



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 74/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Ernst auf die mündliche Verhandlung vom 22. August 2018 am 27. August 2018 beschlossen:

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

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin war notwendig.

I.

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

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

1. Die Ag veröffentlichte am [...] zwei separate EU-weite Auftragsbekanntmachungen, die die Vergabe zweier parallel auszuführender Lose zu Instandsetzungsarbeiten von Stahltragpfählen einzelner Blöcke einer Mole in offenen Verfahren umfassten [...]. Los 1 umfasste die Instandsetzung von 108 Tragpfählen, Los 2 die Instandsetzung von 101 Tragpfählen. Auszuführen waren in diesem Rahmen weitgehend Schweiß-, Stahlbau-, Schalungs- und Betonierarbeiten unter Wasser. Der Leistungsumfang der ausgeschriebenen Arbeiten, im Einzelnen beschrieben in Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibung, beinhaltet im Wesentlichen Arbeiten, die „unter Wasser“ auszuführen sind. Die Kammer hat insofern in einem von einem anderen Unternehmen als der hiesigen ASt eingeleiteten beide Lose umfassenden, ersten Nachprüfungsverfahren zum Az. VK2-44/18, an dem neben der hiesigen Ag auch die hiesige Bg beteiligt war, bestandskräftig festgestellt, dass die auszuführenden Arbeiten zu rund 50% Unterwasserschweißarbeiten sind.

Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

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

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

48 Pfähle bis 15.12.2018

48+53=101 Pfähle bis 30.10.2019.

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

Die Fertigstellungstermine sind zwingend einzuhalten. Entsprechend sind der Personaleinsatz wie die Anzahl der Tauchergruppen vorzusehen. ...“

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

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

„...“

Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals: gem. Vergabeunterlagen.

...“

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

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

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

Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibung wiederholte die Vorgabe der Auftragsbekanntmachung zur Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten und schrieb ferner vor: *„Die Schweißarbeiten dürfen nur von Personen durchgeführt werden, die über eine gültige, personengebundene Qualifikation für Unterwasserschweißarbeiten ... verfü-*

gen. Die entsprechenden Qualifikationen aller bei der Baumaßnahme eingesetzten Taucher, die Schweißarbeiten unter Wasser ausführen, sind der Vergabestelle auf Verlangen in gültiger Fassung vorzulegen.“

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

Auch das Leistungsverzeichnis enthielt im ersten Abschnitt „Allgemeines“ Vorgaben für die Qualifikation des einzusetzenden Taucher- und des Schweißtaucherpersonals:

„Taucherarbeiten

...Die Teile der Arbeiten, die unter Wasser ausgeführt werden, dürfen nur von erfahrenen Tauchern ausgeführt werden. Entsprechende Befähigungsnachweise der Mitarbeiter und Referenzen über vergleichbare Taucherarbeiten sind der Vergabestelle auf Verlangen vorzulegen.

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

ASt und Bg gaben fristgemäß Angebote ab. Die Bg rangierte im Ergebnis nach rechnerischer Prüfung mit ihrem Angebot für die mit dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen („Los 2“) auf Rang 1, die ASt auf Rang 2. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, der Bg zwischenzeitlich den Zuschlag für das Los 1 erteilt zu haben.

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

Die Bg legte die geforderten Referenzen sowie Zertifikate (Prüfzeugnisse für Taucher sowie Schweißerprüfbescheinigungen/DVS UW Kehlnahtschweißer) mit E-Mails vom 20.

März 2018 für die Vergabeverfahren [...] fristgemäß für ihr eigenes Personal und für einzelne Personen vor, die als freiberufliche Mitarbeiter/Taucher (Nachunternehmer) tätig sind.

Am 22. März 2018 war es zwischen der Ag und der Bg zu einem Aufklärungsgespräch nach § 15 Abs. 1 VOB/A-EU über die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot, die geplante Art der Durchführung, die Bezugsquellen von Stoffen und Bauteilen sowie die Angemessenheit der Preise gekommen. Im Protokoll zu diesem ersten Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 hat die Ag die von der Bg angegebene Anzahl der Tauchergruppen sowie u.a. die Namen und Befähigungen des von der Bg benannten angestellten Personals dokumentiert, mit denen die Bg die Arbeiten pro Vergabeverfahren bzw. Los zu erbringen beabsichtigt.

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

- Die Ag habe sich bei der Eignungsprüfung und der Frage nach ausreichender Personalkapazität nicht an den als zwingend einzuhalten vorgegebenen Einzelfristen der beiden Arbeitsabschnitte orientiert und für das Los 2 keine separate Prüfung vorgenommen.
- Die Ag habe bei ihrem Prüfvermerk nicht schlüssig erklärt, welches Personal die nicht durch die Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten erbringen soll, obgleich die Ag allein die von der Bg geplante Anzahl der Tauchergruppen zugrunde gelegt hat.

- Unsachgemäß sei ferner, dass die Ag bei ihrer Prognose von einer Arbeitszeit von 10 Arbeitsstunden pro Tag und fünf Arbeitstagen die Woche ausgegangen sei, ohne zu reflektieren, ob ein solcher Ansatz nach den Grundsätzen des Arbeitszeitrechts nach § 3 ArbZG überhaupt möglich sei. Ebenso sei bei der Bg nicht berücksichtigt worden, ob die termingerechte Fertigstellung der ausgeschriebenen Arbeiten durch Urlaubs- und Krankheitszeiten behindert werden könne. Dies sei angesichts des Umstands zu berücksichtigen, dass die Einsatzfähigkeit einer Tauchergruppe, die mindestens aus drei Personen besteht (gemäß § 9 Abs. 2, 3 der von der Ag vorgelegten DGUV Vorschrift 40), bereits durch den Ausfall einer Person aufgehoben wird.
- Schließlich ergab die Dokumentation der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg, dass die Ag von der Bg zum ersten Aufklärungsgespräch nachträglich benannte Nachunternehmer für den Einsatz von Taucherarbeiten (freiberufliche Taucher) bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg berücksichtigt hat, ohne dass diese Teil ihres ausdrücklich auf Ausführung mit Eigenpersonal ausgelegten Angebotes waren.

Die Ag nahm die Entscheidung der Kammer zum Anlass, zuerst zum parallelen Vergabeverfahren („Los 1“) die Eignung der Bg erneut zu prüfen und erst anschließend die Eignungsprüfung zum streitgegenständlichen Vergabeverfahren („Los 2“) zu wiederholen. Die Ag überprüfte dabei, ob die Bg in der Lage ist, die ausgeschriebenen Arbeiten innerhalb der vorgegebenen zwingenden Fristen mit dem von ihr angegebenen Personalansatz erfüllen zu können.

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

- Für den Arbeitsabschnitt der ersten 48 Pfähle vom 23. April 2018 bis zum 15. Dezember 2018 errechnete die Ag einen verfügbaren Zeitraum von insgesamt etwas weniger als 32 Wochen, für den zweiten Arbeitsabschnitt (53 Pfähle) vom 16. Dezember 2018 bis zum 30. Oktober 2019 einen verfügbaren Zeitraum von rd. 44 Wochen.
- Im Ergebnis errechnete die Ag für den ersten zwingend einzuhaltenden Termin, dass der Bg für die von den Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten mit der von ihr im

ersten Aufklärungsgespräch angegebenen Anzahl an Tauchergruppen ein paar Wochen zu lang bräuchte als nach den zwingend einzuhaltenden zeitlichen Vorgaben vorgesehen. Für den zweiten Termin errechnete die Ag im Ergebnis, dass die Bg für die von den Tauchergruppen zu erbringenden Arbeiten ein paar Wochen weniger bräuchte als nach dem zwingend einzuhaltenden Terminplan vorgesehen und daher die Arbeiten mit dem vorhandenen Personal im vorgegebenen Zeitplan abarbeiten könne.

- Bezogen auf den Gesamtzeitraum vom 23. April 2018 bis zum 30. Oktober 2019 mit insgesamt rd. 76 Wochen würde die Bg die mit ihrem Personal zu erbringenden Arbeiten insgesamt noch termingerecht erbringen können.
- Die Ag hielt im Fazit ihres Vermerks fest, dass bei Betrachtung des Zeitraums für die Gesamtmaßnahme eine ordnungsgemäße und insgesamt termingerechte Umsetzung zu erwarten sei. Die erste Einzelfrist könne bei gleichbleibendem Personaleinsatz nicht eingehalten werden. Die zweite Einzelfrist könne mit größerer zeitlicher Reserve eingehalten werden. Die Einhaltung der Einzelfristen könne vorausgesetzt werden, wenn der Personaleinsatz zugunsten des ersten Abschnittes verschoben werde. Daher sei aufzuklären, ob eine entsprechende Einteilung des Personals der Bg möglich sei.
- Im Ergebnis hielt die Ag eine weitere Aufklärung bei der Bg für geboten und lud diese mit Schreiben vom 11. Juni 2018 zu einem Aufklärungsgespräch, um zu klären, wie die Bauleistungen mit dem vorhandenen Personal der Bg bearbeitet werden können.

In einem Aufklärungsgespräch am 15. Juni 2018 (zweites Aufklärungsgespräch) übergab die Bg eine vom 14. Juni 2018 datierte Stellungnahme, in der sie im Einzelnen Ausführungen zur „Kalkulation der Kapazitäten für Schweißtaucher- und Taucherarbeiten“ machte. Die Stellungnahme wurde ausweislich des in der Vergabeakte enthaltenen Protokolls vom 15. Juni 2018 zwischen Ag und Bg erörtert. Im Protokoll wird unter dem Betreff „Namentliche Benennung der Tauchgruppen (T=Taucher, S=Schweißer)“ (Ziff. 3 des Protokolls) auch das von der Bg für den Tauchergruppeneinsatz vorgesehene Personal namentlich dokumentiert. Teilweise findet sich das Personal bereits im Protokoll zum ersten Aufklärungsgespräch als bei der Bg angestelltes Personal, teilweise werden im zweiten Aufklärungsgespräch Personen benannt, die im Protokoll zum ersten Aufklärungsgespräch als freiberufliche Mitarbeiter/Taucher benannt worden sind. Ferner wurden im zweiten Aufklärungsgespräch noch weitere Personen benannt, die im ersten Aufklärungs-

gespräch gar nicht benannt und für die zum ersten Aufklärungsgespräch auch keine Befähigungsnachweise vorgelegt worden sind; eine dieser Personen soll nach dem Protokoll des zweiten Aufklärungsgesprächs im Auftragsfall als „Springer“ in den parallelen Vergabeverfahren [...] eingesetzt werden. Für die Personen, die von der Bg bislang als freiberufliche Mitarbeiter/Taucher bzw. noch gar nicht benannt worden sind, legte die Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch je als „Verpflichtungserklärung“ bezeichnete Erklärungen vor, wonach diese für den Fall des Auftragserhalts versichern, bereit zu sein, bei der Bg mit einem Arbeitsvertrag angestellt zu werden. Das Protokoll des zweiten Aufklärungsgesprächs dokumentiert für zwei dieser Personen, dass die Unterwasser-Schweißer-Prüfbescheinigung abgelaufen seien und diese sich in ihren Erklärungen zur kurzfristigen Nachprüfung bereit erklären.

In einem Vermerk vom 20. Juni 2018, auf den im Einzelnen Bezug genommen wird, dokumentierte die Ag die Prüfung der Rüge eines anderen Bieters, in der die Eignung der Bg näher in Frage gestellt worden war. Darin führte die Ag u.a. aus, es bestünden keine Bedenken im Hinblick auf die Einhaltung der Unfallverhütungsvorschrift „DGUV Vorschrift 40 Taucharbeiten“, insbesondere auch unter dem Aspekt eines vorzuhaltenden Reservetauchers. Die personelle Kapazität der Bg reiche aus. Die Ag hielt als Fazit fest, die Eignung der Bg für das Schweißen unter Wasser sei durch die Herstellerqualifikation der Bg nachgewiesen worden. Die Eignung der Bg sei nicht in Zweifel zu ziehen. Eine weitere Aufklärung sei nicht erforderlich.

Die Ag dokumentierte in einem weiteren Vermerk vom 26. Juni 2018, auf den im Einzelnen Bezug genommen wird, ihre Prüfung der von der Bg im zweiten Aufklärungsgespräch überreichten Stellungnahme zur „Kalkulation der Kapazitäten für Schweißtaucher- und Taucherarbeiten“ vom 14. Juni 2018. („Vermerk zum 2. Aufklärungsgespräch/Kalkulation“). Die Ag vollzog in diesem Vermerk die Erläuterungen der Bg aus deren Stellungnahme vom 14. Juni 2018 zu ihrer Kalkulation der einzusetzenden personellen Kapazitäten nach und überprüfte diese:

- Im Einzelnen dokumentierte der Vermerk die von der Ag durchgeführte Überprüfung der Kalkulationsansätze der Bg betreffend die personellen Kapazitäten für die Ausführung der Schweißarbeiten sowie der sonstigen Arbeiten gemäß dem Leistungsverzeichnis, jeweils bezogen auf die zwei Fertigstellungstermine.

- Dabei berücksichtigte die Ag bei ihrer Überprüfung die Angaben der Bg zur Arbeitszeit sowie zum Kapazitätsverlust durch Urlaub und Krankheit auf der Basis von der Bg näher benannter Erfahrungswerte.
- Des Weiteren berücksichtigte die Ag von der Bg in der Stellungnahme vom 14. Juni 2018 benannte personelle Kapazitäten eines Bauhelfers für Arbeiten außerhalb des Wassers. Für diesen Bauhelfer hatte die Bg in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2018 einen Arbeitsvertrag, bezogen auf das Bauvorhaben des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens, auszugsweise in Kopie übermittelt.
- Die Ag stellte in ihrer Prüfung fest, dass die Schweißarbeiten mit den personellen Kapazitäten der Bg im ersten Arbeitsabschnitt nur unter Einsatz des Bauhelfers fristgerecht erfüllbar seien. Ohne den Bauhelfer ergebe sich, dass die personellen Kapazitäten der Bg für eine fristgemäße Ausführung nicht ausreichen, sondern die vorgegebene erste Einzelfrist um wenige Tage überschritten würde. Für den zweiten Arbeitsabschnitt ergebe sich, dass die Schweißtaucherarbeiten mit den von der Bg angegebenen personellen Kapazitäten ohne und mit Bauhelfer innerhalb der vorgegebenen Teilfrist ausgeführt werden könnten. Entsprechendes ergebe sich für die sonstigen Arbeiten nach dem Leistungsverzeichnis sowohl für den ersten als auch den zweiten Arbeitsabschnitt.
- Als Fazit hielt die Ag in ihrem Vermerk vom 26. Juni 2018 fest, sie halte die Kalkulation der Bg für schlüssig und nachvollziehbar. Die Bg habe dies im zweiten Aufklärungsgespräch erläutert. Soweit die Bg im ersten Arbeitsabschnitt ohne den bestellten Bauhelfer nicht genügend personelle Kapazitäten habe (keine „ausreichende theoretische Istkapazität“), sei dies vernachlässigbar, da die Bg den Einsatz des Bauhelfers in beiden Abschnitten planmäßig vorsehe und die tatsächliche Istkapazität mehr als ausreiche. Die übrigen Einzelfristen seien mit den personellen Kapazitäten der Bg hinreichend einzuhalten, so dass eine ordnungsgemäße und termingerechte Umsetzung der Gesamtmaßnahme zu erwarten sei. Ein Ausschlussgrund sei nicht gegeben, eine weitere Aufklärung nicht erforderlich.

In einem Vergabevermerk vom 13. Juli 2018 fasste die Ag schließlich die Ergebnisse ihrer Prüfung zur technischen Leistungsfähigkeit der Bg abschließend zusammen und stellte u.a. fest, die Bg sei zur Umsetzung der ausgeschriebenen Leistung mit dem von ihr benannten Personal befähigt und habe ausreichend Personal im eigenen Betrieb zur Verfügung, mit dem die ausgeschriebenen Arbeiten innerhalb der gesetzten Fristen eingehalten werden könnten. Soweit die Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch einen Taucher als

„Springer“ zwischen den parallelen Vergabeverfahren [...] benannt habe, komme es auf diesen für die Auftragsausführung nicht an und er werde daher in die Wertung nicht einbezogen. Soweit die Bg des Weiteren die ursprünglich im ersten Aufklärungsgespräch als freiberufliche Mitarbeiter benannten Taucher mit einem Arbeitsvertrag beschäftigen wolle und entsprechende Erklärungen dieser Taucher vorgelegt habe, seien deren Befähigungsnachweise – wie auch für das bereits angestellte Personal – bereits zum ersten Aufklärungsgespräch vorgelegt worden. Soweit ein Taucher erstmals zum zweiten Aufklärungsgespräch benannt und dessen Befähigungsnachweis erst dort vorgelegt worden sei, seien die Nachweise zwar nicht fristgerecht binnen der mit Schreiben vom 15. März 2018 gesetzten Frist vorgelegt worden. Darauf komme es aber nicht an. Die Befähigungsnachweise seien nicht als Eignungsnachweise im Sinne von § 6a VOB/A-EU gefordert worden. Etwaige Unklarheiten in Auftragsbekanntmachung und Vergabeunterlagen könnten nicht zu Lasten der Bieter gehen, weshalb die Bg nicht auszuschließen sei. Im Ergebnis sei die Bg daher leistungsfähig. Ferner seien die von der ASt mit Schreiben der ASt vom 19. Juni 2018 vorgebrachten Punkte zurückzuweisen. Im Ergebnis beinhaltet der Vermerk vom 13. Juli 2018 den Vorschlag, den Zuschlag für die als „Los 2“ ausgeschriebenen Instandsetzungsarbeiten an die Bg zu erteilen.

Anlage 1 des Vergabevermerks vom 13. Juli 2018 enthält eine Übersicht des Personals der einzelnen Bieter, in der die Funktion/Befähigung für jede benannte Person des einzusetzenden Personals dokumentiert ist (u.a. als geprüfter Taucher, Unterwasser-Naßschweißprozess, Signalmann).

Aus den Protokollen zum ersten und zweiten Aufklärungsgespräch für das Vergabeverfahren zu Los 1 und für das zu Los 2 ergibt sich, dass die Bg für jedes Los für jedenfalls sechs und somit insgesamt jedenfalls für zwölf Taucher/Schweißtaucher/Signalleute Befähigungsnachweise angegeben hat. Das sich daraus ergebende von der Bg für die Auftragsdurchführung von Los 1 und Los 2 einzusetzende Personal überschneidet sich nicht. Für jedes Los ergibt sich aus den Protokollen zum ersten und zweiten Aufklärungsgespräch, dass es sich um jeweils unterschiedliche Personen handelt.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2018 teilte die Ag der ASt mit, ihr Angebot könne nicht berücksichtigt werden, weil diese nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, da ein niedrigeres Angebot vorliege. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit anwaltlichen Schreiben vom 17. und 19. Juli 2018 rügte die ASt die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung.

Mit Schreiben vom 19. Juli 2018 teilte die Ag der ASt mit, der Rüge nicht abzuweichen.

2. Mit Schreiben vom 23. Juli 2018, ergänzt durch Schreiben vom 24. Juli, beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt trägt im Nachprüfungsantrag sowie mit Stellungnahme vom 13. August 2018 zur Begründung Folgendes vor:

- Die ASt hält ihren Nachprüfungsantrag für zulässig, insbesondere sei er nicht wegen § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Insofern sei, anders als es die Ag in ihrer Erwiderung auf den Nachprüfungsantrag tue, nicht auf das erste Informationsschreiben vom 11. April 2018, sondern auf das nach der infolge des Beschlusses der Vergabekammer vom 3. Juni 2018 (VK2-44/18) wiederholten Eignungsprüfung mitgeteilte Wertungsergebnis abzustellen. Die Ag habe nach dem Beschluss der Vergabekammer die Eignungsprüfung grundsätzlich bezogen auf alle Bieter zu wiederholen gehabt, dementsprechend offen sei der Vergabewettbewerb nach der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens gewesen. Erst nach Erhalt der neuen §-134-GWB-Mitteilung vom 13. Juli 2018 sei für die ASt klar gewesen, dass nach der wiederholten Eignungsprüfung der Zuschlag an die aus Sicht der ASt nicht geeignete Bg erteilt werden solle. Die aus Sicht der ASt rügepflichtigen Punkte seien daraufhin fristgemäß vorgetragen worden.
- Die Ag habe die Leistungsfähigkeit der Bg fehlerhaft bejaht. Die ausgeschriebenen Leistungen erforderten nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen den Einsatz spezialisierter Taucher- bzw. Schweißtaucher sowie die zwingende Einhaltung der vorgegebenen zwei Fertigstellungstermine. Da die Arbeiten nicht auf neuwertigem Grundwerkstoff, sondern auf stark verrostetem Material auszuführen seien, seien die erforderlichen Unterwasserschweißarbeiten entsprechend zeitaufwendig, was im Schreiben vom 24. Juli 2018 näher ausgeführt wird. Die Bg, die bereits mit der Durchführung der Arbeiten im parallel ausgeschriebenen Vergabe [...] („Los 1“) beauftragt worden sei, verfüge vor diesem Hintergrund aber nicht über entsprechend ausreichende Fachkräfte. Für die vertragsgemäße Durchführung der Arbeiten in beiden Vergabeverfahren, mit denen die Bg beauftragt werden solle und die zu ca. 90% parallel auszuführen

seien, sei der Einsatz von zwei Tauchergruppen mit mindestens drei Tauchern (Einsatztaucher, Taucher, Rettungstaucher) plus Signalmann pro sog. Los erforderlich, somit mindestens 12 Taucher. Die Bg verfüge nach ihren eigenen Angaben nur über fünf bis sechs angestellte Taucher und halte damit nur 50% der erforderlichen Personalstärke vor. Auch verfüge die Bg nur über zwei Schweißtaucher. Da die beiden parallel auszuführenden Aufträge [...] an die Bg vergeben worden seien bzw. vergeben werden sollten, könne die Bg die Arbeiten mit ihrem Personal nicht wie gefordert parallel ausführen, das bereits durch die Arbeiten an dem einen Auftrag [...] („Los 1“) gebunden sei. Die ASt hält es insoweit für erforderlich, einen Sachverständigen heranzuziehen, um zu prüfen, ob die Bg unter Berücksichtigung der zwingenden technischen Rahmenbedingungen eine ausreichende Personalkalkulation vorgelegt habe, um die Arbeiten an beiden Losen parallel auszuführen.

- Es sei außerdem aus der Vergabeakte nicht ersichtlich, dass die Ag vor diesem Hintergrund geprüft habe, ob die Bg mit ihren personellen Kapazitäten eine termingerechte parallele Ausführung der beiden Aufträge gewährleisten könne. Daher sei die Eignungsprüfung der Bg bereits aus diesem Grunde fehlerhaft.
- Die Bg könne den ausgeschriebenen Auftrag mit ihrer Personalstärke auch deshalb nicht erfüllen, weil sie damit nicht in der Lage sei, den Maßgaben der einschlägigen „Unfallverhütungsvorschrift Taucharbeiten“ zu entsprechen (Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung Vorschrift 40, kurz: DGUV Vorschrift 40) Nach § 9 Abs. 2 DGUV Vorschrift 40 müsse eine Tauchergruppe grundsätzlich aus vier Personen bestehen (2 Taucher, ein Signalmann, ein Taucherhelfer), nach § 23 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 DGUV Vorschrift 40 sei außerdem ein Reservetaucher einzusetzen, der im Notfall eingreifen könne. Das einzusetzende Personal sei gemäß den Ausschreibungsbedingungen anzugeben gewesen. Diese Erfordernisse könne die Bg mit ihrer Personalstärke für die ausgeschriebenen Arbeiten nicht abdecken, da ihr verfügbares angestelltes Personal bereits im parallel auszuführenden Auftrag [...] („Los 1“) gebunden sei.

Die ASt beantragt,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
2. den vorliegenden Vergabenachprüfungsantrag sofort der Ag zuzustellen,
3. der Ag aufzugeben, unter Ausschluss der Bg den Zuschlag an die ASt zu erteilen,

4. hilfsweise, die Ag anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Wertung zurückzusetzen und die Zuschlagsentscheidung unter ermessensfehlerfreier Verwendung der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien sowie unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu treffen,

weiter hilfsweise,
der Ag aufzugeben, die Ausschreibung aufzuheben,

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

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

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

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

6. Der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Weiterhin beantragt die ASt, ihr Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 GWB zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

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

Die Ag führt mit Schreiben vom 2. und 17. August 2018 folgendermaßen aus:

- Die Ag hält den Nachprüfungsantrag wegen Nicht-Einhalten der 10-Tages-Frist nach § 160 Abs. 1 Nr. 1 GWB für präkludiert und damit unzulässig. Dementsprechend sei auch der Akteneinsichtsantrag der ASt abzulehnen. Die Ag habe der ASt bereits mit Schreiben vom 11. April 2018 mitgeteilt, dass die Bg den Zuschlag erhalten solle. Daraufhin sei keine Rüge der ASt erfolgt. Es sei nicht davon auszugehen dass der ASt der von ihr behauptete Fehler erst innerhalb der 10 Kalendertage vor Erhebung ihres Nachprüfungsantrags bekannt geworden sei. Jedenfalls aber habe die ASt sich dieser Erkenntnis bewusst verschlossen, obwohl sich diese aufdrängte. Dies sei hier der Fall, weil die ASt bereits auf das Informationsschreiben vom April 2018 Kenntnis von dem nunmehr behaupteten Vergaberechtsverstoß gehabt haben müsse.
- Jedenfalls hält die Ag den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Die Bg verfüge für die ausgeschriebenen Arbeiten für das sog. Los 2 über ausreichend Personal und sei daher geeignet, den Auftrag innerhalb des vorgegebenen Zeitplans auszuführen, was im Einzelnen im Vergabevermerk vom 13. Juli 2018 dokumentiert worden sei. Soweit die ASt fordere, es sei durch einen Sachverständigen zu prüfen, ob die Bg die ausgeschriebenen Leistungen mit ihrem Personalansatz erbringen könne, gehe der Einwand fehl. Ein Sachverständigengutachten im Nachprüfungsverfahren zur Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg sei nicht statthaft, da im Nachprüfungsverfahren nur überprüfbar sei, ob die Ag die Eignungsprognose fehlerfrei ausgeführt habe. Dies sei aber der Fall. Die Ag habe keine Zahl von Personen pro Tauchergruppe vorgegeben; entscheidend sei, dass die Maßgaben nach § 9 Abs. 2, 3 DGUV Vorschrift 40 bzw. nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 DGUV Vorschrift 40 hinsichtlich der Reservetaucher eingehalten würden. Für den hiesigen Tauchereinsatz genügten drei und – entgegen der Ansicht der ASt – nicht vier Personen pro Tauchergruppe. Die Ag habe bei der Bg überprüft und bestätigt gefunden, ob diese die ausgeschriebenen Arbeiten termingerecht sowie die Maßgaben der DGUV Vorschrift 40 mit ihren personellen Kapazitäten erfüllen könne, was im Einzelnen in den entsprechenden Vermerken vom 20., 26. Juni und 13. Juli 2018 dokumentiert sei. Insbesondere bestünden keine Bedenken, dass die Bg im Hinblick auf die zu erwartende Dauer der unter Wasser auszuführenden Schweißarbeiten und die anzufertigenden Schweißnähte zu wenig Personal aufweise. Die Ag habe die personelle Kapazität dementsprechend überprüft. Die dokumentierte Prüfung der Ag zeige außerdem, dass das von der Bg angegebene Personal nicht sowohl für Los 1 und Los 2 berücksichtigt worden sei (keine Doppelbewertung). Schließlich sei danach auch gewährleistet, dass die Bg mit ihrem Personalansatz auch leistungsfähig sei, die Arbeiten im sog. Los 1 und im sog. Los 2 parallel auszuführen.

- c) Die mit Beschluss vom 25. Juli 2018 zum Verfahren hinzugezogene Bg stellt keine Anträge.
- 3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag und zu einzelnen Punkten auch der Bg, der ASt sowie der Bg auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 22. August 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Die Bg hat während der Verhandlung kurzzeitig den Verhandlungssaal verlassen, damit über das von der ASt im Zuge der Eignungsaufklärung benannte Personal für den Auftrag in camera gesprochen werden kann. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass bei vergleichbaren Aufträgen in der Vergangenheit durch verschiedene Auftragnehmer, darunter auch die ASt, aus drei Personen bestehende Tauchergruppen zum Einsatz gekommen seien. Es wurde seitens der ASt sowie der Vergabekammer festgestellt, dass hier nicht überprüfbar ist, ob diese Aufträge wirklich mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar waren. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

- 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.
 - a) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Bauauftrag im Anwendungsbereich der VOB/A-EU – sind zweifelsfrei erfüllt. Zwar erreicht der hier ausgeschriebene Auftrag allein nicht den Schwellenwert für Bauaufträge, an den auch die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens anknüpft, § 106 Abs. 1 S. 1 GWB. Allerdings ist nach § 3 VgV, der über § 1 Abs. 2 Satz 2 VOB/A-EU auch für Bauvergaben gilt, der Gedanke tragend, dass es auf den Gesamtwert eines Auftrags ankommt. Hier hat die Ag zwar nach der Aufhebung des ursprünglichen Vergabeverfahrens, in der eine Ausschreibung mit zwei Losen vorgesehen war, nunmehr zwei zeitlich parallel

laufende separate Ausschreibungen für diese beiden Lose vorgenommen, so dass rein formal keine Lose gebildet wurden. In der Sache und funktional betrachtet handelt es sich jedoch nach wie vor um Lose eines einheitlichen Gesamtprojekts, nämlich um identische Arbeiten an verschiedenen Tragpfählen [...] es wurden lediglich einzelne Arbeitspakete, formal auf zwei Ausschreibungen verteilt, gebildet. § 3 Abs. 7 VgV greift hier, wovon auch die Ag selbst erkennbar ausgeht, denn sie hat jedes Arbeitspaket europaweit ausgeschrieben und hält ihrerseits trotz getrennter Ausschreibung am Begriff der „Lose“ fest. Ausweislich der in der Vergabeakte befindlichen Aufstellung der Gesamtkosten für die Instandsetzung aller Tragpfähle [...] ist der Schwellenwert definitiv überschritten.

- b) Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat durch die Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Erhalt des Auftrags dokumentiert. Die ASt hat im Nachprüfungsantrag eine Verletzung ihrer bieterschützenden Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht, soweit sie sich gegen die (wiederholte) Eignungsprüfung der Bg wendet und geltend macht, die Bg sei im Hinblick auf § 122 GWB nicht zu berücksichtigen. Nach den von der ASt insofern vorgetragenen Gründen ist eine Verletzung der entsprechenden bieterschützenden Vorschriften jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen.

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

- c) Die ASt ist ferner ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hinsichtlich der gerügten Punkte, die Ag habe die Eignung der Bg bei der wiederholten Eignungsprüfung fehlerhaft bejaht, rechtzeitig nachgekommen. Sie hat diese Punkte auf die Mitteilung der Ag vom 13. Juli 2018 mit Schreiben vom 17. und 19. Juli 2018 binnen der Frist von 10-Kalendertagen gerügt. Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 19. Juli 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag vom 23. Juli 2018 binnen der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB erhoben.

Soweit die Ag meint, der Nachprüfungsantrag der ASt sei im Hinblick auf § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, weil die ASt die von ihr auf die wiederholte

Eignungsprüfung der Ag gerügten Eignungsmängel der Bg bereits auf das erstmalige Informationsschreiben vom 11. April 2018 erkannt habe, ist dem nicht zu folgen. Der ausschlaggebende Ausgangspunkt für die 10-Tages-Frist nach § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GWB ist das Informationsschreiben der Ag nach § 134 GWB vom 13. Juli 2018, das diese nach der wiederholten Eignungsprüfung u.a. an die ASt verschickt hat. Es ist unerheblich, dass die ASt auf das erste Informationsschreiben vom 11. April 2018 keine Rüge vorgebracht hatte. Der Wettbewerb war auf den Beschluss der Vergabekammer vom 3. Juni 2018 (VK2-44/18) und den Maßgaben zur Wiederholung der Eignungsprüfung grundsätzlich wieder offen. Es ist den einzelnen Bietern wie der ASt danach unbenommen, auf eine neue Mitteilung nach § 134 GWB erstmals zu rügen, wenn sie der Ansicht sind, die Ag habe die Eignungsprüfung im Hinblick auf die Bg (immer noch) fehlerhaft durchgeführt, weil die Bg aufgrund ihrer personellen Ausstattung per se (immer noch) nicht leistungsfähig sei.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Ag hat die Eignung der Bg beurteilungsfehlerfrei bejaht.

- a) Die Ag ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Bg über eine ausreichende Anzahl an qualifizierten Mitarbeitern für die Ausführung von Los 2 verfügt, um auch die berufsgenossenschaftliche Unfallverhütungsvorschrift der DGUV Vorschrift 40 sowie die Vorgaben des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) bzw. des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) einhalten zu können. Dies gilt auch vor dem speziellen Hintergrund der Beanstandung der ASt, wonach die Bg das vorliegende Los 2 jedenfalls nicht zusätzlich zu dem im parallelen Vergabeverfahren bereits an sie vergebenen Los 1, das nach den Ag-seitig vorgegebenen Fristen weitgehend gleichzeitig mit Los 2 auszuführen ist, erhalten hat und ihre personellen Ressourcen nach Ansicht der ASt nicht ausreichen sollen, um beide Lose gleichzeitig abzuarbeiten.

Zwar ist der ASt im Ansatz beizupflichten, dass es definitiv vergabefehlerhaft wäre, einem Bieter den Zuschlag zu erteilen, dessen personelle Kapazitäten nicht ausreichen, um die hier nachgefragten Spezialarbeiten durchzuführen; ebenso wäre die Bejahung der Eignung eines Bieters nicht zulässig, wenn erkennbar wäre, dass dieser Bieter die Arbeiten mit dem vorhandenen Personal zwar durchführen kann, aber nur unter Nichteinhaltung bzw. unter Verstoß gegen arbeitsschutzrechtliche

Bestimmungen oder gegen zwingende Bestimmungen der Berufsgenossenschaft Bau zur Unfallverhütung in diesem gefahrenträchtigen Bereich der Taucherarbeiten. Dies ist hier aber nicht der Fall, die Ag hat die Eignungsprognose korrekt vorgenommen.

Zentral maßgeblich ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Bg im Rahmen der Eignungsaufklärung, welche die Ag nicht zuletzt wegen der Rügen der ASt vorgenommen hat, nachgewiesen hat, dass sie im Fall des Auftragserhalts weitere Berufstaucher als eigenes Personal anstellen wird; diese potentiellen neuen Mitarbeiter haben der Bg gegenüber schriftlich die Bereitschaft erklärt, im Auftragsfall eine Festanstellung eingehen zu wollen. Die Benennung neu anzustellender Mitarbeiter war zulässig, denn die Ag hatte in der Bekanntmachung weder gefordert, dass Personal bereits mit dem Angebot namentlich zu benennen war noch indirekt bereits vorhandenes Personal vorausgesetzt, indem bereits entsprechende Befähigungsnachweise für die einzusetzenden Taucher mit dem Angebot abgefordert worden wären. Im Gegenteil hat die Ag die namentliche Benennung der zur Auftragsausführung vorgesehenen Personen sowie die Angabe von deren beruflicher Qualifikation ausweislich Ziffer III.2.2) und 3) der Bekanntmachung nur als „*Bedingung für die Auftragsausführung*“ vorgegeben. Auch wenn es sich in der Sache bei dem Vorhandensein qualifizierten Personals um eine Eignungsfrage handelt, so hat die Ag mit dieser Zuordnung zu der Rubrik der „Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ jedoch deutlich gemacht, zu welchem Zeitpunkt dieses Personal vorhanden sein musste: eben gerade nicht schon im Zeitpunkt der Angebotsabgabe, sondern erst nach Zuschlagserteilung zu Beginn der Arbeiten. Diese Ausgestaltung war wettbewerbsoffen und verhältnismäßig und entspricht der Überlegung, einem Bieter nicht abzuverlangen, bereits zu einem Zeitpunkt über die Ressourcen für die Auftragsausführung verfügen zu müssen, zu dem er nicht weiß, ob er den Auftrag überhaupt erhält. Wäre er gezwungen, Personal bereits fest einzustellen, und erhält er den Zuschlag in der Folge nicht, so könnte er das Personal möglicherweise nicht anderweitig einsetzen. Dies hätte als ein unzulässiges Wagnis zu Lasten der Bieter, § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, angesehen werden können.

Auf der Basis der von der Bg im Rahmen dieser Eignungsaufklärung zulässig gemachten Angaben über konkret benanntes und im Auftragsfall zur Verfügung stehendes qualifiziertes Fachpersonal ist die Prognose der Ag, die Bg sei leistungsfähig, den Auftrag parallel zu Los 1 und unter Einhaltung aller gesetzlichen und berufsgenossenschaftlichen Restriktionen für die Erbringung von Taucherleistungen binnen der von der Ag gesetzten Fristen (zwingende Zwischenfrist für einen Teil der Arbeiten sowie Endtermin) durchführen zu können, in keiner Weise beurteilungsfehlerhaft und mithin nicht zu beanstanden. Im Einzelnen ist dazu Folgendes auszuführen:

Der Ag steht im Hinblick auf die nach § 122 Abs. 1, 2 GWB obligatorische Prüfung der Eignung bzw. der von dieser umfassten Leistungsfähigkeit ein Beurteilungsspielraum zu, mit dem sie auf der Grundlage der ihr zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung verfügbaren Informationen eine in die Zukunft auf die mögliche Auftragsausführung gerichtete Prognose vorzunehmen hat. Die Eignungsprognose ist im Nachprüfungsverfahren nur dahingehend überprüfbar, ob die Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Prognose fehlerfrei erfolgt ist (vgl. bereits zu den Voraussetzungen im Einzelnen Beschluss der Vergabekammer vom 3. Juni 2018 zum Az. VK2-44/18). Die Ag hat die Leistungsfähigkeit der Bg fehlerfrei prognostiziert, maßgeblich den entscheidungserheblichen Sachverhalt nach Maßgabe der von ihr aufgestellten Vorgaben vollständig und zutreffend ermittelt und ihre Prognose auf der Grundlage sachgemäßer, willkürfreier Erwägungen getroffen.

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

Zum Zweck der Eignungsprüfung hat ein öffentlicher Auftraggeber wie die Ag die tatsächlichen Umstände zu ermitteln, die ihn in die Lage versetzen, prüfen und prognostizieren zu können, ob ein Bieter wie die Bg eine ausreichende personelle Kapazität zur Erledigung der ausgeschriebenen Arbeiten aufweist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Auftraggeber sämtliche in Betracht kommende Erkenntnisquellen ausschöpfen muss, um Angaben des betreffenden Bieters zu verifizieren. Der Auftraggeber kann sich vielmehr auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss

vom 2. Dezember 2009, Az.: VII-Verg 39/09, Rdnr. 89 sowie Beschluss vom 17. Februar 2016, Az.: VII-Verg 37/14, Rdnr. 41, jeweils zit. nach juris). Dem ist die Ag gerecht geworden.

- (1) Zunächst ist festzustellen, dass die Ag die von ihr aufgestellten Anforderungen zur Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Bg eingehalten hat. Die Ag hat den Bietern keine spezifischen Vorgaben zur Überprüfung der personellen Kapazität in der Auftragsbekanntmachung gem. § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB gemacht, um die Leistungsfähigkeit insoweit nachzuweisen.

§ 122 Abs. 4 Satz 2 GWB schreibt vor, dass die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind. Diese Vorschrift konkretisiert den Grundsatz des transparenten und die Chancengleichheit währenden Vergabewettbewerbs. Daraus folgt, dass die Auftragsbekanntmachung die wesentlichen Eignungskriterien selbst als solche benennen muss. Dies hat die Ag lediglich im Hinblick auf die Anforderung von Nachweisen für die in den letzten drei Arbeitsjahren beschäftigten Arbeitskräfte getan. Anforderungen an Befähigungsnachweise für das einzusetzende Personal sind von den definierten Eignungskriterien nicht umfasst.

- (a) Die Ag hat für die Prüfung der Eignung der Bieter, genauer ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit im Sinne von § 122 Abs. 2 GWB, lediglich Angaben zu den in den letzten drei Geschäftsjahren beschäftigten Arbeitskräften in Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung abgefordert. Darüber hinaus hat die Ag in der Auftragsbekanntmachung unter der für die Definition der Eignungskriterien einschlägigen Ziff. III.1 („Teilnahmebedingungen“) keine spezifizierten Nachweisanforderungen im Hinblick auf die Verfügbarkeit der zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten einzusetzenden Fachkräfte (vor allem Taucher und Schweißtaucher), vorgegeben und die Eignungsprüfung der Bieter insoweit grundsätzlich wettbewerbsoffen ausgestaltet.
- (b) Soweit die Ag in der Auftragsbekanntmachung Anforderungen an das von den Bietern einzusetzende Personal benannt hat, bezogen sich diese ausweislich der Ziff. III.2.2 der Auftragsbekanntmachung („Bedingungen für die Ausführung

des Auftrags“) in Verbindung mit Ziff. 3.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie unter Berücksichtigung des Leistungsverzeichnisses („Allgemeines“) und der Leistungsbeschreibung (Ziff. 5.4.1, 5.4.2) auf die Vorlage von Befähigungsnachweisen des im Fall der Auftragsausführung einzusetzenden Personals „auf Anforderung durch den Auftraggeber“, also der Ag. Ziff. III.3.2 der Auftragsbekanntmachung bestimmte Entsprechendes für die Namen und die Qualifikation des Personals, das für die Auftragsausführung verantwortlich sein soll. Diese Angaben wären auf dieser Grundlage regulär erst für den Fall der Auftragsausführung beim Auftragnehmer abzufordern und von diesem vorzulegen gewesen, was zusätzlich durch Ziff. 5.4.2 der Leistungsbeschreibung unterstrichen wird. Unabhängig davon, dass die Ag im Hinblick auf die spezifischen inhaltlichen Anforderungen des ausgeschriebenen Auftrags, § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB, vor allem die Vorlage von Befähigungsnachweisen des für die Durchführung einzusetzenden Personals grundsätzlich als Eignungsnachweise im Sinne von § 6a Nr. 3 lit. b) VOB/A-EU hätten verlangen können, sind die von der Ag aufgeführten Befähigungsnachweise und damit zusammenhängend das befähigte bzw. verantwortliche Fachpersonal hier eignungsrelevant im Sinne des § 122 Abs. 1, 2 GWB. Es war somit nicht sachfremd, dass sich die Ag im Zuge der materiellen Eignungsprüfung gehalten sah, diese Angaben im Zuge der Aufklärung der Eignung anzufordern und zur Prüfung heranzuziehen (vgl. die dem hiesigen Nachprüfungsverfahren vorausgegangenen Beschlüsse der Vergabekammer vom 3. Juni 2018, VK2-44/18, sowie vom 3. August 2018, VK2-64/18). Die Art der auszuführenden Arbeiten –Taucher- und Schweißarbeiten unter Wasser, die durch spezialisiertes Personal, nämlich entsprechend qualifizierte Taucher, zu erbringen sind (vgl. III.2.2 der Auftragsbekanntmachung und Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibung i.V.m. dem Leistungsverzeichnis, dort unter „Allgemeines“) – sowie die von der Ag aufgestellten spezifischen „zwingend einzuhaltenden“ Fertigstellungstermine für die Instandsetzung der Pfähle haben es in der Sache geboten, dass die Ag bei den Bietern aufklärt, ob das erforderliche befähigte Personal überhaupt verfügbar ist. Auf diese Weise konnte die Ag sicherstellen, dass die Maßgaben des § 122 Abs. 1, 2 GWB für die Eignungsprüfung eingehalten werden und der Auftrag nicht an ein ungeeignetes Unternehmen erteilt wird. Anlass, die von der Bg mit ihrem Angebot im Formular 124 vorgelegte Eigenerklärung, über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte zu

verfügen, aufzuklären, folgte somit im Ergebnis daraus, dass die Ag selbst in der Leistungsbeschreibung vorgegeben hat, dass der Personaleinsatz an den spezifisch vorgegebenen, zwingend einzuhaltenden Fristen auszurichten gewesen sei und nur spezifisch qualifiziertes Personal zum Einsatz kommen dürfe (vgl. Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibung).

- (c) Die Ag hat vor diesem Hintergrund konsequent mit ihrem Schreiben vom 15. März 2018 von der Bg wie auch von den anderen Bietern die Vorlage der vorbehaltenen Befähigungsnachweise und damit mittelbar auch die Namen für das zur Auftragsdurchführung einzusetzende Personal abgefordert. Die Ag hat sich schließlich auf die Angaben der Bg zu ihrem Personalansatz im ersten Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 zudem veranlasst gesehen, konkret zu prüfen, ob die ausgeschriebene Maßnahme mit diesem Personalansatz termingerecht umgesetzt werden kann. Diese Veranlassung hat die Ag in ihrem ersten Prüfvermerk vom 5. April 2018, der bereits Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens VK2-44/18 war, dokumentiert.
- (2) Die Ag hat schließlich den relevanten Sachverhalt korrekt ermittelt und keine unsachgemäßen Erwägungen bei der Prüfung angestellt, ob die Bg in der Lage ist, mit ihren personellen Kapazitäten für eine termingerechte Auftragsbefriedigung Sorge tragen zu können.
- (a) Die Bg hat zum zweiten Aufklärungsgespräch die Kalkulation ihrer personellen Kalkulation für Taucher- und Schweißtaucherarbeiten erläutert und hierzu eine schriftliche Stellungnahme mit Datum vom 14. Juni 2018 eingereicht. Die Ag hat ausweislich der handschriftlichen Eintragungen auf dieser von der Bg eingereichten Stellungnahme, beides in der Vergabeakte dokumentiert, die Kalkulationsansätze der Bg überprüft, hinterfragt und teilweise korrigiert. Dass die Ag daneben keinen eigenen Prüfansatz entwickelt hat, sondern vorrangig die Angaben der Bg aufgegriffen und nachgeprüft hat, stellt nicht nur keinen Beurteilungsfehler dar, sondern entspricht im Gegenteil dem in § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU für die Eignungsaufklärung vorgesehenen Ablauf, wonach der Auftraggeber erst einmal den Bieter hört, indem er Aufklärung von ihm verlangt, und seine Prüfung sodann auf die Einlassungen des Bieters stützt (vgl. Beschluss der Kammer vom 3. August 2018, VK2-64/18).

(b) Die Ag hat den von der Bg zugrunde gelegten Personalansatz daraufhin vertieft überprüft, ob diese Angaben plausibel sind und nachvollzogen werden können. Ausweislich des Protokolls zum zweiten Aufklärungsgespräch vom 15. Juni 2018 sowie den Vermerken vom 26. Juni 2018 zum zweiten Aufklärungsgespräch/Kalkulation und vom 13. Juli 2018 (abschließender Vergabevermerk) war dies der Fall. Die Vermerke vom 26. Juni und 13. Juli 2018 wurden der ASt im Wege der Akteneinsicht, bereinigt um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter, zugänglich gemacht. Die Ag hat darin nachvollziehbar die Vorgehensweise ihrer Prüfung, die zugrunde gelegten Prämissen und die Kalkulation der personellen Kapazitäten für die erforderlichen Schweißarbeiten bzw. erforderlichen sonstigen Arbeiten erläutert. Die Ag hat sodann ausweislich des Vermerks vom 26. Juni 2018 bei der Überprüfung der personellen Kalkulation der Bg die im Beschluss der Kammer vom 3. Juni 2018 (VK2 44/18) dargelegte Rechtsauffassung der Kammer berücksichtigt. Die Ag hat einen vertretbaren, den Maßgaben des ArbZG entsprechenden Arbeitszeitansatz zugrunde gelegt, zum Personalansatz der Bg wurden Kapazitätsverluste durch Krankheit und Urlaub, beruhend auf nachvollziehbaren Erfahrungswerten der Bg, berücksichtigt.

Ferner ist festzustellen, dass die Ag das im zweiten Aufklärungsgespräch dokumentierte Personal der Bg fehlerfrei berücksichtigt hat. Die Bg hat mit ihrem Angebot die Eigenausführung angeboten und darin keine Nachunternehmer für Taucher- oder Schweißleistungen benannt. Sie hat ausweislich des Protokolls zum zweiten Aufklärungsgespräch vom 15. Juni 2018 sowie des ersten Aufklärungsgesprächs vom 22. März 2018 auch Befähigungsnachweise für bei ihr angestelltes bzw. anzustellendes Personal für Taucher/Schweißtaucher vorgelegt. Aus dem Protokoll des zweiten Aufklärungsgesprächs vom 15. Juni 2018 geht hervor, dass für die Bg insgesamt jedenfalls sechs Personen der Kategorien Taucher/Schweißtaucher/Signalmannt dokumentiert sind, für die die Befähigungsnachweise als Taucher, als Unterwasserschweißer und auch – obgleich nach den Maßgaben der Vergabeunterlagen insofern nicht ausdrücklich auf Aufforderung vorzulegen – Bestellungen betreffend Signalleute bereits zum ersten Aufklärungsgespräch vom 22. März 2018 vorgelegt wurden.

Es handelt sich dabei um drei Personen der Kategorien Schweißtaucher und Signalmann, die schon im Protokoll zum ersten Aufklärungsgespräch als bei der Bg angestelltes Personal eingeordnet wurden. Weitere zwei Taucher waren im Protokoll zum ersten Aufklärungsgespräch nur als freiberufliche Taucher aufgeführt worden, für die auch Befähigungsnachweise vorgelegt wurden, die die Bg nur als Nachunternehmer hätte beschäftigen können, ohne diese aber als solche im Angebot ausgewiesen zu haben.

Soweit die Bg ausweislich des Protokolls zum zweiten Aufklärungsgespräch jenes Tauch-/Schweißpersonal benannt hat, was nach der Dokumentation des Protokolls zum ersten Aufklärungsgespräch noch freiberuflich tätig war und damit als Nachunternehmer einzusetzen gewesen wäre, die die Bg nicht als solche im Angebot deklariert, sondern erstmals im ersten Aufklärungsgespräch nachbenannt hat, hat sie für diese Taucher nunmehr zum zweiten Aufklärungsgespräch plausibel nachgewiesen, dass diese im Fall der Auftragsdurchführung von der Bg in ein Angestelltenverhältnis übernommen werden.

Auch dieses Personal durfte die Ag bei der Eignungsprüfung berücksichtigen. Grundsätzlich ist es für die Prüfung der Eignung erforderlich, dass belastbare Umstände vorliegen, die die Prognose rechtfertigen, der Bieter sei in der Lage, das zur Auftragsausführung erforderliche Personal rechtzeitig einzustellen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Februar 2013, Az.: VII-Verg 52/12, dort unter Ziff. II.1. m.w.N.). Handelt es sich allerdings um solche Arbeiten, für die auf dem Arbeitsmarkt nur eine begrenzte Anzahl an geeigneten Arbeitskräften zur Verfügung steht und kann deshalb von einer jederzeitigen Verfügbarkeit nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, soll, so das OLG Düsseldorf in der soeben zitierten Entscheidung, das Vorhandensein potentieller Mitarbeiter auf dem Arbeitsmarkt gerade nicht ausreichen. Erforderlich ist dann vielmehr, dass eine ausreichende Anzahl potentieller Mitarbeiter auch bereit ist, die betreffenden Dienste für den Bieter zu erbringen (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Das OLG Düsseldorf hat in dem konkret entschiedenen Fall ferner ausgeführt, dass ein Bieter in einem solchen Fall bereits in seinem Angebot konkret darlegen

müsse, aus welchen Gründen ihm das erforderliche Personal bei Vertragsbeginn tatsächlich zur Verfügung stehen wird. In dem vom OLG Düsseldorf konkret entschiedenen Fall war dies so.

Die Berücksichtigung des von der Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch benannten Personals steht diesen Grundsätzen nicht entgegen. Der Zweck der Eignungsprüfung, nur Bietern den Zuschlag zu gewähren, die im vollen Umfang gemäß § 122 Abs. 1, 2 GWB die Gewähr dafür bieten, den ausgeschriebenen Auftrag erfüllen zu können, verlangt danach vom öffentlichen Auftraggeber, eine gemessen an den Anforderungen an das einzusetzende Personal ausgerichtete Überprüfung. Je spezifischer mithin die Anforderungen sind, desto intensiver muss der öffentliche Auftraggeber für einen chancengleichen Vergabewettbewerb darauf achten, dass die Bieter über das entsprechende Personal für den Fall der Auftragsausführung verfügen können.

Für die Auftragsausführung wird der Einsatz spezifisch befähigten Fachpersonals, geprüfter Taucher sowie entsprechend geprüfter Schweißtaucher, erforderlich. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass es sich um Personal handelt, für das es nur einen eher engen Markt gibt.

Die Bg hat im Hinblick auf das Los 2 zum zweiten Aufklärungsgespräch allerdings nachgewiesen, dass das zur Auftragsausführung erforderliche angestellte Personal im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen wird. Die Bg hat hierzu entsprechende „Verpflichtungserklärungen“ der bislang freiberuflich tätigen Taucher vorgelegt, die darin ihre Bereitschaft erklären, im Fall des Auftragserhalts durch die Bg eine Festanstellung im Unternehmen der Bg eingehen zu wollen. Diese Erklärungen sind definitiv eine hinreichend belastbare Grundlage zum Nachweis, dass das erforderliche Taucher-/Schweißtaucherpersonal im Auftragsfall auch tatsächlich verfügbar ist.

Es wäre unzumutbar gewesen, wenn die Ag das Vorhandensein von ausreichend qualifiziertem Personal bereits bei Angebotsabgabe verlangt hätte, ohne dass der einzelne Bieter weiß, ob er überhaupt den Zuschlag erhält. Die Ag hat diesen Nachweis auch laut Bekanntmachung gerade nicht verlangt,

sondern es ausreichen lassen, dass die Befähigungsnachweise für das einzusetzende Personal erst vor Auftragsdurchführung, mithin in einem Zeitpunkt nach Zuschlagserhalt, vorgelegt werden. Dass die Bg entsprechende Nachweise bereits mit dem Angebot hätte vorlegen müssen, lässt sich mithin vor dem Hintergrund der konkreten Auftragsbekanntmachung nicht rechtfertigen. Soweit die zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf diese Voraussetzung aufstellt, ist diese ersichtlich vor dem Hintergrund des konkret zu entscheidenden Falles zu sehen, in dem es um die Anforderung eines entsprechenden Eignungsnachweises, beizubringen mit Einreichung des jeweiligen Angebotes im konkreten Fall, ging. Im hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren waren die relevanten Befähigungsnachweise des einzusetzenden Personals und damit mittelbar auch die Namen des einzusetzenden Personals bzw. der Tauchergruppen allerdings erst auf Aufforderung durch den Auftraggeber im Hinblick auf die Auftragsausführung, mithin nach Auftragserteilung, vorzulegen. Es kann der Bg – wie im übrigen auch allen anderen Bietern – nicht vorgeworfen werden, dass sie in ihrem Angebot gerade noch nicht spezifiziert hatte, ob bzw. in welchem Umfang das zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten einzusetzende Taucher- und Schweißtaucherpersonal tatsächlich verfügbar sein wird. Auch das Angebot der ASt würde einer solchen Maßgabe nicht gerecht, da sie mit Angebotsabgabe auch noch keine entsprechenden Nachweise vorgelegt hat.

- (c) Soweit die Bg die Befähigungsnachweise für einen dieser im Auftragsfall anzustellenden Taucher erstmals zum zweiten Aufklärungsgespräch beigebracht hat, der zum ersten Aufklärungsgespräch noch nicht benannt worden ist, steht dies seiner Berücksichtigung bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit aus den soeben dargelegten Gründen ebenfalls nicht entgegen. Wie schon festgestellt, war die Bg im Hinblick auf die maßgeblichen Vorgaben der Auftragsbekanntmachung gehalten, die Nachweise erst auf Aufforderung der Ag im Auftragsfalle vorzulegen. Die Bg konnte Entsprechendes daher auch noch zum zweiten Aufklärungsgespräch tun, ohne auf die Angaben beschränkt zu sein, die sie bereits zum ersten Aufklärungsgespräch gemacht hatte. Entsprechendes gilt hinsichtlich der zum zweiten Aufklärungsgespräch benannten zwei Taucher, deren Befähigungsnachweise zum Unterwasserschweißen ausweislich des

Vergabevermerks vom 13. Juli 2018 noch zu erneuern sind. Da nach der maßgeblichen Ziff. III.2 der Auftragsbekanntmachung diese Befähigungsnachweise lediglich vor Beginn der Auftragsausführung vorzulegen waren, nicht aber bereits mit Angebotsabgabe, konnte die Bg diese auch zu diesem Zeitpunkt noch vorlegen.

- (d) Soweit Bg erst zum zweiten Aufklärungsgespräch noch für einen weiteren Taucher Befähigungsnachweise beigebracht hat, der ausweislich des Protokolls zum zweiten Aufklärungsgespräch vom 15. Juni 2018 sowie des Vergabevermerks vom 13. Juli 2018 sowohl für Los 2 als auch Los 1 als „Springer“ eingesetzt werden soll, der von der Bg bis dato noch gar nicht benannt bzw. für den bislang keine Nachweise eingereicht worden waren, hat die Ag im Vergabevermerk vom 13. Juli 2018 festgestellt, dass es auf diesen „Springer“ für die Eignungsprüfung der Bg betreffend das streitgegenständliche Vergabeverfahren zum sog. „Los 2“ ohnehin nicht mehr ankommt und dieser für die Eignungsprüfung außer Betracht geblieben ist.
- (e) Vor diesem Hintergrund hat die Ag den Maßgaben des Beschlusses der Vergabekammer vom 3. Juni 2018 (VK2-44/18) entsprochen. Das ursprünglich bei der Überprüfung der Leistungsfähigkeit fehlerhaft berücksichtigte, zum ersten Aufklärungsgespräch mit Befähigungsnachweisen benannte freiberufliche Taucherpersonal, das die personelle Kapazität der Bg nachträglich durch Nachunternehmereinsatz verstärkt hätte, ist von der Bg als im Auftragsfall anzustellen nachgewiesen worden und somit fehlerfrei als zukünftig eigenes Personal der Bg berücksichtigungsfähig.

bb) Auch im Weiteren liegen keine Prognosefehler vor.

- (1) Die von der Ag im Vermerk vom 11. Juni 2018 ermittelten personellen Kapazitätsdefizite, wonach nicht zu erwarten gewesen wäre, dass die Bg den ersten Arbeitsabschnitt termingerecht abschließen kann, wurden im Vermerk vom 26. Juni 2018 nachvollziehbar aufgegriffen und unter Berücksichtigung des von der Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch am 15. Juni 2018 zusätzlich benannten Bauhelfers analysiert. Die Bg hatte insoweit in ihrer zum zweiten Aufklärungsgespräch eingereichten Stellungnahme vom

14. Juni 2018 selbst vorgetragen, dass ihre personellen Kapazitäten nicht ausreichen würden, um die ersten 48 Pfähle bis Mitte Dezember 2018 fristgerecht sanieren zu können. Hierzu wurde erklärt, dass durch Einsatz eines Bauhelfers außerhalb des Wassers zusätzliche personelle Kapazitäten verfügbar gemacht würden, um das Taucher- bzw. Schweißtaucherpersonal zu unterstützen und zu entlasten. Die Ag hat diesen Ansatz in ihrem Vermerk vom 26. Juni 2018 nachvollziehbar überprüft und ist auf dieser Grundlage zum plausibel begründeten Ergebnis gelangt, dass die personellen Kapazitäten als ausreichend anzusehen sind, auch den ersten Fertigstellungstermin zeitgerecht ausführen zu können. Anhaltspunkte für unsachgemäße Erwägungen, sind den entsprechenden Ansätzen in den Vermerken vom 11. und 26. Juni 2018 nicht zu entnehmen.

Der Einsatz des Bauhelfers war bei der Wiederholung der Eignungsprüfung berücksichtigungsfähig, seine Benennung kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot nach § 15 Abs. 3 VOB/A-EU. Der Bauhelfer fällt nicht unter das Taucher- bzw. Schweißtaucherpersonal, für das im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung bzw. das Leistungsverzeichnis (s. dort die Maßgaben unter „Allgemeines“) auf Aufforderung der Ag Befähigungsnachweise vorzulegen waren. Daher konnte die Bg einen unqualifizierten Bauhelfer zur Entlastung des tauchenden bzw. des unter Wasser schweißenden Personals heranziehen. Schließlich war unqualifiziertes Hilfspersonal wie der von der Bg benannte Bauhelfer in der Kalkulation der Bg gar nicht spezifisch auszuweisen. Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot liegen danach nicht vor (vgl. Beschluss der Kammer vom 3. August 2018, VK2-64/18 zum Los 1).

- (2) Die von der ASt insbesondere im Hinblick auf die erforderlichen personellen Kapazitäten thematisierten Maßgaben der DGUV Vorschrift 40, hat die Ag im Vermerk vom 20. Juni 2018 (Anlage 5 des Vergabevermerks vom 13. Juli 2018) auf die Rüge eines anderen Bieters genauer überprüft, der der ASt im für ihren Nachprüfungsantrag relevanten Umfang ebenfalls im Wege der Akteneinsicht vorgelegt worden ist, bereinigt um Geschäftsgeheimnisse Dritter. Die Ag hat zu diesem Aspekt auch in ihrer Stellungnahme vom 2. August 2018 vorgetragen und sich insoweit auf diesen Vermerk vom 20. Juni 2018 berufen (s. dort Seite 6).

Insgesamt hat die Ag im Vermerk vom 20. Juni 2018 vertretbar und damit plausibel dargelegt, dass die Ag davon ausgeht, die Bg sei in der Lage, die Vorgaben der DGUV Vorschrift 40 als verbindliche Vorschriften der gesetzlichen Unfallversicherung einzuhalten. Die Ag hat nachvollziehbar erläutert, dass – entgegen der Ansicht der ASt – eine einzusetzende Tauchergruppe nicht zwingend nach § 9 Abs. 2 DGUV Vorschrift 40 aus vier Personen, mithin zwei Tauchern, einem Signalmann und einem Taucherhelfer, bestehen müsse, sondern – abweichend von § 9 Abs. 2 – nach § 9 Abs. 3 DGUV Vorschrift 40 ein Taucherhelfer entfallen und eine Gruppe aus drei Personen, mithin zwei Tauchern und einem Signalmann, bestehen könne, wenn sich die zu überwachenden Einrichtungen im Griffbereich des Signalmannes befänden. Diese Praxis sei beim Bautauchen üblich, was daher auch im Hinblick auf die ausgeschriebenen Arbeiten anzunehmen sei. Die Ag hat dazu in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass bei vergleichbaren Aufträgen in der Vergangenheit durch verschiedene Auftragnehmer, darunter auch die ASt, aus drei Personen bestehende Tauchergruppen zum Einsatz gekommen seien. Zwar haben die ASt sowie die Vergabekammer hierzu festgestellt, dass nicht überprüfbar ist, ob diese Aufträge wirklich mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar gewesen sind. Dennoch war im Ergebnis jedenfalls unstreitig, dass von der Regelung des § 9 Abs. 3 DGUV Vorschrift 40 in der Praxis des Bautauchens regelmäßig Gebrauch gemacht wird.

Sofern die ASt in ihrer Stellungnahme vom 24. Juli 2018 ausgeführt hat, es seien im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungspositionen zwei Tauchergruppen bestehend aus mindestens drei Tauchern und einem Signalmann („Einsatztaucher, Signalmann, Signalmann/Taucher, Rettungstaucher“) zum Einsatz zu bringen, so gehen diese apodiktisch formulierten Anforderungen der ASt an die Zahl der Taucher sogar noch über die Anforderungen der Grundregel zur Besetzung einer Tauchergruppe in § 9 Abs. 2 DGUV Vorschrift 40 hinaus, wonach eine Tauchergruppe nur aus zwei Tauchern, einem Signalmann und einem Taucherhelfer bestehen muss. Eine Verpflichtung der Ag, bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg einen derart spezifischen Ansatz zur Personalkalkulation zu berücksichtigen und

– anders gewendet – Angebote anderer Bieter unberücksichtigt zu lassen, die mit anderen Personalansätzen kalkulieren, ist vergaberechtlich im Hinblick auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren nicht zu erkennen. Die Ag hat, worauf sie zutreffend hingewiesen hat, in den Vergabeunterlagen weder Vorgaben zur Anzahl der Tauchergruppen noch zur Besetzung der Tauchergruppen gemacht.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht fehlerhaft, wenn die Ag die Einschätzung in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 zugrunde legt, die Belegung einer Tauchergruppe könne sich an der Regelung des § 9 Abs. 3 DGUV Vorschrift 40 orientieren, so dass eine Tauchergruppe dann aus drei Personen mit zwei Tauchern und einem Signalmann besteht. Ebenso ist es fehlerfrei, wenn die Ag auf der Grundlage der von der Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch angegebenen und im Protokoll zu diesem Gespräch dokumentierten namentlichen Besetzung der Tauchergruppen mit insgesamt sechs Personen der Kategorien Taucher/Schweißer/Signalmann davon ausgeht, die Bg werde den Anforderungen an § 9 Abs. 3 DGUV Vorschrift 40 entsprechen und diesen Personalansatz der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg im Vermerk vom 26. Juni 2018 zugrunde legt. Dies ist auch deshalb nicht fehlerhaft, weil – wie die mündliche Verhandlung ergeben hat – für die Ag keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, die Bg würde – als ausgewiesenes Fachunternehmen – die bei der Auftragsausführung im Hinblick auf § 128 Abs. 1 GWB verbindlich zu beachtenden Maßgaben dieser Unfallverhütungsvorschrift nicht einhalten. Gegen eine solche Annahme spricht außerdem, dass die Bg keinerlei Interesse daran haben kann, die Unfallverhütungsvorschriften zu missachten. Dies ist zum einen nach § 33 DGUV Vorschrift 40 i.V.m. § 209 Abs. 1 Nr. 1 des Siebten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VII) als Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt, kann zudem aufgrund von § 19 SGB VII zur Einstellung der Bauarbeiten führen, was wiederum zu entsprechenden Verzögerungen der Bauarbeiten führt, woran wiederum die Ag als Auftraggeberin kein Interesse haben kann, und ist zum anderen von der Ag in vergaberechtlicher Hinsicht jedenfalls im Hinblick auf § 128 Abs. 1 GWB sowie § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu überwachen.

Entsprechendes gilt hinsichtlich der von der ASt bemängelten Einhaltung der Regelungen über Reservetaucher. Der Einsatz von Reservetauchern (vgl. § 23 DGUV Vorschrift 40) war Gegenstand des zweiten Aufklärungsgesprächs und wurde dort von der Bg erläutert. Die Ag hat hierzu in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 nachvollziehbar dargelegt, dass der Personalansatz der Bg einen entsprechenden Einsatz von Rettungstauchern ermöglicht, die nicht für den Baueinsatz, sondern nur für Notfälle vorzuhalten sind. Diese Einschätzung der Ag im Vermerk vom 20. Juni 2018 ist aus den soeben dargelegten Gründen ebenfalls als vertretbar und damit fehlerfrei einzuordnen.

- cc) Es ist vor diesem Hintergrund schließlich nicht ersichtlich, dass die Rüge der ASt durchgreift, die Bg habe zu wenig Taucher-Personal, um neben dem bereits bezuschlagten Los 1 auch das Los 2 ausführen zu können.

Aus dem Vergleich der in den Vergabeakten dokumentierten Protokolle für die ersten und zweiten Aufklärungsgespräche für Los 1 und Los 2 folgt, dass es keine Überschneidungen des für die beiden Lose eingesetzten angestellten Personals der Bg geben soll. Berücksichtigt man danach also die auf Aufforderung der Ag durch die Bg vorgelegten Befähigungsnachweise für das von ihr verfügbare angestellte bzw. im Auftragsfalle anzustellende Personal, so ist festzustellen, dass die Bg insgesamt jedenfalls zwölf Taucher/Schweißtaucher/Signalleute nachgewiesen hat, die für die als Los 1 und Los 2 ausgeschriebenen Leistungen eingesetzt werden sollen. Vor dem Hintergrund, dass die Ag für die Eignungsprüfung der Bg fehlerfrei davon ausgegangen ist, dass Tauchgruppen im Hinblick auf § 9 Abs. 3 DGUV Vorschrift 40 aus drei Personen bestehen können, ist speziell die diesbezügliche Rüge der ASt, die Bg habe nur fünf oder sechs relevante Fachkräfte für die zu erbringenden Tauch- bzw. Unterwasserschweißarbeiten, die gleichsam durch das bereits beauftragte Los 1 bereits „verbraucht“ seien, man brauche aber mindestens zwei Taucherguppen pro Los und somit mindestens 12 Taucher und zusätzliche Signalleute, die Bg könne daher das Los 2 mangels verfügbaren Personals nicht bedienen, obsolet.

III.

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

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

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag war notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 80 Abs. 1, 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

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

und inwieweit die Maßgaben aus dem Kammerbeschluss vergaberechtskonform umgesetzt worden sind. Das rechtfertigt es, die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzu legen.

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

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

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

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung