



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 – 122/21

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Kampfmittelräumung [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Fenten nach Lage der Akten am 8. Dezember 2021 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.

## Gründe:

### I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] 2021 die beabsichtigte Vergabe „Kampfmittelräumung [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU unionsweit bekannt.

In der Bekanntmachung ist unter III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit u.a. angegeben:

*„D. Zertifizierung*

*- Mittels gültiger Akkreditierung nach DIN EN ISO/IEC 17025 Sondierung von Kampfmitteln und Kampfmittelräumung im Wasser.“*

In einer gesonderten Anlage zu den Vergabeunterlagen „Eignungskriterien Kampfmittelräumung [...]“ war unter 4. Zertifizierung eine gleichlautende Forderung angegeben.

Unter Ziffer 2.1.10. des Leistungsverzeichnisses heißt es auszugsweise:

*„Computergestützte Datenaufnahme mittels elektromagn. Qualifizierungssystem inkl. GPS Positionierungssystem und Neigungswinkelsensor von ca. 5% der Wasseroberfläche inkl. Einsatz erforderlicher Schiffstechnik zur Ermittlung systematischer Lageänderung seit letzter Sondierung.“*

Zuschlagskriterien sind mit 60 % der Preis, mit 30 % der „Technische Wert“ (Bauablauf) und mit 10 % das „Sondierverfahren“.

Die Antragstellerin (ASt) gab ein Angebot ab.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2021 teilte die Ag den Bietern die Ausschreibungsergebnisse gem. § 14 EU Abs. 6 VOB/A mit. Daraus war ersichtlich, dass die Beigeladene (Bg) und ein weiteres Unternehmen den Angebotspreis der ASt erheblich unterschritten. Ein weiterer Bieter lag preislich oberhalb des Angebotes der ASt.

Mit Schreiben vom 27. Mai 2021 rügte die ASt die fehlende Auskömmlichkeit der beiden günstigsten Angebote und die fehlende Eignung der entsprechenden Bieter, insbesondere hinsichtlich der geforderten Akkreditierung nach DIN EN ISO/IEC 17025.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2021 wies die Ag darauf hin, dass die Mitteilung des Ausschreibungsergebnisses lediglich die Information über die Öffnung der Angebote darstelle und keinerlei Aussage zur Auskömmlichkeit der Angebote sowie zur Eignung der Bieter beinhalte. Die Prüfung und Wertung der Angebote sei noch nicht abgeschlossen.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2021 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag, den sie nach Hinweis der Vergabekammer auf erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages wieder zurücknahm (VK1-78/21).

Die Bg hatte bei der Ag eine Akkreditierungsurkunde eingereicht, die auszugsweise folgenden Wortlaut aufweist:

*„Die [Akkreditierungsstelle] bestätigt hiermit, dass das Prüflaboratorium [Bg] die Kompetenz nach DIN EN ISO/(IEC 17025:2018 besitzt, Prüfungen in folgenden Bereichen durchzuführen:*

*Magnetik im Rahmen der Kampfmittelräumung zu Land und zu Wasser; Probenahme von Böden und Test auf sprengstofftypische Verbindungen“*

In der Anlage heißt es u.a.:

*„Innerhalb der mit \* gekennzeichneten Akkreditierungsbereiche ist dem Prüflaboratorium, ohne dass es einer vorherigen Information und Zustimmung der [Akkreditierungsstelle] bedarf, die Anwendung der hier aufgeführten genormten oder ihnen gleichzusetzenden Prüfverfahren mit unterschiedlichen Ausgabeständen gestattet.*

*[...]*

*DIN 54145-2\*            Zerstörungsfreie Prüfung – Elektromagnetische  
2012-02                Detektionsverfahren – Teil 2: Aktive elektromagnetische In-  
                                 duktionsverfahren“*

Aus der Vergabeakte ergibt sich, dass die Ag hinsichtlich des Angebotspreises mehrfach bei der Bg aufgeklärt hatte, dabei fand auch ein Aufklärungsgespräch statt. Die Antworten der Bg gingen jeweils fristgerecht ein. Die Ag ermittelte diejenigen Positionen des Leistungsverzeichnisses, in denen größere Abweichungen der Preise auffielen. Nach Auswertung der Antworten der Bg vermerkte die Ag, dass die Kalkulationen der einzelnen Positionen plausibel seien und

die Zweifel an der Angemessenheit des (Gesamt-)Angebotspreises zufriedenstellend aufgeklärt werden konnten.

Mit Schreiben gem. § 134 GWB vom 28. Oktober 2021 teilte die Ag der ASt mit, dass sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 1. November 2021 rügte die ASt, dass die Preisaufklärung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei und die beiden preisgünstigsten Angebote als unterkalkuliert auszuschließen seien. Auch seien die beiden Bieter nicht hinreichend zertifiziert und damit nicht geeignet.

Die Ag wies die Rüge mit Schreiben vom 3. November 2021 zurück. Bei der Bg sei eine umfassende und im Ergebnis zufriedenstellende Preisprüfung zu verschiedenen Aspekten durchgeführt worden. Die Bg verfüge über die geforderte Akkreditierung gemäß Bekanntmachung. Aus dem Leistungsverzeichnis könne keine Konkretisierung einer Eignungsanforderung hergeleitet werden.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4. November 2021 stellt die ASt Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.
  - a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

- Das Angebot der Bg sei unterkalkuliert. Bei der Preisprüfung müssten die angesetzten Einheitspreise wie auch das zu Grunde gelegte Mengengerüst geprüft werden. Das eklatante Abweichen des Angebotes der Bg von dem der ASt wie auch von dem geschätzten Auftragswert lasse sich nur durch eine fachlich fehlerhafte Angebotsgrundlage erklären.

Zu berücksichtigen sei auch eine Entscheidung des BGH, nach der bei Mehrmengen nicht mehr die vom Auftragnehmer kalkulierten, sondern die tatsächlich erforderlichen Kosten maßgeblich seien, so dass durch unterkalkulierte Angebote eine Wettbewerbsverzerrung hervorgerufen werde.

- Die Bg sei ungeeignet, weil ihr die erforderliche Akkreditierung fehle. Die Akkreditierung der Bg beziehe sich nur auf die Magnetik im Rahmen der Kampfmittelräumung. Die Akkreditierungsurkunde der ASt hingegen umfasse neben der Magnetik u.a. auch die Elektromagnetik. Für den vorliegenden Auftrag sei die umfassende Akkreditierung zwingend, da nach Ziffer 2.1.10 des Leistungsverzeichnisses elektromagnetische Messverfahren gefordert seien. Wenn als Zertifizierungen Akkreditierungsurkunden verlangt würden, so müssten Akkreditierungen vorgelegt werden, die belegten, dass sämtliche im Leistungsverzeichnis geforderten Verfahren auch der Zertifizierung unterlägen. Ein Auftraggeber, der für ein bestimmtes Vorhaben eine Zertifizierung fordere, fordere diese nicht unabhängig vom Leistungsverzeichnis. Das auftragsbezogene Verständnis von Eignungskriterien folge aus § 122 Abs. 4 GWB, wonach Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssten. Eine Abgrenzung von Eignungskriterien und Anforderungen an die Leistung könne nicht erfolgen, wenn in den Anforderungen an die Leistung explizit auf die Qualifizierung Bezug genommen werde, wie dies in Ziffer 2.1.10 der Fall sei.

Aus der Akkreditierungsurkunde der Bg ergebe sich gerade nicht, dass sie für elektromagnetische Verfahren akkreditiert sei. Aus S. 1 der Anlagen zur Akkreditierungsurkunde ergebe sich ausdrücklich, dass die Akkreditierungsstelle Prüfungen nur in den Bereichen Magnetik und Probenentnahme von Böden und Test auf sprengstofftypische Verbindungen durchgeführt habe. Eine Prüfung im Bereich der Elektromagnetik habe nicht stattgefunden. Insoweit handele es sich auch nicht um die Ausübung eines Ermessens der Vergabestelle bei der Prüfung der Eignungskriterien oder die Ausübung einer Einschätzungsprärogative, sondern darum, dass die Vergabestelle den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht vollständig und zutreffend ermittelt habe.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. gegen den Ag ein Vergabenachprüfungsverfahren nach § 160 GWB einzuleiten,
2. der ASt kurzfristig Einsichtnahme in die Vergabeakten zu gestatten,
3. dem Ag zu untersagen, das vorbezeichnete Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen,
4. den Ag zu verpflichten, den Zuschlag der ASt zu erteilen,
5. festzustellen, dass der Ag die nach § 16 d EU Abs. 1 VOB/A vorgesehene Prüfung vornimmt,

6. dem Ag aufzugeben, die Angebotsbewertung unter Ausschluss des Angebots der Bg zu wiederholen,
7. den Ag die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen und
8. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt notwendig war.

Weiter wird beantragt,

9. dem Ag den Nachprüfungsantrag unverzüglich unter der angegebenen E-Mail-Adresse zu übermitteln.

b) Mit Schriftsatz vom 11. November 2021 beantragt die Ag,

1. die Anträge der ASt aus der Antragsschrift vom 04.11.2021 als unbegründet zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

- Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise der Bg gem. § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A habe die Ag die Anforderungen des BGH beachtet. Die Bg habe alle geforderten Unterlagen vorgelegt und die gestellten Fragen ausführlich beantwortet. Die Angemessenheit des Angebotspreises habe nachvollziehbar aufgeklärt werden können. Im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung sei die Ag daher zu dem Ergebnis gekommen, dass keine Zweifel an der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung bestünden.

- Die Ag habe nicht konkret vorgegeben, dass die Akkreditierung nach DIN EN ISP/IEC 17025 ein bestimmtes Messverfahren beinhalten müsse. Gem. § 122 Abs. 4 S. 2 GWB seien die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Eine Änderung, Erweiterung oder Einschränkung in den Vergabeunterlagen sei nicht zulässig. Eignungskriterien seien von den Anforderungen an die Leistung abzugrenzen, so dass sich eine Konkretisierung auf elektromagnetische Messverfahren nicht aus einer Position des Leistungsverzeichnisses herleiten lasse.

Im Übrigen sei auch in der Akkreditierungsurkunde der Bg auf S. 2 der Anlagen aufgeführt, dass die Akkreditierung den Bereich „DIN 54145-2 2013-02 Zerstörungsfreie Prüfung – elektromagnetische Detektionsverfahren – Teil 2: Aktive elektromagnetische Induktionsverfahren“ umfasse. Eine mangelnde Eignung der Bg sei damit nicht gegeben.

3. Mit Beschluss vom 9. November 2021 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie hat sich nicht mit Sach- oder Rechtsvortrag am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt. Der ASt ist Akteneinsicht gewährt worden. Alle Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Auf die wechselseitigen Stellungnahmen der Beteiligten, die Vergabeakte der ASt, soweit sie der Kammer vorlag, sowie die Verfahrensakte wird Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen. Die Entscheidung ergeht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Lage der Akten, § 166 Abs. 1 S. 3 Var. 1 GWB.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere handelt es sich vorliegend um den Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers oberhalb der für die europaweite Vergabe relevanten Schwellenwerte.

Die ASt hat die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung, die ihr im Schreiben gem. § 134 GWB vom 28. Oktober 2021 mitgeteilt wurde, rechtzeitig gerügt. Dem steht nicht entgegen, dass die ASt eine inhaltlich gleiche Rüge bereits im Mai erhoben hatte. Zum damaligen Zeitpunkt lag noch keine rügefähige Entscheidung der Ag vor. Die damalige Rüge wie auch der anschließende Nachprüfungsantrag waren letztlich auf unzulässigen vorbeugenden Rechtsschutz gerichtet. Da die ASt zum damaligen Zeitpunkt noch keinen Rechtsschutz erlangen konnte, kann auch ihrer Rüge keine Wirkung zuerkannt werden, insbesondere nicht in dem Sinne, dass die ASt zu einem späteren Zeitpunkt mit ihrem Vortrag präkludiert sei.

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die Ag hat den Angebotspreis der Bg hinreichend und zufriedenstellend aufgeklärt (dazu unter a). Auch verfügt die Bg über die notwendige Akkreditierung und ist insoweit nicht als ungeeignet zu betrachten (dazu unter b).

a) Die Ag hat das Angebot hinsichtlich des niedrigen Preises gem. § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A aufgeklärt und ist nachvollziehbar zu dem Ergebnis gekommen, dass der Angebotspreis nicht unangemessen niedrig ist und das Angebot daher nicht abzulehnen ist.

Die Ag hat das Angebot der Bg richtigerweise aufgrund des großen preislichen Abstandes aufgeklärt. Soweit der Ag bei der fortschreitend weiter vertieften Prüfung zusätzliche Gesichtspunkte auffielen, hat sie mit weiterer Aufklärung reagiert. Die Bg hat auf die drei schriftlichen Nachfragen der Ag sowie im Rahmen des Aufklärungsgespräches jeweils fristgerecht und ausführlich geantwortet und ihre offengelegte Kalkulation näher erläutert. Die Ag bat insbesondere um Auskunft, wie bestimmte Arbeiten durchgeführt würden und wie sich die Preise einzelner Positionen auf die verschiedenen Kostenarten verteilen. Dabei stellte die Ag auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses ab, die sie als wesentlich für den Preisunterschied der Angebote identifiziert hatte. Unter Berücksichtigung der zusätzlichen Erläuterungen der Bg beurteilte die Ag das Angebot als insgesamt plausibel und angemessen. Zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg sind hier keine vertieften Ausführungen möglich. Diese beträfen insbesondere die für die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses von der Bg angebotenen Preise und deren weitere Aufschlüsselung (Lohn, Material etc.). Detaillierte Informationen hierzu über das entsprechende Vorgehen der Bg könnten auch Aufschluss über die Preisgestaltung der Bg in zukünftigen Ausschreibungen geben und sind daher nicht offenzulegen. Die Kammer hat die in der Vergabeakte dokumentierte Aufklärung jedoch gewürdigt (zum In-camera-Verfahren vgl. BGH, Beschl. v. 31. Januar 2017 – X ZB 10/16, juris-Rn. 56 ff.) und hält das Prüfungsergebnis der Ag, nach dem es sich um einen auskömmlichen Angebotspreis handele, für plausibel. Auf der Grundlage dieses Prüfungsergebnisses kommt ein Ausschluss des Angebotes der Bg nicht in Betracht.

- b) Die Akkreditierung der Bg genügt den Anforderungen der Bekanntmachung, so dass insoweit nicht von einer fehlenden Eignung der Bg auszugehen ist.

Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien erfüllt (§ 122 Abs. 2 GWB). Diese Eignungskriterien sind in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung aufzuführen (§ 122 Abs. 4 S. 2 GWB). In der Auftragsbekanntmachung ist eine Akkreditierung nach DIN EN ISO/IEC 17025 Sondierung von Kampfmitteln und Kampfmittelräumung im Wasser gefordert. Dieser allgemeinen Anforderung genügt die von der Bg vorgelegte Akkreditierungsurkunde. Ein bestimmtes Verfahren, z.B. elektromagnetische Messung, auf das sich die Akkreditierung beziehen müsste, ist in der Bekanntmachung nicht genannt.



Zwar müssen die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB). Eine Erweiterung/Verschärfung der Eignungsanforderungen unter Verweis auf den konkreten Leistungsgegenstand ist jedoch nicht zulässig. Dies würde bereits den Sinn der Pflicht zur Bekanntgabe der Eignungskriterien schon in der Auftragsbekanntmachung (s. § 122 Abs. 4 S. 2 GWB) konterkarieren, der darin besteht, dass interessierte Marktteilnehmer bereits bei Lektüre der Auftragsbekanntmachung erkennen können, ob sie als Bieter für den bekanntgemachten Auftrag in Frage kommen. Eine Verschärfung der bekanntgemachten Anforderungen in den weiteren Vergabeunterlagen würde nämlich dazu führen, dass sich die tatsächlich vom Auftraggeber geforderten Eignungskriterien nicht mehr allein aus der Bekanntmachung ergäben, sondern nurmehr aus einer Zusammenschau mit den Vergabeunterlagen. Dies widerspräche der eindeutigen gesetzlichen Vorgabe des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, wonach sich die Eignungskriterien unmittelbar aus der Bekanntmachung ergeben müssen; die Bieter sollen zur Bestimmung der Eignungskriterien gerade nicht die gesamten Vergabeunterlagen auswerten müssen.

Auch ist zu berücksichtigen, dass der öffentliche Auftraggeber nicht gezwungen ist, bestimmte Eignungskriterien vorzugeben. Zwar darf er den Auftrag nur an geeignete Unternehmen vergeben. Es ist ihm jedoch grundsätzlich freigestellt, anhand welcher Kriterien er die Eignung prüfen möchte und welche Nachweise er insoweit fordert. Gerade auch zum Zwecke der Erweiterung des Bewerberfeldes mag der Auftraggeber davon absehen, möglichst viele oder umfassende Zertifizierungen etc. zu verlangen und sich stattdessen bei der Eignungsprüfung z.B. eher auf Referenzen vergleichbarer Aufträge zu stützen. Hervorzuheben ist dabei, dass das Fehlen eines bestimmten Zertifikates nicht automatisch bedeutet, dass die entsprechende Leistung durch einen Bieter nicht sachgerecht erbracht werden wird.

Gerade auch vor dem Hintergrund dieser möglichen bewussten Entscheidung des Auftraggebers, bestimmte Nachweise gerade nicht zu verlangen, wäre es unangebracht, die bekanntgemachten Eignungskriterien durch Verweis auf die weiteren Vergabeunterlagen zu verschärfen. Dies würde ggf. auch zu Unklarheiten führen, ob beispielsweise einzelne lediglich untergeordnete Positionen des Leistungsverzeichnisses eine entsprechende Zertifizierungsforderung durch den Auftraggeber bedeuten sollen. Insoweit sieht auch § 48 Abs. 1 VgV vor, dass auch die Unterlagen, mit denen die Bieter ihre Eignung zu belegen haben, in der Auftragsbekanntmachung anzugeben sind.

Im Übrigen, ohne dass es darauf noch streitentscheidend ankäme, ist davon auszugehen, dass die Akkreditierung der Bg auch aktive elektromagnetische Messverfahren abdeckt. S. 1 der Anlage der Akkreditierungsurkunde der Bg führt ausdrücklich aus, dass innerhalb der mit \* gekennzeichneten Akkreditierungsbereiche dem Prüflaboratorium die Anwendung der aufgeführten Prüfverfahren gestattet ist. S. 2 führt dann, mit einem „\*“ versehen, auch die DIN 54145-2 2013-02 auf, die aktive elektromagnetische Induktionsverfahren betrifft. Dies ist aus Sicht der Kammer so zu verstehen, dass die Akkreditierung der Bg auch elektromagnetische Messverfahren umfasst.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 2 GWB.

Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Die Bg hat sich am Verfahren nicht durch Sach- oder Rechtsvortrag beteiligt und ist damit kein Kostenrisiko eingegangen. Es entspricht der Billigkeit, ihr daher auch keinen Kostenerstattungsanspruch zuzusprechen.

### IV.

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

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

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

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

Der hauptamtliche Beisitzer Dr. Schier ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschrift gehindert.

Behrens

Behrens