



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 66/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

gegen

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Freitag auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2018 am 3. August 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antragstellerin auf erweiterte Akteneinsicht wird zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung

jeweils notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] gemeinschaftsweit bekannt. Das streitgegenständliche Los 2 war bereits Gegenstand eines vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens (VK 2 – 68/17) mit anschließendem Beschwerdeverfahren beim OLG Düsseldorf (VII-Verg 39/17), welches u.a. die Frage der Anforderung an die Transparenz von Zuschlagskriterien betraf.

Vertragsgegenständlich sind [...] Baggereinsatzstunden und [...]. Geplant sind – je nach Bedarf an der Ablagerungsbeseitigung – ca. zwölf von der Ag auszulösende Kampagnen mit einer jeweiligen Mindestleistung von ca. 200 Einsatzstunden, An- und Abfahrten werden gesondert vergütet. Die Grundvertragslaufzeit beträgt 24 Monate; diese kann zwei Mal, zunächst um zwölf und anschließend um sechs Monate verlängert werden. Das Kampagnengebiet ist in vier ausgeschriebene Bereiche (A, B, C, D) mit unterschiedlichen Revierverhältnissen und voraussichtlichen Stundenansätzen, die sich aus dem Bedarf der Vergangenheit ableiten, unterteilt.

1. Gemäß Ziff. III.1.3) der Bekanntmachung fordert die Ag von den Bietern zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit u.a. :

„- zum Nachweis sind mindestens 2 Referenzen der letzten fünf Geschäftsjahre, die mit der zu vergebenden Leistung qualitativ vergleichbar sind [„vorzulegen“ fehlt im Original, Anm. d. Kammer]. Die Leistungen dieser Referenzen sind vergleichbare [...] Baggerverfahren im Tidegebiet mit lokaler Umlagerung von Boden. Ausgeschlossen sind Techniken im Agitationsverfahren und Sidecasting.“

In den „Hinweisen zur Vorlage von Unterlagen und Formblättern“ wird in Ziff. 2.1 ausgeführt:

„Geräte, die im Blatt 1 benannt sind, werden für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung als verfügbar vorausgesetzt (siehe auch Punkt 3). Zur Erfüllung der Leistungen gelten die Bestimmungen der Baubeschreibung. Grundsätzlich ist während der Abwicklung einer Kampagne täglich ein Gerät vom Auftragnehmer (AN) zu stellen. Eine Vorhaltung zusätzlich angebotener Geräte ist nicht erforderlich.“

Für den Bauablauf sieht die Baubeschreibung – soweit entscheidungserheblich – Folgendes vor [Hervorhebungen im Original]:

„3.3.1 Bedingungen zum Einsatz [...]

Grundsätzlich sind vom AN [...] einzusetzen, die als Vertragsgeräte vom AN angeboten worden und deren Eignung vor Auftragsvergabe nachgewiesen ist. Sollen in Ausnahmefällen vom AN [...] eingesetzt werden, die nicht als Vertragsgeräte angeboten worden sind, bedarf dies der schriftlichen Zustimmung durch den AG. Hierfür ist vom AN die Eignung des Gerätes schriftlich nachzuweisen.

(...)

Gleichfalls kann in Ausnahmefällen die Kampagne in Abstimmung zwischen AN und AG durch den Einsatz eines zweiten [...] im Parallelbetrieb durchgeführt werden.“

Ziff. 3.4.1 der Baubeschreibung sieht folgende allgemeine „Mindestanforderungen der [...]Geräte“ vor:

„[...] müssen für die unter Punkt 2.1 beschriebene Einsatzgebiete bemessen sein.

Das [...] muss zum Befahren der [...] entsprechende Abmessungen hinsichtlich der Länge, der Breite und des Tiefganges aufweisen.

Insbesondere ist darauf zu achten, dass das [...] zum Arbeiten in den Nebenbereichen bei entsprechenden Tidebedingungen in Bezug auf den Tiefgang und die damit in Verbindung stehende Injektionstiefe geeignet ist, die angeforderte tägliche Baggereinsatzzeit möglichst zu erfüllen. Nur in diesem Fall kann die Baggereinsatzzeit in den Einsatzgebieten unter vorherrschenden Tide- und Witterungsverhältnisse optimal ausgenutzt werden (siehe hierzu auch Anlage 3.07). Desgleichen muss das Gerät den Anforderungen der Hauptelbe hinsichtlich der Witterung und des Wellengangs genügen.

Das [...] muss funktionsfähig und während der Einsatzzeit ständig besetzt sein. Prozessdaten, Ortungsdaten und Pegeldata müssen sowohl von der Schiffsführung als auch von der Baggeraufsicht unzweifelhaft einsehbar sein, ggf. sind zusätzliche Geräte vorzuhalten und aufzustellen.“

Ziff. 3.4.3 – Baggertechnik – sieht eine Mindestabmessung der Balkenbreite des [...] von „≥ 12 m“ vor.

Gemäß Ziff. 2.2 der Baubeschreibung wird

„vom AG [...] nach vorheriger Abstimmung ein Liegeplatz im [...] unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Dieses ist bei der Kalkulation mit zu berücksichtigen.“

Die Entscheidung über das wirtschaftlichste Angebot erfolgt auf der Grundlage folgender Zuschlagskriterien:

<i>„ZK I Preis</i>	<i>70 Wichtungspunkte</i>
<i>ZK II Technischer Wert</i>	<i>20 Wichtungspunkte</i>
<i>ZK III Gesamtreibstoffmenge</i>	<i>10 Wichtungspunkte „</i>

Die den Bietern zur Verfügung gestellten *„Erläuterungen zur Bewertungsmatrix“* definieren die einzelnen Zuschlagskriterien wie folgt:

„Zuschlagskriterium Preis

*Gewichtung zum Gesamtergebnis: 70 %
Vergabe von max. 700 Leistungspunkten*

Erläuterung zur Vergabe der Bewertungspunkte:

Der Preis wird aus der Wertungssumme der Angebotssumme ermittelt.

Die Wertungssummen werden ermittelt aus den nachgerechneten Angebotssummen, insbesondere unter Berücksichtigung von Preisnachlässen, Erstattungsbetrag aus der Lohnleitklausel, preislich günstigste Grund- oder Wahlposition.

Für die Angebotswertung wird die Wertungssumme (in €), wie folgt, in eine Punkteskala

von 0 bis 10 Punkten normiert:

- 10 Punkte erhält das wertbare Angebot mit der niedrigsten Wertungssumme.*
- 0 Punkte erhält ein fiktives Angebot mit dem 2-fachen der niedrigsten Wertungssumme.*

Alle Angebote mit darüber liegenden Wertungssummen erhalten ebenfalls 0 Punkte. Die Punktermittlung für die dazwischen liegenden Wertungssummen erfolgt über eine lineare Interpolation mit drei Stellen nach dem Komma.

Zuschlagskriterium Technischer Wert

Gewichtung zum Gesamtergebnis: 20 % Vergabe von max. 200 Leistungspunkten

Die Bewertung der von den Bietern zu den Unterkriterien mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen zur Abgabe eines Angebots erfolgt über eine Punktbewertung. Die Punktbewertung folgt folgender Systematik.

- 10,0 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine sehr gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,
- 7,5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,
- 5,0 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine befriedigende Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,
- 2,5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine über die Erfüllung der Grundanforderungen hinaus gehende aber noch nicht befriedigende Erfüllung erwarten lassen,
- 0,0 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers allenfalls die Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen.

Unterkriterien werden innerhalb des Zuschlagskriteriums Technischer Wert gleich, in diesem Fall zu einem Drittel gewichtet. (...)

UK I Leistungs- und Einsatzparameter der [...]Geräte

UK II Qualität des Einsatzkonzeptes

UK III Qualität des Überwachungsprogramms

Innerhalb der Unterkriterien werden folgende Einzelkriterien jeweils gleich gewichtet:

Unter- krite- rien:	Leistungs- und Ein- satzparameter	Qualität des Einsatz- konzeptes	Qualität des Überwa- chungsprogramms
	der [...]		
<i>EZ 1:</i>	<i>Arbeitstiefgang</i>	<i>Anzahl der verfügbaren [...]Geräte</i>	<i>Darstellung und Bedienung der Software</i>
<i>EZ 2:</i>	<i>Bauform und Abmessungen</i>	<i>Anzahl des verfügbaren Personals</i>	<i>Anwendungszeit der Software</i>
<i>EZ 3:</i>	<i>[...]Baggereinsatzzeit der [...]Geräte</i>	<i>Erfahrungszeiten des Bedienpersonals</i>	<i>Datensicherung/ Integritätsprüfung/ Plausibilitätsprüfung</i>
<i>EZ 4:</i>	<i>Technische Ausrüstungen</i>	<i>Wartung/ Instandhaltung</i>	

EZ 5:	Antriebsleistung		
-------	------------------	--	--

Ziff. 3.1 der „Erläuterungen zur Bewertungsmatrix“ sehen für die Bewertung der Leistungs- und Einsatzparameter Folgendes vor:

„Erläuterung zur Vergabe der Bewertungspunkte für das Unterkriterium Leistungs- und Einsatzparameter der [...]Geräte

Unter Beachtung der Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung werden die angebotenen [...]Geräte hinsichtlich der technischen und personellen Ausstattung bewertet, die eine an die vorherrschenden Revierbedingungen optimale, wirtschaftliche und ökologisch verträgliche Erbringung der Nassbaggerleistung erwarten lässt.

Die ausgeschriebenen Nassbaggerleistungen sind unter den in der Leistungsbeschreibung genannten Revierspezifika vorrangig in [...] zu erbringen. Daher wird es positiv bewertet, wenn [...]Geräte angeboten werden, die optimal in engen und flachen Revieren die Nassbaggerleistung erbringen können.

Vor diesem Hintergrund sind Geräte mit geringem Tiefgang, einer minimierten Geometrie und einer Bauform, die keine zusätzlichen Umrüstarbeiten erfordert, um zum einen die Manöver- und Stilliegezeiten zu minimieren und zum anderen die vorherrschenden Tideverhältnisse optimal ausnutzen zu können, von Vorteil.

Dies ermöglicht nicht nur die Erledigung der [...]Baggerarbeiten in schnellst möglicher Einsatzdauer, sondern minimiert dadurch auch die Mehraufwendungen von zusätzlichen Baggerarbeiten, die sich bei fortdauernder Aufnahme der Arbeiten jeweils zu Hochwasserzeiten durch ständige Sedimentationsprozesse ergeben.

(...)

Vorzulegende Unterlagen zur Bewertung

Für die Baustelle sind die zum Einsatz geplanten [...]Geräte und deren Ausstattung einschließlich Personal darzustellen, zu beschreiben und die Art und Weise der angebotenen Baggertechnik zu erläutern.

Die Gerätebeschreibung muss detaillierte Angaben sowie eine Erläuterung zur eingesetzten Technik des Wasserinjektionsverfahrens auch hinsichtlich der Umwelteinwirkungen enthalten. Hier ist insbesondere auf den Zusammenhang zwischen eingesetzter Pumpentechnik und geforderter Pumpleistung verbal einzugehen. Technische Zeichnungen z. B. vom [...] und Graphiken von Pumpenkennlinien sind beizufügen.

Zusätzlich sind Vorkehrungen oder technische Möglichkeiten zur Minimierung des Eingriffs in die Schutzgüter Flora, Fauna und oder Habitat während des Baggerprozesses gesondert zu beschreiben, soweit vorhanden.

Zusammenfassend sind eine Gerätebeschreibung, technische Datenblätter, Angaben zur Pumpentechnik, Bildaufnahme und Beschreibungen von Vorkehrungen zur Eingriffsminimierung von Schutzgütern gesondert dem Angebot beizufügen.

(...)

Zum Nachweis der absoluten [...]Baggereinsatzzeit ist für jedes [...]Gerät bzw. [...]Gerätekombinationen mindestens eine Referenz der letzten fünf Geschäftsjahre

unter Angabe der erbrachten Leistungsstunden im [...]Verfahren beizubringen. Der Leistungsumfang der Referenz dient zur Plausibilisierung und muss nicht identisch mit absolut erlangten [...]Baggereinsatzzeit gemäß Formblatt 367-B sein.“

Exemplarisch sehen die Vorgaben für die Bewertung der Einzelkriterien (EZ1 und EZ2) der Leistungs- und Einsatzparameter folgende Abstufung vor:

EZ1- Arbeitstiefgang -

Begrenzender Arbeitstiefgang eines [...]Gerätes bzw. einer [...]Gerätekombination

- 10,0 Punkte erhält ein [...]Gerät mit einem Arbeitstiefgang der begrenzenden Einheit von kleiner gleich 1,50 m*
- 7,5 Punkte erhält ein [...]Gerät mit einem Arbeitstiefgang der begrenzenden Einheit von kleiner gleich 1,80 m*
- 5,0 Punkte erhält ein [...]Gerät mit einem Arbeitstiefgang der begrenzenden Einheit von kleiner gleich 2,10 m*
- 2,5 Punkte erhält ein [...]Gerät mit einem Arbeitstiefgang der begrenzenden Einheit von kleiner gleich 2,40 m*
- 0,0 Punkte erhält ein [...]Gerät mit einem Arbeitstiefgang der begrenzenden Einheit von größer 2,40 m*

EZ2- Bauform und Abmessungen -

Bauform und deren Abmessungen eines [...]Gerätes bzw. einer [...]Gerätekombination

- 10,0 Punkte erhält ein [...]Gerät ohne Kopplung (eine schwimmende Einheit) mit einer begrenzenden Arbeitslänge von kleiner gleich 35,00 m*
- 7,5 Punkte erhält ein [...]Gerät ohne Kopplung (eine schwimmende Einheit) mit einer begrenzenden Arbeitslänge von kleiner gleich 40,00 m*
- 5,0 Punkte erhält ein [...]Gerät mit oder ohne Kopplung (eine schwimmende Einheit oder Maschinenfahrzeug) mit einer begrenzenden Arbeitslänge von kleiner gleich 45,00 m*
- 2,5 Punkte erhält ein [...]Gerät mit oder ohne Kopplung (eine schwimmende Einheit oder Maschinenfahrzeug) mit einer begrenzenden Arbeitslänge von kleiner gleich 50,00 m*
- 0,0 Punkte erhält ein [...]Gerät mit oder ohne Kopplung (eine schwimmende Einheit oder Maschinenfahrzeug) mit einer begrenzenden Arbeitslänge von größer 50,00 m“*

Gleichförmige Bewertungsvorgaben anhand von technischen Daten, der Anzahl des eingesetzten Geräts bzw. des Personals, der Leistungsdauer des Gerätes in Jahren, der absoluten Anzahl erfüllter Unter-Unterkriterien etc. finden sich für alle Einzelkriterien der Unterkriterien. Das Einzelkriterium „Darstellung und Bedienung der Software“ des Unterkriteriums „Qualität des Überwachungsprogramms“ wird analog zu der allgemeinen

Wertungsvorgabe anhand der Güte der Nachvollziehbarkeit, Übersichtlichkeit und Verständlichkeit der Darstellung bewertet.

Die Vergabeunterlagen sehen für die Abrechnung der Schiffsbetriebsstoffe eine Stoffpreisgleitklausel vor. Diese enthält u.a. folgende Regelungen:

„1.1 Die Klausel gilt nur für die Schiffsbetriebsstoffe, die im "Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel - Nassbaggerarbeiten" genannt sind. Sie gilt insoweit auch für die Abrechnung von Nachträgen. Mehr- oder Minderaufwendungen werden nach den folgenden Regelungen abgerechnet.

1.2 Die im Leistungsverzeichnis eingetragenen (kalkulierten) Treibstoffmengen, bilden die Grundlage für die Berechnung der Mehr- und Minderaufwendungen. Die sich aus dem Leistungsverzeichnis ergebende Konstante "(kalkulierte) Treibstoffmenge in t pro Mengeneinheit (je OZ)", wird während der gesamten Vertragslaufzeit nicht verändert.

(...)

2.2 Der Ermittlung der Mehr- oder Minderaufwendungen werden nur die Stoffmengen (Nr. 1.2) zugrunde gelegt, für deren Verwendung nach dem Vertrag eine Vergütung zu gewähren ist.“

Die Antragstellerin (ASt) gab am 19. März 2018 ein Angebot ab.

Mit Schreiben vom 26. April 2018 und 21. Juni 2018 forderte die Ag die Beigeladene (Bg) u.a. jeweils auf, Unterlagen, die bereits mit dem Angebot einzureichen waren, im Angebot der Bg jedoch fehlten, nachzureichen. Hierfür setzte sie der Bg eine Frist von zehn Tagen (Schreiben vom 26. April 2018) bzw. bis zum 2. Juli 2018 (Schreiben vom 21. Juni 2018). In den Vergabeunterlagen war für die (Nicht-)Abgabe von Unterlagen unter Ziff. 1 der „Hinweise zur Vorlage von Unterlagen und Formblättern“ vorgesehen:

„Die Nichtabgabe (...) kann zum Ausschluss des Angebots [„führen“ nicht im Original; Anm. der Kammer], wenn nicht innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch die Vergabestelle die vollständigen Unterlagen bzw. fehlende Angaben nachgereicht werden.“

Mit Schreiben vom 21. Juni 2018 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass auf deren Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste Angebot sei. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 22. und 29. Juni 2018 rügte die ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 29. Juni und 3. Juli 2018 ab, den Rügen zu entsprechen.

2. Mit einem am 5. Juli 2018 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Kammer der AG am gleichen Tag übermittelt.

a) Die ASt trägt vor, dass die von der Ag vorgegebenen Zuschlagskriterien mangels Auftragsbezug und Wirksamkeit bzw. Nachprüfbarkeit vergaberechtswidrig seien. Das Wertungssystem an sich sei intransparent und widersprüchlich. Die Bg verfüge nur über unzureichendes Gerät für die Leistungserbringung und sei daher auszuschließen. Die Bg habe darüber hinaus ihr Angebot wohl unzulässig nachgebessert und einen unangemessen niedrigen Preis angeboten. Die Ag habe das Angebot der Bg in Bezug auf das Gerätekonzept, das Einsatzkonzept der [...]Geräte und dem Gesamttreibstoffverbrauch fehlerhaft bewertet. Im Einzelnen:

Die aufgestellten Wertungskriterien seien ausweislich der in den Erläuterungen zur Bewertung zum Ausdruck gebrachten Wertungsmaßstäbe mehrdeutig und damit intransparent. Gemäß der Einleitung zum Kriterium „Technischer Wert“ solle eine abgestufte Punktbewertung je nach Erfüllung der Grundanforderungen erfolgen. Die Ag stütze sich dabei auf unbestimmte Beurteilungsmaßstäbe wie „sehr gut“, „gut“, „befriedigend“, „aus Sicht des Auftraggebers“ etc. Gleiches ergebe sich aus den vorgeschalteten Erläuterungen für die Bewertung der Unterkriterien. Auch diese ließen auf eine Beurteilungsentscheidung der Ag schließen, da eine wertende Betrachtung auch anhand der von den Bietern eingereichten Unterlagen angekündigt werde. So hätten die Bieter neben ihrem Einsatzkonzept auch umfangreiche Datenblätter, Zeichnungen, Bildaufnahmen etc. vorlegen müssen, was nur Sinn mache, wenn diese auch einer umfassenden Wertung durch die Ag zugeführt werden sollten. Nach den Erläuterungen für die Bewertung würde dasjenige Einsatzkonzept mit der Höchstpunktzahl bewertet, das in der Gesamtschau der Unterlagen unter Beachtung der Bewertung der Einzelkriterien das voraussichtlich geringste Risiko aufweise. Auch werde in den „Hinweisen zur Vorlage von Unterlagen und Formblättern“ (dort Ziff. 4)

ausgeführt, dass die in der Angebotsaufforderung beschriebenen Unterlagen zur Bewertung der Unterkriterien beizubringen seien; Unterlagen und Formblätter müssten nach dem Verständnis der ASt demzufolge auch zur punktemäßigen Bewertung und nicht nur – wie die Ag meint – zur Plausibilisierung der Angaben herangezogen werden. Entsprechend habe die Ag der ASt in ihrer Rügeantwort vom 29. Juni 2018 auch eine gute bis sehr gute Erfüllung der Grundanforderungen attestiert, teilweise lägen Einzelkriterien im befriedigenden bzw. noch nicht befriedigenden Bereich.

Im Gegensatz dazu seien die Einzelkriterien mit einer einzigen Ausnahme einer Beurteilungsentscheidung seitens der Ag gar nicht zugänglich. Denn die Ag habe diese nach von vornherein festgelegten harten, teilweise mathematisch zwingenden Fakten bewertet. Die Punktevergabe folge somit weitestgehend einem Automatismus, der der Ag keinen Beurteilungsspielraum mehr lasse. Somit stünden die textlichen Erläuterungen und die eindeutig vordefinierten Punktvergaberegeln zueinander in Widerspruch, das Wertungsvorgehen der Ag sei unklar. Wenn der technische Wert klar messbar sei, hätte sich die Ag nicht die umfangreichen Unterlagen für die Wertung vorlegen lassen müssen. Letztlich würde nichts von den abverlangten Unterlagen und Ausführungen in die punktemäßige Wertung eingehen. Dies sei für die Bieter weder erkennbar gewesen noch in der Nachschau nachvollziehbar.

Diese Intransparenz habe sich auch zu Lasten der ASt ausgewirkt. Sie habe sich davon leiten lassen, ein überzeugendes und qualitativ hochwertiges Gesamtkonzept zu erstellen, um „in der Gesamtschau“ eine möglichst gute Wertung zu erzielen. So habe sie die Vorgabe konzeptionell abgebildet, dass Nassbaggerungen temporär auch zeitgleich erbracht werden können sollen. Denn ein überzeugendes Einsatzkonzept könne nur dann vorliegen, wenn alle Anforderungen der Ag abgebildet würden. Da jedoch von der Ag nur die nackte Angabe der Anzahl der Geräte bewertet worden sei, habe auch die Angabe im Formblatt 367-B ausgereicht. Die ASt hätte in Kenntnis der tatsächlichen Anforderungen der Ag ihrem Konzept nicht eine derart zentrale Rolle beigemessen. Ebenso hätte sie – wie die Bg – nur ein Gerät anbieten können, um einen sehr geringen Abzug im Zuschlagskriterium „*Technischer Wert*“ hinzunehmen, im Gegenzug aber günstigere Verbrauchswerte beim Treibstoff und auch geringere Preise aufgrund geringerer Vorhaltekosten anbieten zu können.

Das Unterkriterium „Leistungs- und Einsatzparameter“ lasse zudem den notwendigen Auftragsbezug und die erforderliche Wirksamkeit als Zuschlagskriterium vermissen. Die Bieter hätten ausweislich der Vorgaben der Ag gleichberechtigt mehrere [...]Geräte bzw. [...]Gerätekombinationen anbieten dürfen (Ziff. 3.1 der Erläuterungen zur Bewertung). Hierdurch flössen gleich gewichtet Geräte in die Wertung ein, obwohl der Bieter deren Einsatz bei der späteren Auftragsdurchführung gar nicht beabsichtige. Dies sei für den Bieter möglich, ohne Nachteile befürchten zu müssen, da keine Vorgabe bezüglich eines verpflichtenden Einsatzes des angebotenen Gerätes in nennenswertem Umfang aufgestellt worden sei. Ein Bieter könne daher allein für die Wertung besser geeignetes Gerät anbieten. Dies verstoße gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Wirtschaftlichkeitsgebot. Letztlich lasse sich auf dieser Grundlage auch nicht beurteilen, inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllten. Der notwendige Auftragsbezug in § 127 Abs. 1 und 3 GWB erfordere, dass die Wertung nach den Ausführungsanteilen der Geräte erfolge; die in § 127 Abs. 4 S. 1 GWB geforderte Wirksamkeit verlange, dass die Bieter im Rahmen der Auftragsausführung an die von ihnen angebotene Leistung festgehalten werden könnten. Beides liege nicht vor. Die Ag dürfe sich auch nicht darauf zurückziehen, dass sie den Bietern keine Vorgaben für die Leistungserbringung machen könne. Ihr diesbezüglicher Vortrag lasse erkennen, dass sie in Wahrheit ein Eignungskriterium aufgestellt habe. Denn sie überprüfe nur, dass die Bieter für die Leistungserbringung überhaupt Geräte zur Verfügung hätten und bewerte nicht die konkret angebotene Leistung. Ausweislich des Vergabevermerks habe die Ag bei der Wertung als entscheidende Einflusskriterien *„die berufliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die Ausstattung der Geräte“* angesehen; das Kriterium sei somit als Zuschlagskriterium unzulässig. Dass sich das Kriterium aufgrund der guten Bewertung nicht zum Nachteil der ASt ausgewirkt habe, sei ohne Belang, da der Zuschlag auf einer vergaberechtskonformen Grundlage erfolgen müsse.

Dem Zuschlagskriterium „Gesamttreibstoffmenge“ fehle ebenfalls der Auftragsbezug, da die von den Bietern angegebenen Mengen nicht den tatsächlich zu erwartenden Treibstoffverbrauch widerspiegeln, sondern vielmehr Ausfluss der Preisstrategie des jeweiligen Bieters seien. Auch die Ag scheine dies so zu sehen, da sie argumentiere, dass die Treibstoffmengen Grundlage für die Berechnungen der Mehr- und Minderkosten im Rahmen der Stoffpreisgleitklausel seien. Damit handele es sich bei der Treibstoffmenge um einen Teil der Preiswertung und nicht um ein vermeintlich ökologisches Kriterium. Auch bestätige der Vergabevermerk, dass sich der

Treibstoffverbrauch auch „zu wesentlichen Anteilen“ im Kriterium „Preis“ widerspiegelt. Es wäre ausweislich der Baubeschreibung (dort Ziff. 8) sogar möglich, „0 t“ beim Verbrauch anzugeben, ohne dass dies zum Ausschluss führen würde. Im Gegenteil erhielte ein Bieter hierdurch die optimale Punktzahl, während andere Bieter keine Punkte mehr erhielten. Dies bestätige, dass die Verbrauchsangabe der vollständigen Spekulation der Bieter unterliege. Die beste Wertung erhalte der Bieter, der das höchste Risiko einer zu geringen Treibstoffangabe eingehe; auch dies belege, dass es sich nicht um ein Umwelt-, sondern ein Preiskriterium handele. Im Übrigen sei die Ag offenbar von der Fehlvorstellung geleitet, dass ein Verband aus Schlepper und Ponton Verbrauchsvorteile aufweise. Jedenfalls sei eine derart generalisierende Aussage so nicht möglich, da dies von den Tidebedingungen, der Manövrierfähigkeit, der Pumpleistung etc. abhinge. Unklar sei auch, ob und inwieweit die Ag die Qualität des Treibstoffs in die Wertung eingestellt habe.

Die Bg sei wegen Nichteinhaltung der Mindestanforderungen an die [...]Geräte auszuschließen. Da diese nach Ziff. 3.4.1 der Baubeschreibung für das Einsatzgebiet bemessen sein müssten, d.h. die zum Befahren der Einsatzgebiete entsprechende Abmessungen hinsichtlich Länge, Breite, Tiefgang aufweisen müssten, sei der angebotene Umbau ihres zu breiten [...]Gerätes vor der Schleuse des [...] untauglich. Da schon das Befahren der Reviere mit den zulässigen Maßen gefordert werde, weiche die Bg von der Forderung ab, wenn sie lediglich für das Durchfahren der 13 m breiten Schleuse ihr Gerät umrüste. Nach Kenntnis der ASt unter Nutzung der Messfunktion von „Google Maps“ sei davon auszugehen, dass das dort sichtbare [...]Gerät der Bg mindestens [...] m breit sei, womit die Bg die Schleuse nicht befahren könne. Auch sei nach den Begriffsbestimmungen Voraussetzungen für ein „[...]Gerät“, dass es in seiner Gesamtheit jederzeit die Grundleistungen erbringen könne. Auch diese belege, dass der leistungsbereite Zustand nicht erst durch Umrüstung herzustellen sein dürfe, sondern ständig gegeben sein müsse. Sollte die Bg die „Umrüstung“ nicht schon mit dem Angebot, sondern erst später erklärt haben, würde dies zudem gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen. Dass die Ag den Bietern einen Liegeplatz für Umrüstungen vor der Schleuse zur Verfügung stelle, sei unzureichend, da die Bg ihr Gerät auf beiden Seiten der Schleuse für das Befahren umrüsten müsse. Jedenfalls auf der anderen Seite der Schleuse bestünde keine Möglichkeit, einen mobilen Kran aufzustellen, da dessen hohe Punktlast die Kajenwände beschädigen würde. Eine manuelle Umrüstung sei nach Kenntnis der ASt nicht möglich.

Die mehrfache Bindefristverlängerung seitens der Ag habe bei der ASt die Vermutung ausgelöst, dass die Ag der Bg eine umfassende Vervollständigung/Korrektur/Aufklärung ihres Angebots ermöglicht habe, was sich auch so aus dem Vergabevermerk ergebe. Mangels Einblick in das Angebot der Bg und die nachgereichten Unterlagen könne die ASt nicht beurteilen, ob die Bg die Anforderungen rechtzeitig und ordnungsgemäß erfüllt habe. Auch dränge sich der Verdacht auf, dass die Bg ihr Angebot unzulässig nachgebessert habe. Aus dem Vergabevermerk sei jedenfalls erkennbar, dass die Bg teilweise Unterlagen erst nach dem Ablauf von sechs Kalendertagen vorgelegt habe (z.B. Aufforderung vom 21. Juni 2018, Eingang der Unterlagen bei der Ag am 29. Juni 2018). Dennoch habe die Ag diese Eingänge als rechtzeitig qualifiziert. Korrekt wäre jedoch der zwingende Ausschluss der Bg wegen Versäumung der gesetzlichen Frist; soweit die Ag der Bg in Abweichung zur Sechs-Tages-Frist eine längere Frist gewährt habe, müsse sich die Bg nach dem zwingenden Ausschluss ihres Angebots mit Schadensersatzansprüchen an die Ag wenden, da diese die Ursache für den Ausschluss des Angebots gesetzt habe.

Der Vergabevermerk belege zudem, dass eine Preisaufklärung gegenüber der Bg stattgefunden habe; die Ag habe folglich offenbar Aufklärungsbedarf gesehen. Fehlgehe die Ag mit ihrer Meinung, die ASt habe nur einen Anspruch darauf, dass eine Preisaufklärung durchgeführt werde, nicht jedoch dahingehend, dass die Bg auch ausgeschlossen werde, sollten Ungewissheiten nicht erfolgreich aufgeklärt werden können. § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A enthalte einen zwingenden Ausschlussgrund. Die ASt müsse vermuten, dass die Bg die – wohl erst nachträglich aufgeklärte – Notwendigkeit des viermaligen Umrüstens am [...] nicht in ihre ursprüngliche Kalkulation eingestellt und deswegen so billig angeboten habe.

Das Angebot der Bg sei in Bezug auf die Gerätereferenzen fehlerhaft bewertet worden. Es sei davon auszugehen, dass die konkret angebotenen [...]Gerät/Schlepperkombinationen der Bg nicht geprüft worden seien. Zu Unrecht ziehe sich die Ag in Bezug auf das Einsatzkonzept und die aufgestellte Mindestanforderung des temporär zeitgleichen Arbeitens darauf zurück, dass man auch mit einem angebotenen Gerät noch Punkte beim Einsatzkonzept habe erreichen können. Da auch nach dem Vortrag der Ag selbst der Einleitungstext für die nachfolgenden Einzelkriterien entscheidend sei, müsse die Nichterfüllung der Mindestvorgabe Berücksichtigung

finden. Ein solches Konzept könne in der Gesamtschau nicht als zufriedenstellend bewertet werden. Auch hier zeige sich die bereits oben dargestellte Intransparenz der Vorgaben.

Aus den Hinweisen der ASt hätte sich der Ag auch ein Aufklärungsbedarf des Angebots der Bg in Bezug auf deren Personal stellen müssen. Dies gelte besonders bei der Preisprüfung angesichts der etwaigen Notwendigkeit von Neuakquise, Ausbildung und Einweisung des Personals. Auch habe die Bg im Beschwerdeverfahren auf die Notwendigkeit des Erhalts des streitgegenständlichen Auftrags hingewiesen, da sie sich anderenfalls aus dem Markt zurückzuziehen beabsichtige. Dies müsse die Ag in ihre Aufklärungsmaßnahmen einstellen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch zulässig. Dass die ASt in den von ihr angegriffenen Unterkriterien besonders profitiert und eine auch in Relation zur Bg gute Bewertung erhalten habe, sei ohne Belang. Für die Bejahung der diesbezüglich in Rede stehenden Antragsbefugnis sei ausreichend, dass die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nach Beseitigung der von der ASt angegriffenen Rechtsverstöße geboten sei. Der Verlust dieser „zweiten Chance“ bei Fortführung des Vergabeverfahrens stelle den drohenden Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB dar. Die ASt regt an, den in der Vergangenheit unter dem Gesichtspunkten der kausalen Rechtsverletzung seitens der Kammer zum Teil einschränkend ausgelegten Schadensbegriff vorliegend im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu überdenken bzw. erweiternd auszulegen. Denn nach deren Feststellungen seien hypothetische Überlegungen zum Ergebnis eines fehlerfreien Vergabeverfahrens nicht anzustellen. Vorliegend drohe zumindest die Entstehung eines Schadens, wenn die Ag bei ihrer rechtswidrigen Vorgehensweise bliebe und nicht zur Neuvergabe verpflichtet würde. Etwas andere könnte nur dann gelten, wenn auch das neue Vergabeverfahren zum gleichen Ergebnis käme, da dann ein Schadenseintritt tatsächlich ausgeschlossen wäre. Hätte die ASt jedoch gewusst, dass es bei der Wertungsentscheidung der Ag nicht auf die eingereichten Unterlagen und ein überzeugendes Gerätekonzept ankommen werde, hätte sie – wie die Bg – auch nur ein [...]Gerät und damit einen günstigeren Preis anbieten können. Die Wettbewerbssituation werde sich folglich anders darstellen.

Soweit die ASt die Grundlagen der Zuschlagskriterien „Technischer Wert“ und „Treibstoffverbrauch“ angreife, könne die Bg ihr nicht vorwerfen, dass sie mit ihrem diesbezüglichen Vortrag präkludiert sei. Denn die in der jüngsten Rechtsprechung getroffene feinsinnige Unterscheidung zwischen einer vergaberechtskonformen Offenheit einer Wertungsmatrix und einer vergaberechtswidrigen Intransparenz könne einem vergaberechtlich nicht vorgebildeten Bieter nicht als bekannt unterstellt werden. Da das streitgegenständliche Vergabeverfahren bereits einmal bei der Kammer und beim OLG Düsseldorf anhängig gewesen sei, habe die ASt vielmehr davon ausgehen dürfen, dass die von der Ag nach den Vorgaben der Instanzen aufgestellten Zuschlagskriterien nunmehr vergaberechtskonform sein würden. Auch sei die ASt bei der Angebotsabgabe des hiesigen neuen Vergabeverfahrens nicht mehr anwaltlich beraten gewesen. Ins Auge fallende Rechtsverstöße, die auf einer allgemeinen Überzeugung der Vergabepaxis beruhten, lägen ebenfalls nicht vor, so dass mangels Erkennbarkeit keine Präklusion vorliege.

Die schwerwiegenden Vorwürfe der Bg in Bezug auf eine vermeintliche Marktabschottung durch die ASt seien zurückzuweisen. Deren Etablierung im Markt sei schon nicht vom hiesigen Auftrag abhängig, da [...]Baggerleistungen auch in anderen EU-Ländern ausgeschrieben würden. Der fortgesetzte Versuch der Bg, der ASt eine unlautere Motivlage zu unterstellen, könnte vielmehr seinerseits einen Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB i.V.m. § 4 Nr. 2 UWG darstellen. Die Bg habe kein Recht, ihre Beteiligung am Wettbewerb mit allen Mittel durchzusetzen.

Die ASt beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die ASt in ihren Bieterrechten gem. § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist.
2. Der Ag wird untersagt, den Zuschlag auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens zu erteilen.
3. a) Die Ag wird für den Fall der fortgesetzten Vergabeabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren auf einen frühen Stand vor Angebotsabgabe zurück zu versetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Hilfsweise zu 3.a):

b) Die Ag wird für den Fall der fortgesetzten Vergabeabsicht verpflichtet, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

4. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakten gem. § 165 Abs. 1 GWB gewährt.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gem. § 182 Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG für notwendig erklärt.
6. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen außergerichtlichen Aufwendungen der ASt trägt die Ag.

b) Die Ag beantragt,

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

Die Ag erachtet den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Die von der ASt ins Blaue hinein erhobenen Vergaberechtsverstöße lägen nicht vor, so dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg frei von Rechtsfehlern sei.

Zunächst seien die Wertungsvorgaben nicht zu beanstanden. Die Wertungsmaßstäbe beim Zuschlagskriterium „Technischer Wert“ seien unter Berücksichtigung der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17, hinreichend transparent formuliert und bekannt gegeben worden. Eine Mehrdeutigkeit der Vorgaben lasse sich nicht feststellen. Die Ag habe den ihr grundsätzlich zustehenden Spielraum bei der Bewertung der Zuschlagskriterien bewusst nur dort eröffnen wollen, wo eine Bewertung anhand objektiver Kriterien nicht möglich gewesen sei. Allein daraus, dass der Einleitungstext bei den Zuschlagskriterien einen größeren Ermessenspielraum suggeriere, als es sich aus der späteren detaillierten Beschreibung der Punktevergabe ableite, ergebe sich jedoch keine Intransparenz. Die Ag habe zunächst die allgemeine Darstellung der

Bewertung in der Form eines abgestuften Schulnotensystems vorangestellt und in der Folge ausgeführt, wie die Bewertung bei den Einzelkriterien erfolgen werde. Auch wenn – wie vorliegend – letztlich nur ein Einzelunterkriterium einem Ermessenspielraum zugänglich sei, bedeute dies nicht, dass die allgemeine Vorgabe widersprüchlich sei. Der Ag könne nicht vorgeworfen werden, dass sie die Einzelkriterien so detailliert beschrieben habe. Unerheblich sei auch, dass alle harten Fakten für die Bewertung bereits in das Formblatt 367-B einzutragen gewesen seien. Die Ag habe die Vorlage der zusätzlichen Unterlagen (z.B. Schiffspapiere) für deren Überprüfung und ggf. Aufklärungsmaßnahmen beim Bieter verlangt. Die Konzepte seien daher erforderlich, um die Stimmigkeit der Leistungserbringung für die Kampagnen überprüfen zu können, so dass die ASt auch aus deren Vorlagepflicht nicht auf eine automatische Einbeziehung in die Bewertung schließen dürfe.

Auch könne sich die ASt nicht darauf berufen, dass aufgrund einer temporär möglichen zeitgleichen Leistungserbringung durch zwei Geräte Bieter mit nur einem Gerät auszuschließen wären oder jedenfalls kein überzeugendes Konzept einreichen könnten, so dass dieses untauglich sei und abgewertet werden müsse. Der Ag sei bewusst gewesen, dass es mit der Bg (zumindest) einen Marktteilnehmer mit nur einem [...]Gerät gebe und habe sich daher entschieden, die Anzahl der verfügbaren Geräte lediglich im Rahmen der Wertung zu berücksichtigen. Sie habe daher bewusst keine diesbezüglichen Mindestanforderungen in Bezug auf die Eignung oder Leistungserbringung aufgestellt. Die zum Ausdruck gebrachte temporär parallele Leistungserbringung in der Baubeschreibung sei zudem unter einen Abstimmungsvorbehalt mit dem Auftragnehmer gestellt und als „kann“ – Möglichkeit bezeichnet worden. Ein Bieter, der nur ein [...]Gerät anbiete, erhalte lediglich 0 Punkte in dem entsprechenden Einzelkriterium, werde aber weder ausgeschlossen noch erhalte sein Konzept insgesamt 0 Punkte. Sollte der Bedarf nach einem zweiten Gerät während der Auftragsdurchführung auftreten, werde die Ag – sollte der Auftragnehmer nur ein Gerät angeboten haben – diese Leistungen nicht an ihn vergeben können. Selbst wenn er zwei oder mehr Geräte angeboten haben sollte, müsse die Ag die anfallenden Stunden auch gesondert abrechnen. Entgegen der Ansicht der ASt sei ein Vorhalten des Zweitgeräts auch nicht per se nachteilig, da ein Auftragnehmer so Stillliegezeiten bei Drittaufträgen vermeiden könne, so dass der von ihr angedeutete konzeptionelle Wechsel auf ein Angebot mit nur einem [...]Gerät nicht nur Vorteile bringe.

Das Kriterium „Leistung- und Einsatzparameter“ habe einen konkreten Auftragsbezug und sei daher ein taugliches Zuschlagskriterium. Sinn sei es, die technische Qualität der angebotenen [...]Geräte bzw. deren Kombination zu vergleichen. Optimal auf die Randbedingungen ausgerichtete Geräte/-kombinationen seien leistungsfähiger und bekämen daher eine bessere Bewertung. Aus der Geometrie der Geräte im Zusammenspiel mit den Revierbedingungen ergebe sich die Wahl des einzusetzenden Geräts, was auch die Wirtschaftlichkeit des Handelns bedinge. Die Ag habe bewusst keine Vorgabe in Bezug auf Zeitanteile des angebotenen Geräts gemacht, sondern dies den Bietern überlassen. Je nach Situation und Bedingungen der unterschiedlichen Einsatzgebiete könne der Bieter etwa angebotene Geräte mit höheren Stundensätzen zum Einsatz bringen als das ursprünglich in seiner Planung vorgesehene. Die Flexibilität eröffne die Ag zugunsten der Bieter, da diese keinen Eingriff ihrerseits in die unternehmerische Kalkulationsfreiheit durch starre Festlegungen konkreter Leistungsanteile wünschten. Da der Bieter bei der Auftragsausführung an seine Preise gebunden sei, sei dies für die Ag folgenlos und konterkariere daher nicht die Wirtschaftlichkeit des Auftrags. Auch habe die Ag kein Interesse daran, die Bieter zu verpflichten, feste Zeitanteile anzubieten, da die Bieter selbst ihre eigene Wirtschaftlichkeit beurteilen sollten; die Bieter sollten das angebotene Gerät im Rahmen ihrer unternehmerischen Freiheit selbst nutzen können; auch würden fixe Zeitanteilsvorgaben die Vorteile von Bietern mit großem Gerätepool – wie etwa der ASt – zunichtemachen. Anzumerken sei, dass die Bg in diesem Zuschlagskriterium schlechter abgeschnitten habe als die ASt.

Für das Zuschlagskriterium „Gesamttreibstoffmenge“ seien Auftragsbezug und Wirksamkeit ebenfalls zu bejahen. Ersteres ergebe sich schon daraus, dass die Treibstoffmenge unmittelbar Preisrelevanz habe. Darüber hinaus berücksichtige das Kriterium Umweltaspekte. Die Ag könne den Verbrauch auch prüfen, so dass der Willkürvorwurf der Ag unberechtigt sei. Falsche Angaben wären aufgrund üblicher Verbrauchsdaten erkennbar, so dass sich die von der ASt angesprochene theoretische Eintragungsmöglichkeit von „0 t“ für den Verbrauch nicht realisiert habe. Der Treibstoffverbrauch könne auch nicht durch nicht für den Einsatz vorgesehene aber dennoch angebotene Geräte verschleiert werden. Zum einen müsse die angegebene Menge schon zu demjenigen Gerät passen, was im Auftragsfall auch eingesetzt werde. Zum anderen riskiere der Bieter monetäre Verluste, falls er bei der

späteren Auftragsdurchführung [...]Geräte mit höherem als dem angegebenen Verbrauch einsetze. Denn die Stoffpreisgleitklausel beziehe sich auf alle Geräte, d.h. auch auf die treibstoffarmen. Letztlich bestehe auch eine Beziehung zu anderen Kriterien: [...]Gerätekombinationslösungen seien aufgrund ihres geringen Verbrauchs beim Zuschlagskriterium „Gesamttreibstoffmenge“ im Vorteil, müssten jedoch beim Geräteinsatz Nachteile bei der Bewertung hinnehmen (schwierigeres Manövrieren, Umrüstzeiten). Es sei daher kein genereller Vorteil, treibstoffarme Gerätekombinationen anzubieten. Entgegen dem Vortrag der ASt seien die Verbrauchsangaben auch verbindlich und nicht nur bloße Informationen, was sich auch aus den Regelungen zur Stoffpreisgleitung ergebe.

Ein Ausschluss der Bg komme nicht in Betracht. Die von ihr angebotene Leistung stimme mit der von der Ag geforderten überein. Insbesondere verbiete sich der von der ASt geforderte Ausschluss aufgrund der Abmessungen des von der Bg angebotenen Gerätes. Denn die Frage, ob ein Gerät zeitliche und praktische Vorteile bei der Ausführung biete, sei eine reine Frage der Wertung. Ein Ausschluss käme nur in Betracht, wenn die Leistung an sich nicht durchführbar wäre. Diese Konstellation liege jedoch nicht vor, da eine bloße Erschwerung der Leistungserbringung in Teilen der Baggerbereiche durch Umrüstungserfordernisse keine Undurchführbarkeit darstelle. Ohnehin besage Ziff. 3.4.1 der Baubeschreibung, dass die [...]Geräte geeignet sein sollen, die angeforderte tägliche Baggereinsatzzeit „möglichst“ zu erfüllen. Es führe daher nicht zum Ausschluss, wenn ein Bieter an dem einen oder anderen Tag die Baggereinsatzzeit nicht erreiche. Einflüsse wie Eissituationen, schlechte Wetterverhältnisse, Tidebedingungen, Wartungen, Bunkerprozesse, Personalwechsel könnten dazu führen, dass die Maximalzeit nicht erreicht werde. Die Leistung müsse nur grundsätzlich unter den genannten Einflüssen erbracht werden. Auch könne ein Bieter die geforderten 16 Stunden Baggerzeit überschreiten, so dass ihm weitere acht Stunden als Puffer zur Verfügung stünden.

Dass die Bg ihr [...]Gerät teilweise umrüsten müsse, sei im Einklang mit den sonstigen Vorgaben der Ag und im Übrigen auch vollkommen marktüblich. Die Baubeschreibung könne die ASt daher nicht dahingehend interpretieren, dass schon für das bloße Befahren der Wasserstraßen die Abmessungen für die Schleusendurchfahrt des [...] (< 13 m) eingehalten werden müssten. Dies gelte nur für die Einsatzgebiete selbst, wozu die Schleuse selbst nicht zähle. Ein permanenter

leistungsbereiter Zustand im umgerüsteten Zustand sei weder erforderlich noch sinnvoll und bei unterschiedlichen Einsatzgebieten und –anforderungen auch gar nicht möglich.

Der Vorwurf der ASt, die Ag habe die Eignung bzw. die Angebote fehlerhaft gewertet, greife ebenfalls nicht durch.

Zunächst hätten alle Bieter die geforderten zwei Referenzen vorgelegt. Soweit in der Vergabeakte bei der Prüfung der Referenzen der Bg dokumentiert worden sei, dass diese nur eine tideabhängige Referenz vorgelegt habe, handele es sich um ein Versehen. Sie habe eine nicht tideabhängige und zwei tideabhängige Referenzen vorgelegt; im Vergabevermerk selbst sei der Zahlendreher korrigiert worden.

Bei der anschließenden Wertung des Technischen Wertes seien alle angebotenen Geräte in die Wertung eingeflossen. Die Vorlage der gerätebezogenen Referenz sei nach den Erläuterungen zur Bewertung zur Plausibilisierung der Leistungsparameter, hier der Baggereinsatzzeiten, gefordert worden, d.h. konkret, um im Rahmen der Bewertung die Angabe im Formblatt 367-B plausibel machen zu können.

Im Unterkriterium „Qualität des Einsatzkonzeptes“ habe die Bg eine angemessene Punktzahl erhalten. Die Spekulation der ASt gehe hier völlig ins Leere. Hinsichtlich des Personals habe keine Verpflichtung der Ag bestanden, dieses einzeln zu prüfen; denn die Bieter hätten keine konkrete Erfahrungswerte im Bereich [...]Nassbaggerungsarbeiten belegen müssen. Die Ag habe eine Präqualifikation gefordert, was ihr zum Beleg gereicht habe. Soweit keine Anhaltspunkte für falsche Angaben vorgelegen hätten, sei die Ag auch nicht verpflichtet gewesen, Aufklärungen durchzuführen.

Eine unzulässige Nachbesserung des Angebots der Bg liege nicht vor. Die Zeitverzögerungen seien Urlaub und Personalausfall geschuldet und könnten von der ASt nicht zum Beleg unzulässiger Nachverhandlungen herangezogen werden. Es hätten auch keine Mehrfachanforderungen derselben Unterlagen zugunsten der Bg stattgefunden.

Den Nachforderungsersuchen der Ag sei die Bg jeweils fristgerecht nachgekommen. Die Ag räume ein, dass der Bg eine längere als die in § 16a EU VOB/A normierte Frist eingeräumt worden sei; sie habe das kurz nach Absendung folgende Wochenende und zum Teil auch Feiertage in Abzug gebracht, um der Bg eine Reaktion auf die Nachforderung zu ermöglichen. Ihr Fehler könne jedenfalls nicht der Bg angelastet werden, da diese rechtskonform die Nachforderung bedient habe.

Ein unangemessen niedriger Preis der Bg sei nicht feststellbar. Zwar habe die Ag aufgrund des Preisabstandes zur ASt von mehr als 10 % aufgrund interner Vorgaben eine Aufklärung durchgeführt. Die Bg sei dem Aufklärungsersuchen auch nachgekommen, Zweifel an der Angemessenheit ihrer Preise bestünden nicht mehr. Die Ag habe die Teilkosten der Angebotssumme unter Berücksichtigung der Erklärungen der Bg verglichen und festgestellt, dass die erzielten Preise marktgerecht seien. Der Ag sei dabei bewusst, dass es in ihrem Eigeninteresse liege, das Risiko einer nicht einwandfreien Auftragsausführung aufgrund eines unangemessen niedrigen Preises nicht tragen zu müssen; ebenso sei ihr bewusst, dass es sich bei § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A um einen zwingenden Ausschlussgrund handele. Darauf komme es aber nicht an, weil schon dessen Tatbestand nicht erfüllt sei. Überdies erscheine die Angebotssumme im Vergleich zur vor kurzem durchgeführten Interimsvergabe der streitgegenständlichen Leistungen nicht als niedrig, da das Preisniveau dort sogar 3,4 % niedriger gewesen sei.

- c) Mit Beschluss vom 7. Juli 2018 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag der ASt der Verhinderung des Marktzutritts der Bg diene und daher § 180 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB unterfalle. Der ASt sei es gelungen, seit 1990 sämtliche Aufträge der Ag für [...]Baggerleistungen auf der Elbe zu erhalten. Die ASt müsse befürchten, dass bei Erhalt des Zuschlags für das streitbefangene Los 2 die Bg zukünftig eine ausreichende Referenzlage für das wirtschaftlich deutlich interessantere Los 1 werde vorweisen können, so dass ihre Marktposition nicht mehr unangefochten sei. Außerdem erbringe die ASt auch die Leistungen des Interimsauftrags in Bezug auf die streitgegenständlichen Leistungen, so dass sie von einer Verzögerung durch das Nachprüfungsverfahren partizipiere.

Wesentliche Teile des Nachprüfungsantrags seien unzulässig, weil die ASt mit ihrem jeweiligen Vortrag schon präkludiert sei. Soweit die ASt eine Intransparenz der Wertungsmethode beim „Technischen Wert“ geltend mache, sei die vermeintliche Mehrdeutigkeit erkennbar gewesen. Dass einerseits der Eindruck eines Beurteilungsspielraums erweckt, andererseits ein Wertungs-„Automatismus“ bei den Einzelkriterien eingeführt worden sei, ergebe sich unmittelbar bei Durchsicht der „Erläuterungen zur Bewertung“. Auf feinsinnige vergaberechtliche Differenzierungen der jüngeren Rechtsprechung komme es daher nicht an; sollte der ASt tatsächlich etwas unklar gewesen sein, hätte sie dies vor Angebotsabgabe rügen müssen. Da gerade die Wertungskriterien im Vorläuferverfahren umstritten gewesen seien, müsse man die ASt als maximal sensibilisiert für dieses Thema ansehen. Unter Berücksichtigung dieses subjektiven Kenntnishorizonts hätte die ASt aus ihrer vorvertraglichen Treuepflicht heraus der Ag Gelegenheit geben müssen, den vermeintlichen Verstoß zu beseitigen; dies habe sie jedoch nicht getan. Angesichts des Vortrags der ASt in ihrem Nachprüfungsantrag müsse die Bg zudem davon ausgehen, dass sich die ASt über die beabsichtigte Wertungsmethode völlig im Klaren gewesen sei und dass sie gerade nicht davon ausgegangen sei, dass trotz klarer Wertungsvorgaben „überschießende“ Inhalte der einzureichenden Unterlagen in irgendeiner Weise relevant für die punktemäßige Bewertung werden würden.

Auch soweit sie einen fehlenden Bezug des Unterkriteriums „Leistungs- und Einsatzparameter“ zum Auftrag geltend mache, sei die ASt präkludiert. Aus den „Erläuterungen der Bewertung“, dort Ziff. 3.1, den „Hinweisen zur Vorlage von Unterlagen und Formblättern, dort Ziff. 2.1 und 4.1, ergebe sich klar, dass nur Geräte, die die Mindestanforderungen erfüllten, gewertet würden sowie, dass nur „angebotene“ Geräte berücksichtigt würden, bei denen folglich der Bieter tatsächlich einen Einsatz bei der Auftragsdurchführung plane. Der Bezug der Geräte zum Auftragsgegenstand sei folglich klar; soweit die ASt die Vorgaben für nicht ausreichend eng gehalten haben sollte, hätte sie der Ag auch diesbezüglich Gelegenheit zur Abhilfe geben müssen. Da der von der ASt herangezogene § 127 GWB nur eine Ausprägung des allgemeinen Wettbewerbsgrundsatzes sei, könne der vermeintliche Rechtsverstoß auch ohne vertiefte Rechtskenntnis erkannt werden.

Die analogen Überlegungen griffen, soweit sich die ASt gegen die potentiell willkürliche Zuschlagserteilung und fehlende Überprüfbarkeit im Unterkriterium

„Leistungs- und Einsatzparameter“, den fehlenden Auftragsbezug des Kriteriums „Gesamttreibstoffmenge“ und dessen potentiellen Willkürspielraum wende.

Unbeschadet der Präklusion sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet.

Die ASt könne angesichts der von der Ag aufgestellten Vorgaben nicht erwartet haben, dass diese von der bekannt gegebenen differenzierten Wertungsstruktur wieder zugunsten einer ermessensgeleiteten Beurteilungsentscheidung abweichen werde. Auch das zu Beginn der „Erläuterungen zur Bewertung“ dargelegte Schulnotensystem, würde Derartiges nicht erlauben. Die darin enthaltenen allgemeinen Ausführungen verbalisierten lediglich die sich aus der Bewertungsmechanik ergebende Punktzahl. Dies sei allenfalls überflüssig, verunklare aber die Bewertungsvorgaben nicht. Auch dass die Bieter Unterlagen und Konzepte haben einreichen müssen, führe nicht dazu, dass in einer Art wertenden Gesamtschau doch noch die Punktvergabe der konkreten Einzelkriterien modifiziert werden könne. Soweit die ASt mit ihrem Vortrag die Erforderlichkeit der Einreichung der Unterlagen in Frage stelle, sei nicht ersichtlich, wie dies ihre Rechtsstellung beeinträchtigt haben könnte.

Das Unterkriterium „Leistung- und Einsatzparameter der [...]Geräte“ weise schon aus der Pflicht, je Kampagne mindestens ein Gerät vorzuhalten und einzusetzen und dem geforderten Verfügungsnachweis einen hinreichenden Auftragsbezug auf. Die Ag könnten den Bietern keine Vorgaben machen, welches Gerät diese zu welchem Anteil bei der späteren Auftragsausführung einsetzen müssten. Eine derartige Vorgabe widerspreche dem Gebot der Wirtschaftlichkeit, da durch den Eingriff in die Gerätedisposition der Bieter diese erhebliche Vorhaltekosten in die Kalkulation einstellen müssten. Jedenfalls gebe es keine Verpflichtung der Ag, Entsprechendes zu fordern, um einen Auftragsbezug herzustellen. Auch stelle das Kriterium den Bietern nicht frei, Geräte ohne Einsatzabsicht nur für die Wertung anzugeben. Ein Bieter biete nach den Vorgaben der Ag ein Gerät nur an, wenn er dessen Einsatz auch beabsichtige. In der fehlenden Festlegung bestimmter Einsatzvorgaben für die Geräte liege auch kein Verstoß nach § 127 Abs. 4 S. 1 GWB. Dieser solle lediglich verhindern, dass Zuschlagskriterien aufgestellt werden, die sich als leere Hülle

erwiesen. Dies liege nicht ansatzweise vor; die Ag habe ein ausdifferenziertes und prüfbares Wertungssystem aufgestellt.

Das Kriterium „Gesamtreibstoffmenge“ weise schon deswegen einen Auftragsbezug auf, weil § 127 Abs. 3 S. 2 GWB ökologische Kriterien im Zusammenhang mit der Bereitstellung der Leistung zulasse. Gleiches ergebe sich aus Erwägungsgrund 97 der Richtlinie 2014/24/EU. Durch die vorgegebene Preisgleitklausel sei der Bieter auch wirtschaftlich an die von ihm angegebene Gesamtreibstoffmenge gebunden. Der Vorwurf der ASt, dass nicht für den Einsatz vorgesehene Geräte angegeben würden, trage nicht. Die Bg habe bei der Gesamtreibstoffmenge nur für die Leistungserbringung eingeplantes Gerät berücksichtigt. Daher liege auch kein Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot vor. Die Ag könne angesichts ihrer langen Ausschreibungserfahrung die angegebenen Treibstoffmengen wirksam überprüfen. Die Bieter hätten einen wirtschaftlichen Anreiz, möglichst realistische Treibstoffmengen anzugeben, um während der Vertragslaufzeit von der Preisgleitung profitieren zu können. Bewusst unwahren Angaben zur Täuschung über den Verbrauch könne die Ag auf der Grundlage der allgemeinen vergaberechtlichen Sanktionen wirksam begegnen.

Das von der Bg angebotene Gerät sei auch geeignet, die auftragsgegenständlichen Leistungen erbringen zu können. Insbesondere sei die Durchfahrt der Schleuse des [...] möglich. Denn die Bg könne ohne großen Aufwand den zu breiten Spülbalken demontieren; Einzelheiten des Umbaus seien Geschäftsgeheimnis der Bg und könnten der ASt daher nicht offengelegt werden. Auch stelle die Ag den Bietern einen Liegeplatz zur Verfügung, so dass ein Umbau selbst dann möglich wäre, wenn nach dem Vortrag der ASt dieser erheblichen Aufwand und die Zuhilfenahme eines Kranes benötigen würde, was jedoch nicht einmal der Fall sei. Die Bg habe den Mehraufwand für den Umbau auch kalkulatorisch berücksichtigt. Angesichts der 4.200 Baggerstunden in zwei Jahren falle die Umrüstzeit zudem nicht wesentlich ins Gewicht. Die Schleuse des [...] selbst sei im Übrigen kein Einsatzgebiet, so dass die ASt nicht schon allein aus den äußeren Abmessungen des Geräts auf dessen Untauglichkeit schließen dürfe. Die Vorgaben der Ag in Ziff. 3.4.1 der Baubeschreibung seien vor dem Verständnishorizont eines kundigen Bieters auszulegen. Ausreichend sei daher, dass der Bieter die Befahrbarkeit der Gebiete, ggf. nach Umrüstung des Balkens, sicherstellen könne, soweit dies erforderlich sei.

Im Übrigen spreche gegen eine generelle Mindestanforderung in Bezug auf die äußeren Abmessungen, dass Ziff. 3.4.3 der Baubeschreibung die Balkenbreite mit „≥ 12 m“ festlege, woraus sich nur eine Minimal-, aber gerade keine Maximalbreite ableiten lasse. Ohnehin enthalte Ziff. 3.4.1 keine starren Mindestanforderungen; die angeforderte tägliche Baggerzeit etwa sei lediglich „möglichst“ zu erfüllen. Die Bg habe zudem ausreichenden Puffer.

Die von der ASt ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung unzulässiger Nachbesserungen sei falsch; die Bg habe nur die von der Ag angeforderten Erklärungen und Nachweise jeweils fristgerecht vorgelegt. Hätte die Ag der Bg eine sechstägige Frist gesetzt, hätte die Bg auch diese einhalten können. Ein Ausschluss zu Lasten der Bg komme unter keinem Gesichtspunkt in Betracht.

Der Angebotspreis der Bg sei auch nicht unangemessen niedrig. Zwischen den Preisen der Bg und der ASt lägen nur [...], so dass angesichts der von der Rechtsprechung entwickelten Aufgreifschwelle von 20 % nicht einmal eine Preisaufklärung geboten sei. Der Preis sei zudem vom bislang unzureichenden Wettbewerbsdruck auf die ASt geprägt. Auch entspreche der von der Bg angebotene Preis annähernd dem von einem Mitglied der ASt angebotenen Preis bei der Interimsvergabe. Der Preisunterschied lasse sich auch mit dem unterschiedlichen Geräteeinsatz plausibel erklären: Das Gerät der Bg sei deutlich wirtschaftlicher gegenüber demjenigen der ASt. Zynisch sei, dass die ASt der Bg ihre Aussage im vorangegangenen Beschwerdeverfahren vorwerfe, sie werde ihr Engagement bei Baggerleistung in Flüssen mit Tideeinfluss strategisch überdenken, sollte sie keinen Zugang zum Markt bekommen. Eine wirtschaftliche Schieflage der Bg könne die ASt aus der verbalen Reaktion auf deren eigene Abschottungsversuche jedenfalls nicht herleiten.

Letztlich begegne auch die Wertung der Ag keinen Bedenken. Die Geräte bzw. Gesamttreibstoffmenge habe die Ag zutreffend nach den Bieterangaben auf der bekannt gemachten Grundlage bewertet. Die nachgewiesenen Baggerzeiten für das Gerät [...] der Bg würden sich bereits aus den Referenzangaben ergeben. Auch stünde der Bg trotz vorgekommener Wechsel weiterhin ausreichend Personal für die Auftragsdurchführung zur Verfügung.

Die Bg beantragt in der mündlichen Verhandlung,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Bg für notwendig zu erklären.
3. Der ASt und der Bg wurde in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt. Dabei erhielt die ASt keinen Einblick in das Angebot der Bg, dessen Auswertung sowie die von ihr auf Nachforderung der Ag hin eingereichten Unterlagen.
- a) Mit Schriftsatz vom 18. Juli 2018 beantragte die ASt die Durchführung eines Zwischenverfahrens über die Gewährung ergänzender Akteneinsicht, die Fristen für ihre Stellungnahmen zur Akteneinsicht und zum Schriftsatz der Ag vom 12. Juli 2018 zu verlängern und den Termin zur mündlichen Verhandlung zu verlegen. Die von der Kammer bislang gewährte Akteneinsicht sei für die Rechtsverfolgung der ASt unzureichend. Die Kammer dürfe nur die Einsicht in Informationen und Daten verweigern, für die der Rechtsträger die tatbestandlichen Voraussetzungen eines notwendigen Geheimschutzes konkret vorgetragen habe. Zugunsten der ASt sei zu berücksichtigen, dass sie mangels Einblick bei Einreichung des Nachprüfungsantrags nichts Konkretes vortragen könne; die Kenntnis der Informationen und Daten könnten für ihr Primärschutzbegehren jedoch entscheidungserheblich sein. Die Kammer müsse in der Folge eine Abwägungsentscheidung treffen und dabei etwaige Nachteile des Geheimnisinhabers, insbesondere eine Beeinträchtigung seiner Stellung im zukünftigen Wettbewerb durch die Offenlegung berücksichtigen.

Im Einzelnen begehrt die ASt die Offenlegung folgender Dokumente:

- Die Formalprüfung der Angebote, die Eignungsprüfung der Bg, deren technischen Geräteangaben der Formblätter 1 und 367-B sowie die ihr gegenüber erfolgte Preisauflärung, da sich daraus jeweils die Unzulänglichkeit des von der Bg angebotenen [...]Gerätes in Bezug auf die Mindestanforderungen (Abmessungen des Gerätes) ergebe.
- Die Formalprüfung des Angebots der Bg auf Vollständigkeit; die Vollständigkeitsprüfung in Bezug auf von der Bg benannte andere Unternehmer

für den Fall der Eignungsleihe; Prüfung der Eigenerklärungen der Bg; mit dem Angebot ein- bzw. auf Anforderung der Ag hin nachgereichte Unterlagen der Bg in Bezug auf die Eignungsnachweise der anderen Unternehmer.

- Alle Dokumente im Zusammenhang mit der Aufklärung des unangemessen niedrigen Preises der Bg.
- Im Rahmen der geltend gemachten zu guten Bewertung des Angebots der Bg: Die Tabellarische Übersicht „Angebotswertung, 532-B“ in Bezug auf das Angebot der Bg sowie die von dieser gemachten Angaben zu den technischen Daten des Formblattes 367-B.

Das [...]Gerät der Bg werde auf öffentlichen Wasserstraßen eingesetzt. Eine Offenlegung der begehrten Unterlagen werde daher keine derart nachteilige Beeinträchtigung der Stellung der Bg im zukünftigen Wettbewerb verursachen, dass das Offenlegungs- und Rechtsschutzinteresse der ASt dahinter zurücktreten müsste.

Da dennoch anzunehmen sei, dass die Bg der Ergänzung der Akteneinsicht nicht zustimmen werde, sei seitens der Kammer ein Zwischenverfahren mit entsprechender Beschlussfassung zugunsten der ASt durchzuführen.

- b) Mit Schriftsatz vom 19. Juli 2018 beantragte die Bg, den Antrag der ASt auf weitergehende Akteneinsicht abzulehnen und von einer Verlängerung der Stellungnahmefristen abzusehen.

Der erweiterte Akteneinsichts Antrag der ASt diene offensichtlich der Ausforschung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Bg. Sie begehre die Offenlegung des gesamten Angebotsinhalts, der Wertung durch die Ag, wodurch sie sich an deren Stelle setzen wolle, um selbst die Angebotsprüfung zu wiederholen. Diese Rolle komme der ASt indes nicht zu.

Die Bg bemühe sich seit 2016 um Zugang zu dem von der ASt seit 25 Jahren beherrschten Markt. Dieser Marktzutritt könne nur dann gelingen, wenn Angebotsinhalte, Preise, die Details der innerhalb starrer Grenzen erfolgten Punktwertung geheim blieben. Die Preisgabe der Informationen, welche Geräte unter welcher Einsatzplanung mit welchen kalkulatorischen Vorteilen erfolge, würde einen fairen Wettbewerb langfristig unwiderruflich verhindern. Denn die ASt wolle im Wege

der Akteneinsicht Sonderwissen von der einzigen Wettbewerberin erwerben und dieses gezielt zur weiteren Marktabschottung nutzen. Die von der ASt begehrten Unterlagen stellten sämtlich Geschäftsgeheimnisse der Bg dar, da sie nur einem begrenzten Mitarbeiterkreis bekannt seien; diese Personen seien arbeitsrechtlich zur Vertraulichkeit verpflichtet. Daten in Bezug auf das angebotene [...]Gerät dürften nicht offengelegt werden, da sich hieraus entscheidende Aspekte des Geräteaufbaus ergäben, was die ASt zur Optimierung ihres Gerätes nutzen könnte. Die Bg habe schriftsätzlich dargelegt, wie ihr [...]Gerät am [...] eingesetzt werden könne. Im Bereich des Einsatzgebietes [...] werde auch von der ASt nicht vorgetragen, dass die Bg das Gebiet gar nicht bearbeiten könne, sondern dass die Abmessungen nur einen erhöhten Manövrierbedarf auslösten; die genauen Daten des [...]Gerätes seien daher schon nicht entscheidungsrelevant. Dass das Gerät auf öffentlich zugänglichen Wasserstraßen operiert werde, führe entgegen der Darstellung der ASt nicht dazu, dass kein Geschäftsgeheimnis vorliege. Denn es bestehe ein großer Unterschied zwischen dem bloßen Sehen eines Geräts durch einen unbeteiligten Dritten auf einer Wasserstraße und der exakten Kenntnis der technischen Eigenschaften, Abmessungen und Einsatzmöglichkeiten durch die ASt. Hätte diese mit ihrer Argumentation Recht, könnte sie sich die von ihr begehrten Daten auch selbst durch Anschauen des Geräts verschaffen.

Soweit die ASt ins Blaue hinein eine unzulässige Nachbesserung des Angebots geltend mache, könnten ihr die nachgereichten Unterlagen der Bg ebenfalls nicht offengelegt werden, da diese gerätebezogene Eigenschaften enthielten und damit Geschäftsgeheimnisse der Bg darstellten. Gleiches gelte für die Unterlagen in Bezug auf den Nachunternehmereinsatz, da dessen technische Ausstattung, der geplante Einsatz und der Umfang der Eignungsleihe Dritten nicht bekannt seien. Auch könnte die ASt in Kenntnis der Details den Versuch unternehmen, den Nachunternehmer abzuwerben oder unter Druck zu setzen. Die Unterlagen zur Preisaufklärung seien der ASt gegenüber unter Verschluss zu halten, da sie Rückschlüsse auf die Geräteeigenschaften, das Personalkonzept und damit insgesamt das kalkulatorische know how der Bg erlaubten. Angesichts des starren Wertungssystems der Ag sei auch die Wertung der Ag ein Geschäftsgeheimnis der Bg, da sich aus den einzelnen Punktzahlen direkt Geräteeigenschaften ableiten ließen. Gleiches gelte für die Angaben zum Treibstoffverbrauch und dessen Wertung durch die Ag.

4. In der mündlichen Verhandlung vom 24. Juli 2018 wurde der Sachverhalt umfassend mit den Verfahrensbeteiligten erörtert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.
5. Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung haben die Bg mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 24. Juli 2018 sowie die ASt ebenfalls mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 3. August 2018 nochmals Stellungnahmen eingereicht. Diese Schriftsätze, deren Inhalt keinen Anlass zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung gab, hat die Kammer bei der Entscheidungsfindung nicht mehr berücksichtigt.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert in Bezug auf den Gesamtauftrag (Lose 1 und 2) oberhalb des im Rahmen der VOB/A geltenden Schwellenwerts liegt.
 - b) Die ASt ist auch antragsbefugt, soweit sie sich gegen die Grundlagen der Ausschreibung wendet, auch wenn die ASt bei der konkreten Wertung z.T. deutlich besser abgeschnitten hat als die Bg, so dass sie durch die von ihr angegriffenen Kriterien zum Teil einen Wertungsvorteil erfahren hat. Dennoch ist ein Schadenseintritt zu Lasten der ASt jedenfalls nicht völlig ausgeschlossen: Unterstellt man ihren Vortrag, wonach sie aufgrund der unklaren Vorgaben der Ag ein wirtschaftlich nachteiliges Konzept mit mehr als nur einem [...]Gerät erstellt habe, ist es denkbar, dass sie auf der Grundlage in ihrem Sinne veränderter Vergabeunterlagen ein alternatives Konzept mit einem [...]Gerät und damit auch einen anderen Preis anbieten könnte. Daher ist die vorliegend durchgeführte Wertung

auf Basis der von der ASt als vergaberechtswidrig erachteten Bewertungssystematik der Ag für die Frage der Antragsbefugnis der ASt unmaßgeblich. Nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf droht im Falle eines festgestellten Verstoßes gegen Vergaberecht nur dann einem Antragsteller kein Schaden und ist der Nachprüfungsantrag in der Folge daher unbegründet, wenn es gänzlich auszuschließen ist, dass es durch den Verstoß gegen Vergabevorschriften zu einer Beeinträchtigung seiner Auftragschancen gekommen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17 –, Rn. 80, juris, m.w.N.). Diese Wertung ist auch im Rahmen der Antragsbefugnis zu berücksichtigen, so dass jedenfalls unter dem Gesichtspunkt einer „zweiten Chance“ die ASt antragsbefugt ist.

- c) Die Erfüllung ihrer Rügeobliegenheit, soweit der Nachprüfungsantrag die Grundlagen der Ausschreibung (Widersprüchlichkeit der Bewertungsvorgaben, fehlender Auftragsbezug und Wirksamkeit einzelner Zuschlagskriterien) beanstandet, ist trotz der von der Bg aufgeworfenen diesbezüglichen Zweifel im Ergebnis zugunsten der ASt zu bejahen. Der Rügetatbestand des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB erfordert zwar, dass Vergabefehler, die bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind, innerhalb der Angebotsfrist zu rügen sind. Vorliegend hat die ASt die von ihr geltend gemachten Verstöße erst nach Erhalt der Mitteilung nach § 134 GWB vom 21. Juni 2018 mit Schreiben vom 22. und 29. Juni 2018 und damit nach Angebotsabgabe gegenüber der Ag geltend gemacht. Gerade bei der Rügeobliegenheit in Bezug auf die Grundlagen der Ausschreibung handelt es sich jedoch um eine aus der Sicht des Auftraggebers sehr wichtige Zulässigkeitsvoraussetzung. Sinn und Zweck der insoweit vom Gesetzgeber vorgesehenen Angebotsfrist als zeitliche Grenze für die Anbringung von Rügen liegt gerade darin, den Auftraggeber davor zu schützen, dass erst in einem sehr fortgeschrittenen Stadium des Vergabeverfahrens die Ausschreibungsgrundlagen angegriffen werden, wenn Defizite schon von Anfang an erkennbar sind. Ist eine Beanstandung der Basis für den Wettbewerb zu diesem späten Zeitpunkt letztendlich erfolgreich, so wird das Beschaffungsvorhaben an den Beginn des Vergabeverfahrens zurückgeworfen; der Auftraggeber hat die Grundlagen der Ausschreibung zu ändern und die Möglichkeit zur Angebotsabgabe erneut zu eröffnen (vgl. zur Bedeutung der Rügeobliegenheit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Auf der anderen Seite ist aber zu sehen, dass der öffentliche Auftraggeber primärer Adressat des Vergaberechts ist. Die Bieter ihrerseits sind nicht verpflichtet, sich mit diesem Rechtsgebiet

auszukennen, sie dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Auftraggeber die Vorgaben der Ausschreibung korrekt aufgestellt hat. Konsequenterweise kommt es bei dem im Gesetz genannten Begriff der „Erkennbarkeit“ nicht nur auf die Erkennbarkeit eines (vermeintlichen) Fehlers im tatsächlichen Sinne an, vielmehr muss die Erkennbarkeit im Rechtssinne hinzukommen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 30. Juli 2013, VII-Verg 26/13, sowie vom 14. Oktober 2013, VII-Verg 36/13).

Die Bg vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass angesichts der Vorgeschichte des Vergabeverfahrens – die Kammer war im Verfahren VK 2 – 68/17 ebenso mit den Zuschlagskriterien bereits befasst wie das OLG Düsseldorf im sich daran anschließenden Beschwerdeverfahren unter dem Aktenzeichen VII-Verg 39/17, die ASt „maximal sensibilisiert“ für die Frage der Transparenz der Zuschlagskriterien gewesen sei. In der Tat haben die erkennende Kammer wie auch der Senat moniert, dass die Ag Leistungsparameter bewertet habe, deren Bewertung sie zuvor nicht angekündigt hatte, sowie eine besonders gute Bewertung an die Übererfüllung bestimmter geforderter Anforderungen aus dem Leistungsverzeichnis geknüpft habe, obwohl zuvor nicht bekannt gemacht worden sei, dass und wie sich eine derartige Übererfüllung auf die Bewertung auswirken würde. In der Umsetzung der Entscheidung der Nachprüfungsinstanzen hat die Ag die Bepunktung der Einzelkriterien zum größten Teil an konkret messbaren Parametern festgemacht. Dieser Umstand war in der Tat bei der Angebotserstellung für einen Bieter, der zumal wie die ASt Verfahrensbeteiligter des Vorläuferverfahrens war, durchaus erkennbar. Dass weiterhin Konzepte und ergänzende Unterlagen von den Bietern seitens der Ag verlangt wurden und dass diese Unterlagen Eingang auch in die Bewertung finden sollen steht zu der starren Punkteverteilung – das Verständnis der ASt unterstellt – in einem gewissen Widerspruch. Daher hätte es nahe gelegen, die Vorgehensweise der Ag zu hinterfragen und gegebenenfalls bei nicht zufriedenstellender Antwort dies auch zu rügen.

Allerdings sind die vergaberechtlichen Themenkomplexe „Bewertungskriterien“, „Bepunktung“ und „Schulnotensysteme“ und die diesbezüglich zu wahrende Transparenz, Entwicklungsprozessen der aktuelleren Rechtsprechung unterworfen und ergeben sich nicht unmittelbar aus dem GWB oder der VOB/A. Findet sich jedoch eine Anforderung aber nicht ausdrücklich als „harte“ und normierte Vorgabe in den vergaberechtlichen Vorschriften, sondern ergibt sie sich aus der die allgemeinen

Vorschriften konkretisierenden und weiterentwickelnden jüngerer Rechtsprechung, so wird eine Erkennbarkeit im Rechtssinn weniger wahrscheinlich (2. VK Bund, Beschluss vom 6. Dezember 2016, VK2-119/16). Da sich nach dem vorgetragenen Verständnis der ASt bei ihr eine gewisse Überzeugung von den Wertungsvorgaben bei der Angebotserstellung ergeben hatte, welche sich jedoch nicht realisierte, kann ihr jedenfalls keine Kenntnis im Rechtssinne schon vor Angebotsabgabe nachgewiesen werden. Denn dass ihr Verständnis falsch war, erkannte sie erst als sich ihre Erwartungen an die Wertung nicht materialisierten.

- d) Die ASt hat ihren Nachprüfungsantrag vom 5. Juli 2018 auch innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gestellt, nachdem sie die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 3. Juli 2018 erhalten hatte.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Weder sind die Vorgaben für die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig (dazu sub a)) noch ist die Bg wegen Abweichens von den Vorgaben der Vergabeunterlagen, wegen unzulässiger Nachverhandlungen oder einer Preisaufklärung mit unzureichendem Ergebnis auszuschließen; ebenso wenig führt eine schlechtere Bewertung des Angebots der Bg dazu, dass die ASt den Zuschlag erhalte (dazu insgesamt sub b)). Auch ist das Angebot der Bg nicht deshalb auszuschließen, weil die Ag ihr für die Nachreichung der nachgeforderten Unterlagen in Abweichung zu § 16a EU VOB/A jeweils eine 10-Tages-Frist gesetzt hat (dazu sub c)). Letztlich war dem erweiterten Akteneinsichtsantrag der ASt nicht zu entsprechen (dazu sub d)).
- a) Die ASt vermag nicht mit Erfolg die Grundlagen der Ausschreibung anzugreifen. Weder sind die allgemeinen Vorgaben für die Bewertung unklar bzw. in sich widersprüchlich (dazu sub aa)) noch fehlt es den Zuschlagskriterien „Leistungs- und Einsatzparameter“ am Auftragsbezug bzw. an ihrer Wirksam- bzw. Nachprüfbarkeit i.S.d. §§ 127 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GWB (dazu sub bb)).
- aa) Die ASt wirft der Ag in Bezug auf das bekannt gegebene Wertungssystem vor, dieses suggeriere in Ziff. 3 der „*Erläuterungen zur Bewertung*“ zunächst einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der Einzelkriterien in Abhängigkeit von der jeweiligen Anforderungserfüllung, während demgegenüber die Einzelkriterien selbst mit starren, zahlenmäßigen und/oder messbaren Bewertungsvorgaben versehen sind. Letztlich werde – so die ASt –

nur das Einzelkriterium „Darstellung und Bedienung der Software“ des Unterkriteriums „Qualität des Überwachungsprogramms“ in Übereinstimmung zu der allgemeinen Vorgabe anhand der Güte der Nachvollziehbarkeit, Übersichtlichkeit und Verständlichkeit der Darstellung bewertet. Bei allen anderen Kriterien habe die Ag aufgrund der starren Vorgaben nicht den von ihr angekündigten Beurteilungsspielraum, was widersprüchlich sei.

(1) In diesen Wertungsvorgaben liegt kein Verstoß gegen § 121 Abs. 1 GWB oder § 127 Abs. 4 S. 1 GWB begründet.

Die Vergabestelle trifft die Pflicht, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden (BGH, Urteil vom 03.04.2012 - X ZR 130/10). Für die Leistungsbeschreibung ergibt sich dies ausdrücklich aus § 121 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach der Leistungsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Infolge der übergeordneten Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB gelten die für die Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen für andere Teile der Vergabeunterlagen entsprechend (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 19/17 –, Rn. 54, juris). Die Leistungsvorgaben sind daher ebenso transparent zu formulieren wie das Bewertungssystem für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots. Dies ist vorliegend der Fall. Die Ag hat angesichts der im Vorläuferverfahren von der Kammer festgestellten und vom OLG Düsseldorf bestätigten Transparenzverstöße ihr Wertungssystem überarbeitet. Dabei hat sie nunmehr exakt definiert, u.a. welche Leistungsparameter der [...]Geräte sie bewerten werde und welche (Über-)Erfüllung des Kriteriums sich mit welcher Punktzahl auf die Bewertung auswirken wird. Ein Mehr an Transparenz ist kaum herzustellen.

(2) Dass sich aufgrund dieser exakten Definition des Wertungsmaßstabs der angekündigte allgemeine, nach der Erfüllung der Grundanforderungen abgestufte Bewertungsrahmen faktisch nur noch auf ein Kriterium bezieht („Qualität des Überwachungsprogramms“) steht dieser Betrachtung nicht

entgegen, sondern ist Folge der von der Ag angestrebten Erhöhung der Transparenz für das Wertungssystem. Der Ag steht es frei zu definieren, ob und inwieweit sie Kriterien mit oder ohne Beurteilungsspielraum aufstellt, da sie allein beurteilt, was aus ihrer Sicht das wirtschaftlich beste Angebot definiert. Weder der Kammer noch der ASt steht es daher zu, der Ag vorzuwerfen, diese sei bei Umsetzung der Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen „über das Ziel hinausgeschossen“ und hätte sich ein Mehr an Beurteilungsspielraum offen halten müssen. Die Entscheidung der Ag, jedes objektiv messbare Kriterium auch so zu werten und damit einem subjektiven Maßstab zu entziehen, ist nicht zu kritisieren.

(3) Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass die Ag von den Bietern die Einreichung von Unterlagen, Zeichnungen, Schiffspapieren etc. „für die Bewertung“ verlangt und zum Ausdruck gebracht hat, dass „in der Gesamtschau“ auch dieser eingereichten Unterlagen das Konzept mit dem geringsten Risiko die höchste Punktzahl erhalten werde (Ziff. 3.2 der Baubeschreibung). Jedenfalls bei Auslegung der Vorgaben aus Sicht eines fachkundigen und am Vorläuferverfahren zudem verfahrensbeteiligten Bieters, sind die Vorgaben transparent und widerspruchsfrei. Denn dass die starren Punktvorgaben der Ag für die Einzelkriterien durch die parallel angekündigte „Gesamtschau“ überlagert werden könne – so die ASt in ihrer Argumentation – ist kein Verständnis, mit dem man als Bieter an die Auslegung der streitgegenständlichen Bewertungserläuterungen herangehen kann.

Dass Bieter Vergabeunterlagen überhaupt auslegen müssen, um das vom öffentlichen Auftraggeber Verlangte zu erkennen, ist dabei als solches zunächst nicht vergaberechtswidrig. Auch bei sorgfältiger Erstellung von Vergabeunterlagen kann nie ausgeschlossen werden, dass geringe Unklarheiten auftreten, da jeder Begriff der Sprache auslegungsfähig ist und das genaue Verständnis vom Empfängerhorizont abhängt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 19/17, Rn. 56, juris unter Verweis auf: OLG Schleswig, Beschluss vom 30. April 2015, 1 Verg 7/14, zitiert nach juris, Tz. 44; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Juli 2014, 15 Verg 4/14, zitiert nach juris, Tz. 34, und Beschluss vom 12. Mai 2000, 2 Verg 2/00, zitiert nach juris, Tz. 62; so auch Traupel, in: Müller-Wrede, GWB, § 121 Rn. 28;

Kadenbach, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 121 GWB Rn. 17). In vergaberechtswidriger Weise nicht mehr eindeutig sind Vergabeunterlagen aber erst, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben oder das zutreffende Verständnis der Vergabeunterlagen eine besondere Gesamtschau erfordert, die von den Bietern oder Bewerbern im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet wird (BGH, Urteil vom 10.06.2008 - X ZR 78/07, zitiert nach juris, Tz. 12) oder nicht geleistet werden kann (OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 60, juris). Dies ist jedoch angesichts der Vorgeschichte nicht der Fall:

Gerade unter dem Eindruck der historischen Entwicklung des Vergabeverfahrens ist die Ansicht der ASt, die Ag habe sich trotz starrer Punktevorgaben für die Einzelkriterien einen weiten, nicht nachprüfbareren „Gesamtschau“-Vorbehalt durch sonstige Unterlagen einräumen wollen, nicht nachvollziehbar. Die Fortentwicklung des Bewertungssystems durch die Ag sollte erkennbar die im ersten Nachprüfungsverfahren von den Instanzen angegriffenen Intransparenzen beseitigen und nicht einen neuen, noch weiteren Spielraum schaffen. Insofern wäre gerade das von der ASt im Nachprüfungsverfahren vertretene Verständnis der Vergabeunterlagen einer Überlagerung der objektiv messbaren Wertung in den Einzelkriterien durch eine undefinierte „Gesamtschau“ auf der Grundlage zusätzlich eingereichter Unterlagen dasjenige, was vergaberechtlich höchst bedenklich und angreifbar wäre.

Auch besteht kein unauflösbarer Widerspruch zwischen dem Wertungssystem der Ag einerseits und der Anforderung zusätzlicher Unterlagen durch sie andererseits. Die Ag hat insoweit ausgeführt, die Unterlagen bzw. das Einsatzkonzept seien zur Plausibilisierung der im Formblatt 367-B einzutragenden „nackten“ Fakten erforderlich gewesen, um deren Belastbarkeit zu überprüfen und gegebenenfalls bei Unstimmigkeiten aufzuklären. Insoweit entfalten die zusätzlichen Unterlagen jedenfalls eine mittelbare Wertungsrelevanz, so dass sie bspw. durch die Überprüfung der Abmessungen eines Schleppers in den Schiffspapieren in der Tat für die punktemäßige

Bewertung herangezogen werden und sich erst in der Gesamtschau auch der zusätzlich eingereichten Unterlagen das Wertungsergebnis ergibt.

(4) Auch die Ausführungen in Ziff. 3.2 der „*Erläuterungen zur Bewertung*“, wonach das Einsatzkonzept sicherstellen soll, dass bei Bedarf temporär die Leistungen zeitgleich in zwei Einsatzgebieten erbracht werden können, führt nicht zur Intransparenz bzw. Widersprüchlichkeit des Wertungssystems.

Zunächst ist die von der Ag ermöglichte konzeptionelle Darstellung zweier Geräte nur eine Soll-Anforderung. Die Ag hat angesichts ihrer historischen Erfahrungen aus dem Vorläuferverfahren gerade keine Mindestanforderung aufgestellt, dass ein Bieter zwingend über mindestens zwei Geräte verfügen muss, da dies in Kenntnis der ersten Angebotsrunde nur einem Bieter, nämlich der ASt, die Angebotsabgabe eröffnet und damit das offene Verfahren als obsolet hätte erscheinen lassen. Ob ein Bieter tatsächlich die Leistungen mit einem, zwei oder drei und mehr [...]Geräten durchzuführen beabsichtigt, hat die Ag daher der punktemäßigen Wertung im Einzelkriterium EZ1 „*Anzahl [...]Geräte*“ des Unterkriteriums „*Qualität des Einsatzkonzeptes*“ zugeführt und damit ebenfalls unterstrichen, dass ein einzelnes [...]Gerät für die Angebotsabgabe ausreicht, der Bieter hierfür jedoch noch keine Punkte in diesem Einzelkriterium erhält. Auch wird das Konzept in toto nicht untauglich, wenn der Bieter nur ein Gerät anbietet. Es wäre im Gegenteil überraschend und mithin vergaberechtswidrig, erstreckte die Ag die Null-Punkte-Wertung im Einzelkriterium EZ1 „*Anzahl [...]Geräte*“ – wie von der ASt im Ergebnis begehrt – auf das gesamte Unterkriterium „*Qualität des Einsatzkonzeptes*“ und damit auf drei weitere, eigentlich nicht betroffene Einzelkriterien. Die schiere Anzahl des Geräts schlägt gerade nicht auf die Anzahl des Personals, dessen Erfahrung und die Wartung durch, so dass eine völlige Entwertung des Einsatzkonzeptes durch das Angebot nur eines Geräts zu unterbleiben hat.

Auch steht das Verständnis der ASt, wonach zwingend zwei [...]Geräte für ein taugliches Einsatzkonzept vorzuhalten seien, in Widerspruch zu Ziff. 2.1 der „*Hinweise zur Vorlage von Unterlagen und Formblättern*“. Dort führt die Ag aus, dass während der Abwicklung einer Kampagne täglich grundsätzlich ein Gerät vom Auftragnehmer zu stellen ist; die Vorhaltung zusätzlich angebotener

Geräte erklärt die Ag ausdrücklich für nicht erforderlich. Daraus durften die Bieter schließen, dass ein Konzept mit nur einem [...]Gerät weder vollkommen untauglich ist ausgeschlossen noch der Bieter wegen Abweichens von Vorgaben ausgeschlossen wird.

Die lediglich „im Bedarfsfall“ auftretenden Parallel-Leistungen sind darüber hinaus gesondert in Abstimmung mit dem Auftragnehmer zu beauftragen und abzurechnen; die vorliegende Leistungsbeschreibung enthält gerade keine diesbezüglichen (Bedarfs-)Positionen, so dass nur die Grundpositionen bepreist und auch nur diese einer vergleichenden Preisbewertung zugeführt werden. Diejenigen Bieter, die wie die Bg zulässiger Weise nur ein [...]Gerät anbieten, können diese gesonderten Leistungen später nicht erbringen, so dass diese zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit zu erbringenden Leistungen im Bedarfsfall an einen Dritten zu vergeben wären. Ein Auftragnehmer, der wie die ASt – nach dem derzeitigen Stand ihres Konzeptes – mehr als ein Gerät anbietet, profitiert im Bedarfsfall von der Leistungserweiterung seines Auftrags. Gemäß Ziff. 3.3.2 der Baubeschreibung erfolgt bezüglich der gesonderten Leistungen des Zweitgerätes im Parallelbetrieb ein Zuschlag zu den Mengen der Leistungspositionen, gegebenenfalls verbunden mit einer Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B. Diese Erweiterungsmöglichkeit des Auftrags hat jedoch nichts zu tun mit der qualitativen Bewertung des Einsatzkonzeptes für die Grundleistungen des Auftrags (den bepreisten 4.200 Baggerstunden) oder die grundsätzliche Eignung eines Bieters, der lediglich das eine verpflichtend anzubietende Gerät – aber auch nicht mehr – vorhält.

- bb) Ein fehlender Auftragsbezug bzw. eine Unwirksamkeit der Zuschlagskriterien Leistungs- und Einsatzparameter (dazu sub (1)) und „Gesamtreibstoffmenge“ (dazu sub (2)) mit der Folge eines Verstoßes gegen § 127 Abs. 3 S. 1 und/oder Abs. 4 S. 1 GWB ist nicht festzustellen.

(1) Die Leistungs- und Einsatzparameter des [...]Geräts haben einen unmittelbaren Auftragsbezug, da eine auf spezielle Revierverhältnisse abgestimmte Gerätetechnik eine bessere und damit wirtschaftlichere Leistungserbringung erwarten lässt. Der Auftragsbezug bzw. die Wirksamkeit dieses Zuschlagskriteriums entfällt auch nicht dadurch, dass die Ag den Bietern

nicht vorgeschrieben hat, das von ihnen angebotene [...]Gerät bzw. Schlepper-Kombinationen mit diesem tatsächlich zu festen Anteilen einsetzen zu müssen. Es stellt sich schon die Frage, wie die Ag dieses Petitum der ASt vergaberechtskonform umsetzen sollte. Da sich das Kampagnengebiet in vier Bereiche (A, B, C, D) mit unterschiedlichen Revierverhältnissen unterteilt und die Ag nicht wissen kann, wie viele und welche [...]Geräte- bzw. Gerätekombinationen mit welchen Leistungsparametern von den Bietern angeboten werden, kann sie ihrerseits den Bietern nicht im Vorfeld fixe Vorgaben für eine Verteilung von Geräten machen. Zudem steht der konkrete Bedarf der zu erbringenden Baggerstunden nicht fest, sondern ist seinerseits davon abhängig, wann und für welchen Bereich die Ag eine Kampagne auslöst. Die angegebenen Stundenansätze für die vier Bereiche sind folglich auch nur voraussichtliche ca.-Angaben, abgeleitet aus dem Bedarf der Vergangenheit. Aus diesen Gründen kann die Ag den Bietern, ohne ein Kalkulationswagnis i.S.d. § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu deren Lasten zu begründen, auch nicht vorschreiben, ihrerseits mit der Angebotsabgabe verpflichtende Anteile für die Leistungserbringung der von ihnen angebotenen Geräte abzugeben. Dies würde allenfalls eine Scheingenaugigkeit auslösen, die aufgrund der vertraglichen Bindung an die fixen Leistungsanteile auch preisliche Auswirkungen haben dürfte. Denn die reduzierte Flexibilität der Bieter würde in entsprechend zu kalkulierende Vorhaltekosten für das für diesen und damit nicht für andere Aufträge vorgesehene Gerät resultieren. Dass die Ag diesen von der ASt begehrten Weg bewusst nicht beschritten hat, begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken.

Ebenso wenig wandelt sich das Zuschlagskriterium der Leistungs- und Einsatzparameter bei fehlender Verbindlichkeit des konkreten Einsatzanteils in ein – im Rahmen der Zuschlagsentscheidung unzulässiges – Eignungskriterium um. Denn es wird nicht nur abstrakt nach dem Gerätebestand der Bieter an sich gefragt, sondern eine – im Idealfall optimale – Ausrichtung auf die vertragsgegenständlichen Reviere und die dort vorherrschenden Einsatzbedingungen abgeprüft. Die Gerätekonzeption muss sich im Rahmen der Wertung daher an den geforderten Leistungen messen lassen und nicht nur das generelle Leistungsbild der Unternehmen darstellen.

Im Übrigen ist das Kriterium bereits in der ersten Ausschreibung als Zuschlagskriterium vorgesehen gewesen und weder von der Kammer noch vom OLG Düsseldorf mangels Auftragsbezug, fehlender Wirksamkeit oder Eigenschaft als Eignungskriterium verworfen worden.

(2) Die analogen Überlegungen gelten in Bezug auf das Zuschlagskriterium „Gesamttreibstoffmenge“. Auch hier führt die fehlende Verbindlichkeit des Geräteinsatzanteils nicht zu einer Verneinung des Auftragsbezugs des Kriteriums bzw. dessen Wirksamkeit/Überprüfbarkeit i.S.d. § 127 Abs. 3 S. 1 und/oder Abs. 4 S. 1 GWB.

Hinzu kommt, dass die von der ASt befürchtete Verschleierung des wahren Treibstoffverbrauchs durch bewusst falsche Angaben bis zu einem „0 t“ Verbrauch oder jedenfalls der Angabe von besonders treibstoffarmem Gerät, das jedoch nicht für den Einsatz vorgesehen ist, ein theoretisches Problem darstellt. Ein Bieter würde sich hierdurch der Möglichkeit der Stoffpreisgleitung, die für die Abrechnung von Nachträgen und Mehr- oder Minderaufwendungen gilt, begeben bzw. jedenfalls weitreichend zu eigenen Lasten einschränken. Denn die eingetragene (kalkulierte) Treibstoffmenge bleibt während der gesamten Vertragslaufzeit unverändert und bildet die Grundlage für die Berechnung der Mehr- und Minderaufwendungen, so dass eine zu geringe Angabe dazu führt, dass über die gesamte Laufzeit von maximal dreieinhalb Jahren der Auftragnehmer keine steigenden Treibstoffkosten geltend machen könnte. Dieses von der ASt befürchtete Szenario ist daher wirtschaftlich nicht im Sinne der Bieter. Falschangaben in Bezug auf den wahren Treibstoffverbrauch einzureichen, um sich Wertungsvorteile zu verschaffen, könnte ein Auftraggeber zudem als Täuschungsversuch werten (§ 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB) und sind daher schon aus diesem Grund nicht zu erwarten. Die eingereichten Angebote belegen im Übrigen, dass sich das von der ASt befürchtete Problem nicht materialisiert hat. Alle Bieter haben nach Einschätzung der Ag, die sich auf ihre Erfahrung aus früheren Vergaben stützen kann, auch realistische Angaben gemacht.

Unerheblich ist schließlich auch, ob neben einer ökologischen Komponente das Kriterium auch – in der Diktion der ASt aufgrund der fehlenden Festschreibung

der angebotenen treibstoffarmen Geräte - nur eine Preisrelevanz aufweist. Denn dies ist bei nahezu allen Kriterien der Fall, sei es die Anzahl der Geräte, des vorgehaltenen Personals der Wartung oder die einzusetzende Software. Dass ein Kriterium Doppelrelevanz auch für ein anderes Kriterium aufweist, stellt keinen angreifbaren Verstoß dar, solange dies den Bietern transparent bekannt gegeben wird. Daran ist vorliegend nicht zu zweifeln.

- b) Der von der ASt begehrte Ausschluss der Bg ist weder unter dem Gesichtspunkt des Abweichens von den Vorgaben noch einer unzulässiger Nachverhandlungen bzw. einer unzureichenden Preisaufklärung oder fehlender Eignung geboten (dazu sub aa – dd)). Soweit die ASt eine schlechtere Bewertung aufgrund fehlender Referenzen der Bg geltend macht, wirkt sich ein potentieller Wertungsfehler jedenfalls nicht zu Lasten der ASt aus (dazu sub ee)).

- aa) Soweit die ASt aus der Vorgabe der Baubeschreibung (dort Ziff. 3.4.1), wonach „*das [...]Gerät zum Befahren [...] entsprechende Abmessungen hinsichtlich der Länge, der Breite und des Tiefganges aufweisen [muss]*“, ableitet, dass die Bg aufgrund des Umrüsterfordernisses vor und nach der Schleuse zwischen Außen- und Binnenhafen des [...] gegen diese Vorgabe verstößt, weil ihr [...]Gerät nicht per se weniger als [...] Meter Balkenbreite aufweist, dringt sie damit nicht durch. Denn eine derartige generelle Höchstgrenze lässt sich nicht ableiten.

Auch hier gilt, dass die vom Auftraggeber aufgestellten Anforderungen aus Sicht fachkundiger Unternehmen auszulegen sind. „Entsprechende Abmessungen“ nach der Aufzählung verschiedener Reviere / Wasserstraßen kann in diesem Zusammenhang nur bedeuten, dass für die jeweiligen Gewässer die entsprechenden, d.h. ggf auch unterschiedliche, Voraussetzungen in Bezug auf Länge / Breite / Tiefgang gegeben sein müssen, um das [...]Gerät entweder von A nach B transportieren oder aber am Einsatzort tatsächlich auch einsetzen zu können, ohne eine Havarie / Festfahren o.ä. zu riskieren. Die einzelnen Bereiche weisen nach den Beschreibungen der Einsatzgebiete (Ziff. 2.-1 der Baubeschreibung) sehr unterschiedliche Sohliefen, Breiten etc. aus. Es lässt sich daher gerade nicht

aus der Vorgabe ableiten, dass die Breite der [...] auf andere Einsatzgebiete und Wasserstraßen zu übertragen ist und daher auch beim bloßen Befahren anderer Reviere eingehalten werden müsste. Denn dann hätte es der Erwähnung der anderen Gebiete und u.U. auch deren dezidiert Darstellung in der Baubeschreibung nicht bedurft. Hätte die Ag eine derartige generelle Regelung in Bezug auf eine grundsätzlich maßgebliche Höchstgrenze als Mindestanforderung an die Balkenbreite aufstellen wollen, hätte sie die Schleusenbreite des [...] als generelle Vorgabe explizit aufstellen müssen. Die einzige eindeutige Anforderung in Bezug auf die Balkenbreite ergibt sich mit „ $\geq 12 \text{ m}$ “ aus Ziff. 3.4.3 der Baubeschreibung, welche ausdrücklich als Mindestabmessung bezeichnet wird. Eine Höchstgrenze hat die Ag gerade nicht definiert.

Derartiges lässt sich auch nicht – so jedoch die ASt – aus der Begriffsdefinition des [...]Geräts ableiten (Ziff. 1 der „Hinweise zur Vorlage von Unterlagen und Formblättern“). Danach wird „vorausgesetzt, dass das [...]Gerät in seiner Gesamtheit jederzeit die Grundleistungen „Boden [...] umlagern“ und „Fahren zwischen den Baggerstellen“ erbringen kann“. Auch dies schließt nicht aus, dass durch Umrüstungen, wie sie auch die Bg beabsichtigt, revier- bzw. einsatzgebiet-individuelle [...]Geräte erst geschaffen werden. Ziff. 3.1 der Erläuterungen zur Bewertungsmatrix geht ebenfalls davon aus, dass Umrüstungen möglich sind, [...]Geräte, bei denen kein Umrüstungsbedarf besteht, lediglich „vorteilhaft“ sind, da diese zum einen die Manöver- und Stillliegezeiten minimieren und zum anderen die jeweils vorherrschenden Tideverhältnisse optimal ausnutzen können. Mit dieser Aussage lässt die Ag umrüstungsbedürftige Geräte somit gerade zu.

Die Ag hat insoweit in der mündlichen Verhandlung auch überzeugend dargelegt, dass Umrüstungen durchaus marktüblich sind, so dass eine Auslegung der Vorgaben – wie von der ASt begehrt – letztlich auch am Markt vorbeiginge. Dies hätte zudem zur Folge, dass sich nur Bieter beteiligen dürften, deren Gerät permanent die Maximalbreitenanforderung der Schleuse am [...] erfüllt, obwohl etwa in der konkret angeordneten Kampagne das [...] gar nicht erfasst sein muss. Dies wäre als Anforderung nicht nur sinnlos,

sondern mangels konkreten Leistungsbezugs auch vergaberechtlich angreifbar.

Soweit die ASt mit dem Sinn und Zweck der Forderung nach der permanenten Leistungserbringungsfähigkeit argumentiert – dem optimalen Ausnutzen der „möglichst zu erfüllenden“ Baggerzeit von 16 Stunden täglich, was einer zeitaufwändigen Umrüstung entgegensteht – ist auch dies unbehelflich. Denn der spätere Auftragnehmer wird für die Umrüstzeit nicht bezahlt, es obliegt daher seiner Planung, wie er trotz der erforderlichen Umbauten die geforderten Baggerstunden erbringt. Da die Vorgaben dem Auftragnehmer insoweit einen zeitlichen Puffer von täglich acht Stunden erlauben, ist die Bg im Zuschlagsfall durchaus in der Lage, die Leistungen vertragsgemäß zu erfüllen, so dass ein Ausschluss auch unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht kommt.

- bb) Ein Ausschluss der Bg wegen unzulässiger Nachverhandlungen in Bezug auf ihr Angebot, § 15 Abs. 3 EU VOB/A, bzw. unzulässiger zweifacher Nachforderung von Unterlagen, ist nicht angezeigt. Die Ag hat in ihren Nachforderungsbegehren jeweils verschiedene Unterlagen von der Bg angefordert und um Aufklärung von Widersprüchen ersucht. Dem ist die Bg auch innerhalb der gesetzten Frist nachgekommen (zur Frage der Korrektheit der Fristsetzung siehe sub c)). Weder hat die Ag somit nachgeforderte, von der Bg jedoch nicht nachgereichte Unterlagen ein zweites Mal nachgefordert, noch haben unzulässige Nachverhandlungen über den Angebotsinhalt stattgefunden.

- cc) Ein Ausschluss des Angebots der Bg wegen eines vermeintlich unauskömmlichen Preises, § 16d EU Nr. 1 VOB/A, kommt ebenfalls nicht in Betracht (vgl. zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16). Unbeschadet der Frage, ob die von der Rechtsprechung für diese Zwecke gebildeten Aufgreifschwelle, bei deren Erreichen eine Verpflichtung des Auftraggebers angenommen wird, in eine nähere Prüfung der Preisbildung des fraglichen Angebots einzutreten, angesichts des Preisabstandes zur Bg von ca. [...] % unter Berücksichtigung des von der ASt angebotenen Rabatts, erreicht sind (Preisabstand von mehr als 20 % zum nächsthöheren Angebot einerseits:

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2017, VII-Verg 17/17; Preisabstand von mehr als 10 % andererseits vgl. Ziekow/Völlink/Vavra, Vergaberecht, 2. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 46 unter Hinweis auf OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. September 2009, 15 Verg 3/09), hat die Ag die Bg mit Schreiben vom 15. Juni 2018 zur Preisauflärung aufgefordert und konkrete Fragen gestellt. In Reaktion hierauf hat die Bg mit Schreiben vom 20. Juni 2018 dezidierte Antworten zu den Fragen abgegeben und ihre Kalkulationsansätze erläutert. Dagegen, dass die Ag die Zweifel angesichts der abgegebenen Erklärungen als ausgeräumt betrachtet hat, ist vergaberechtlich nichts zu erinnern; zumal sich das von der Bg angebotene Preisniveau im Rahmen der Schätzung der Ag und auch des aktuell laufenden Interimsauftrags hält.

- dd) Ein Ausschluss wegen unzureichender Referenzangaben hat nicht zu erfolgen. Soweit die Ag zum Teil widersprüchlich dokumentiert hatte, die Bg habe nur eine statt der geforderten zwei tideabhängige Referenz vorgelegt, hat sich dies in der mündlichen Verhandlung als „Zahlendreher“ herausgestellt.
- ee) Die von der ASt begehrte generelle Schlechterwertung der Bg, weil diese aufgrund des nur einen bei ihr vorhandenen [...]Gerätes in ihrem Konzept keine parallele Leistungserbringung in verschiedenen Einsatzgebieten habe berücksichtigen können, kommt schon aus den oben genannten Gründen nicht in Betracht (vgl. 2 a) aa) (4)). Soweit die ASt den von der Bg angegebenen Treibstoffverbrauch als taugliche Grundlage für die Wertung anzweifelt, ist dies spekulativ und damit prozessual unbeachtlich. Im Übrigen hat die Bg im Rahmen der Preisauflärung auch zum Treibstoffverbrauch Erklärungen abgegeben, die ihre Angaben nicht als unplausibel erscheinen lassen.

Soweit die ASt eine Abwertung der Bg wegen unzureichender referenzierter Leistungsstunden im Einzelkriterium EZ3 – absolut erlangte [...]Baggereinsatzzeit der [...]Geräte – begehrt, da für jede [...]Gerätekombination gesondert eine Referenz aus den letzten Geschäftsjahren beizubringen gewesen war, ist ihr zuzugeben, dass die von der Ag gewerteten Betriebsstunden im Vergleich mit den jeweiligen Angaben der Bg im Formblatt 367-B offenbar aggregierte Angaben für das [...]Gerät selbst und nicht Einzelangaben für die unterschiedlichen Kombinationen mit

den einzelnen Schleppern darstellen. Angesichts der ohnehin schon schlechten Bewertung der Bg in diesem Punkt hat eine potentielle weitere Abwertung der Bg jedoch keine Auswirkung auf das Wertungsergebnis: Unterstellt, die Bg könne die Leistungsstunden der Referenzen im für sie schlechtesten Fall nur für eine einzige [...]Gerät / Schlepper-Kombination beanspruchen, würde sich das Ergebnis in der Punktespanne des Unterkriteriums nicht verändern. Somit wären die gebotenen minimalen Punktabzüge bei den anderen Kombinationen nicht kausal dafür, dass die ASt in der Wertung nur den zweiten Rang einnimmt.

- c) Ein Ausschluss der Bg nach § 16a S. 4 EU VOB/A kommt nicht in Betracht. Richtig ist zwar, dass die Bg einen großen Teil der Erklärungen und Nachweise, deren Vorlage ausdrücklich bereits mit dem Angebot gefordert war, weder mit dem Angebot noch sonst innerhalb der Angebotsfrist eingereicht hat. Die Ag hat hier grundsätzlich korrekt der Vorgabe von § 16a S. 1 EU VOB/A entsprochen, indem sie diese Nachweise bei der ASt nachgefordert hat. Allerdings sieht § 16a EU VOB/A in Satz 2 eine feste Frist von sechs Kalendertagen vor, binnen derer der aufgeforderte Bieter die geforderten Nachweise nachzureichen hat. Die Anforderung der Ag datiert hier einmal vom 26. April 2018, Absendung am selben Tag, und setzt keine nach einem Datum bemessene, sondern eine Zehn-Tages-Frist; das Nachforderungsschreiben vom 21. Juni 2018 setzt eine Frist bis zum 2. Juli 2018. In beiden Fällen wurde die feste Frist des § 16a S. 2 EU VOB/A überschritten.

Dies stellt einen Vergaberechtsverstoß der Ag dar. Die Ag hat ihre Motivationslage zwar in der mündlichen Verhandlung dahin erläutert, dass sie angesichts von Wochenenden und Feiertagen (1. Mai 2018) sowie unter Berücksichtigung möglicher Postlaufzeiten eine angemessene Frist setzen wollte. Dabei befand die Ag sich offenbar in einem Rechtsirrtum dahin, der Anwendungsbereich von § 16 Nr. 4 EU VOB/A sei eröffnet, was aber nicht der Fall ist, da die fehlenden Nachweise nicht erst auf gesonderte Anforderung einzureichen waren – nur hierauf bezieht sich § 16 Nr. 4 EU VOB/A – sondern eben schon mit dem Angebot. Auch wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB jenseits von konkreten Normen ein tragender Grundsatz des Vergaberechts ist, so besteht hier doch weder aus Verhältnismäßigkeitsüberlegungen heraus noch aus europarechtlichen Erwägungen ein Anlass, an der Wirksamkeit der Sechs-Tages-Frist von § 16a S. 2 EU VOB/A zu zweifeln; eine Notwendigkeit, diese fixe Frist angesichts von

Wochenenden oder Feiertagen zu verlängern, besteht nicht. Den ursprünglichen Anlass dafür, dass überhaupt eine Nachforderung notwendig wurde, hat die Bg selbst gesetzt, indem sie die klare Anforderung, die Nachweise bereits mit dem Angebot einzureichen, missachtet hat. Bei den fehlenden Nachweisen handelte es sich auch nicht nur um einzelne wenige Unterlagen, sondern um eine große Menge an nicht beigefügten Nachweisen. Es kann kaum davon ausgegangen werden, dass die Bg in der zeitlich oftmals angespannten Situation der Angebotserstellung versehentlich vergessen hat, diese beizufügen. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen sein sollte, was nicht entscheidungserheblich ist, so trägt die Nachforderungspflicht des § 16a EU VOB/A gerade dem Umstand Rechnung, dass die Bieter in der Phase der Angebotserstellung häufig in Zeitdruck sind, um die Angebotsfrist halten zu können, und aus diesem Grunde Fehler wie die versehentliche Nichtbeifügung eines Nachweises unterlaufen können. Nach Einreichung des Angebots besteht dieser Zeitdruck aber gerade nicht mehr, so dass beispielsweise eine Nachforderungsmöglichkeit nicht gegeben ist, wenn Nachweise erst nach Angebotsabgabe auf gesondertes Verlangen vorzulegen waren (vgl. zu diesem Rechtsgedanken und zum Vorstehenden OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2016 – Verg 37/14). Übertragen auf die vorliegende Konstellation bedeutet dies, dass die Bg von Anfang an wusste, dass sie die Nachweise schon mit Angebot einzureichen hat, und dies auf Nachforderung dann eben binnen kurzer Frist nachzuholen hat. Die Sachlage ist nicht vergleichbar beispielsweise mit dem Erhalt der Mitteilung nach § 134 GWB an die unterlegenen Bieter, wo eine neue und für den effektiven Rechtsschutz, Art. 19 Abs. 4 GG, relevante Information erstmalig übermittelt wird und den Lauf höchst knapper Fristen – z.B. die Rügefrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, Stellung des Nachprüfungsantrags vor Ablauf der zehntägigen Wartefrist des § 134 GWB und somit vor Zuschlagserteilung- für prozessuale Handlungen in Gang setzt, andernfalls der Bieter Gefahr läuft, des Primärrechtsschutzes verlustig zu gehen (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. November 2014 – Verg 20/14 und vom 5. Oktober 2016 – Verg 24/16).

Die Ag hätte demnach keine längere als die in § 16a EU VOB/A vorgesehene Frist einräumen dürfen, zumal die Bg in der mündlichen Verhandlung zwar nicht verneint, aber auch nicht mit vollständiger Eindeutigkeit bestätigt hat, dass die Beibringung der nachgeforderten Unterlagen binnen einer korrekten Sechs-Tages-Frist möglich gewesen wäre; angesichts der Fülle der fehlenden Unterlagen wurde dies als

jedenfalls herausfordernd angesehen. Es ist nachvollziehbar, dass diese zu lange Frist aus Sicht der ASt, die alle Unterlagen komplett und vollständig mit dem Angebot einreichte, als gleichheitswidrig empfunden wird, denn wäre es der Bg nicht gelungen, die fehlenden Unterlagen binnen sechs Tagen vorzulegen, so hätte die Bg ausgeschlossen werden müssen, § 16a S. 4 EU VOB/A, die ASt hätte den Zuschlag erhalten.

Es gibt aber keine Rechtsfolge, welche die Vergabekammer zum jetzigen Stand des Vergabeverfahrens der Ag auferlegen könnte, um diesen Fehler zu heilen. Die Unterlagen liegen jetzt vollständig vor, eine erneute Anforderung unter Setzung der korrekten Sechs-Tages-Frist macht erkennbar keinen Sinn. Andererseits kommt auch ein Ausschluss der Bg nach § 16a S. 4 EU VOB/A nicht in Betracht, denn die Ag hat mit der zu langen Frist zwar eine großzügige Vorgabe gemacht, die sie der Bg nicht hätte einräumen dürfen, die aber im Außenverhältnis der Bg gegenüber wirksam geworden ist. Denn die Ag hat zum einen durch das Setzen einer individuell gegenüber der Bg erklärten Frist einen Vertrauenstatbestand geschaffen, der sie daran hindert, eben diesen Umstand ausschlussbegründend zu Lasten der Bg heranzuziehen. Zum anderen hat sie die von ihr in den Vergabeunterlagen wiederholte Sechs-Tages-Frist des § 16a EU VOB/A gegenüber der ASt nicht angewandt, sondern vielmehr modifiziert, so dass jedenfalls zwei widersprüchliche Fristangaben in Bezug auf Nachforderungen von ihr im Vergabeverfahren kommuniziert wurden. Der öffentliche Auftraggeber muss jedoch von den Bietern klar und eindeutig fordern, welche Unterlagen diese zu welchem Zeitpunkt vorlegen müssen (Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 15. Mai 2015, Z3-3-3194-1-05-01/15, Rn. 127, juris, unter Verweis auf: BGH, Urteil vom 3. April 2012, AX ZR 130/10). Dies muss auch für den Zeitpunkt der Vorlage von nachgeforderten Erklärungen und Nachweisen gelten, was bei der Kommunikation unterschiedlich langer Fristen gerade nicht der Fall ist. Wollte man in dieser Situation nun die Bg mit ihrem Angebot ausschließen, so wäre ihr gegenüber der Transparenzgrundsatz verletzt. Die Beseitigung eines Vergabefehlers wäre also nur um den Preis eines neuen, dann aber sehr viel gravierenderen Vergabefehlers möglich, nämlich dem gänzlichen Ausschluss des Angebots der Bg, die ja auch eine Sechs-Tages-Frist durchaus hätte einhalten können, wenn sie ihr denn gesetzt worden wäre. So hat sie diese Sechs-Tages-Frist um zwei Tage überschritten, was mangels Heilbarkeit hinzunehmen ist. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn feststünde, dass die

Bg bei Setzen der kürzeren Frist objektiv nicht in der Lage gewesen wäre, diese zu erfüllen, etwa weil eine Zertifizierung einzuholen gewesen wäre o.ä. Derartige Umstände liegen jedoch nicht vor.

Der von der ASt begehrte Ausschluss des Angebots der Bg wäre auch unverhältnismäßig i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 2 GWB und kann daher nicht von der Kammer als geeignete Maßnahme zur Beseitigung einer Rechtsverletzung i.S.d. § 168 Abs. 1 S. 1 GWB ausgesprochen werden (im Ergebnis so auch: Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 16a VOB/A 2016, Rn. 52).

- d) Die Kammer hat der ASt nach Abwägung der widerstreitenden Interessen keinen Einblick in die von ihr im Rahmen des erweiterten Akteneinsichts Antrag begehrten Unterlagen gewährt, § 165 Abs. 2 GWB. Soweit die ASt Akteneinsicht in die von der Bg eingereichten technische Daten des von dieser angebotenen [...]Geräts, die Formalwertung des Angebots bzw. der Eignung der Bg, der Auswertung des Angebots und der Treibstoffangaben begehrt, war dem nicht nachzukommen. Der Akteneinsichtsanspruch der ASt hat insoweit hinter den Geheimhaltungsinteressen der Bg zurückzutreten.

Zu den Geschäftsgeheimnissen gehören alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind, an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat, in Bezug auf die sein Geheimhaltungswille bekundet worden oder erkennbar ist und von denen sich ein größerer Personenkreis nur unter Schwierigkeiten Kenntnis verschaffen kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, BVerfGE 115, 205 Rn. 87; BGH, Beschluss vom 16. November 2009 - X ZB 37/08, BGHZ 183, 153 Rn. 17 - Lichtbogenschürung; Urteil vom 7. November 2002 - I ZR 64/00, GRUR 353, 356 m.w.N. - Präzisionsmessgeräte; vgl. auch Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen [Geschäftsgeheimnisse] vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. L 157 vom 15. Juni 2015 S. 1).

Die Bg hat in diesem Zusammenhang plausibel dargestellt, dass das zukünftige Wettbewerbsverhältnis zur ASt tangiert werden könnte, wüsste diese, auf welcher detaillierten technischen Grundlage (Leistungsparameter und Abmessungen des [...]Geräts, Treibstoffverbrauch des Schubverbundes etc.) die Bg die Auftragsdurchführung zu erbringen beabsichtigt. Auch wenn das [...]Gerät der Bg grundsätzlich auch auf Bundeswasserstraßen und damit öffentlich operiert, ist der Inhalt des Angebots der Bg jedenfalls nicht öffentlich. Wie der Vortrag der ASt zeigt, sind die durch sie ermittelbaren Daten in Bezug auf das von der Bg für den Einsatz vorgesehene Gerät jedenfalls begrenzt. Die ASt selbst anerkennt diese Angaben im Übrigen als Geschäftsgeheimnisse, da sie ihre eigene Bewertung bzw. ihr Einsatzkonzept in ihrer Antragschrift bzw. dem Erwidernsschriftsatz vom 20. Juli 2018 als gegenüber der Bg zu schwärzendes Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet hat. Dies muss in umgekehrter Richtung auch zugunsten der Bg gelten.

Auch angesichts des sehr engen Marktumfeldes und der Tatsache, dass die ASt mit der vorgetragenen Intransparenz der Wertungsvorgaben eine Wiederholung der Angebotsabgabe – gegebenenfalls auch durch ein Beschwerdeverfahren – verfolgt, hat eine Offenlegung der Angebotsinhalte der Bg zu unterbleiben um den zukünftig funktionsfähigen Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Die Kammer anerkennt als Ergebnis des Abwägungsprozesses somit das Schutzinteresse der Bg als höher an in Relation zum Interesse der ASt an einer umfassenden Gewährung rechtlichen Gehörs.

Der BGH (Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16) hat im Übrigen akzeptiert, dass auch nach Versagung der Akteneinsicht die nicht offengelegten Bestandteile bei der Entscheidung verwendet werden dürfen. Denn aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann es im Interesse eines Beteiligten sachgerecht sein, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Konflikt mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang in der Weise modifiziert zurücktreten zu lassen, dass ihm bestimmte schutzwürdige Informationen vorenthalten werden können, die Nachprüfungsinstanz sie aber gleichwohl „*in camera*“ verwerten darf. Dies ist hier geschehen. Entgegen der Ansicht des Verfahrensbevollmächtigten der ASt bezieht sich die Zulässigkeit des „*in camera*“ – Verfahrens daher nicht nur auf die verfahrensrechtliche Frage der Entscheidung über den Umfang der Akteneinsicht, sondern auch auf den materiellen Inhalt der Akten und deren beschlussmäßiger Verwendung.

Da die Kammer den Antrag auf erweiterte Akteneinsicht mit der vorliegenden Hauptsache zurückgewiesen hat, war die Durchführung des von der ASt beantragten Zwischenverfahrens nicht erforderlich. Anders als die geplante Offenlegung von als Geschäftsgeheimnis deklarierten Unterlagen gegen den Willen des Geheimnisinhabers ist die Versagung der Akteneinsicht nur mit der Hauptsache angreifbar.

III.

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

Danach hat die ASt als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Es entspricht auch der Billigkeit, der ASt die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat sich in einen unmittelbaren Interessensgegensatz zur Bg gestellt, indem sie deren Ausschluss begehrt hat. Die Bg hat sich zudem aktiv am Verfahren beteiligt, umfangreiche Schriftsätze eingereicht sowie Anträge zur Sache gestellt und somit ein Kostenrisiko auf sich genommen.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg war angesichts der Komplexität und des Umfangs der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig. Auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt durfte sich die Bg des Rechtsrates ihrer Verfahrensbevollmächtigten bedienen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt,

beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

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

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

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

Dr. Herlemann

Zeise