



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 64/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Ernst auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juli 2018 am 3. August 2018 beschlossen:

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

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) beabsichtigte ursprünglich, die ausgeschriebenen Leistungen im zwischenzeitlich aufgehobenen Vergabeverfahren [...] in zwei Losen innerhalb eines Vergabeverfahrens zu vergeben. Nach Aufhebung und erneuter Ausschreibung verteilte die Ag die beiden ursprünglichen Lose auf zwei separate Vergabeverfahren, die sie jeweils als Los 1 [...] und Los 2 [...] bezeichnete. Streitgegenständlich sind ausschließlich die im Vergabeverfahren [...] als „Los 1“ bezeichneten Leistungen.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich in diesem Rahmen gegen die beabsichtigte Bezuschlagung der Beigeladenen (Bg), weil diese nach Ansicht der ASt nicht über hinreichende personelle Kapazitäten verfügen soll, um ausgeschriebene hochspezialisierte Arbeiten (Schweißtaucherleistungen) binnen der von der Auftraggeberin (Ag) vorgegebenen Fristen ausführen zu können.

1. Die Ag veröffentlichte am [...] zwei separate EU-weite Auftragsbekanntmachungen, die die Vergabe zweier parallel auszuführender Lose zu Instandsetzungsarbeiten von Stahltragpfählen einzelner Blöcke einer Mole in offenen Verfahren umfassten [...]. Los 1 umfasste die Instandsetzung von 108 Tragpfählen, Los 2 die Instandsetzung von 101 Tragpfählen. Auszuführen waren in diesem Rahmen weitgehend Schweiß-, Stahlbau-, Schalungs- und Betonierarbeiten unter Wasser. Der Leistungsumfang der ausgeschriebenen Arbeiten, im Einzelnen beschrieben in Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibung, beinhaltet im Wesentlichen Arbeiten, die „unter Wasser“ auszuführen sind. Die Kammer hat insofern bereits in dem diesem streitgegenständlichen Verfahren vorausgegangenem Nachprüfungsverfahren VK2-44/18 nach dortigen übereinstimmenden Angaben von Ag, ASt und Bg festgestellt, dass die auszuführenden Arbeiten zu rund 50% Unterwasserschweißarbeiten sind.

Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Der ausgeschriebene Auftrag hatte laut Ziff. II.2.7 der Auftragsbekanntmachung eine Laufzeit vom 23. April 2018 bis zum 30. November 2019. Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibungen konkretisierte hierzu folgende Fertigstellungstermine:

„... Folgende Fertigstellungsfristen sind bei der Ausführung zu beachten.

48 Pfähle bis 15.12.2018

48+60=108 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 Tauchergruppen vorzusehen. ...“

Die Einhaltung der vorgenannten zwei Fertigstellungstermine schrieb die Ag auch in den von ihr vorgegebenen besonderen Vertragsbedingungen als verbindliche Fristen vor (Formular 214).

In Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung forderte die Ag zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit *„Angaben zu drei Referenznachweisen aus den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren mit den im VHB Formblatt 124 geforderten Informationen.“*

In Ziff. III.2.2 der Auftragsbekanntmachung definierte die Ag folgende Bedingungen für die Ausführung des Auftrags:

„...“

Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals: gem. Vergabeunterlagen.

...“

In Ziff. III.2.3 der Auftragsbekanntmachung wies die Ag auf die Verpflichtung hin, die Namen und beruflichen Qualifikationen der Personen anzugeben, die für die Ausführung des Auftrags verantwortlich sind.

Gemäß Ziff. 3.2 der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ (Formular 211 EU) waren *„Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals“ „auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle vorzulegen“.*

In Ziff. II.2.14 und Ziff.III.2.2 der Auftragsbekanntmachungen war ferner vorgeschrieben, dass die Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten mit dem Angebot vorzulegen ist. Diese Anforderung wurde auch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Ziff. 3.1 des Formulars 211 EU) wiederholt.

Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibung wiederholte die Vorgabe der Auftragsbekanntmachung zur Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten und schrieb ferner vor: *„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.“*

Ziff. 5.4.2 der Leistungsbeschreibung gab zum Punkt *„Personal“* Folgendes vor: *„Die mit den Instandsetzungsarbeiten beauftragte Firma hat...vor Beginn der Arbeiten die Personalien ihrer mit der Ausführung betrauten Arbeitnehmer zu benennen und die Nachweise zur Qualifikation der eingesetzten Taucher dem AG zur Verfügung zu stellen. Die Firma kann dann mit den Mitarbeitern auf dem Marinestützpunkt...angemeldet werden. ...“*

ASt und Bg gaben fristgemäß Angebote ab. Die Bg rangierte nach rechnerischer Prüfung mit ihrem Angebot für die mit dem streitgegenständlichen Auftrag ausgeschriebenen Leistungen („Los 1“) auf Rang 1, die ASt auf Rang 2. Für die parallel im separaten, hier nicht streitgegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Arbeiten („Los 2“) rangierte die Bg auf Platz 1, die ASt nur auf Rang 3.

Die Bg gab mit ihrem Angebot eine Eigenerklärung zur Eignung ab (Formular VHB 124). Darin erklärte sie u.a., in den letzten drei Jahren vergleichbare Leistungen ausgeführt zu haben und drei Referenznachweise vorzulegen, die mindestens die im Formular näher definierten Angaben enthielten, wenn das Angebot der Bg in die engere Wahl kommen sollte. Ferner erklärte die Bg darin u.a., ihr stünden die für die Ausführung der Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte zur Verfügung.

Die Ag forderte mit Schreiben vom 15. März 2018 für beide Vergabeverfahren von der ASt und der Bg u.a. die geforderten Referenznachweise gemäß Formblatt 444 VHB sowie unter Hinweis auf Ziff. 3.2 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (Formular 211 EU) die Befähigungsnachweise des für die Auftrags erledigung eingesetzten Personals.

Die Bg legte die geforderten Referenzen sowie Zertifikate (Prüfzeugnisse für Taucher sowie Schweißerprüfbescheinigungen/DVS UW Kehlnahtschweißer, Signalmannbestellun-

gen) mit Schreiben vom 20. März 2018 fristgemäß für ihr eigenes Personal und für einzelne Personen vor, die als freiberufliche Mitarbeiter/Taucher (Nachunternehmer) tätig sind. Ferner übermittelte die Bg vier Referenznachweise gemäß Formblatt 444 VHB.

Am 22. März 2018 war 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 gekommen. Im Protokoll zu diesem ersten Aufklärungsgespräch hat die Ag die von der Bg angegebene Anzahl der Tauchergruppen sowie u.a. die Namen und Befähigungen des von der Bg benannten angestellten Personals dokumentiert, mit denen die Bg die Arbeiten pro Vergabeverfahren bzw. Los zu erbringen beabsichtigt.

Auf die ursprüngliche Mitteilung der Ag vom 11. April 2018, sie beabsichtige, den Zuschlag für die beiden Lose an die Bg zu erteilen, die Angebote der ASt könnten daher nicht berücksichtigt werden, beantragte die ASt mit Schreiben vom 19. April 2018 die Durchführung eines ersten Nachprüfungsverfahrens, von dem beide Vergabeverfahren betroffen waren. Die Kammer untersagte der Ag in diesem Nachprüfungsverfahren VK2-44/18 mit Beschluss vom 3. Juni 2018, auf den hier im Einzelnen Bezug genommen wird, der Bg den Zuschlag zu erteilen und gab der Ag auf, die Eignungsprüfung zu wiederholen. Grundlage dieser Entscheidung waren von der Kammer im Beschluss im Einzelnen festgestellte Fehler bei der Prognose der Leistungsfähigkeit der Bg, die der Ag im Hinblick darauf unterlaufen waren, ob die Bg über ausreichend Personal verfügt, um die von der Ag ausgeschriebenen Bauleistungen innerhalb der vorgegebenen Fristen erfüllen zu können. Im Einzelnen hat die Kammer in ihrem Beschluss folgende Beurteilungsfehler bei der ursprünglichen Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg festgestellt:

- Die Bg habe sich nicht an den als zwingend einzuhalten vorgegebenen Einzelfristen der beiden Arbeitsabschnitte orientiert und für das Los 2 keine separate Prüfung vorgenommen.
- Die Ag habe bei ihrem Prüfvermerk nicht schlüssig erklärt, welches Personal nach dem von der Ag zunächst zugrunde gelegten Ansatz die nicht durch die Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten erbringen soll, obgleich die Ag allein die von der Bg geplante Anzahl der Tauchergruppen zugrunde gelegt hat.
- Unsachgemäß sei ferner, dass die Ag bei ihrer Prognose von einer Arbeitszeit von 10 Arbeitsstunden pro Tag und fünf Arbeitstagen die Woche ausgegangen sei, ohne zu

reflektieren, ob ein solcher Ansatz nach den Grundsätzen des Arbeitszeitrechts nach § 3 ArbZG überhaupt möglich sei. Ebenso sei bei der Bg nicht berücksichtigt worden, ob die termingerechte Fertigstellung der ausgeschriebenen Arbeiten durch Urlaubs- und Krankheitszeiten behindert werden könne. Dies sei angesichts des Umstands zu berücksichtigen, dass die Einsatzfähigkeit einer Tauchergruppe, die mindestens aus drei Personen besteht (gemäß § 9 Abs. 2, 3 der von der Ag vorgelegten DGUV Vorschrift 40) bereits durch den Ausfall einer Person aufgehoben wird.

- Schließlich ergab die Dokumentation der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg, dass die Ag von der Bg zum ersten Aufklärungsgespräch nachträglich benannte Nachunternehmer für den Einsatz von Taucherarbeiten (freiberufliche Taucher) bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg berücksichtigt hat, ohne dass diese Teil ihres ausdrücklich auf Ausführung mit Eigenpersonal ausgelegten Angebotes waren.

Die Ag nahm die Entscheidung der Kammer zum Anlass, zuerst zu Los 1 die Eignung der Bg erneut zu prüfen. Die Ag überprüfte dabei, ob die Bg in der Lage ist, die ausgeschriebenen Arbeiten innerhalb der vorgegebenen zwingenden Fristen mit dem von ihr angegebenen Personalansatz erfüllen zu können.

Mit Vermerk vom 11. Juni 2018 dokumentierte die Ag die Prüfung, ob mit dem von der Bg im ersten Aufklärungsgespräch angegebenen Personalansatz die Umsetzung der Maßnahme zeitgerecht machbar ist. Die Ag berücksichtigte dabei im Ergebnis, dass nicht alle der von der Bg kalkulierten Arbeitsstunden von Tauchergruppen zu erbringen seien. Den Anteil der von der Bg kalkulierten Stunden, die nicht durch Tauchergruppen zu erbringen seien, schätzte die Ag anhand der Angaben im Angebot der Bg ab. Im Einzelnen:

- Für den Arbeitsabschnitt vom 23. April 2018 bis zum 15. Dezember 2018 errechnete die Ag einen verfügbaren Zeitraum von insgesamt rd. 32 Wochen, für den zweiten Arbeitsabschnitt vom 16. Dezember 2018 bis zum 30. November 2019 einen verfügbaren Zeitraum von 48 Wochen.
- Im Ergebnis errechnete die Ag für den ersten zwingend einzuhaltenden Termin, dass der Bg für die von den Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten mit der von ihr im ersten Aufklärungsgespräch angegebenen Anzahl an Tauchergruppen ein paar Wochen zu wenig als benötigt zur Verfügung stehen. Für den zweiten Termin errechnete die Ag im Ergebnis, dass der Bg für die von den Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten ein paar Wochen mehr als benötigt zur Verfügung stehen.

- Bezogen auf den Gesamtzeitraum vom 23. April 2018 bis zum 30. November 2019 stünden der Bg für die von den Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten insgesamt ebenfalls ein paar Wochen mehr zur Ausführung zu Verfügung.
- Die Ag hielt im Fazit ihres Vermerks fest, dass bei Betrachtung des Zeitraums für die Gesamtmaßnahme eine ordnungsgemäße und insgesamt termingerechte Umsetzung zu erwarten sei. Die erste Einzelfrist könne bei gleichbleibendem Personaleinsatz nicht eingehalten werden. Die zweite Einzelfrist könne mit größerer zeitlicher Reserve eingehalten werden. Die Einhaltung der Einzelfristen könne vorausgesetzt werden, wenn der Personaleinsatz zugunsten des ersten Abschnittes verschoben werde. Daher sei aufzuklären, ob eine entsprechende Einteilung des Personals der Bg möglich sei.
- Im Ergebnis hielt die Ag eine weitere Aufklärung bei der Bg für geboten und lud diese mit Schreiben vom 11. Juni 2018 zu einem Aufklärungsgespräch, um zu klären, wie die Bauleistungen mit dem vorhandenen Personal der Bg bearbeitet werden können.

In einem Aufklärungsgespräch am 15. Juni 2018 (zweites Aufklärungsgespräch) übergab die Bg eine am 14. Juni 2018 datierte Stellungnahme, in der sie im Einzelnen Ausführungen zur „Kalkulation der Kapazitäten für Schweißtaucher- und Taucherarbeiten“ machte. Die Stellungnahme wurde ausweislich des in der Vergabeakte enthaltenen Protokolls vom 15. Juni 2018 zwischen Ag und Bg erörtert. Im Protokoll wird auch das von der Bg für den Tauchergruppeneinsatz vorgesehene Personal namentlich aufgeführt. Die Namen finden sich auch im Protokoll zum ersten Aufklärungsgespräch als bei der Bg angestelltes Personal.

Die ASt wandte sich mit Schreiben vom 19. Juni 2018 an die Ag und führte aus, die Bg habe nicht genügend Personal, um die Arbeiten für beide Lose zeitgerecht zu erfüllen. Ferner führte sie im Einzelnen aus, sie habe Zweifel daran, dass die Bg die erforderlichen Referenzen beibringen könne.

Die Ag dokumentierte in einem Vermerk vom 20. Juni 2018, auf den im Einzelnen Bezug genommen wird, ihre Prüfung der von der Bg im zweiten Aufklärungsgespräch überreichten Stellungnahme zur „Kalkulation der Kapazitäten für Schweißtaucher- und Taucherarbeiten“ vom 14. Juni 2018. („Vermerk zum 2. Aufklärungsgespräch/Kalkulation“). Die Ag vollzog in diesem Vermerk die Erläuterungen der Bg aus deren Stellungnahme vom 14.

Juni 2018 zu ihrer Kalkulation der einzusetzenden personellen Kapazitäten nach und überprüfte diese:

- Im Einzelnen dokumentierte der Vermerk die von der Ag durchgeführte Überprüfung der Kalkulationsansätze der Bg betreffend die personellen Kapazitäten für die Ausführung der Schweißarbeiten sowie der sonstigen Arbeiten gemäß dem Leistungsverzeichnis, jeweils bezogen auf die zwei Arbeitsabschnitte.
- Dabei berücksichtigte die Ag bei ihrer Überprüfung die Angaben der Bg zur Arbeitszeit sowie zum Kapazitätsverlust durch Urlaub und Krankheit auf der Basis von der Bg näher benannter Erfahrungswerte.
- Des Weiteren berücksichtigte die Ag von der Bg in der Stellungnahme vom 14. Juni 2018 benannte personelle Kapazitäten eines Bauhelfers für Arbeiten außerhalb des Wassers. Für diesen Bauhelfer hatte die Bg in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2018 einen zum 15. Juni 2018 beginnenden befristeten Arbeitsvertrag bezogen auf das Bauvorhaben des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens auszugsweise in Kopie übermittelt.
- Die Ag stellte in ihrer Prüfung fest, dass die Schweißarbeiten mit den personellen Kapazitäten der Bg im ersten Arbeitsabschnitt nur unter Einsatz der personellen Kapazitäten des Bauhelfers fristgerecht erfüllbar sei. Ohne den Bauhelfer ergebe sich, dass die personellen Kapazitäten der Bg für eine fristgemäße Ausführung nicht ausreichen, sondern die vorgegebene erste Einzelfrist um wenige Tage überschritten würde. Für den zweiten Arbeitsabschnitt ergebe sich, dass die Schweißtaucherarbeiten mit den von der Bg angegebenen personellen Kapazitäten ohne und mit Bauhelfer innerhalb der vorgegebenen Teilfrist ausgeführt werden könnten. Entsprechendes ergebe sich für die sonstigen Arbeiten nach dem Leistungsverzeichnis sowohl für den ersten als auch den zweiten Arbeitsabschnitt.
- Als Fazit hielt die Ag in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 fest, sie halte die Kalkulation der Bg für schlüssig und nachvollziehbar. Die Bg habe dies im zweiten Aufklärungsgespräch erläutert. Soweit die Bg im ersten Arbeitsabschnitt ohne den bestellten Bauhelfer nicht genügend personelle Kapazitäten habe (keine „ausreichende theoretische Istkapazität“), sei dies vernachlässigbar, da die Bg den Einsatz des Bauhelfers in beiden Abschnitten planmäßig vorsehe und die tatsächliche Istkapazität mehr als ausreiche. Die übrigen Einzelfristen seien mit den personellen Kapazitäten der Bg hinreichend einzuhalten, so dass eine ordnungsgemäße und termingerechte Umsetzung der Gesamtmaßnahme zu erwarten sei. Ein Ausschlussgrund sei nicht gegeben, eine weitere Aufklärung nicht erforderlich.

In einem weiteren Vermerk vom 20. Juni 2018 („Vermerk zum Schreiben Bieter 1 vom 19.06.2018“), auf den im Einzelnen Bezug genommen wird, dokumentierte die Ag die Prüfung der Stellungnahme der ASt vom 19. Juni 2018, in der die ASt die Eignung der Bg näher in Frage stellte, insbesondere ausgeführt hatte, die Bg könne nicht die geforderten mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Referenzen vorweisen:

- Die Ag führte in diesem Vermerk die vier der von der Bg mit Schreiben vom 20. März 2018 auf Anforderung der Ag vorgelegten Referenzen auf und stellte hierzu fest, dass diese vergleichbare Arbeiten beträfen. Soweit die ASt weitere Projekte angeführt habe, die aus Sicht der ASt keine vergleichbaren Referenzen seien, stellte die Ag fest, dass diese Projekte von der Bg nicht als Referenzen benannt worden seien.
- Ferner bestünden auch keine Bedenken im Hinblick auf einen vorzuhaltenden Reservetaucher, im Hinblick auf die von der ASt vorgebrachten Rügen betreffen das Arbeitszeitrecht, den Arbeitsschutz sowie die Unfallverhütungsvorschrift „DGUV Vorschrift 40 Taucharbeiten“ ein. Die Ag wies die Bedenken in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 zurück und hielt als Fazit fest, die vorgelegten Referenzen der Bg seien ausreichend; die Eignung der Bg für das Schweißen unter Wasser sei durch die Herstellerqualifikation der Bg nachgewiesen worden. Auch im Hinblick auf die übrigen Rügen der ASt sei die Eignung der Bg nicht in Zweifel zu ziehen. Eine weitere Aufklärung sei nicht erforderlich.

In einem Vermerk vom 22. Juni 2018 fasste die Ag schließlich die Ergebnisse ihrer Prüfung zur technischen Leistungsfähigkeit der Bg abschließend zusammen und stellte u.a. fest, die Bg sei zur Umsetzung der ausgeschriebenen Leistung mit dem von ihr benannten Personal befähigt und habe ausreichend Personal im eigenen Betrieb zur Verfügung, mit dem die ausgeschriebenen Arbeiten innerhalb der gesetzten Fristen eingehalten werden könnten. Ferner seien die von der ASt mit Schreiben der ASt vom 19. Juni 2018 vorgebrachten Punkte zurückzuweisen. Im Ergebnis beinhaltet der Vermerk vom 22. Juni 2018 den Vorschlag, den Zuschlag für die als „Los 1“ ausgeschriebenen Instandsetzungsarbeiten an die Bg zu erteilen.

Mit Schreiben vom 25. Juni 2018 teilte die Ag der ASt mit, ihr Angebot könne nicht berücksichtigt werden, weil ein wirtschaftlicheres Angebot vorliege. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Die ASt rügte mit Schreiben vom 28. Juni 2018 gegenüber der Ag den beabsichtigten Zuschlag an die Bg.

Die Ag wies die Rüge der ASt mit Schreiben datiert vom 29. Juni 2018, abgesandt an die ASt am 2. Juli 2018, zurück. Hierin wies die Ag u.a. darauf hin, dass die Ag die Wiederholung der Eignungsprüfung zu Los 1 wegen der chronologischen Reihenfolge vor dem separat ausgeschriebenen Los 2, wegen des größeren Arbeitsumfangs und der dementsprechend längeren Ausführungszeit, wodurch mehr Haushaltsmittel gebunden würden, zuerst – vor Los 2 - durchgeführt habe.

2. Mit Schreiben vom 2. Juli 2018 beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt führt zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags vom 2. Juli 2018 und ergänzend mit Schreiben vom 19. Juli 2018 Folgendes aus:

- Die ASt ist der Meinung, die Bg sei zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags nicht geeignet, insbesondere nicht leistungsfähig, da sie nicht über hinreichendes Personal verfüge, um die ausgeschriebenen Arbeiten termingerecht zu erledigen. Es könne nicht nachvollzogen werden, dass die Ag die Vorgaben des Beschlusses der Kammer vom 3. Juni 2018 VK2-44/18 beachtet habe, weshalb die Leistungsfähigkeit der Bg erneut fehlerhaft prognostiziert worden sei. Die Ag habe sich bei ihrer erneuten Prüfung ausschließlich auf die ihr bereits vorliegenden Angaben und Nachweise stützen dürfen. Dies habe sie aber nicht getan, weil sie sich allein auf die Stellungnahme der Bg vom 14. Juni 2018 gestützt und diese lediglich „erörtert“ habe, ohne eine eigene Prüfung anzustellen, ob die personelle Kapazität der Bg ausreiche, die Arbeiten innerhalb der Ausführungsfristen zu erbringen. Die Ag habe nicht selbst ermittelt, wie groß der Anteil von Arbeiten genau sei, der nicht unter Wasser bzw. von Tauchern auszuführen sei. Es komme hinzu, dass die Ag die verfügbaren Ausführungszeiträume in ihren Vermerken falsch berechnet habe, da sie die in diesen Zeitraum fallenden Feiertage nicht berücksichtigt habe. Es sei daher insgesamt davon auszugehen, dass die Bg ihr Angebot unstatthaft nachgebessert habe, maßgeblich im Hinblick auf den von der Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch benannten Bauhelfer. Dessen Arbeitskapazität spare praktisch keine Tauchzeit ein. Dieser sei überdies als unqualifizierter Arbeiter nicht geeignet, den hochspezialisierten Tauchern bzw. Schweißtauchern zuzu-

- arbeiten. Außerdem sei nicht anzunehmen, dass der Bauhelfer von der Bg im Angebot einkalkuliert sei, was belege, dass das Angebot zum zweiten Aufklärungsgespräch unter Verstoß gegen § 15 Abs. 3 VOB/A-EU nachgebessert worden sei.
- Die Bg verfüge auch nicht über ausreichend eigenes Taucher(schweiß)personal, um die Leistungen für Los 1 zu erbringen. Dies zeige sich u.a. daran, dass bei krankheits-/urlaubsbedingtem Ausfall auch nur eines Mitglieds einer Tauchergruppe (Taucher oder Signalmann) die Tauchergruppe nicht mehr einsatzfähig sei, wenn kein Ersatz verfügbar sei. Dies sei allerdings im Hinblick auf hochspezialisierte Arbeitskräfte wie Taucher bzw. Schweißtaucher kurzfristig gar nicht möglich. Bei derartigen Leistungen müsse im Zuge der Eignungsprüfung darauf abgestellt werden, dass ein Unternehmen sich im Fall der Auftragsausführung die benötigte personelle Kapazität am Arbeitsmarkt nicht lediglich potentiell beschaffen könne. Die Bg habe vielmehr mit ihrem Angebot konkret darlegen müssen, ob und aus welchen Gründen das zu einer Auftragsausführung erforderliche Personal auch tatsächlich zur Verfügung stehe. Die Ag habe sich dann mit dem zur Auftragsausführung benannten Personal und dessen Qualifikation auseinanderzusetzen. Sie habe sich dabei allerdings auf die der Ag „längst vorliegenden“ Informationen der Bg zu beschränken, die der Ag bereits beim erste Prüfvorgang bekannt gewesen seien. Die entsprechenden Tatsachen hätten sich auch nach dem Beschluss der Kammer vom 3. Juni 2018 nicht verändert.
 - Die Ag habe außerdem die Eignung der Bg unzulässigerweise separat geprüft, also nur bezogen auf das Vergabeverfahren zu Los 1. Die Ag müsse allerdings die Vergaben der Lose 1 und 2 im Hinblick auf die Eignungsprüfung der Bieter, die für beide Lose Angebote abgegeben hätten, zusammen betrachten. Denn wenn Bieter für beide Lose angeboten hätten, müssten diese auch für beide Lose ihre Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen hochspezifischen Leistungen nachweisen. Beide Lose seien aufgrund der zwingenden Terminvorgaben parallel auszuführen. Daher habe jeder Bieter, der auf beide Lose angeboten habe, mit den Angeboten erklärt, beide Aufträge parallel ausführen zu können und insofern auch insgesamt leistungsfähig zu sein. Im Hinblick auf die beabsichtigten Zuschläge an die Bg für Los 1 und Los 2 sei die Ag daher auch gar nicht in der Lage willkürfrei entscheiden, bei welchem Los sie die personellen Ressourcen der Bg zu berücksichtigen habe. Die Eignungsbejahung der Bg bei einem der Lose „verbrauche“ die Eignung der Bg automatisch beim anderen.

- In diesem Zusammenhang trägt die ASt vor, die Ag habe die ASt in ihrem Recht auf chancengleiche Beteiligung im Vergabewettbewerb nach § 97 Abs. 2 GWB verletzt, weil die Ag die Eignungsprüfung der Bg zu Los 1 zuerst wiederholt hat, bei dem die ASt nach der Bg zweitplatziert ist. Ein sachlicher Grund für diese Vorgehensweise sei nicht ersichtlich. Da die ASt im Vergabeverfahren zu Los 2 nur drittplatziert sei, sei vielmehr zu befürchten, dass die Ag diese zeitliche Abfolge nutzen wolle, um die ASt als womöglich infolge der Vorgeschichte um das Nachprüfungsverfahren zum Aktenzeichen VK2-44/18 missliebigen Bieter unberücksichtigt zu lassen.
- Die ASt ist ferner der Meinung, die Bg sei auszuschließen, weil sie, was die ASt bereits mit Schreiben vom 19. Juni 2018 der Ag mitgeteilt habe und nochmals im Nachprüfungsantrag ausgeführt wird, die in der Auftragsbekanntmachung geforderten, mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren drei Referenzaufträge nicht vorweisen könne.
- Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts rechtfertige sich aus der unklaren Verfahrenssituation und der Notwendigkeit, schwierige vergaberechtliche und prozessuale Fragestellungen zu klären.

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, ihr Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 GWB zu erteilen.

b) Die Ag beantragt,

1. die Anträge der ASt abzulehnen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Mit Schreiben vom 9. Juli 2018 und Stellungnahme vom 24. Juli 2018 führt sie Folgendes aus:

- Die erneute Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Bg sei fehlerfrei erfolgt; insbesondere habe die Ag, was im Einzelnen, auch unter Verweis auf die Prüfvermerke der Ag in der Vergabeakte ausgeführt wird, die Vorgaben aus dem Beschluss der Kammer VK2-44/18 vom 3. Juni 2018 beachtet. Soweit die ASt moniere, die Ag sei bei der Prüfung der personellen Kapazitäten der Bg von falschen Voraussetzungen ausgegangen, indem sie bei der zugrunde gelegten Tauchzeitenberechnung keine Feiertage herausgerechnet habe, weist die Ag darauf hin, dass sie maßgeblich von der Einhaltung der Wochenarbeitszeit von 48h ausgegangen sei. In Wochen mit Feiertagen sei vor diesem Hintergrund zu erwarten, dass die durch Feiertage verlorene Arbeitszeit ggf. an Samstagen nachgeholt

werde, um die arbeitszeitrechtlich zulässige Wochenarbeitszeit ausschöpfen zu können. Der Ansatz der Bg lasse dies zu.

- Hinsichtlich der formalen Eignungsprüfung habe die Bg alle geforderten formalen Eignungsnachweise vorgelegt, so dass kein Grund ersichtlich sei, das Angebot der Bg insofern unberücksichtigt zu lassen. Insbesondere seien die von der Bg auf Anforderung der Ag im Schreiben vom 15. März 2018 vorgelegten vier Referenzen mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar, was im Einzelnen im entsprechenden Vermerk vom 20. Juni 2018 geprüft worden sei. Soweit die ASt u.a. anführe, Dokumentationsarbeiten der Bg aus dem ersten Bauabschnitt der ausgeschriebenen Instandsetzungsarbeiten dürften nicht als Referenz anzuerkennen sein, da diese nicht mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar seien, weist die Ag darauf hin, dass solche Dokumentationsarbeiten von der Bg auch nicht auf die Anforderung der Ag vom 15. März 2018 als Referenzleistung benannt worden seien.
- Das Angebot der Bg sei auch unter dem Aspekt der materiellen Eignungsprüfung nicht zu beanstanden. Die Ag sei gehalten, alle Umstände, die für die Bewertung der Eignung wesentlich seien, bis zum Ablauf des Vergabeverfahrens aufzuklären und zu berücksichtigen. Die Ag könne dabei sämtliches der Bg zur Verfügung stehende angestellte Personal berücksichtigen, auch nach Angebotsabgabe angestelltes, nicht aber als Nachunternehmer zu qualifizierende „freie Taucher“, die vom ausdrücklich auf Eigenleistung ausgelegten Angebot der Bg nicht umfasst seien. So sei auch der von der Bg benannte unqualifizierte Bauhelfer bei der Prüfung der personellen Kapazität berücksichtigungsfähig; dieser sei im Angebot nicht gesondert zu kalkulieren gewesen, so dass durch dessen Berücksichtigung in der Eignungsprüfung kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot begründet werde. Die Ag habe überdies bei der wiederholten Eignungsprüfung der Bg ohnehin nur das von der Bg auf Aufforderung der Ag für die Auftragsausführung mittelbar mit den vorgelegten Befähigungsnachweisen benannte verantwortliche angestellte Tauch- und Schweißpersonal berücksichtigt. Für die Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg komme es nur auf die der Bg verfügbare angestellte personelle Kapazität, nicht aber auf die von der Bg auf Anforderung der Ag vorgelegten Befähigungsnachweise des Tauch- und Schweißtauchpersonals an. Diese Nachweise habe die Ag nur zur Aufklärung der Leistungsfähigkeit herangezogen. Sie seien insofern allenfalls von indizieller Bedeutung für die Leis-

tungsfähigkeit der Bg, um beurteilen zu können, ob der Bg überhaupt ausreichend Fachpersonal zur Verfügung stehe, wovon die Ag aber auf der Grundlage der Ergebnisse ihrer Überprüfungen überzeugt sei. Die entsprechenden Befähigungs-/Qualifikationsnachweise für das erforderliche Fachpersonal seien dementsprechend nur für die Auftragsdurchführung nach Ziff. III.2.2 bzw. III.2.3 der Auftragsbekanntmachung von der Ag anzufordern gewesen, aber gerade nicht als Eignungsnachweise in der Auftragsbekanntmachung angefordert worden und dementsprechend auch nicht mit dem Angebot vorzulegen gewesen.

- Die Bg sei vor diesem Hintergrund auch nicht auszuschließen, weil die Bg keine genaue Zuordnung ihres Personals zu den als Los 1 bzw. Los 2 in separaten Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen vorgenommen habe. Die Eignung sei losweise und damit je nach Vergabeverfahren zu beurteilen und erst dann zu verneinen, wenn die personellen Kapazitäten durch andere erteilte Aufträge definitiv ausgeschöpft seien und ein Bieter sich die notwendigen personellen Kapazitäten nicht beschaffen könne. Derzeit seien für das streitgegenständliche Vergabeverfahren („Los 1“) keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die personellen Kapazitäten der Bg nicht ausreichen.
- Schließlich sei in dem Umstand, dass die Ag zunächst die Eignungsprüfung im streitgegenständlichen Vergabeverfahren wiederholt habe und diejenige für das als „Los 2“ ausgeschriebene andere Vergabeverfahren separat erfolge, keine Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung zu Lasten der ASt zu sehen. Die zeitliche Reihenfolge ergebe sich u.a. aus der längeren Ausführungszeit bzw. dem größeren Umfang der Arbeiten.

c) Die mit Beschluss vom 3. Juli 2018 zum Verfahren hinzugezogene Bg stellt keine Anträge.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag und zu einzelnen Punkten auch der Bg, der ASt sowie der Bg auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Kammer hat der ASt mit Schreiben vom 29. Juni 2018 einen rechtlichen Hinweis erteilt, wonach sich das Nachprüfungsverfahren auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren beschränkt und eine implizite Überprüfung der Eignungsprognose im

nicht streitgegenständlichen Vergabeverfahren zum sog. „Los 2“ im Nachprüfungsverfahren nicht erfolgen kann.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 30. Juli 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.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

a) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Bauauftrag im Anwendungsbereich der VOB/A-EU – sind zweifelsfrei erfüllt.

b) Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat durch die Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Erhalt des Auftrags dokumentiert. Die ASt hat auch im Nachprüfungsantrag eine Verletzung ihrer bieterschützenden Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht, soweit sie sich gegen die erneute 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 wegen fehlender Vergleichbarkeit der Referenzen auszuschließen. Nach den von der ASt insofern vorgetragenen Punkten ist eine Verletzung der entsprechenden bieterschützenden Vorschriften jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen.

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

- c) Die ASt ist ferner ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hinsichtlich der gerügten Punkte, die Ag habe die Eignung der Bg erneut fehlerhaft bejaht bzw. die Bg sei mangels vorgelegter vergleichbarer Referenzen jedenfalls auszuschließen, rechtzeitig nachgekommen. Sie hat diese Punkte auf die Mitteilung der Ag vom 25. Juni 2018 mit Schreiben vom 28. Juni 2018 binnen der Frist von 10-Kalendertagen gerügt. Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 2. Juli 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag vom selben Tag binnen der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB erhoben.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Ag hat die Leistungsfähigkeit der Bg fehlerfrei prognostiziert (a), auch hat die Bg auf Anforderung der Ag Referenzen vorgelegt, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind (b). Des Weiteren ist kein Verstoß gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB erkennbar (c).

- a) Die Ag hat die Leistungsfähigkeit der Bg beurteilungsfehlerfrei prognostiziert.

Der Ag steht im Hinblick auf die nach § 122 Abs. 1, 2 GWB obligatorische Prüfung der Eignung bzw. der von dieser umfassten Leistungsfähigkeit ein Beurteilungsspielraum zu, mit dem sie auf der Grundlage der ihr zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung verfügbaren Informationen eine in die Zukunft auf die mögliche Auftragsausführung gerichtete Prognose vorzunehmen hat. Die Eignungsprognose ist im Nachprüfungsverfahren nur dahingehend überprüfbar, ob die Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Prognose fehlerfrei erfolgt ist (vgl. im Einzelnen Beschluss der Kammer vom 3. Juni 2018, VK2-44/18).

Die Ag hat bei ihrer Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg den entscheidungserheblichen Sachverhalt nach Maßgabe der von ihr aufgestellten Vorgaben vollständig und zutreffend ermittelt und ihre Prognose auf der Grundlage sachgemäßer, willkürfreier Erwägungen getroffen.

Im Einzelnen:

aa) Die Ag hat bei ihrer Prüfung die Maßgaben der von ihr aufgestellten Vorgaben eingehalten und ist auf dieser Basis von einem zutreffenden Sachverhalt im Hinblick auf die maßgeblich zu überprüfende personelle Kapazität der Bg ausgegangen.

Zum Zweck der Eignungsprüfung hat ein öffentlicher Auftraggeber wie die Ag die tatsächlichen Umstände zu ermitteln, die ihn in die Lage versetzen, prüfen und prognostizieren zu können, ob ein Bieter wie die Bg eine ausreichende personelle Kapazität zur Erledigung der ausgeschriebenen Arbeiten aufweist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Auftraggeber sämtliche in Betracht kommende Erkenntnisquellen ausschöpfen muss, um Angaben des betreffenden Bieters zu verifizieren. Der Auftraggeber kann sich vielmehr auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Dezember 2009, Az.: VII-Verg 39/09, Rdnr. 89 sowie Beschluss vom 17. Februar 2016, Az.: VII-Verg 37/14, Rdnr. 41, jeweils zit. nach juris).

Dem ist die Ag gerecht geworden.

(1) Die Ag hat die von ihr gestellten Maßgaben zur Überprüfung der Eignung im Hinblick auf die Bg eingehalten. Die Ag hat den Bietern keine spezifischen Vorgaben zur Überprüfung der personellen Kapazität in der Auftragsbekanntmachung gem. § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB gemacht, um die Leistungsfähigkeit insoweit nachzuweisen. Insbesondere hat die Ag, über die Forderung zur Angabe der in den letzten drei Geschäftsjahren beschäftigten Arbeitskräfte nach Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung hinaus, keine spezifizierten Nachweisanforderungen im Hinblick auf die Verfügbarkeit des zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten einzusetzenden Fachpersonals (vor allem Taucher und Schweißtaucher), vorgegeben und die Eignungsprüfung der Bieter insoweit grundsätzlich wettbewerbssoffen ausgestaltet.

Soweit die Ag in der Auftragsbekanntmachung Anforderungen an das von den Bietern einzusetzende Personal benannt hat, bezogen sich diese ausweislich der Ziff. III.2.2 der Auftragsbekanntmachung in Verbindung mit Ziff. 3.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe auf die Vorlage von Befähigungsnachweisen des im Fall der Auftragsausführung einzusetzenden Personals auf Anforderung der Ag. Ziff. III.3.2 der Auftragsbekanntmachung gab Entsprechendes vor für die Namen und die

Qualifikation des Personals, das für die Auftragsausführung verantwortlich sein soll. Diese Angaben wären mithin regulär erst für den Fall der Bezuschlagung beim Auftragnehmer abzufordern und von diesem vorzulegen gewesen, was zusätzlich durch Ziff. 5.4.2 der Leistungsbeschreibung unterstrichen wird. Unabhängig davon, dass die Befähigungsnachweise des für die Durchführung einzusetzenden Personals hier als Eignungsnachweise im Sinne von § 6a Nr. 3 lit. b) VOB/A-EU hätten verlangt werden können (um den Nachweis zu ermöglichen, dass es sich beim anzugebenden Fachpersonal überhaupt um Fachpersonal handeln kann), sind die von der Ag aufgeführten Befähigungsnachweise und damit zusammenhängend das befähigte bzw. verantwortliche Fachpersonal hier eignungsrelevant im Sinne des § 122 Abs. 1, 2 GWB. Es war somit nicht sachfremd, dass sich die Ag im Zuge der materiellen Eignungsprüfung gehalten sah, diese Angaben im Zuge der Aufklärung der Eignung anzufordern und zur Prüfung heranzuziehen (vgl. schon Beschluss der Kammer vom 3. Juni 2018, VK2-44/18). Die Art der auszuführenden Arbeiten – maßgeblich Taucher- und Schweißarbeiten unter Wasser, die durch spezialisiertes Personal, nämlich entsprechend qualifizierte Taucher, zu erbringen sind (vgl. III.2.2 der Auftragsbekanntmachung und Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibung) – sowie die von der Ag aufgestellten spezifischen „zwingend einzuhaltenden“ Fristvorgaben haben es in der Sache geboten, dass die Ag bei den Bietern aufklärt, ob das erforderliche befähigte Personal verfügbar ist. Nur so konnte die Ag sicherzustellen, dass der Auftrag an ein geeignetes Unternehmen geht, § 122 Abs. 1, 2 GWB. Anlass, die von der Bg mit ihrem Angebot im Formular 124 vorgelegte Eigenerklärung, über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte zu verfügen, aufzuklären, folgte somit im Ergebnis daraus, dass die Ag selbst in der Leistungsbeschreibung vorgegeben hat, dass der Personaleinsatz an den spezifisch vorgegebenen, zwingend einzuhaltenden Fristen auszurichten gewesen sei und nur spezifisch qualifiziertes Personal zum Einsatz kommen dürfe (vgl. Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibung). Die Ag hat vor diesem Hintergrund konsequent mit ihrem Schreiben vom 15. März 2018 von der Bg wie auch den anderen Bietern die Vorlage der vorbehaltenen Befähigungsnachweise und damit zusammenhängend auch die Namen für das zur Auftragsdurchführung einzusetzende Personal abgefordert.

- (2) Die Bg hat die für die materielle Eignungsprüfung jedenfalls relevanten Angaben zu den Befähigungsnachweisen und damit zum verfügbaren einzusetzenden bzw.

verantwortlichen Personal – wie schon im Beschluss vom 3. Juni 2018 (VK2-44/18) festgestellt – fristgemäß vorgelegt. Die Ag hat diese Angaben bei der wiederholten Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg berücksichtigt.

Auf der Grundlage der aus der mit Hilfe der Angaben der Bg aus dem ersten Aufklärungsgespräch vom 15. März 2018 ermittelten personellen Kapazität hat die Ag einen ersten Ansatz zur erneuten Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Bg nach dem Kammerbeschluss vom 3. Juni 2018 im Vermerk vom 11. Juni 2018 dokumentiert. Ausweislich dieses Vermerks wurde zunächst überprüft, ob die personelle Kapazität der Bg für die Erfüllung der zwingend zu beachtenden *beiden* Ausführungsfristen ausreicht, wobei allein auf die hier streitgegenständliche Leistung, nicht aber zusätzlich auf die Arbeiten im parallelen Vergabeverfahren [...] („Los 2“) abzustellen ist. Damit hat die Ag bereits eine zentrale Maßgabe aus dem Kammerbeschluss vom 3. Juni 2018 – VK2-44/18 – berücksichtigt. Hierzu sowie im Hinblick auf die übrigen Vorgaben aus dem Kammerbeschluss vom 3. Juni 2018 sah die Ag weiteren Aufklärungsbedarf u.a. deshalb, weil mit dem von der Bg bis dato bekannten Personalansatz die erste Ausführungsfrist bis Mitte Dezember 2018 nicht termingerecht erfüllbar erschien.

Die Ag hat die Bg dementsprechend nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU zu einem zweiten Aufklärungsgespräch geladen, um die sich der Ag stellenden Fragen ausreichender personeller Kapazität der Bg weiter aufzuklären.

Das im für die wiederholte Eignungsprüfung maßgeblichen Protokoll zum zweiten Aufklärungsgespräch vom 15. Juni 2018 dokumentierte Personal der Bg beinhaltet Personal der Kategorien Taucher, Schweißtaucher bzw. Signalleute. Es handelt sich um Personal, das bereits im Protokoll zum ersten Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 als angestelltes Personal der Bg dokumentiert wurde. Die Bg hat damit auch zum zweiten Aufklärungsgespräch Personal benannt, das bei ihr angestellt ist. Die Ag hat dies berücksichtigt und damit für die wiederholte Eignungsprüfung der Maßgabe des Kammerbeschlusses vom 3. Juni 2018 entsprochen, keine von der Bg noch im ersten Aufklärungsgespräch benannten, aber gerade nicht in ihrem Angebot enthaltenen Nachunternehmer („freie Taucher“) zu berücksichtigen.

- (3) Die Bg hat zum zweiten Aufklärungsgespräch die Kalkulation ihrer personellen Kalkulation für Taucher- und Schweißtaucherarbeiten erläutert und hierzu eine schriftliche Stellungnahme mit Datum vom 14. Juni 2018 eingereicht. Die Ag hat ausweislich der handschriftlichen Eintragungen auf dieser von der Bg eingereichten Stellungnahme, beides in der Vergabeakte dokumentiert, die Kalkulationsansätze der Bg überprüft, hinterfragt und teilweise korrigiert. Dass die Ag daneben keinen eigenen Prüfansatz entwickelt hat, sondern vorrangig die Angaben der Bg aufgegriffen und nachgeprüft hat, ist entgegen der ASt kein Beurteilungsfehler, sondern eine vertretbare Vorgehensweise. Sie ist dem Umstand geschuldet, dass Anlass des zweiten Aufklärungsgesprächs gerade die Prüfung der personellen Kapazitäten und die entsprechende Kalkulation der Bg war.
- bb) Die Ag hat mit den derart ermittelten personellen Kapazitäten eine sachgemäße Prognose über die Leistungsfähigkeit der Bg erstellt.
- (1) Die Ag hat die entsprechenden Angaben bzw. die zugrunde gelegten Ansätze daraufhin vertieft überprüft, ob diese plausibel sind und nachvollzogen werden können. Ausweislich des Protokolls zum zweiten Aufklärungsgespräch vom 15. Juni 2018 sowie den Vermerken vom 20. Juni 2018 zum zweiten Aufklärungsgespräch/Kalkulation und vom 22. Juni 2018 (abschließender Vergabevermerk) war dies der Fall. Die Vermerke vom 20. und 22. Juni 2018 wurden der ASt im Wege der Akteneinsicht, bereinigt um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter, zugänglich gemacht. Die Ag hat darin nachvollziehbar die Vorgehensweise ihrer Prüfung, die zugrunde gelegten Prämissen und die Kalkulation der personellen Kapazitäten für die erforderlichen Schweißarbeiten bzw. erforderlichen sonstigen Arbeiten erläutert. Die Ag hat sodann ausweislich des Vermerks vom 20. Juni 2018 bei der Überprüfung der personellen Kalkulation der Bg die im Beschluss der Kammer vom 3. Juni 2018 (VK2 44/18) dargelegte Rechtsauffassung der Kammer berücksichtigt. Die Ag hat einen plausiblen, den Maßgaben des ArbZG entsprechenden Arbeitszeitansatz zugrunde gelegt, zum Personalansatz der Bg wurden Kapazitätsverluste durch Krankheit und Urlaub, beruhend auf nachvollziehbaren Erfahrungswerten der Bg, berücksichtigt.

- (2) Ebenso wurden die von der Ag im Vermerk vom 11. Juni 2018 ermittelten personellen Kapazitätsdefizite, wonach nicht zu erwarten gewesen wäre, dass die Bg den ersten Arbeitsabschnitt termingerecht abschließen kann, aufgegriffen und unter Berücksichtigung des von der Bg zusätzlich benannten Bauhelfers analysiert. Die Bg hatte insoweit in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2018 selbst vorgetragen, dass ihre personellen Kapazitäten nicht ausreichen würden, um die ersten 48 Pfähle bis Mitte Dezember 2018 fristgerecht sanieren zu können. Hierzu wurde plausibel erklärt, dass durch Einsatz eines Bauhelfers außerhalb des Wassers zusätzliche personelle Kapazitäten verfügbar gemacht würden, um das Taucher- bzw. Schweißtaucherpersonal zu unterstützen und zu entlasten. Anhaltspunkte für unsachgemäße Erwägungen, sind den entsprechenden Ansätzen in den Vermerken nicht zu entnehmen.
- (3) Der Einsatz des Bauhelfers war bei der Wiederholung der Eignungsprüfung auch berücksichtigungsfähig, seine Benennung – anders als die ASt meint – kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot nach § 15 Abs. 3 VOB/A-EU.

Zwar wurde der Bauhelfer erstmals plausibel und nachvollziehbar in der wiederholten Eignungsprüfung der Bg im Prüfungsvermerk vom 20. Juni 2018 dokumentiert und von der Bg sogar mit Vorlage eines entsprechenden Arbeitsvertrages plausibilisiert, der in der Vergabeakte auszugsweise dokumentiert ist. Ein Ansatz des Bauhelfers findet sich weder im Protokoll zum ersten Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 noch in der Dokumentation der ersten Eignungsprüfung im Vermerk vom 5. April 2018 und ebenso wenig im ersten Prüfansatz der ASt zur Wiederholung der Eignungsprüfung vom 11. Juni 2018. Allerdings musste die personelle Kapazität des Bauhelfers im Hinblick auf die Eignungsprüfung nicht spezifisch nachgewiesen werden. Wie festgestellt, enthielt die insofern nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB maßgebliche Auftragsbekanntmachung keinerlei spezifische Vorgaben zu den Eignungsnachweisen in puncto personeller Kapazität. Auch unter Berücksichtigung der sich aus den Vergabeunterlagen ergebenden und von der Ag im Hinblick auf § 122 Abs. 1, 2 GWB zulässigerweise bei der Eignungsaufklärung berücksichtigten Maßgaben zum hinreichenden Einsatz befähigten Taucher- bzw. Schweißtaucherpersonals, ergeben sich keine Umstände, die gegen die Berücksichtigung des

Bauhelfers bei der erneuten Eignungsprüfung der Bg sprechen. Im vorgenannten Sinne für die Prüfung der Eignung bzw. Leistungsfähigkeit relevant war das Taucher- bzw. Schweißtaucherpersonal, für das aufgrund der Ziff. III.2.2 bzw. 2.3 der Auftragsbekanntmachung sowie im Hinblick auf Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibung entsprechende Befähigungsnachweise geboten waren, um den zwingend einzuhaltenden Ausführungsfristen nach Ziff. 5. 1 der Leistungsbeschreibung nachkommen zu können. Auch die Vorgaben zur Herstellerqualifikation für das Unterwasserschweißen in Auftragsbekanntmachung und Leistungsbeschreibung machen deutlich, dass es maßgeblich auf die Befähigung des Tauch- bzw. Tauchschweißpersonals ankam. Nach allem ist ersichtlich, dass unqualifiziertes Hilfspersonal wie ein Bauhelfer, das nicht für die Unterwasser(schweiß)arbeiten einzusetzen ist, daher auch auf die Anforderung der Ag mit Schreiben vom 15. März 2018 gar nicht zu benennen war. Schließlich war unqualifiziertes Hilfspersonal wie der von der Bg benannte Bauhelfer in der Kalkulation der Bg gar nicht spezifisch auszuweisen.

- (4) Soweit die ASt vorgebracht hat, die Ag habe bei ihrer Überprüfung die im Ausführungszeitraum anfallenden Feiertage nicht berücksichtigt, führt dies nicht zu einem Prognosefehler. Die Ag hat hierzu nachvollziehbar und sachgemäß ausgeführt, dass Arbeitsausfälle wegen Feiertagen grundsätzlich auch an Samstagen nachholbar seien, ohne dass die arbeitszeitrechtlich zulässige Arbeitszeit überschritten wird. Ebenso ergibt sich aus dem Vermerk der Ag vom 20. Juni 2018 zum Schreiben der ASt vom 19. Juni 2018, das der ASt in um Geschäftsgeheimnisse der Bg bereinigten Form im Wege der Akteneinsicht zugänglich gemacht wurde, sowie dem Protokoll zum zweiten Aufklärungsgespräch vom 15. Juni 2018 plausibel, dass die personellen Kapazitäten der Bg ausreichen, um den Anforderungen an erforderliche Reservetaucher zu genügen.
- (5) Auch der Vortrag der ASt, der Wegfall eines Tauchers bei Krankheit oder Urlaub führe dazu, dass eine Tauchergruppe, die, was zutrifft, nach den hinlänglich vorgetragenen Unfallverhütungsvorschriften aus mindestens drei Personen bestehen muss, nicht mehr einsatzfähig sei, begründet keinen Prognosefehler. Ein solcher krankheits-/urlaubsbedingter Personalausfall kann im Regelfall durch andere Taucher/Schweißtaucher ersetzt werden; dies hat auch

die mündliche Verhandlung bestätigt. Dies setzt voraus, worauf die ASt grundsätzlich zutreffend hinweist, dass hinreichend befähigtes Ersatzpersonal verfügbar ist. Nach den in der Vergabeakte dokumentierten Angaben zu dem von der Bg benannten angestellten Personal, ist dies aber der Fall; die Bg verfügt danach über ausreichend Personal, um einen solchen Ausfall aus Urlaubs- oder Krankheitsgründen kompensieren zu können. Die Ag muss insoweit nicht weitergehend von einem „worst-case-Szenario“ ausgehen, in dem alle Taucher/Schweißtaucher/Signalleute ausfallen, noch ist sie bei der Eignungsprognose gehalten, die personellen Kapazitäten eines Bieters bis ins letzte denkbare Detail zu analysieren. Vielmehr genügt es, wenn die Prognose im Sinne der bereits eingangs zitierten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage gestützt werden kann (vgl. Beschlüsse des OLG Düsseldorf, a.a.O.). Dies ist hier aus den dargelegten Gründen und unter Berücksichtigung des Vermerks vom 20. Juni 2018 zur Prüfung der personellen Kalkulation der Fall.

(6) An der Vorgehensweise der Ag bei der wiederholten Eignungsprüfung ist somit nichts Fehlerhaftes zu erkennen. Die Ag hatte damit den entscheidungserheblichen Sachverhalt hinreichend ausermittelt und ihren Prüfungen zugrunde gelegt. Sie war auch nicht gehalten, noch weitergehend zur personellen Kapazität der Bg aufzuklären. Sie ist bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg von sachgemäßen und willkürfreien Erwägungen ausgegangen. Bei der infolge des Beschlusses der Kammer vom 3. Juni 2018 (VK2-44/18) erforderlichen Wiederholung der Eignungsprüfung hat die Ag die Leistungsfähigkeit der Bg somit beurteilungsfehlerfrei prognostiziert. Dass die Ag die Bg auf diesem Wege als leistungsfähig eingestuft hat, ist damit Ergebnis des der Ag zustehenden ureigenen fachlichen Beurteilungsspielraums, den zu hinterfragen bzw. zu überprüfen der Kammer nicht zusteht.

b) Die Bg hat die laut Ziff. III.1.3 Auftragsbekanntmachung geforderten Referenznachweise vorgelegt; diese sind auch mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar.

aa) Die gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB maßgeblichen Vorgaben der Auftragsbekanntmachung enthalten keine spezifischen Besonderheiten. Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung sieht vor, dass Angaben zu drei Referenznachweisen aus den letzten

drei abgeschlossenen Geschäftsjahren mit den im VHB Formblatt 124 geforderten Informationen vorzulegen waren. Diese Anforderung von Referenzen in der Auftragsbekanntmachung ist nach den Maßgaben der § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 6a Nr. 3 lit. a) VOB/A-EU vergaberechtlich zulässig.

bb) Dementsprechend hat die Bg mit ihrem Angebot im Formblatt 124 die entsprechende Eigenerklärung zur Eignung im Hinblick auf § 6b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz VOB/A-EU abgegeben, in den letzten drei Geschäftsjahren vergleichbare Leistungen ausgeführt zu haben.

cc) Die ASt hat schließlich mit ihrem Schreiben vom 15. März 2018 von allen Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen sollten, mithin auch von der Bg, die Vorlage von drei Referenzen aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren und zu diesem Zweck entsprechende Angaben gemäß Formblatt 444 VHB abgefordert. Die Ag hat sich damit die von der Bg angegebene Eigenerklärung zur Eignung im Hinblick auf § 6b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz VOB/A-EU bestätigen lassen.

(1) Die Bg hat mit Schreiben vom 20. März 2018 der Ag vier Referenznachweise gemäß Formblatt 444 VHB vorgelegt, die aus dem Zeitraum 2016 bis 2018 stammen. Die dort benannten Arbeiten sind mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar im Sinne von § 6a Nr. 3 lit. a) VOB/A-EU.

Vergleichbar mit der ausgeschriebenen Leistung sind Referenzleistungen dann, wenn sie den ausgeschriebenen Leistungen nach Art und/oder Umfang ähnlich sind (vgl. Mertens, in: Franke/Kemper/Zanner u.a. (Hrsg.), VOB-Kommentar, 6. Aufl. 107, § 6a VOB/A-EU Rdnr. 23). Da der Vergleichbarkeitsmaßstab nach den Vorgaben in Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung in wettbewerbsfördernder Weise nicht näher konkretisiert worden ist, waren dementsprechend an die Referenzen keine besonderen Anforderungen zu stellen. Sie war daher ausreichend, dass sie den ausgeschriebenen Leistungen entweder nach Art oder nach Umfang ähneln.

(2) Die von der Bg mit Schreiben vom 20. März 2018 benannten vier Referenzaufträge erfüllen danach die Anforderungen an die Vergleichbarkeit. Auf diese Nachweise

konnte die Ag ohne Weiteres auch im Zuge der zu wiederholenden Eignungsprüfung zurückgreifen. Ohne dass diese Referenzaufträge hier aus Gründen der Geschäftsgeheimnisse der Bg im Einzelnen aufzuführen sind, ist festzuhalten, dass es sich um Taucherarbeiten handelt, bei denen Unterwasserschweiß-, Beton-, Oberflächenreinigungs-, Abdichtungs-, Instandsetzungs- und Stahlwasserbauarbeiten in verschiedenen Hafenanlagen zu absolvieren waren. Der Art nach lassen sie sich als den ausgeschriebenen Instandhaltungsarbeiten an den Stahlpfehlern ähnlich einordnen, was für die Vergleichbarkeit im Hinblick auf die vorgegebenen Nachweisanforderungen ausreicht. Da die Ag diese Referenzen der Bg in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 („Vermerk zum Schreiben von Bieter 1 vom 19.06.2018“) auf die Rüge der ASt vom 19. Juni 2018 nochmals gesondert überprüft und deren Vergleichbarkeit somit bestätigt hat, ist diese Entscheidung vergaberechtlich korrekt.

Soweit die ASt in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2018 angeführt hat, die Bg könne von ihr im ersten Bauabschnitt des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens ausgeführte Dokumentationsarbeiten nicht als Referenz anführen, da diese Arbeiten mit den ausgeschriebenen Leistungen nicht vergleichbar seien, ergeben die von der Bg eingereichten vier Referenzen, dass die von der ASt als ungeeignet angesehenen Dokumentationsarbeiten dort ohnehin nicht benannt worden sind. Dies hat bereits die Ag in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 zutreffend festgestellt.

Nach allem hat die Bg die geforderten Referenzen nachgewiesen.

- c) Dadurch, dass die Ag die nach dem Kammerbeschluss vom 3. Juni 2018 (VK2-44/18) zu wiederholende Eignungsprüfung beim streitgegenständlichen Vergabeverfahren [...] zuerst durchgeführt hat, hat sie nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB verstoßen. Die Ag hat hierzu bereits im Nichtabhilfesreiben an die ASt vom 29. Juni 2018 sowie im Nachprüfungsverfahren sachgemäße Gründe benannt. Soweit die ASt meint, es bestehe zwischen den Vergabeverfahren [...] betr. das sog. „Los 1“ und [...] betr. das sog. „Los 2“ eine Wechselwirkung, folgt daraus keine Pflicht der Ag, zunächst die Eignungsprüfung im nicht streitgegenständlichen Vergabeverfahren betr. „Los 2“ zu wiederholen, in dem die ASt nur drittplatzierte Bieter ist. Die Prüfung der Eignung der Bg hat sich auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren zu beschränken. Dem entspricht die Vorgehensweise der Ag. Danach

sind keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung oder Willkür zu Lasten der ASt ersichtlich.

III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, Satz 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund).
2. Es entspricht der Billigkeit, die zur zweckentsprechenden Rechtverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der ASt aufzuerlegen.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen eines Beigeladenen sind nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB nur erstattungsfähig, soweit sie aus Gründen der Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt werden. Die ASt hat die Bg durch ihren Nachprüfungsantrag unmittelbar angegriffen, indem sie im Hauptantrag deren Ausschluss verfolgt und Zuschlagserteilung an sich selbst begehrt hat. Zwar hat die Bg keine Sachanträge gestellt, allerdings in der mündlichen Verhandlungen Ausführungen zur Sache gemacht und sich gegen das Vorbringen der ASt verteidigt. Vor diesem Hintergrund war die Bg einem unmittelbaren Kostenrisiko ausgesetzt, das es rechtfertigt, ihre notwendigen Aufwendungen der hier unterlegenen ASt aufzuerlegen.

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag war notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz w VwVfG (Bund).

Ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des öffentlichen Auftraggebers notwendig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, Az.: VII-Verg 37/13). Stehen schwerpunktmäßig auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen im Vordergrund, besteht regelmäßig keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, da derartige Materien zum originären Aufgabenbereich eines öffentlichen Auftraggebers gehören. Weitergehende Rechtsfragen des Nachprüfungsverfahrens oder des materiellen Vergaberechts dagegen können für eine notwendige Hinzuziehung sprechen. Die Ag hatte sich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht ausschließlich mit auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen auseinandersetzen. Vielmehr ging es darum, die Wiederholung der Eignungsprüfung infolge des Beschlusses der Kammer vom 3. Juni 2018 im Verfahren VK2-44/18 zu vertreten, so dass sich die Verteidigung der Ag gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt

insoweit mit komplexen Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen hatte, ob und inwieweit die Maßgaben aus dem Kammerbeschluss vergaberechtskonform umgesetzt worden sind. Das rechtfertigt es, die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

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.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung