob mit der von der Bg genannten Zahl von Tauchergruppen, die sie pro Los einzusetzen plant, die Leistungen des Loses 1 in der ausgeschriebenen Zeit von rd. 78 Wochen bzw. des Loses 2 in der ausgeschriebenen Zeit von rd. 74 Wochen grundsätzlich erbracht werden können. Im Ergebnis gelangt die Ag unter Zugrundlegung von näher beschriebenen Erfahrungswerten von 10 Arbeitsstunden pro Tag und 5 Arbeitstagen pro Woche, hilfsweise von 8 Arbeitsstunden pro Tag und 6 Arbeitstagen pro Woche zu einer Gesamtarbeitszeit von deutlich mehr als 78 (Los 1) bzw. 74 (Los 2) Wochen. Diese Annahme basiere allerdings auf einem vereinfachenden Ansatz, dass alle kalkulierten Stunden der Bg von Tauchergruppen zu erbringen seien. Nachdem die Ag anhand der Angebote der Bg den Umfang der Arbeitszeit im Einzelnen abgeschätzt hat, die nicht zwangsläufig durch Taucher auszuführen sind und diesen Anteil entsprechend berücksichtigt hat, gelangt die Ag zu einer Bauzeit von weniger als 78 bzw. 74 Wochen. Die Ag geht danach im Fazit dieser Vermerke davon aus, dass die Angaben der Bg eine ordnungsgemäße und termingerechte Umsetzung der Maßnahme erwarten lassen. Die Bg sei auch mit den technischen Anforderungen vertraut, da sie mit der Überwachung vergleichbarer Leistungen in vorherigen Bauabschnitten beauftragt gewesen sei. Ferner weist die Ag im Fazit darauf hin, die Bg sehe im Bedarfsfall (z.B. bei unvorhergesehenen Ereignissen) eine Personalaufstockung durch freiberufliche Taucher vor. Eine ordnungsgemäße Umsetzung der Maßnahme könne somit erwartet werden.

Die Kammer hat die neuen Vermerke der Ag vom 16. Mai 2018 den Beteiligten zur Stellungnahme übermittelt, soweit keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. In entsprechender Fassung hat die Kammer den Beteiligten der Vollständigkeit halber auch die in der mündlichen Verhandlung erläuterten Vermerke aus den Vergabeakten vom 5. April 2018 übermittelt. Ag und Bg wurden hierzu im Hinblick auf etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zuvor angehört. Die Kammer hat den Beteiligten zu diesen

Vermerken die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt und zudem die Entscheidungsfrist bis zum 8. Juni 2018 verlängert, um den Beteiligten Gelegenheit zu geben, zu allen sich aus der Vorlage der Vermerke vom 16. Mai 2018 ergebenden verfahrens- und vergaberechtlichen Fragen Stellung nehmen zu können.

Die ASt hat hierzu mit Schreiben vom 24. Mai 2018 vorgetragen, dass sie die Vermerke vom 16. Mai 2018 wegen Verstoßes gegen den Beschleunigungsgrundsatz für nicht mehr verwertbar hält. Sie hat überdies auf das ihrer Ansicht nach grundsätzlich gegebene Erfordernis einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung hingewiesen. Darüber hinaus trägt sie hilfsweise zur Sache vor.

Die Beigeladene hat mit Schreiben vom 23. Mai 2018 vorgetragen, sie halte die neue Eignungsprüfung durch die Ag für ausreichend, weitere Beurteilungsfehler seien nicht gegeben.

Die Kammer hat die Beteiligten abschließend dazu angehört, ob aus ihrer Sicht eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung geboten ist oder auf eine mündliche Verhandlung verzichtet wird. Hierzu haben die Ag und die Bg auf eine etwaige Wiederaufnahme verzichtet und geltend gemacht, dass keine neuen Gesichtspunkte aufgebracht, sondern lediglich bisheriger Vortrag vertieft worden sei. Die ASt hat auf eine mündliche Verhandlung nicht verzichtet.

Die Bg hat mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 29. Mai 2018 weiter zur Sache vorgetragen.

II.

Der Nachprüfungsantrag betrifft zwei separate Vergabeverfahren zu Los 1 und zu Los 2; die diesbezüglichen Begehren der ASt konnten im Hinblick auf § 44 VwGO analog in einem Nachprüfungsantrag zusammen verfolgt werden.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig und teilweise begründet.
 - a) Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Bauauftrag im Anwendungsbereich der VOB/A-EU – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB, die Vergabekammer des Bundes somit nach § 156 Abs. 1 GWB zuständig.

b) Die ASt ist überwiegend antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB.

aa) Sie hat durch die Abgabe ihrer Angebote für Los 1 und Los 2 ihr Interesse am Erhalt der Aufträge dokumentiert. Die ASt hat auch im Nachprüfungsantrag eine Verletzung ihrer bieterschützenden Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht, soweit sie sich gegen die Eignungsprüfung der Bg wendet und geltend macht, die Bg sei im Hinblick auf § 122 GWB nicht zu berücksichtigen bzw. im Hinblick auf § 16 VOB/A-EU aus verschiedenen Gründen (unzulässiges Nebenangebot, nicht rechtzeitig vorgelegte Unterlagen auf Anforderung der Ag) auszuschließen. Nach den von der ASt insofern vorgetragenen Punkten ist eine Verletzung der entsprechenden bieterschützenden Vorschriften jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen.

bb) Die ASt hat damit auch dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden droht. Denn sie hat im Hinblick auf Los 1 als zweitplatzierte Bieterin eine realistische Chance auf den Zuschlag, der ihr nach den von ihr behaupteten Vergaberechtsverstößen zu entgehen droht.

Hinsichtlich des Loses 2 gilt nichts Anderes. Zwar ist die ASt dort nur drittplatzierte Bieterin. Allerdings geht die ASt gerade von einem bestimmten Personalansatz aus, der sich nach ihrem Vortrag aus den Vergabeunterlagen zwingend ergebe und den nur sie einzuhalten in der Lage sei. Die ASt hat hierzu vorgetragen, die übrigen Bieter seien mangels ausreichend vorhandenen Taucherpersonals nicht leistungsfähig für die ausgeschriebenen Aufträge dieses Umfangs. Nach diesem Vortrag ist jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen, dass die ASt auch bei Los 2 eine

Chance auf den Zuschlag hat, wenn sich in der Begründetheit herausstellen sollte, dass die Ag die Eignungsprüfung insgesamt zu wiederholen hat.

- cc) Der ASt fehlt allerdings die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, soweit sie gerügt hat, das Informationsschreiben der Ag vom 11. April 2018 sei nur leerformelhaft begründet und daher nicht mit den Maßgaben des § 134 GWB vereinbar.

Der ASt fehlt es insofern jedenfalls an einem Schaden, der ihr gerade durch den insoweit behaupteten Vergaberechtsverstoß kausal entstanden ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017, Az.: VII-Verg 9/17, sub II.1.b) bb)). Es ist nicht erkennbar, dass dieser von der ASt geltend gemachte Verstoß die Zuschlagschancen der ASt tangiert hat. Die Angebote der ASt wurden unstreitig aus preislichen Gründen nicht berücksichtigt. Auch macht die ASt gerade geltend, dass nur die unzureichende Eignungsprüfung seitens der Ag dazu geführt habe, dass die anderen Bieter weiter berücksichtigt worden seien. Unterstellt – und unabhängig von der Frage, ob ein Verstoß gegen § 134 GWB in der Sache hier überhaupt vorliegt –, die ASt erhalte eine Vorabinformation mit mehr Substanz, lässt sich aber nicht erkennen, dass sich ihre Zuschlagschancen allein dadurch verbesserten. Im Übrigen hat das als unzureichend bemängelte Vorabinformationsschreiben auch die Rechtsschutzmöglichkeiten der ASt nicht beeinträchtigt, da die ASt in der Lage war, ihre daran anschließenden Rügen bei der Ag anzubringen und nach deren Nichtabhilfemitteilung ihren Nachprüfungsantrag rechtzeitig zu stellen (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Dies gilt hier umso mehr, als die Ag schon deutlich vor dem Informationsschreiben vom 11. April 2018, nämlich mit ihrer ersten Vergaberüge vom 14. März 2018 sowie nochmals mit ihrem Schreiben vom 20. März 2018, mit dem sie die von der Ag nachträglich angeforderten Unterlagen und Nachweise übermittelte, näher dargelegt hat, die übrigen Bieter, insbesondere die Bg, seien mangels ausreichender Eigenpersonalstärke im Taucherbereich nicht leistungsfähig.

- c) Ihrer Rügeobliegenheit ist die ASt nur teilweise nachgekommen.

aa) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hinsichtlich ihrer zentralen Punkte, die Ag habe die Eignung der Bg bzw. der weiteren Bieter fehlerhaft bejaht bzw. die Bg sei jedenfalls auszuschließen, rechtzeitig nachgekommen. Sie hat diese Punkte auf die Mitteilung der Ag vom 11. April 2018 mit Schreiben vom 13. April 2017 binnen der Frist von 10-Kalendertagen gerügt. Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 17. April 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag vom 19. April 2018 binnen der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB erhoben.

Soweit die ASt erst im Nachprüfungsverfahren auf den Gegenvortrag der Ag hin bemängelt hat, die Bg habe ein unzulässiges „Konzept“ und damit ein nicht zugelassenes Nebenangebot abgegeben und sei bereits daher auszuschließen, sowie Dokumentationsmängel behauptet hat, bedurfte es hierfür keiner gesonderten Rüge mehr.

bb) Soweit dem Vortrag der ASt allerdings zu entnehmen ist, dass sie sich auch gegen die Aufhebungsentscheidung der Ag hinsichtlich des alten Vergabeverfahrens [...] wendet, kann sie mit einer entsprechenden Rüge nicht mehr gehört werden.

Dem Nachprüfungsantrag und insbesondere der Stellungnahme der ASt vom 7. Mai 2018 (insbesondere Seite 4) ist zu entnehmen, dass die ASt sich gegen die von der Ag mit Schreiben vom 20. März 2018 mitgeteilten Erwägungen richtet und den Vorwurf unangemessen hoher Preise in dem Angebot der ASt zur Vergabenummer [...] nach wie vor nicht nachvollziehen kann und für falsch hält. Dies habe die ASt erst anhand des Submissionsprotokolls der streitgegenständlichen Vergabeverfahren vom 22. Februar 2018 erkannt. Damit bezieht sich die ASt ersichtlich auf ihr als „Vergaberüge“ bezeichnetes Schreiben an die Ag vom 14. März 2018. Der Vortrag ist vor diesem Hintergrund als zusätzlicher Rügepunkt auch im Nachprüfungsverfahren zu verstehen.

Die ASt ist mit diesem Vorbringen allerdings nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Danach ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn

der Antragsteller den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen gerügt hat. Grundsätzlich hätte sich die ASt bereits gegen die Aufhebungsentscheidung vom Oktober 2017 wenden müssen, was sie nicht getan hat und daher mit ihrer Rüge am 14. März 2018 ohnehin zu spät gewesen ist. Selbst auf der Grundlage ihres Vorbringens im Nachprüfungsantrag aber, sie habe erst aus dem Preisspiegel der streitgegenständlichen Vergabeverfahren entnommen, dass ihr damaliges Angebot keineswegs unangemessen hoch gewesen sein könne, hat sie die Rügefrist von 10 Kalendertagen ersichtlich nicht eingehalten.

Das ergibt sich aus Folgendem: Die Submissionsprotokolle wurden der ASt ausweislich der Vergabeakte noch am 22. Februar 2018 per Fax übermittelt und sind ausweislich der Vergabeakte an diesem Tag auch bei ihr eingegangen. Die für ein Erkennen im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erforderliche tatsächliche sowie laienhafte rechtliche Erkenntnis, dass ein Vergaberechtsverstoß vorliege, war danach mit der Kenntnis der Protokolle gegeben. Dies trägt die ASt selbst vor. Es ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass bereits die Vergaberüge vom 14. März 2018 somit außerhalb der 10-Tagesfrist lag. Jedenfalls aber hat die ASt auf die diesbezügliche Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 20. März 2018 nicht binnen der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB von 15 Kalendertagen nach Eingang der Nichtabhilfemitteilung des Auftraggebers insoweit einen Nachprüfungsantrag gestellt. Dieser ging erst am 19. April 2018 bei der Vergabekammer ein und lag mithin hinsichtlich dieses Rügepunktes deutlich außerhalb der Frist der 15 Kalendertage.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise begründet.

Die Ag hat die Eignung der Bg, genauer deren Leistungsfähigkeit, fehlerhaft prognostiziert (a). Weitere Vergaberechtsverstöße sind nicht festzustellen (b). Soweit die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vorrangig begehrt, den Zuschlag unter Ausschluss der Bg zu erhalten, ist dem nicht zu folgen (c).

a) Der Ag sind bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg Beurteilungs- bzw. Prognosefehlern unterlaufen.

aa) Nach § 122 Abs. 1 GWB, § 6 Abs. 1 VOB/A-EU werden öffentliche Aufträge nur an geeignete Unternehmen vergeben. Geeignet ist ein Unternehmen nach § 122 Abs. 2 GWB, § 6 Abs. 2 VOB/A-EU, wenn es die dementsprechend vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Kriterien u.a. zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erfüllt.

(1) Die Ag hat in Ziff. 5.1 der für die Lose 1 und 2 insofern nahezu wortgleichen Leistungsbeschreibungen je zwei zwingend einzuhaltende Fertigstellungstermine vorgegeben. Ferner wurde vorgegeben, dass der Personaleinsatz wie die Anzahl der Tauchergruppen entsprechend dieser zwingenden Terminvorgaben vorzusehen sei. Ziff. III.2.3 der jeweiligen Auftragsbekanntmachung enthielt die Vorgabe, dass das einzusetzende Personal namentlich zu benennen und die Befähigungsnachweise beizubringen waren. Damit hat die Ag der Sache nach – und gemessen am Auftragsgegenstand (vgl. § 122 Abs. 4 GWB) sachgemäße – Kriterien vorgegeben, die ersichtlich dazu dienen sollten, die Leistungsfähigkeit der Bieter, nämlich ihre einschlägigen personellen Ressourcen sowie deren Befähigung zu prüfen, aber auch, ob der Personalansatz eines Bieters die Gewähr dafür bietet, den zwingend einzuhaltenden Terminplan erfüllen zu können.

Die Ag hat sich daher von der Bg mit Schreiben vom 15. März 2018 bzw. im Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 u.a. die Namen des einzusetzenden Personals und dessen Qualifikation darlegen bzw. nachweisen lassen. Die Bg hat – entsprechend den Angaben in ihrem Angebot, die Leistungen selbst auszuführen – hierzu das ihr zur Auftragsausführung verfügbare eigene Personal sowie die Zahl der pro Los einzusetzenden Tauchergruppen benannt. Die Angaben wurden dementsprechend im für die ASt im Hinblick auf § 15 Abs. Nr. 2 Satz 1 VOB/A-EU vertraulichen Protokoll des Aufklärungsgesprächs dokumentiert. Damit hatte die Ag die insofern relevanten Fakten ermittelt, die sie für die Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg im Besonderen zugrunde zu legen hatte.

Die Ag hat die Darlegungen der Bg ausweislich der Vermerke vom 5. April 2018 auch zutreffend zum Anlass genommen, die Leistungsfähigkeit der Bg unter dem Aspekt zu prüfen, ob mit dem von der Bg geplanten Tauchergruppeneinsatz die Leistungen in der ausgeschriebenen Zeit grundsätzlich erbracht werden können.

- (2) Soweit die ASt meint, den Vergabeunterlagen sei zu entnehmen, dass – wie im aufgehobenen Verfahren [...] – pro Los mindestens zwei Tauchergruppen einzusetzen seien, ist dem nicht zu folgen. Maßgebend sind vielmehr die bereits oben wiedergegebenen Vorgaben der nunmehr streitgegenständlichen Vergabeverfahren [...] und [...] unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts eines fachkundigen, objektiven Bieters.

Eine konkrete Mindestvorgabe für die Anzahl von Tauchergruppen pro Los, wie in dem aufgehobenen Vergabeverfahren [...], war in den Leistungsbeschreibungen der streitgegenständlichen Vergabeverfahren [...] und [...] gerade nicht mehr enthalten. Für einen mit diesen Vorgaben in den neuen Vergabeverfahren konfrontierten Bieter, der auch die anderslautenden Vorgaben im aufgehobenen Verfahren [...] kannte, ergab sich damit eine ausdrückliche Abkehr von konkreten Vorgaben für die Zahl der Tauchergruppen und damit die Erwartung des Auftraggebers, die Personalplanung orientiert an der Erreichung des zwingend vorgegebenen Terminplans auszurichten. In diesem Sinne hat der Auftraggeber den Bietern entsprechende Planungsmöglichkeiten eröffnet, die es aus Sicht der Bieter zu nutzen galt. Der Ag oblag es freilich, die von den Bietern zugrunde gelegte, namentlich zu benennende Personalplanung im Hinblick auf die zwingend vorgegebene Terminplanung daraufhin zu prüfen, ob der jeweilige Bieter dann auch die Gewähr bietet, den Auftrag damit erfüllen zu können.

Hätte die ASt die von ihr aufgezeigte Abweichung vom alten Vergabeverfahren als eigenständigen Vergaberechtsverstoß geltend machen wollen, so hätte sie dies jedenfalls gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfristen am 22. Februar 2018 rügen müssen, was sie

aber gerade nicht getan hat. Die ASt hat gar nicht geltend gemacht, dass sie sonst einen anderen Personalansatz angeboten hätte. Verspätet ist in diesem Zusammenhang schließlich das Vorbringen der ASt in der mündlichen Verhandlung, ein Mitarbeiter der Vergabestelle habe ihren Mitarbeitern gegenüber erwähnt, für eine ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten seien allein acht Schweißtaucher einzusetzen, man erwarte daher die Bildung von Bietergemeinschaften (wiederholt im nicht nachgelassenen Schriftsatz der ASt vom 17. Mai 2018 und im hilfsweisen Vorbringen der Stellungnahme vom 24. Mai 2018, überdies bestritten von der Ag im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18. Mai 2018). Selbst wenn also eine irgendwie geartete Äußerung in diese Richtung gefallen sein sollte, käme es auf ein solches Rügevorbringen mithin nicht mehr an, da es der ASt – wie ihr Vorbringen selbst ergibt – ersichtlich vor Angebotsabgabe bekannt gewesen ist, was sie bereits in ihrer ersten Vergaberüge vom 14. März 2018 vorgebracht hat, es sei vom Einsatz mindestens zweier Tauchergruppen wie beim aufgehobenen Verfahren [...] auszugehen.

bb) Der Prüfungsvorgang, mit dem die Ag die Eignung bzw. Leistungsfähigkeit der Bg prognostiziert hat, ist beurteilungsfehlerhaft erfolgt.

Um festzustellen, ob ein Bieter geeignet ist, hat der öffentliche Auftraggeber auf der Grundlage der ihm zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung verfügbaren Informationen eine in die Zukunft auf die mögliche Auftragsausführung gerichtete Prognose vorzunehmen. Nach § 16b Abs. 1 Sätze 1 und 2 VOB/A-EU hat der Auftraggeber die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet, was bedeutet, dass sie u.a. die erforderliche Leistungsfähigkeit besitzen müssen. Hierbei kommt dem öffentlichen Auftraggeber eine Einschätzungsprärogative zu, die von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt dahin überprüfbar ist, ob die Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Prognose fehlerfrei erfolgt ist. Dazu gehört insbesondere die Prüfung, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, ob der Auftraggeber den für die Prognose entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und seine Prognose auf der Grundlage sachgemäßer, willkürfreier Erwägungen

getroffen hat (vgl. zum eingeschränkt überprüfbareren Beurteilungsspielraum bei der materiellen Eignungsprüfung: Dittmann, in: Kulartz u.a. (Hrsg.), Kommentar zur VgV, 2017, § 57 Rdnr. 120 mwN).

Diesen Anforderungen wird die in den Vergabeakten dokumentierte Prüfung der Ag nicht gerecht.

- (1) Abzustellen ist hierfür auf die in den Vergabeakten enthaltene Dokumentation in den Vermerken vom 5. April 2018, die auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Soweit die Ag mit ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18. Mai 2018 nach Schluss der mündlichen Verhandlung die nachträglich erstellten Vermerke vom 16. Mai 2018 eingereicht hat, in denen sie eine neue Eignungsprüfung für die Lose 1 und 2 dokumentiert hat, berücksichtigt die Kammer dieses verspätete Vorbringen nicht mehr maßgeblich, da es wegen Verstoßes gegen das Beschleunigungsgebot des § 167 Abs. 2 GWB zurückzuweisen ist. Gleiches gilt für die nicht nachgelassenen Schriftsätze, die die Verfahrensbeteiligten nach Schluss der mündlichen Verhandlung angebracht haben. Eine Ausnahme bilden die von der Kammer begrenzt auf die von der Ag verspätet vorgelegten Vermerke vom 16. Mai 2018 unter ausdrücklicher Fristsetzung ermöglichten Stellungnahmen der Bg vom 23. Mai 2018 und ASt vom 24. Mai 2018, soweit sie in verfahrensrechtlicher Hinsicht relevant waren.

Der Beschleunigungsgrundsatz verlangt von allen Verfahrensbeteiligten eine auf raschen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens bedachte Mitwirkung an der Aufklärung. Dies gilt auch für etwaige Nachbesserungen, die ein Auftraggeber im Rahmen des ihm im Hinblick auf das Vergabeverfahren grundsätzlich zustehenden Verfahrensermessens unternimmt. Insofern ist hier maßgeblich zu berücksichtigen, dass die Prognose der Leistungsfähigkeit der Bg mit grundlegenden Beurteilungsfehlern behaftet ist, die unabhängig von den Erwägungen in den neuen Vermerken vom 16. Mai 2018 bereits den in den Vermerken vom 5. April 2018 dokumentierten Erwägungen zugrunde lagen.

Vor diesem Hintergrund sieht die Kammer auch in den neuen Vermerken vom 16. Mai 2018 keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Diese soll sich nach § 166 Abs. 1 Satz 1 GWB auf einen Termin beschränken. Eine Ausnahme, die zu einer Wiedereröffnung führen könnte, kann sich dann ergeben, wie das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 2015 (Az.: VII-Verg 24/15) betont hat, wenn die Kammer von Amts wegen nach Schluss der mündlichen Verhandlung Vergaberechtsverstöße erkennt, auf die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht hingewiesen worden ist und auf eine Wiederaufnahme der mündlichen Verhandlung seitens der Beteiligten auch nicht verzichtet wurde. So liegt der Fall hier gerade nicht, da die Ag weder eine formale Zurückversetzung der Prüfung in die Wertungsphase vorgenommen noch materiell in den Vermerken vom 16. Mai 2018 eine umfassende Abhilfeentscheidung vorgenommen hat. Vielmehr werden grundlegende Beurteilungsfehler aus den Vermerken vom 5. April 2018, die bereits Gegenstand des Termins der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 2018 waren, nicht beseitigt. Dies belegen auch die auf Anhörung der Kammer zu den Vermerken vom 16. Mai 2018 eingegangenen Stellungnahmen, maßgeblich die der ASt.

- (2) Im Einzelnen ergeben sich im Hinblick auf die in den Vermerken vom 5. April 2018 dokumentierte Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg folgende Beurteilungsfehler:
 - (a) Die Ag ist bei ihrer Prüfung von einer ausgeschriebenen Bauzeit von zunächst 83 Wochen in den Vermerken vom 5. April 2018 ausgegangen, womit sie sich auf den gesamten Zeitraum bis Ende November 2019 (für Los 1) bzw. bis Ende Oktober 2018 (für Los 2) bezogen hat. Diese Herangehensweise ignoriert die von der Ag in ihren Leistungsbeschreibungen für Los 1 und Los 2 unter Ziff. 5.1 als zwingend einzuhalten vorgegebenen zwei Fertigstellungsfristen, nämlich für die ersten [...] Tragpfähle bis zum 15. Dezember 2018 (für Los 1 bzw. Los 2 gleich) und für die zweiten [...] Pfähle bis zum 30. November 2019 (Los 1) bzw. für Los 2 für die zweiten [...] Pfähle bis zum 31. Oktober 2018.

Diese von der Ag vorgegebene Aufteilung bedingt, dass einem Auftragnehmer jeweils für die ersten [...] Pfähle jedenfalls weniger Zeit bleibt als für die restlichen [...] Pfähle (für Los 1) bzw. [...] Pfähle (für Los 2). Das erschließt sich schon auf der Grundlage des von der Ag ursprünglich geplanten Vorgehens. Danach soll Baubeginn spätestens 15 Werktagen nach Zugang des Auftragschreibens gem. Ziff. 1.1 der besonderen Vertragsbedingungen sein, geplanter Vertragsbeginn war nach Ablauf der Bindefrist am 23. April 2018 (vgl. Vergabevermerke, Formular 331, vom 22. März 2018). Zu berücksichtigen ist nach den Vorgaben der Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibungen ferner, dass in den letzten beiden Juniwochen jeden Jahres von einer vollständigen Unterbrechung der Arbeiten für bis zu 12 Werktagen auszugehen ist. Damit verbleiben schon nach dem ursprünglichen Plan der Ag für die Fertigstellung von [...] Pfählen lediglich rund sieben bis acht Monate. Die bis zum 30. November 2019 zwingend fertigzustellenden weiteren [...] Tragpfähle verteilen sich, bereits unter Abzug der Unterbrechungszeiten im Juni 2019 von ungefähr einem halben Monat, nämlich auf rund elf Monate. Diesem Umstand trägt die Ag bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg in den Vermerken vom 5. April 2018 keine Rechnung.

Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn man hilfsweise die Vermerke vom 16. Mai 2018 heranzöge. Hier hat die Ag zwar für die Lose 1 und 2 separate Erwägungen aufgestellt und nicht wie in den Vermerken vom 5. April 2018 die Erwägungen maßgeblich an Los 1 orientiert, während es im Vermerk für Los 2 – auch dies per se grundlegend fehlerhaft – an einer konkreten Abschätzung für das Los 2 aber gerade fehlt. Allerdings enthält auch der neue Vermerk vom 16. Mai 2018 für Los 2 keine auf die zwei Bauabschnitte bezogene Eignungsprüfung. Der einzige, allerdings unwesentliche Unterschied besteht darin, dass in den Vermerken vom 16. Mai 2018 nun ohne dort ersichtliche nähere Begründung ein Zeitraum für Los 1 von 79 Wochen und für Los 2 von 74 Wochen als Ausgangspunkt ausgewiesen wird.

Damit berücksichtigt die Ag weder in den Vermerken vom 5. April 2018 noch in den neuen Vermerken vom 16. Mai 2018 die von ihr selbst aufgestellten eignungsrelevanten Vorgaben, die gerade einen differenzierten Arbeits- und Personalaufwand bedingen, nicht. Für eine sachgemäße Prognose wäre es allerdings darauf angekommen, dass die Ag ihre Abschätzung unter Berücksichtigung des von der Bg im Aufklärungsgespräch pro Los benannten Personalansatzes im Hinblick auf die zwingend einzuhaltenden Fertigstellungstermine abstellt und nicht nur pauschal auf die Gesamtzeit. Denn es ist nach den von der Ag selbst vorgegebenen zwingenden Fertigstellungsterminen, auf die die Personalplanung sowie der Tauchereinsatz abzustimmen sind, nicht auszuschließen, dass eine Abschätzung unter Berücksichtigung des von der Bg angebotenen Personalansatzes zu differenzierten Ergebnissen gelangen kann als bei einer pauschalierenden Betrachtungsweise der gesamten Bauzeit. Dies ist auch den Angaben unter Ziff. 5.1 der insoweit gleichlautenden Leistungsbeschreibungen immanent. Die Ag weist darin selbst nur darauf hin, dass für eine termingerechte Durchführung der Arbeiten lediglich durchschnittlich [...] Pfähle pro Monat fertigzustellen sind.

- (b) Soweit die Ag für ihre Abschätzung in den Vermerken vom 5. April 2018 abschließend berücksichtigt hat, es seien nicht alle ausgeschriebenen Arbeiten zwingend von Tauchern zu bearbeiten, ist sie nur unter Annahme, „dass 15% der kalkulierten Stunden nicht durch Tauchergruppen erbracht werden“, zu einer Bauzeit von jedenfalls weniger als 83 Wochen gelangt. Warum gerade von einem Satz von 15% auszugehen ist, erschließt sich aus dem Vermerk nicht. Es ist auch nicht schlüssig erklärt, welches Personal nach diesem Ansatz die nicht durch die Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten erbringen soll, obgleich die Ag allein die von der Bg geplante Anzahl der Tauchergruppen zugrunde legt. ASt und Ag haben überdies in der mündlichen Verhandlung auf Frage der Kammer ausgeführt, dass ungefähr die Hälfte der ausgeschriebenen Arbeiten pro Los allein Unterwasserschweißarbeiten sind. In der verbleibenden Hälfte finden sich ausweislich des in Ziff. 2.3 der

Leistungsbeschreibungen für die Lose 1 und 2 definierten Leistungsumfangs allerdings noch etliche weitere Unterwasserarbeiten, aber auch einige Arbeiten, die nicht unter Wasser auszuführen sind. Der genaue prozentuale Anteil von Arbeiten, die nicht unter Wasser bzw. von Tauchern auszuführen ist, wurde allerdings von der Ag für die Zwecke der Prüfung nicht ermittelt bzw. in den Vermerken nicht dokumentiert. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung insofern von einer konservativen Annahme gesprochen, die nicht näher belegt ist.

Betrachtet man hilfsweise die neuen Vermerke vom 16. Mai 2018, so hat die Ag den Wert anhand der Angebotsangaben der Bg konkretisiert. Auch diese Vermerke beinhalten aber zumindest noch behebbare Unklarheiten. Die Bg hat angeboten, die Arbeiten im eigenen Betrieb auszuführen und dementsprechend mit eigenem Personal zu erbringen. Darauf bezieht sich somit auch die kalkulierte Gesamtstundenzahl, die die Ag ihrer Abschätzung zugrunde gelegt hat. Wenn die Ag dort für Arbeiten, die *„nicht...zwingend mit Tauchern bearbeitet werden müssen“*, von der kalkulierten Gesamtstundenzahl einen Abschlag vornimmt, ginge aber auch aus der neu dokumentierten Eignungsprognose – auch unter Berücksichtigung der folgenden Erwägungen zu (c) bis (e) – nicht schlüssig hervor, dass die Bg für den Fall der Auftragsdurchführung tatsächlich über das zusätzliche eigene Personal verfügt, das nicht bereits für Taucher- bzw. Unterwassereinsätze vollumfänglich einkalkuliert wurde.

- (c) Unsachgemäß ist des Weiteren der von der ASt für ihre Abschätzung gewählte Ausgangspunkt für die Arbeitszeit bei 10 Arbeitsstunden pro Tag und fünf Arbeitstagen die Woche. Auf diesen Ansatz bezieht sich jeweils der von der Ag näher ermittelte Abzug für die Arbeiten, die *„nicht zwingend mit Tauchern bearbeitet werden müssen“*. Nachvollziehbar und sachgemäß ist dieser Arbeitszeitansatz nicht. Denn die Vermerke vom 5. April 2018 reflektieren nicht, ob es sich bei diesem Arbeitszeitansatz, die die Ag für den gesamten Bauzeitraum von rund anderthalb Jahren zugrunde legt, um eine den arbeitszeitrechtlichen Maßgaben des § 3 ArbZG gemäße Annahme handelt. Danach beträgt die regelmäßige

Arbeitszeit acht Stunden pro Werktag, auf zehn Stunden kann sie nur verlängert werden, wenn sie innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Es ist nicht ersichtlich, dass der Ansatz der Ag diese Maßgaben über die veranschlagte Zeit der Leistungserbringung von rund anderthalb Jahren berücksichtigt hat.

Hilfsweise sei hinzugefügt, dass sich zwar in den Vermerken vom 16. Mai 2018 eine Bezugnahme auf Erwägungen zu einem Erfahrungswert [...] (aufgrund einer bisherigen Tätigkeit der ASt für die Ag) findet. Diese ist aber zu unspezifisch und lässt nicht schlüssig erkennen, ob es sich um arbeitnehmerindividuelle, realistische und arbeitszeitrechtlich zulässige Arbeitszeiten handelt oder lediglich eine pauschale Annahme, in welchem Zeitraum auf der Baustelle regelmäßig (u.U. von verschiedenen Arbeitnehmern und Tauchergruppen) gearbeitet wurde.

- (d) Die Vorgehensweise der Ag (weder in den Vermerken vom 5. April 2018 noch – hilfsweise betrachtet – in denen vom 16. Mai 2018) berücksichtigt ferner nicht, dass die von der Bg nach ihrem Angebot eingeplanten bei ihr festangestellten Taucher bzw. Schweißtaucher während der Bauzeit krankheits- oder urlaubsbedingt ausfallen können. Dies hat die Ag bezüglich der Vermerke vom 5. April 2018 in der mündlichen Verhandlung auch nicht in Abrede gestellt. Es ist unrealistisch und damit beurteilungsfehlerhaft, davon auszugehen, dass es bei dem für die Abschätzung zu berücksichtigenden, im Aufklärungsgespräch – wie schon in der Auftragsbekanntmachung gefordert – namentlich benannten Eigenpersonal der Bg über einen derart langen Zeitraum nicht zu entsprechenden Ausfallzeiten kommen wird. Zwar kann ein Auftraggeber grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Auftragnehmer derartige Ausfälle in seiner Personalplanung selbst berücksichtigt hat. Bei einer derart zwingenden Vorgabe der Leistungsbeschreibung und im Hinblick auf die ausgeschriebenen spezifischen Bauleistungen, für deren termingerechte Umsetzung essentiell ist, dass die einzusetzenden Tauchergruppen regelmäßig einsatzfähig sind, ist es nicht sachgemäß, diesen Aspekt bei der ei-

genständigen Eignungsprüfung der Ag unberücksichtigt zu lassen. Vielmehr obliegt es der Ag im Rahmen der für die Durchführung der Eignungsprognose erforderlichen Aufklärung zu ermitteln, ob die Personalplanung des Bieters die fristgerechte Leistungserbringung realistisch Weise zulässt. Hierzu hätte die Ag zumindest Erfahrungswerte des Bieters zu solchen Ausfallzeiten unter Berücksichtigung der konkret benannten personellen Ressourcen bzw. der konkret eingeplanten Anzahl von Tauchergruppen und etwaig vorhandenen Ersatzpersonals im Rahmen der Prüfung plausibilisieren müssen. Dies umso mehr, als die Einsatzfähigkeit einer Tauchergruppe aus drei Personen (gemäß § 9 Abs. 2, 3 der von der Ag vorgelegten DGUV Vorschrift 40 (Anlage [...])) bereits durch den Ausfall einer Person aufgehoben wird.

- (e) Es kommt des Weiteren hinzu, dass die Ag im Ergebnis ihrer Abschätzung in den Vermerken vom 5. April 2018 zudem davon ausgeht, dass die Bg im nicht näher konkretisierten Bedarfsfall eine Personalaufstockung durch freiberufliche Taucher vorsehe.

Die Bg hat im Vorfeld des Aufklärungsgesprächs Angaben zu freien Tauchern, die nicht bei ihr beschäftigt und mithin als Nachunternehmer einzuordnen sind, erst auf entsprechende Aufforderung der Ag gemacht und sogar bereits Befähigungsnachweise für diese beigebracht.

Im Protokoll des Aufklärungsgesprächs vom 22. März 2018 wurde von der Ag eine *„Mögliche Aufstockung durch freiberufliche Mitarbeiter/Taucher (Nachweise liegen vor) mit Vertrag auf Stundenlohnbasis (Dienstvertrag): ...“*, festgehalten, ohne dass irgendeine Einschränkung hinsichtlich des „Bedarfsfalls“ dokumentiert wurde. Diese freiberuflichen Taucher waren indes im Rahmen der Eignungsprüfung des Angebots der Bg nicht berücksichtigungsfähig. Die Bg hat in ihren Angaben ausdrücklich die Eigenausführung angeboten und dementsprechend in den Formblättern 235 ihrer Angebote zu Los 1 und 2 jeweils keine Taucherarbeiten bzw. Schweißtaucherarbeiten als Nachunternehmer-Leistungen benannt. Dies hat die Ag auch so in den jeweiligen Vergabevermer-

ken für Los 1 bzw. Los 2 vom 12./16./22. März/9. April 2018 zu den Angeboten der Bg dokumentiert. Die Angebote der Bg enthalten insoweit keine Unklarheiten.

Dennoch hat die Ag den Einsatz der freiberuflichen Taucher ausweislich der Vermerke vom 5. April 2018 im Zuge der Eignungsprüfung ausdrücklich im nicht näher konkretisierten „Bedarfsfall“ berücksichtigt. Erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens wurde schriftsätzlich vorgetragen, dass die Bg vorsorglich freiberufliche Taucher benannt habe, um für den Fall außergewöhnlicher, vom Bieter nicht zu vertretender Ereignisse im Hinblick auf § 4 Abs. 8 VOB/B durch die Ag genehmigungsfähige Nachunternehmer vorzuhalten, damit keine Verzögerung des vorgegebenen Zeitplanes eintritt. Dafür, dass der Ag diese Einschränkung tatsächlich bei der Eignungsprüfung bewusst war, bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Dagegen spricht bereits die ausdrückliche Berücksichtigung, so dass im Ergebnis jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass beurteilungsfehlerhaft ein in unzulässiger Weise um nicht angebotene Nachunternehmerleistungen erweitertes Angebot der Bg bei der Eignungsprüfung herangezogen wurde.

In den – hier hilfsweise betrachteten – Vermerken vom 16. Mai 2018 findet sich diese Erwägung zwar nicht mehr als ausdrücklicher Berücksichtigungspunkt bei der Abschätzung, sondern im Rahmen des Fazits. Ausweislich der dortigen Formulierungen ist diese Erwägung allerdings nach wie vor für die endgültige Entscheidung der Ag, dass *„eine ordnungsgemäße Umsetzung der Maßnahme ... somit erwartet werden“* kann, mit ausschlaggebend gewesen. Zwar ist diesem Fazit der Ag auch zu entnehmen, dass sie ihre Erwägungen zu dieser Personalaufstockung „im Bedarfsfall“ beispielhaft auf unvorhergesehene Ereignisse bezieht (*„z.B. bei unvorhergesehenen Ereignissen“*). Daraus erschließt sich aber gerade nicht, dass die Ag diese Erwägungen ausschließlich hilfsweise bzw. vorsorglich aufgenommen hat. Diese ausdrücklich nur beispielhafte Aufzählung der Bedarfsfälle zeigt, dass die Ag den Aspekt der Personalaufstockung „im Bedarfsfall“ nicht näher eingegrenzt hat.

- (f) Alles in allem stellt die Berücksichtigung der Personalaufstockung um freie Taucher, mithin Nachunternehmer, durch die Ag somit bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg nicht nur einen Beurteilungsfehler, sondern in der Sache auch einen Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot nach § 15 Abs. 3 VOB/A-EU dar. Die Ag hat ausweislich des Vortrags von Bg und Ag die Bg aufgefordert, Nachunternehmer vorsorglich zu benennen, die Bg hat hierzu entsprechende Angaben gemacht. Damit wurden für die Prüfung der Leistungsfähigkeit – wie festgestellt – sachfremde Kriterien berücksichtigt. Dies ergibt sich nicht nur ausdrücklich aus der in den Vermerken der Ag vom 5. April 2018 dokumentierten Eignungsprüfung, sondern auch noch aus der erst im Lichte der mündlichen Verhandlung verspätet nachgebesserten, hier lediglich hilfsweise betrachteten Vermerken vom 16. Mai 2018, in denen unverändert auf die Möglichkeit des Einsatzes freier Taucher im „Bedarfsfall“ im Rahmen des Prüfungsfazits abgestellt wird. Für eine unzulässige Berücksichtigung der Aufstockung des Eigenpersonals durch freie Taucher seitens der Ag in der Eignungsprüfung spricht schließlich auch der Wortlaut des Protokolls des Aufklärungsgesprächs vom 22. März 2018, in dem die Ag eine *„Mögliche Aufstockung durch freiberufliche Mitarbeiter/Taucher (Nachweise liegen vor) mit Vertrag auf Stundenlohnbasis (Dienstvertrag): ...“* festgehalten hat.

Unerheblich ist, dass die Bg erklärt – und auch angeboten hat – sie wolle die Leistungen nur mit ihrem eigenen Personal erbringen. Bereits der Umstand, dass die Bg sich auf die Anfrage der Ag eingelassen und die Ag das so modifizierte Angebot ihrer Prüfung zugrunde gelegt hat, genügt, der Bg jedenfalls einen unzulässigen Vorteil im Hinblick auf die Eignungsprüfung zu verschaffen.

Vor diesem Hintergrund ist auch nicht auszuschließen, worauf die ASt in der mündlichen Verhandlung ergänzend hingewiesen hat, dass die Ag die Eignungsprüfung der Bg nach der Empfehlung im Vergabevermerk vom 22. März 2018, der Bg den Zuschlag zu erteilen, nicht mehr unvoreingenommen durchgeführt hat. Die ASt hat sich insofern darauf gestützt, dass das Formular 331 „Vergabevermerk – Entscheidung über

den Zuschlag“, in dem, jeweils für Los 1 und Los 2, am Ende der Zuschlag an die Bg empfohlen wird, bereits auf den 22. März 2018, das Datum des Aufklärungsgesprächs, datiert ist, während die Eignungsprüfung ausweislich des Prüfvermerks vom 5. April 2018 erst später stattgefunden habe.

Gemäß § 16b Abs. 2 VOB/A-EU kann bei offenen Verfahren wie den streitgegenständlichen Vergabeverfahren die Eignungsprüfung abweichend von der Regel des § 16b Abs. 1 VOB/A-EU nach der Prüfung der Angebote erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass die anschließende Prüfung der Einhaltung der Eignungsanforderungen unparteiisch und transparent erfolgt.

Die Ag hat die Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg hier ausweislich des Vergabevermerk-Formulars 331 vom 22. März 2018 im Anschluss an die inhaltliche Prüfung der preislichen Zuschlagskriterien vorgenommen. Denn dem Formular 331 hängt bereits die Wertungsübersicht über die Angebote in preislicher Hinsicht an, die bereits auf den 16. März 2018 datiert ist. Diese vorgezogene Wertung mag angesichts des einzigen Zuschlagskriteriums Preis möglich sein. Da die Ag bei der nachfolgenden Prüfung der Leistungsfähigkeit vom 5. April 2018 allerdings die von der Bg – aus welchen Gründen auch immer – abgeforderten Angaben zu den freien Tauchern als vorsorglich mögliche Personalaufstockung berücksichtigt hat, hat sie damit aber auch keine den Grundsätzen des § 97 Abs. 1, 2 GWB gemäße Eignungsprüfung durchgeführt. Ohne dass damit der Ag unterstellt werden soll, sie habe absichtlich von den Maßgaben eines chancengleichen Vergabewettbewerbs abweichen wollen, war jedenfalls in der Sache eine von § 16b Abs. 2 VOB/A-EU geforderte Unparteilichkeit der nach der Prüfung der preislichen Zuschlagskriterien durchgeführten Prüfung der Eignung bzw. Leistungsfähigkeit der Bg nicht mehr gewährleistet.

An diesem Befund ändert es daher nichts, dass – worauf die Ag in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat – letztlich erst der zentrale

Vergabevermerk vom 12./16./22. März/9. April 2018, der auch den Formularvermerk 331 und die preisliche Wertungsübersicht vom 16. März 2018 einbezieht, die endgültige Zuschlagsempfehlung an die Bg für beide Lose enthielt. Dieser Vermerk – wie auch der Formularvermerk 331 – enthalten seitens der Ag einen Zustimmungsvermerk, der erst vom 10. April 2018 datiert. Fehlerhaft ist hier aber die Prognose, für die die Ag – wie festgestellt – Kriterien zugunsten der Bg berücksichtigt hat, die sie nicht hätte berücksichtigen dürfen – und die die Bg auch nicht zum Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 hätte benennen dürfen.

cc) Nach allem ist festzustellen, dass die Ag bei ihrer Prognose der Leistungsfähigkeit der Bg fehlerhaft vorgegangen ist.

b) Weitere von der ASt behauptete Vergaberechtsverstöße sind nicht festzustellen. Die Bg hat kein unzulässiges Nebenangebot abgegeben und ist daher auch nicht nach § 16 Nr. 5 VOB/A-EU auszuschließen (aa). Es liegen auch keine weiteren Ausschlussgründe im Hinblick auf die Bg vor (bb).

aa) Die Bg ist nicht nach § 16 Nr. 5 VOB/A-EU auszuschließen, weil sie, anders als die ASt meint, kein unzulässiges Nebenangebot abgegeben hat.

Ein Nebenangebot liegt vor, wenn ein Bieter jedenfalls in technischer Hinsicht eine andere Lösung anbietet, als in den Vergabeunterlagen vorgesehen (vgl. Franke/Klein, in: Franke/Kemper u.a. (Hrsg.), VOB Kommentar, 6. Aufl. 2017, § 8 VOB/A-EU, Rdnr. 19).

Die Ag hat in den Vergabeunterlagen für die Lose 1 und 2 ausweislich der Aufforderungen zur Abgabe eines Angebotes (Formblatt 211EU, Ziff. 5.1) keine Nebenangebote zugelassen. Die Bg hat mit ihren Angeboten für die Ausschreibungen zu Los 1 und 2 kein unzulässiges Nebenangebot abgegeben.

Die ASt stützt ihre Ansicht maßgeblich darauf, dass – nach dem Vortrag der Ag – die Bg mit ihrem Angebot ein „Konzept“ unterbreitet habe. Die Ag

hat hierzu in der mündlichen Verhandlung erklärt, sie habe mit dem Termin „Konzept“ lediglich die Darlegungen der Bg im Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 über die geplante Art der Durchführung umschreiben wollen. Der Aufklärung sei zu entnehmen gewesen, dass die Bg die Unterwassereinsatzzeiten reduziert habe, ohne aber die zwingend unter Wasser auszuführenden Arbeiten über Wasser auszuführen. Ein gesondertes, insbesondere schriftliches Konzept habe die Bg nicht eingereicht. Derartiges ist den in den Vergabeakten enthaltenen Angeboten der Bg zu Los 1 und 2 in der Tat nicht zu entnehmen, worauf die Kammer in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat.

Es ist nicht ersichtlich, dass sich aus den Angeboten der Bg technisch abweichende Lösungen ergeben hätten, die in der Sache Nebenangebote wären.

Die Bg hat mit ihren Angeboten die vorgeschriebenen Leistungsverzeichnisse bepreist und unterzeichnet abgegeben. Anhaltspunkte dafür, dass sie damit von den Vorgaben in Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis abgewichen ist, sind nicht erkennbar. Die Bg hat plausibel zu Protokoll erklärt, dass sie für die Erstellung ihres Angebots bestimmte Arbeitsabläufe bei vorbereitenden Arbeiten optimiert habe, um so das Tauchpersonal bei den Unterwasserarbeiten effizienter einsetzen zu können. Dies hat die Bg der Kammer vorab – zur Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse unter Ausschluss der ASt – im Einzelnen konkret und nachvollziehbar erläutert. Diese Erläuterungen decken sich im Ergebnis mit der Protokollerklärung der Bg.

Mit der Protokollerklärung der Bg ist schlüssig nachzuvollziehen, dass die Angebote der Bg zu Los 1 und Los 2 den in Ziff. 2.3 der jeweiligen wortgleichen Leistungsbeschreibungen vorgegebenen Leistungsumfang abbilden. Danach sind zwar die meisten der vorgegebenen Arbeiten „unter Wasser“ auszuführen, maßgeblich die Schweißarbeiten. Allerdings enthält der in Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibungen definierte Leistungsumfang zu den einzelnen unter Wasser auszuführenden Arbeiten ausdrücklich auch vorbereitende Arbeiten (z.B. „...*liefern und unter Wasser einbauen*“), die somit

notwendigerweise außerhalb des Wassers stattfinden. Es ist nachvollziehbar, dass danach Teile der Arbeiten mit vorbereitendem Charakter außerhalb des Wassers ausgeführt werden und Möglichkeiten eröffnet werden, um die unter Wasser auszuführenden Hauptarbeiten zu erleichtern bzw. zu beschleunigen, ohne damit die von Tauchern unter Wasser auszuführenden Arbeiten zu verlagern. Bg und Ag haben dies in der mündlichen Verhandlung gegenüber der ASt hinreichend umschrieben, indem sie angegeben haben, die Bg habe durch „geschickten Personaleinsatz“ bzw. den Einsatz spezifischer Werkzeuge die Arbeitsabläufe optimiert.

Vor diesem Hintergrund liegt der Ausschlussgrund nach § 16 Nr. 5 VOB/A-EU nicht vor.

bb) Anders als die ASt meint, ist die Bg auch nicht nach § 16 Nr. 4 VOB/A-EU auszuschließen. Danach sind Angebote auszuschließen, bei denen ein Bieter Nachweise, deren Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vorgelegt hat. Die ASt geht davon aus, die Bg habe keine ausreichenden personellen Ressourcen, woraus sie den Schluss zieht, dass sie auch die von der Ag mit Schreiben vom 15. März 2018 geforderten Nachweise nicht habe beibringen können.

Die Bg hat die von der Ag mit Schreiben vom 15. März 2018 von der ASt angeforderten Befähigungsnachweise für das eingesetzte Personal aber fristgerecht vorgelegt.

(1) Die Befähigungsnachweise waren nach den Vorgaben der Auftragsbekanntmachungen (Ziff. III.2.3) sowie der jeweiligen Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (Ziff. 3.2) auf Verlangen vorzulegen. Die Ag hat mit ihrem Schreiben vom 15. März 2018 zur Vorlage bis zum 22. März 2018 für beide Lose aufgefordert. Die Bg hat dementsprechend mit Schreiben vom 20. März 2018, bei der Ag ausweislich der Vergabeakten am 22. März 2018 (Datumsstempel auf den jeweiligen Schreiben) eingegangen, für beide Lose die Befähigungsnachweise [...] geliefert und zwar für das gesamte ausweislich des in den Vergabeakten befindlichen Protokolls

des Aufklärungsgesprächs zwischen Ag und Bg vom 22. März 2018 angegebene eigene Personal. Darüber hinaus wurden auch die [...]zeugnisse und einzelne [...]bescheinigungen für Personen übersandt, die ausweislich des Protokolls des Aufklärungsgesprächs als freie Taucher aufgeführt werden.

Damit hat Bg in jedem Fall die angeforderten Nachweise für das Eigenpersonal fristgemäß beigebracht. Dass darüber hinaus bei der Vorlage Freiberufler-Nachweise dabei waren, ist jedenfalls für die Frage der rechtzeitigen Vorlage der Nachweise für das Eigenpersonal der Bg unerheblich.

- (2) Die fristgemäße Vorlage der Befähigungsnachweise im Schreiben der ASt vom 20. März 2018 wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass ausweislich der Vergabeakten einzelne [...]Prüfbescheinigungen, die laut Protokoll des Aufklärungsgesprächs dem Eigenpersonal der Bg zuzuordnen sind, ein bereits abgelaufenes Gültigkeitsdatum aufwiesen. Die Bg hat ihrem Schreiben an die Ag vom 20. März 2019 hierzu eine Erklärung des Ausstellers der Prüfbescheinigungen vom 19. März 2018 beigefügt, worin dieser bestätigt, ein falsches Gültigkeitsdatum eingetragen zu haben, gleichzeitig das richtige, deutlich in der Zukunft liegende Gültigkeitsdatum mitteilt und eine korrigierte Übersendung ankündigt. Gleichzeitig wurde vom Aussteller dieser Befähigungsnachweise bestätigt, dass die betroffenen Personen die den Befähigungsnachweisen zugrunde liegenden Lehrgänge [...] erfolgreich absolviert haben. Damit hat die Bg die geforderten Nachweise fristgemäß der Ag vorgelegt. Die lediglich in den Nachweisen offenkundig ausstellerseitig falsch eingetragenen Gültigkeitsdaten waren von der Bg überdies nicht zu vertreten. Durch die mit vorgelegte Erklärung des Ausstellers der Nachweise vom 19. März 2018 war das richtige Gültigkeitsdatum der betroffenen Nachweise zudem ersichtlich. Das genügt den Anforderungen an eine fristgemäße Vorlage im Sinne des § 16 Nr. 4 VOB/A-EU.

Die Ag hat die diesbezüglich korrigierten Nachweise zudem mit E-Mail vom 20. April 2018 „kurzfristig, möglichst bis kommenden Montag“ (dem

23. April 2018) nachgefordert. Die Bg hat, soweit es korrigierte Nachweise ihres eigenen Personals betraf, diese ausweislich der Vergabeakten auch noch am 20. April 2018 der Ag per E-Mail übermittelt.

cc) Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung zudem aufgeklärt, dass die mit den Angeboten der Bg sowie der ASt eingereichten Nachweise für die Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten gemäß Ziff. II.2.14, III.2.2 der Auftragsbekanntmachungen bzw. Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibungen für Los 1 bzw. Los 2 den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entsprechen und insofern kein Ausschlussstatbestand nach § 16 Nr. 2, § 13 Nr. 5 VOB/A-EU verwirklicht ist.

Ziff. 5.4.1 der jeweiligen Leistungsbeschreibung gibt vor, es sei eine verantwortliche Schweißaufsichtsperson „*in Funktion eines Schweißtechnikers oder Schweißfachingenieurs*“ namentlich zu benennen.

Die Bg hat ihren Angeboten den Nachweis für eine entsprechende Herstellerqualifikation beigefügt, zu denen sie jeweils in einer Erklärung zum Angebot angegeben hat, die darin benannte Schweißaufsichtsperson sei kein Schweißtechniker oder Schweißingenieur. Diese Person sei aber aufgrund langjähriger Berufserfahrung anerkannt worden.

Auch die ASt hat mit ihren Angeboten einen entsprechenden Nachweis vorgelegt, aus dem hervorgeht, dass die als Schweißaufsicht benannte Person aufgrund ihrer langjährigen Berufserfahrung im Unterwasserschweißen als Schweißaufsichtsperson anerkannt werde.

Aus diesen Nachweisen/Erklärungen von Bg und ASt folgt keine Abweichung von der Vorgabe, es sei eine verantwortliche Schweißaufsichtsperson „*in Funktion*“ eines Schweißtechnikers oder Schweißfachingenieurs namentlich zu benennen. Die Leistungsbeschreibung fordert nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont nicht, dass die Schweißaufsichtsperson ein Schweißtechniker oder Schweißingenieur ist, sondern nur, dass die Schweißaufsichtsperson in entsprechender Funktion zu be-

nennen ist. Hier ergaben bereits die von Bg und ASt beigebrachten Nachweise bzw. Erklärungen für die Herstellerqualifikation, dass die Schweißaufsichtspersonen aufgrund der langjährigen Berufserfahrungen anzuerkennen sind und somit der von der Ag geforderten „Funktion“ augenscheinlich gleichwertig sind. Dies hat die Ag in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage der Kammer bestätigt.

- c) Im Hinblick auf die bisherigen Feststellungen unbegründet ist der Nachprüfungsantrag der ASt, soweit sie vorrangig (im Hauptantrag) begehrt, die Ag sei zu verpflichten, der ASt unter Ausschluss der Bg den Zuschlag zu erteilen.

Nach dem Vorstehenden ist es im Hinblick auf § 168 Abs. 1 GWB zur Gewährleistung eines wettbewerbskonformen Vergabeverfahrens bzw. einer wettbewerbskonformen Auftragserteilung gemäß § 97 Abs. 1, 2 GWB vielmehr geboten, den beabsichtigten Zuschlag an die Bg für die Lose 1 und 2 zu untersagen. Die Ag wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Eignungsprüfung ohne Berücksichtigung der von der Ag angeforderten und von der Bg als Nachunternehmer benannten freien Taucher unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu wiederholen und gemäß den Vorgaben der § 20 VOB/A-EU iVm § 8 VgV zu dokumentieren haben. Soweit in diesem Rahmen die Leistungsfähigkeit der Bg für alle oder auch nur ein Los nicht zu bestätigen sein sollte, wird die Ag Entsprechendes auch für die übrigen Bieter durchzuführen haben.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1, Abs. 3 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

1. Die Ag und die mit dieser als unterliegend zu betrachtende Bg haben nach § 182 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GWB die Kosten (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch lediglich zur Hälfte zu tragen, weil die ASt mit ihrem Hauptanliegen, ihr den Zuschlag zu erteilen, nicht durchzudringen vermag, sondern in der Sache allenfalls mit ihrem hilfswisen Begehren, weil die Ag hier lediglich die Prüfung der Eignung bzw. Leistungsfähigkeit zu wiederholen hat. Insoweit ist die ASt mit ihrem Begehren hälftig unterlegen. Dementsprechend ist auch die ASt hälftig an der Kostenlast zu beteiligen

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 5. März 2012, Az.: VII-Verg 65/11 sowie vom 25. Juni 2008, AZ.: VII-Verg 22/08 sub II.4 m.w.N.).

2. Hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten ist zu berücksichtigen, dass die Ag die Eignungsprüfung zu wiederholen hat, deren Ergebnis damit offen ist, so dass die Zuschlagschancen der ASt gegenüber der Bg keineswegs als überwiegend sicher beurteilt werden können, sondern die verbliebenen Bieter grundsätzlich als ebenbürtig anzusehen sind. Daraus folgt insgesamt, dass keinem der Verfahrensbeteiligten ein Aufwendungsersatzanspruch zuerkannt werden kann, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 92 Abs. 1 Satz 2 ZPO analog (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2012, a.a.O. und vom 25. Juni 2008, a.a.O.).

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, einzu legen.

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.

**Der hauptamtliche Beisitzer Brune
ist wegen Ortsabwesenheit an der**

Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Brauser-Jung

Dr. Brauser-Jung