



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 – 138/21

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

- Antragsgegnerin –

wegen der Vergabe „Rahmenvereinbarung zum Betrieb des Gewässerbehandlungsschiffes [...] zur Neutralisation versauerter [...], Vergabenummer [...], EU-Bekanntmachung [...]“, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Stauf nach Lage der Akten am 19. Januar 2022 beschlossen:

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

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit ein offenes Verfahren zur Vergabe einer „Rahmenvereinbarung zum Betrieb des Gewässerbehandlungsschiffes [...] zur Neutralisation versauerter [...] in der [...]“ durch. Der Auftrag besteht ganz überwiegend in der Lieferung und dem Einbringen von circa 10.000 t Neutralisationsmittel in drei Seen, hinzu kommt der Betrieb und die Überwachung des von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Gewässerbehandlungsschiffs. Die Vertragslaufzeit beträgt ein Jahr. Sie kann verlängert werden.

Die Beauftragung der konkreten Leistungen soll durch einen separaten auftragsbezogenen Leistungsabruf sowie durch Einweisungen durch den Auftraggeber vor Ort erfolgen. Die Leistungserbringung soll diskontinuierlich erfolgen. In der EU-Bekanntmachung vom [...] 2021 (Tag der Absendung) wurden ein geschätzter Wert sowie ein Höchstwert des Auftragsvolumens angegeben. In Ziffer VI.3) der Bekanntmachung sowie in der „Angebotsanfrage“ vom 1. Oktober 2021 (Seite 1f.) hieß es: „Bei den im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Einzelleistungen handelt es sich nach Art und Umfang um Schätzungen aus den Erfahrungen der vergangenen Jahre. Sie dienen lediglich der Angebotsbewertung zu vergaberechtlichen Zwecken. Auf die Erbringung der Leistungen hat der Auftragsnehmer somit keinen Anspruch, dem gemäß kommt auch eine Umlageerstattung aus nicht beauftragten Leistungen nicht in Betracht.“

Im Leistungsverzeichnis („Angebotsabfrage“) finden sich für drei Gewässer Positionen zum Neutralisationsmittel. In der Ausschreibung werden diese erstmalig mit einem Einheitspreis in Mio. Mol (Bezeichnung der physikalischen Stoffmenge) anstelle von Tonnen ausgeschrieben. Anzugeben ist der Neutralisationswert (Neq-Wert) der zum Einsatz kommenden Mittel (Weissfeinkalk bzw. carbonatischer Kalk). Dieser Neq-Wert ist durch eine Laboruntersuchung zu ermitteln und einzutragen. Mithilfe einer Formel in der Leistungsbeschreibung ist der Wert in Tonnen umzurechnen und ebenfalls anzugeben (Ziffer 2.6.3, Seite 24). Die Angebotsabfrage lautet:

01.01 01 Betrieb GWBS [...]

[...]

01.01.01300

50002980

120,000 Megamo

Lieferrn, transportieren und umschlagen von Branntkalk (CaO).

Vom Bieter ist die Menge an Neutralisationsmittel einzutragen, mit der geforderten ME MegaMol = Mio. Mol Alkalinität (siehe Tab. 5 der LB) neutralisiert werden können.

Die Berechnung der benötigten Neutralisationsmittelmenge ist in der LB (Kapitel 2.6.3) erläutert.

ermittelte Neutralisationsmittelmenge in to: _____

Das entsprechende Produktdatenblatt und die Ergebnisse der Laboruntersuchung zur Bestimmung des Neq-Wertes nach DIN EN 12945 (Verfahren A) sind dem Angebot beizufügen.

ermittelter Neq-Wert: _____

Das Produktdatenblatt hat nachstehende Angaben zu enthalten:

- Herkunft des Feststoffes (Lagerstätte), Art. z.B. Marmor/Kalkstein/Kreide
- Lagerungsdichte
- CaO-Anteil
- Angabe zu weiteren Bestandteilen (Massenanteil)
- Reaktivität t60

Die Nachweisführung der Neutralisationsmittellieferung erfolgt mittels Lieferschein in Tonnage und umgerechnet in MegaMol.

Im Rahmen der Eigenüberwachung sind bei jeder 6ten Lieferung Rückstellproben (siehe Punkt 2.6.4) zu entnehmen.

[...]

01.02 02 Betrieb GWBS [...]

[...]

01.02.01200

5002982

30,000 Megamo

Lieferung CaCO₃-basierter Feststoff.

Lieferrn, transportieren und umschlagen von CaCO₃-basiertem Feststoff.

Vom Bieter ist die Menge an Neutralisationsmittel einzutragen, mit der geforderten ME MegaMol = Mio. Mol Alkalinität (siehe Tab. 6 der LB) neutralisiert werden können.

Die Berechnung der benötigten Neutralisationsmittelmenge ist in der LB (Kapitel 2.6.3) erläutert.

Neutralisationsmittelmenge in to: _____

Das entsprechende Produktdatenblatt und die Ergebnisse der Laboruntersuchung zur Bestimmung des Neq-Wertes (siehe Anlage 10) sind dem Angebot beizufügen.

ermittelter Neq-Wert: _____

Das Produktdatenblatt hat nachstehende Angaben zu enthalten:

- Herkunft des Feststoffes (Lagerstätte), Art. z.B. Kalkstein, Marmor, Kreide
- CaCO₃-Anteil
- Angabe zu weiteren Bestandteilen (Massenanteil)
- Lagerungsdichte
- Korngrößenverteilung mit Angabe des Messverfahrens
- Neutralisationsäquivalent (Neq-Wert) beim pH-Wert 6,5 (siehe Kap. 2.6 und Anlage 10)

Die Nachweisführung der Neutralisationsmittellieferung erfolgt mittels Lieferscheine etc.

Im Rahmen der Eigenüberwachung sind bei jeder 6ten Lieferung Rückstellproben (siehe Punkt 2.6.4) zu entnehmen.

01.03 03 Betrieb GWBS [...]

[...]

01.03.00100

5002984

5,000 Megamo

Lieferung CaCO₃-basierter Feststoff.

Lieferrn, transportieren und umschlagen von CaCO₃-basiertem Feststoff.

Vom Bieter ist die Menge an Neutralisationsmittel einzutragen, mit der geforderten ME MegaMol = Mio. Mol Alkalinität (siehe Tab. 6 der LB) neutralisiert werden können.

[...]

In der Leistungsbeschreibung (Seite 23 f.) hieß es:

2.6.3 Berechnung der erforderlichen Tonnage

Die erforderliche Tonnage des für den Einsatz vorgesehenen oxidischen und carbonatischen Kalkproduktes ist vom Bieter wie folgt zu bestimmen:

$$m [to] = \frac{Alk [Mio. mol]}{Neq [\frac{mol}{kg}]} 1000$$

mit:

m Einzutragende Tonnage [to]

Alk Alkalinität [Mio. mol = MegaMol]

Neq Neutralisationsäquivalent [mol/kg]

Beispiel:

A = 30 Mio. mol

Neq = 11,2 mol/kg

$$m [to] = \frac{Alk [Mio. mol]}{Neq [\frac{mol}{kg}]} 1.000 = \frac{30 [Mio. mol]}{11,2 [\frac{mol}{kg}]} 1.000 = 2.679 to$$

Die ermittelte Tonnage an oxidischen bzw. carbonatischem Kalkprodukt ist, auf volle Tonnen gerundet in den Lieferpositionen - im Leistungsverzeichnis als Menge einzusetzen.

Der Leistungsabruf sieht die einzubringende Alkalinität in Mio mol (MegaMol) vor. Hierfür berechnet der AG die erforderliche Austragszeit und Austragstonnage, welches Bestandteil des Abrufes und somit Vertragsbestandteil wird.

Mit Bieterinformation Nr. 2 vom 15. Oktober 2021 stellte die Antragsgegnerin den Bietern statistische Daten über pH-Werte, Eintragsmengen sowie Einsatzzeiten aus den Jahren 2018 bis 2021 zu den drei Tagebauseen zur Verfügung. Sie erhöhte die Abrufzeit von 14 auf 21 Tage. Der Forderung nach Mindestabnahmemengen trat sie unter Hinweis auf die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung und die soweit wie möglich beschriebenen vertragsgegenständlichen Leistungen entgegen.

Die [...] wandte sich mit zwei Bieterfragen an die Antragsgegnerin (vgl. Bieterinformationen Nr. 1 und 2, elektronische Vergabeakte). Kommanditisten der [...] sind [...] und [...]. Persönlich haftender Gesellschafter ist die [...], deren Geschäftsführer [...] und [...] sind.

Das Schwesterunternehmen [...] (auch hier sind Kommanditisten [...] und [...], persönlich haftender Gesellschafter ist die [...]) rügte mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten am 11. Oktober 2021, dass ein kalkulierbares Angebot nicht möglich sei, weil es an nachvollziehbaren Kalkulationsgrundlagen fehle.

Nach einer Nichtabhilfemitteilung der Antragsgegnerin leitete die [...] am 27. Oktober 2021 ein Nachprüfungsverfahren ein. Sie beabsichtige die Abgabe eines Angebots (so Seite 3 des Nachprüfungsantrags). Der Preis sei das einzige Zuschlagskriterium. Die laborative Bestimmung des abgefragten MegMol-Einheitspreises mit der Angabe des Neq-Wertes könne nur durch den Lieferanten, nicht aber den Bieter bestimmt werden. Zudem führe die Antragsgegnerin eine neue Vorschrift für die Neq-Wertbestimmung ein. Eine Abrufzeit von 21 Tagen sei bei Lieferengpässen (Abruf bei einem anderen Lieferanten) nicht mit der Prüfung der Produktqualität nach Neq-Wert zeitlich möglich. Die notwendigen betriebswirtschaftlichen Umlagen könnten nicht auf die Kalkposition (ganzjährig, mit Vorlaufzeit von 21 Tagen) kalkuliert werden. Es seien wie in der Vergangenheit Mindestabnahmemengen oder wenigstens eine Kompensation, z.B. für Lagerhaltung und Logistik, vorzusehen. Das Vorhalten von Personal sei ein zusätzlicher Kostenpunkt. Das Fehlen einer Mindestabnahmemenge führe zu einem entsprechenden Sicherheitszuschlag der Bieter und damit zu einer unnötigen Verteuerung des Beschaffungsvorgangs. Es fehle an einer Prüfung der Antragsgegnerin, inwieweit ein Mindesteinsatz für den jeweiligen See erforderlich sei. Auch eine Angabe von Jahreszeiten könne die Kalkulationsfähigkeit herstellen. Durch die Umstellung des Beschaffungskonzepts von Tonnage auf Reaktivität verschiebe sich die Forderung nach einem Erfolg im Sinne der Vertragserfüllung und Gewährleistung auf die Bieter. Es sei zudem möglich, dass ein Bieter den Tonnagepreis manipulierte, weil die Reaktivität durch minderwertigen Kalk beeinflusst werde. Ein solches Konzept könne vom Bieter und Leistungserbringer nicht selbstständig erbracht werden.

Mit Bietermitteilung Nr. 8 vom 16. November 2021 teilte die Antragsgegnerin mit:

Zur Aufklärung des Sachverhalts hat die [REDACTED] durch die [REDACTED] eine Analyse mit der vom Bieter zur Verfügung gestellten Rückstellprobe auf Grundlage der Verfahrensvorschrift der [REDACTED] durchführen lassen. Die Untersuchung der Rückstellprobe hat einen durchschnittlichen Neq-Wert von 9,52 mol/kg ergeben. Die Einzelwerte der Rückstellprobe lagen zwischen 8,77 mol/kg und 10,53 mol/kg. Die Standardabweichung liegt mit 0,74 in dem ermittelten Bereich für die Analysenmethode. Der festgestellte Mittelwert der Dreifachbestimmung liegt bezogen auf den in der Dosierempfehlung der [REDACTED] für die Nachsorge des [REDACTED] für das Produkt [REDACTED] angegebenen Neq-Werts von 10,3 mol/kg innerhalb der üblichen Schwankungen für ein Naturprodukt.

[...]

In diesem Zusammenhang erklärt die [REDACTED], dass die Leistungsbeschreibung in Ziffer 2.6.4 um folgenden Satz ergänzt wird:

„Negative Abweichungen vom angebotenen Neq-Wert werden bis maximal 15 % toleriert.“

In der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer am 23. November 2021, an der für die [...] ihre beiden Kommanditisten und in Personalunion Geschäftsführer der Komplementärin, [...] und [...], teilnahmen, sagte die Antragsgegnerin zu, die Angebotsfrist vom 30. November 2021 auf den 17. Dezember 2021 zu verlängern und die Abrechnung der Neutralisationsmittel in einer Bieterinformation, insbesondere die Tolerierung von negativen Abweichungen vom angebotenen Neq-Wert, klarzustellen und – soweit gefordert – die Angabe von Neq-Werten in Produktdatenblättern der Lieferanten zu streichen.

Die Bieterinformation Nr. 9 vom 24. November 2021 lautete:

Mit der 8. Bieterinformation wurde in Ziffer 2.6.4 der Leistungsbeschreibung der folgende Satz ergänzt: „Negative Abweichungen vom angebotenen Neq-Wert werden bis maximal 15% toleriert“.

Die Abrechnung des Neutralisationsmittels nach Alkalinität in Megamol in den Positionen 01.01.01200, 01.02.01200 sowie 01.03.00100 erfolgt durch Umstellung der Formel in Kap. 2.6.3 der Leistungsbeschreibung wie folgt:

$$Alk [Mio. mol] = \frac{m [to] \times Neq \left[\frac{mol}{kg} \right]}{1000}$$

mit
Alk = abrechenbare Alkalinität (zum in der jeweiligen Position angebotenen Einheitspreis Euro/Megamol)

- m = in den See eingebrachte und durch Wiegescheine gem. LV belegte Neutralisationsmittelmenge
Neq = in der jeweiligen Position vom Bieter angegebener Neq-Wert.

Dies gilt, soweit der aus den Rückstellproben von der Fremdüberwachung bestimmte Neq-Wert nicht mehr als 15 % geringer ist, als der bei Angebotsabgabe vom Bieter unter der jeweiligen Position angegebene Neq-Wert.

9.3 Anforderungen an das Produktdatenblatt

In den Positionen Ziffer 01.02.01200 und 01.03.00100 "Lieferung CaCO₃-basierter Feststoff" wird bei der Aufzählung der notwendigen Angaben auf dem Produktdatenblatt jeweils der Punkt:

„# Neutralisationsäquivalent (Neq-Wert) beim pH-Wert 6,5, (siehe Kap. 2.6 und Anlage 10)“ gestrichen.

Auf eine Eintragung des Neutralisationsäquivalents im Produktdatenblatt kann somit verzichtet werden. Die Bestimmung und Dokumentation des Neq-Wertes nach Anlage 10 sowie die Übergabe der Dokumentation mit der Angebotsabgabe ist weiterhin notwendig.

Die BUG Lausitz GmbH & Co. KG erklärte daraufhin den Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten am 1. Dezember 2021 „unter der Maßgabe, dass die auf jeder Seite entstandenen Kosten jede Partei selbst trägt“ für erledigt.

In einer weiteren Bieterinformation Nr. 11 vom 3. Dezember 2021 hieß es:

- 11.1 Ein Bieter bittet um Aufklärung bezüglich der Methode zur Bestimmung des Neq-Werts.

Antwort der [REDACTED]:

Im Rahmen der 8. Bieterinformation wurde bereits erläutert, dass die Bestimmung des Neq-Wertes entsprechend der Verfahrensvorschrift zwingend eine Dreifachbestimmung erfordert. Die laborativen Schwankungen werden mittels der Dreifachbestimmung entsprechend gedämpft. Hierbei handelt es sich um einen üblichen laborativen Vorgang. Die Methode zur Bestimmung des Neq-Werts wurde bereits erfolgreich an verschiedenen Produkten, in verschiedenen Laboren, mittels verschiedener Titratoren durch unterschiedliche LaborantInnen mit reproduzierbaren Ergebnissen durchgeführt. Die bisher untersuchten carbonatischen Kalkprodukte zeigen deutliche Qualitätsunterschiede für den Einsatz der Gewässerneutralisation im neutralen pH-Wertbereich. Die ermittelte Spannweite der Neq-Werte lag zwischen 6,9 und 14,2 mol/kg. Dies bestätigt, dass die erforderliche Tonnage des Neutralisationsmittels nur bezogen auf das konkret zum Einsatz vorgesehene Produkt und dessen Neq-Wertes realistisch ermittelt werden kann.

Dass die vorgegebene Methode zur Ermittlung eines realistischen und reproduzierbaren Neq-Werts geeignet ist, wurde auch durch die Entwickler der Methode, darunter eine Universität und ein spezialisiertes Ingenieurbüro mit Labor, nochmals bestätigt.

11.2 Ein Bieter bittet um Aufklärung bezüglich der Auswirkungen von Abweichungen von dem im Angebot angegebenen Neq-Wert.

Antwort der [REDACTED]:

Wie bereits in der 8. Bieterinformation mitgeteilt wurde, werden negative Abweichungen vom angebotenen Neq-Wert bis maximal 15 % toleriert.

Bei einer negativen Abweichung von bis zu 15 % von dem im Angebot angegebenen Neq-Wert erfolgt die Abrechnung anhand der tatsächlich eingebrachten Neutralisationsmittelmenge auf Basis des angebotenen Einheitspreises und der in der Bieterinformation Nr. 9 angegebenen Formel.

Bei negativen Abweichungen von mehr als 15 % muss die Differenz zum angebotenen Neq-Wert entsprechend kompensiert werden.

Die Kompensation kann entweder mit einer kostenneutralen Mehrlieferung und dem kostenneutralen Mehreintrag der angebotenen Produktqualität oder mittels Eintrags eines adäquat höherwertigen Produktes in der erforderlichen Menge erfolgen.

In der Bieterinformation Nr. 12 vom 8. Dezember 2021 hieß es:

12.1 Ein Bieter fragt wie folgt:

In der 11. Bieterinformation wird unter Ziffer 11.1 eine extreme Schwankungsbreite der Neq-Werte bei den durch die [REDACTED] untersuchten Kalkprodukten/-proben zwischen 6,9 und 14,2 angegeben.

Der Bieter bittet um Aufklärung, welche Angaben und Erkenntnisse der [REDACTED] dazu vorliegen. Er fragt, ob diese mitgeteilten Schwankungen und Angaben aus Probeentnahmen von verschiedenen Lieferanten und/oder verschiedenen Lagerstätten stammen und über welchen Zeitraum die für die angegebene Schwankungsbreite zu Grunde gelegten Proben entnommen wurden.

Antwort der [REDACTED]:

Die im Rahmen der 11. Bieterinformation unter Punkt 11.1 mitgeteilten Spannweiten der Neq-Werte zwischen 6,9 und 14,2 mol/kg resultieren aus Untersuchungen von zehn verschiedenen carbonatischen Kalkprodukten verschiedener Hersteller aus unterschiedlichen Lagerstätten mit unterschiedlicher geologischer Genese. Die Untersuchungen erfolgten im Zeitraum 01/2020 - 02/2021. Es kann aufgrund der vorliegenden Ergebnisse grundsätzlich festgestellt werden, dass geologisch alte und damit stark kompaktierte Kalkprodukte (z.B. Marmor) geringere Neq-Werte besitzen als geologisch junge Kalke (z.B. Kreide). Bei vergleichbarem geologischen Alter besitzen feinkörnige Materialien in der Regel höhere Neq-Werte als grobkörnige.

Am 10. Dezember 2021 rügte die [...] über den bisherigen Verfahrensbevollmächtigten der [...] das Vergabeverfahren der Antragsgegnerin als vergabefehlerhaft. Die Leistungsabfrage in MegaMol unter Anwendung eines Neq-Wertes mit darauf basierender Berechnungsformel sei nicht hinreichend und eindeutig beschrieben. Am 13. Dezember 2021 ergänzte sie die Rüge um den Vortrag, dass sämtliche möglichen Lieferanten ihre Angebote zurückgezogen oder keine Lieferbereitschaft angezeigt hätten. Die Lieferanten seien nur zur Lieferung nach

Maßgabe ihrer Produktdatenblätter ohne Neq-Wert bereit. Sie stellte eine weitere Bieterfrage. Die Antragsgegnerin veröffentlichte darauf die Bieterinformation Nr. 13 vom 15. Dezember 2021:

- 13.1 Ein Bieter fragt von welchen Herstellern Neq-Angaben für Kalkangebote unterbreitet wurden? Stammen die mitgeteilten Neq-Werte von den Herstellern oder sind das die Ergebnisse der Laboruntersuchungen, welche Hersteller haben welchen Neq-Werte angegeben?
Handelt es sich um Kalklieferanten, die Kalk anbieten für die Neutralisation von Gewässern und Seen?

Antwort der [REDACTED]

Die [REDACTED] hat von Herstellern oder Lieferanten keine Angebote zu Kalklieferungen mit Neq-Angaben abgefragt.

Die in der 12. Bieterinformation mitgeteilte Spannweite der Neq-Werte resultiert aus Laboruntersuchungen im Auftrag der [REDACTED]

2. Die [...] beantragte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten von 15. Dezember 2021 bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Antragsgegnerin übermittelt.

- a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Die Antragstellerin sei nicht identisch mit der Antragstellerin des Verfahrens VK 1 – 120/21, der [...]. Auch wenn der Geschäftsführer, [...], für beide Unternehmen auftrete, mache dies noch kein wirtschaftlich verbundenes Unternehmen aus. Nunmehr beabsichtige die [...] die Abgabe eines Angebots auf die Angebotsabfrage vom 1. Oktober 2021, während die [...] mit Schreiben vom 15. Dezember 2021 erklärt habe, kein Angebot abzugeben.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Der Antragstellerin sei es unzumutbar, die Leistung des Kalkeinsatzes, die ca. 90% des Leistungsumfangs bzw. -wertes umfasse, zu kalkulieren. Die Leistungsabfragen seien aufgrund der abgeforderten Mengenangabe in MegaMol unter Anwendung eines Neq-Wertes mit darauf basierender neuer Berechnungsformel nicht hinreichend und eindeutig beschrieben. Die von der Antragsgegnerin herangezogene Analyse der [...] GmbH [...] sei nur eine Einzelprüfung gewesen und könne nicht Kalkulationsgrundlage für die ausgeschriebene Menge und den Leistungszeitraum sein. Die Analysen in den Bieterinformationen 8 und 12 zeigten, dass eine Spannbreite und Abweichung der Werte von weit mehr 15% vorliege. Die zugesagte Toleranzabweichung von 15% werde somit bereits mit der Angebotsaufforderung überschritten und bestehe in einer Mehrmengenlieferung ohne

Vergütung durch die Bieter. Der Neq-Wert könne zudem nur in einem Labor bestimmt werden, nicht von der Antragstellerin selbst. Bei Lieferengpässen sei ein Abruf bei einem anderen Lieferanten nicht möglich, insbesondere nicht innerhalb der Abruffrist von 21 Tagen, da dessen Produktqualität und der Neq-Wert nur durch diesen selbst zu bestimmen seien.

Die Leistungsbeschreibung sei intransparent. Die Lieferanten könnten keine Kalkmenge in MegaMol liefern, da MegaMol keine marktgängige, handelsübliche Liefereinheit bzw. Liefermenge sei. Die angefragten Lieferanten seien sämtlich nicht bereit auf der Grundlage der Ausschreibung Verträge einzugehen. Kein Lieferant gebe einen bestimmten Neq-Wert mit oder ohne Schwankungsangabe an, der Bestandteil eines Produktdatenblatts und einer Gewährleistung bzw. Beschaffenheitszusage sei.

Die Rahmenvereinbarung sehe zudem keine Mindestabnahmepflicht vor undbürde der Antragstellerin ein unzumutbares Kalkulationsrisiko auf. So habe die Antragsgegnerin nach ihren eigenen Feststellungen keinen Beschaffungsbedarf, jedenfalls nicht für den See Skado. Bei den übrigen Seen habe sie keine Prüfungen hinsichtlich einer Mindestmenge vorgenommen. Die einzusetzende Kalkmenge erfolge nun über die von den Bietern aufgrund der Leistung in MegaMol zu errechnenden Tonnage. Diese müssten auch einen Preis in MegaMol angeben, aber nach Tonnage auf Nachweis abrechnen. Die Antragstellerin sei kaufmännisch nicht in der Lage die notwendigen betriebswirtschaftlichen Umlagen auf diese Kalkposition zu kalkulieren. Jegliches Wagnis und Risiko werde dem Bieter überlassen. Es seien zumindest Kompensationszahlungen für Kosten zu leisten, für die der Bieter keinen anderweitigen Ausgleich erhalte. Sonst müsse der Bieter einen entsprechenden Sicherheitszuschlag einkalkulieren, was zu einer Verteuerung des Beschaffungsvorgangs führe. Dies gelte auch im Hinblick auf die gewünschte „just in time“ Lieferung zu tagesaktuellen Preisen bei gegenwärtig stark preisschwankenden Materialpreisen. Die Kalkulationsfähigkeit hänge auch von der Angabe von Jahreszeiten ab, wie in der Vergangenheit durch Angabe von Einbringungszeiten geschehen.

Zudem bleibe der Wettbewerb des Preises tatsächlich allein der Qualität des Materials überlassen, die bei jedem Bieter unterschiedlich sei, da Kalk ein Naturprodukt sei. Dies sei aber kein Zuschlagskriterium. Ein fairer Wettbewerb sei ausgeschlossen. Die Antragsgegnerin müsse damit rechnen, dass Bieter den Tonnagepreis durch minderwertigen Kalk (Reaktivität) „manipulierten“. Die Antragsgegnerin verfüge hingegen aus ihrem langjährigen wissenschaftlichen Monitoring heraus über die

Kenntnis, welche Neutralisationsmittel bisher die beste Wirkung gezeigt hätten und ein vernünftiges Kosten-/Nutzenverhältnis aufwiesen. Die Antragstellerin könne lediglich die Angaben des Lieferanten weitergeben und versuchen, einen Tonnagepreis zu bestimmen, aber die MegaMol Angabe aufgrund des Neq-Wertes nicht bestimmen bzw. risikobewerten. Auch wenn sie selbst in den letzten Jahren Lieferantin der Antragsgegnerin gewesen sei, müsse sie hier Nachteile befürchten, weil alle anderen Bieter auf unsicherer Grundlage kalkulieren müssten. Hingegen sei der zuletzt beauftragte Leistungserbringer mit seinem Kalkprodukt in die zukünftige Angebotsabgabe mit MegaMol-Preis bereits „eingeweiht“ gewesen, insbesondere hinsichtlich der neuen Analyseverfahren der [...] und der Dosierempfehlung für des IV. Quartal (einschließlich Kenntnis der Abrufmengen). Dieser habe daher bereits früher erstellte Laboranalysen zur Neq-Wertbestimmung für sein Angebot vorliegen (dies ergebe sich aus Bieterfrage Nr. 8 zur Aktualisierung der Probenergebnisse). Hieraus erschließe sich auch, warum der Lieferant [...] der Antragstellerin keine Lieferkapazitäten angezeigt habe. Er sei offenbar bereits für den nun ausgeschriebenen Leistungszeitraum gebunden. Dadurch habe der Wettbewerber einen nicht ausgeglichenen Wissens- und Marktvorsprung, denn das Produkt [...] sei von keinem anderen Lieferanten mit dieser Neq-Wert-Güte zu liefern.

Die Antragstellerin beantragt,

1. das Vergabeverfahren Rahmenvereinbarung zum Betrieb des Gewässerbehandlungsschiffes der [...] zur Neutralisation versauerter Tagebaurestgewässer zur Vergabenummer [...] wird nach Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückversetzt und die Antragsgegnerin verpflichtet die Leistungsbeschreibung und Preisgestaltung zu modifizieren und den Bietern die Möglichkeit zur Angebotsabgabe zu geben.
2. Hilfsweise wird beantragt: Die Vergabekammer möge die sonstigen geeigneten Maßnahmen anordnen, um die festgestellten Vergaberechtsverstöße zu beseitigen.
3. Es wird festgestellt, dass es erforderlich war, dass die Antragstellerin Verfahrensbevollmächtigte hinzuzieht.
4. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen.
5. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt.

- b) Die Antragsgegnerin beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen;
 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge des vermeintlichen Bestehens eines unzumutbaren Kalkulationsrisikos gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Die Rüge verstoße außerdem gegen Treu und Glauben. Die Antragstellerin agiere offenkundig als wirtschaftliche Einheit ([...]) mit dem ihr verbundenen Unternehmen [...]. Dies zeige schon der Umstand, dass die dem Rügeschreiben vom 13. Dezember 2021 beigefügten Schreiben der angefragte Kalkulanten (Firmen [...]) allesamt an die Firma [...] gerichtet seien. Beide Firmen würden durch [...] mittels derselben Komplementärgesellschaft ([...]) endvertreten. Die [...] habe bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, es werde durch die Vergabebedingungen in mehreren Punkten ein unzumutbares Kalkulationsrisiko auferlegt. In der mündlichen Verhandlung am 23. November 2021 seien diese Vorgaben der Vergabeunterlagen und die Neq-Wert-Bestimmung ausführlich mit den Beteiligten erörtert worden. Es sei besprochen worden, dass die Abrechnung (Schwankungsbreite von 15%) nochmals in einer Bieterinformation erläutert werde. Nach der Bieterinformation Nr. 9 habe die [...] am 1. Dezember 2021 ihren Nachprüfungsantrag für erledigt erklärt. Als juristische Person müsse sich die Antragstellerin die Kenntnis des zur Vertretung befugten Geschäftsführers ihrer Komplementärgesellschaft entsprechend § 166 BGB zurechnen lassen. Den Vergaberechtsverstoß eines vermeintlichen unzumutbaren Kalkulationsrisikos habe sie bereits im Oktober 2021, jedenfalls aber innerhalb von 10 Tagen nach der mündlichen Verhandlung rügen müssen. Die erst am 10. Dezember 2021 erhobene Rüge sei verfristet. Sie verstoße auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Mit der Erledigterklärung des Nachprüfungsantrags der [...], habe diese klargelegt, dass sie an ihrer Rüge eines vermeintlich unzumutbaren Kalkulationshindernisses nicht mehr festhalte. Die Antragsgegnerin habe nicht damit rechnen müssen, dass die Antragstellerin als Schwestergesellschaft der [...] den gleichen Vergaberechtsverstoß nochmals zum

Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen würde. Das der Antragstellerin zuzurechnende Verhalten des Geschäftsführers verstoße gegen Treu und Glauben.

Den Rügen liege auch kein neuer Sachverhalt zugrunde.

Der Antrag sei zudem unbegründet. Rahmenvereinbarungen ohne Mindestabnahmemengen seien zulässig und üblich. Es bestehe mangels Pflicht zur Vorhaltung des Neutralisationsmittels oder Vorhaltung von Personal auch keine Pflicht zur Festlegung einer Mindestabnahmemenge. Der Auftragnehmer trage weder das Verwendungsrisiko noch Lagerkosten. Die notwendige Bestimmung des Neq-Werts sei bei eventuellen Lieferengpässen innerhalb der 21 Tage-Ausführungsfrist ermittelbar. Die eigentliche Analyse sei innerhalb von 2 Stunden durchzuführen. Das Ergebnis der laborativen Bestimmung liege innerhalb von maximal 2-3 Tagen nach Beauftragung des Labors vor.

Unzumutbare Kalkulationsrisiken lägen nicht vor. Etwaige Preisschwankungen könnten die Bieter durch entsprechende Risikoaufschläge berücksichtigen. Die Laufzeit des Vertrags betrage zudem nur ein Jahr. Preisschwankungen auf dem Markt für Neutralisationsmittel stellten im Übrigen ein branchentypisches Risiko dar. Zudem habe die Antragsgegnerin zugesichert, dass sie Abweichungen des angebotenen Kalkprodukts von dem angebotenen Neq-Wert bis maximal -15% tolerieren werde. Die laborative Ermittlung des Neq-Werts müsse auch nicht durch den jeweiligen Kalklieferanten ermittelt werden. Die Auswahl des Labors obliege dem Bieter, er könne auf ein externes Labor zurückgreifen. Die Abfrage des Neq-Werts und eines Einheitspreises diene gerade dazu, den objektiv ermittelten Wirkungsgrad des Kalkprodukts ins Verhältnis zu dessen Tonnagepreis zu setzen. Dies entspreche dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Die Absagen potenzieller Lieferanten sei vermutlich darauf zurückzuführen, dass die Antragstellerin versucht habe, das Risiko der Abweichung von mehr als 15% des Neq-Werts auf ihre Lieferanten abzuwälzen. Es sei die eigene unternehmerische Entscheidung der Antragstellerin, ob sie bereit sei, das Risiko selbst zu tragen bzw. gegebenenfalls mit einem Risikozuschlag einzupreisen.

Bezüglich des Schiffs trage der Bieter keine Vorhaltekosten, bezüglich des einzusetzenden Personals verfüge die Antragstellerin als Fachunternehmen über das entsprechende Personal und könne dieses entweder über flexible Arbeitsverträge auf Abruf oder für andere Tätigkeiten einsetzen.

Die Entwicklung des pH-Werts und des Seewasserstands stelle kein unzumutbares Kalkulationsrisiko dar. Die Antragsgegnerin habe die ihr insoweit zur Verfügung stehenden Informationen zu den hydrologischen Werten, zu statistischen Werten, die Anzahl der kurzen und langen Befahrungstage sowie die eingebrachten Mengen an Neutralisationsmittel zur Verfügung gestellt.

Eine Manipulation des Tonnagepreises durch minderwertigen Kalk sei durch die den objektiv ermittelten Wirkungsgrad im Verhältnis zu dessen Tonnagepreis ausgeschlossen. In der Angebotswertung werde mittels der erforderlichen Eintragsmengen sowie der Umlaufzeit des einzusetzenden Produkts in Abhängigkeit zur Lagerungsdichte die produktspezifischen Eintragskosten berechnet. Die Qualität des angebotenen Kalks werde auch bei den LV-Positionen zur Einbringung berücksichtigt.

Einen Wissensvorsprung anderer Bieter gebe es nicht. In der vorherigen Ausschreibung seien die Kalkprodukte von der Antragsgegnerin vorgegeben worden. Die Dosierempfehlung für das IV. Quartal wich im Neq-Wert von dem laborativ ermittelten Wert für die Angebotsabgabe des bisherigen Auftragnehmers ab. Die Antragsgegnerin habe daher eine Rückstellprobe durch ihr Labor prüfen lassen und allen Bietern als Bieterinformation Nr. 8 zur Verfügung gestellt. Dieser Prüfbericht durfte in der Ausschreibung nicht als Nachweis der Laboruntersuchung verwendet werden. Die Antragsgegnerin habe daraufhin die Tolerierung einer negativen Abweichung des Neq-Werts von maximal 15% zugesagt. Dies sei transparent gegenüber allen Bietern erfolgt.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielt.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

Der teilweise unzulässige Nachprüfungsantrag wird im Übrigen zurückgewiesen. Die Entscheidung ergeht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Lage der Akten, § 166 Abs. 1 Satz 3 1. Alt. GWB.

1. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig.

- a) Die Antragstellerin ist grundsätzlich antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Die Antragsbefugnis ist für jede erhobene vergaberechtliche Beanstandung gesondert zu prüfen. Das im Sinne der Antragsbefugnis erforderliche Interesse am Auftrag hat sie hinreichend dokumentiert, indem sie im Nachprüfungsantrag ausführt, nunmehr ein Angebot abgeben zu wollen. Unschädlich ist insoweit, dass die Antragstellerin sich im Laufe des Nachprüfungsverfahrens entschieden hat, nunmehr kein Angebot einzureichen. Denn sie beanstandet mit ihrem Vortrag Bedingungen des Vergabeverfahrens, die ihr eine Angebotskalkulation und somit auch die Abgabe eines Angebots nicht ermöglichen.
- b) Allerdings ist der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die zuvor bereits von der Schwestergesellschaft [...] im Verfahren VK 1 - 120/21 vorgetragenen Vergabeverstöße infolge der Erledigterklärung vom 1. Dezember 2021 mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht zulässig.

Das fehlende Rechtsschutzbedürfnis ist Folge einer Verwirkung des prozessualen Rechts, einen Nachprüfungsantrag einzureichen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2020, VII-Verg 27/19 unter Verweis auf Beschluss vom 30. April 2008, VII-Verg 23/08). Unabhängig von der Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags infolge des Verstreichens der Antragsfrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist eine Verwirkung des prozessualen Rechts, einen Nachprüfungsantrag zu stellen, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB möglich (vgl. Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 Rn. 61). Eine Verwirkung greift beispielsweise dann ein, wenn das betroffene Unternehmen bei der Weiterverfolgung der Rüge gegenüber der Vergabestelle den Eindruck erweckt hat, das Unternehmen werde keine Schritte mehr unternehmen, und die Vergabestelle im Vertrauen darauf in dem Vergabeverfahren fortfährt.

Im streitgegenständlichen Fall liegen die Voraussetzungen einer Verwirkung des prozessualen Rechts für mehrere der im vorliegenden Nachprüfungsverfahren geltend

gemachten Vergabeverstöße vor. Das Unternehmen [...] hatte im Nachprüfungsverfahren VK 1 - 120/21 verschiedene Vergaberechtsverstöße gerügt und unter Einhaltung der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB zum Gegenstand der Nachprüfung gemacht. So sei ein kalkulierbares Angebot nicht möglich, weil es an einer nachvollziehbaren Kalkulationsgrundlage fehle:

- Es seien Mindestabnahmemengen oder eine Kompensation, z.B. für Lagerhaltung und Logistik, vorzusehen. Auch das Vorhalten von Personal sei ein zusätzlicher Kostenpunkt. Es sei trotz „just in time“-Lieferung mit Kosten zu rechnen, die nicht über die frei abrufbaren Leistungsmengen vergütet werden könnten.
- Auch die Angabe von Jahreszeiten für die Einbringung des Neutralisationsmittels könne die Kalkulationsfähigkeit herstellen.
- Eine Kalkulation für einen Leistungszeitraum von einem Jahr bei einer Vorlaufzeit für den Abruf von 21 Tagen sei betriebswirtschaftlich ausgeschlossen und verschiebe das Risiko einseitig auf den Bieter.
- Das Fehlen einer Mindestabnahmemenge führe jedenfalls zu einem entsprechenden Sicherheitszuschlag der Bieter und damit zu einer unnötigen Verteuerung des Beschaffungsvorgangs.
- Die Antragsgegnerin führe eine neue Berechnungsformel (Neq-Wertbestimmung) ein, die nicht hinreichend und eindeutig beschrieben sei.
- Durch die Umstellung des Beschaffungskonzepts von Tonnage auf Reaktivität (Neq-Wert) verschiebe sich die Forderung nach einem Erfolg im Sinne der Vertragserfüllung (Erreichen und Halten des pH-Werts) und Gewährleistung auf die Bieter.
- Mit der Tolerierung von Abweichungen des Neq-Werts (der eine circa-Angabe einer Tagesanalyse sei) bis maximal 15% (so Bieterinformation Nr. 8) gebe die Antragsgegnerin zu, dass die Tonnage während der Vertragslaufzeit Schwankungen unterworfen sei, die vom Bieter nicht beeinflusst werden könne.
- Es sei zudem möglich, dass ein Bieter den Tonnagepreis manipulierte, weil die Reaktivität durch minderwertigen Kalk beeinflusst werde.

Die Geltendmachung der vorgenannten Vergabeverstöße ist aus folgenden Gründen verwirkt: Die [...] erklärte den Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz ihres

Verfahrensbevollmächtigten am 1. Dezember 2021 „unter der Maßgabe, dass die auf jeder Seite entstandenen Kosten jede Partei selbst trägt“ für erledigt. Zuvor waren in der mündlichen Verhandlung, die von der [...] vorgetragene Vergaberechtsverstöße von der Vergabekammer im Einzelnen mit deren Vertretern, den Geschäftsführern [...] und [...], sowie ihrem Verfahrensbevollmächtigten erörtert worden. Die Antragsgegnerin sagte zu, in einer weiteren Bieterinformation die vertragliche Tolerierung einer maximal 15%-Abweichung vom angebotenen Neq-Wert klar zu stellen, eine Angabe des Neq-Werts in Lieferanten-Produktblättern nicht mehr zu fordern sowie die Angebotsfrist angemessen zu verlängern, um allen Bietern die Durchführung von Laboruntersuchungen (auch mit externen Laboren) zur Neq-Wert-Bestimmung für die Angebotsangabe zu ermöglichen. Nach Umsetzung der durch die Antragsgegnerin zugesagten Klarstellungen und der Verlängerung der Angebotsfrist, erklärte die dortige Antragstellerin, die [...], am 1. Dezember 2021 das Nachprüfungsverfahren für erledigt und verzichtete damit auf die weitere Geltendmachung der im Nachprüfungsverfahren VK 1 - 120/21 vorgetragene Vergaberechtsverstöße. Sie kann dieselben Vergabeverstöße daher nicht mehr in einem neuen Nachprüfungsverfahren geltend machen. Insoweit ist eine Verwirkung des prozessualen Rechts, einen Nachprüfungsantrag zu stellen, nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB eingetreten. Denn die [...] hat bei der Weiterverfolgung der Rügen gegenüber der Vergabestelle den unmissverständlichen Eindruck erweckt, sie werde keine Schritte mehr bezüglich der bis zu diesem Zeitpunkt vorgebrachten Vergabeverstöße unternehmen und innerhalb der verlängerten Angebotsfrist ein Angebot einreichen. Die Antragsgegnerin hat im Vertrauen darauf das Vergabeverfahren fortgesetzt.

Die prozessuale Verwirkung der mit Erledigterklärung der [...] im Nachprüfungsverfahren VK 1 - 120/21 vorgetragene Vergaberechtsverstöße ist vorliegend der [...] zuzurechnen. Soweit diese die oben aufgeführten Vergabeverstöße im Rahmen des aktuellen Nachprüfungsverfahrens von neuem vorträgt und damit weiterverfolgt, ist ihr das ebenso wie der vorherigen Antragstellerin gemäß § 242 BGB aus dem Grundsatz von Treu und Glauben verwehrt.

Denn es ist davon auszugehen, dass beide Unternehmen im vorliegenden Vergabeverfahren der Antragsgegnerin bisher nicht unabhängig voneinander agiert haben. Dies ergibt sich aus mehreren Aspekten: Beide Gesellschaften treten mit einem gemeinsamen Internetauftritt unter dem gemeinsamen Logo der [...]-Gruppe über die [...] auf. Erreichbar sind sie nur über eine einheitliche E-Mail-Adresse unter

kontakt@[...].de bzw. personalisierte E-Mail-Adressen mit der Kennung @[...].de. Im Rahmen der Ausschreibung ist in der ersten Phase zunächst die [...] mit Bieterfragen (Nr. 1 und 2) aufgetreten, obwohl der Nachprüfungsantrag VK 1 – 120/21 von der [...] eingereicht wurde und dort prozessual erklärt wurde, dass diese ein Angebot einreichen wolle. Im aktuellen Nachprüfungsantrag hat die [...] über ihren Verfahrensbevollmächtigten erklärt, nunmehr wolle sie ein Angebot abgeben, während die [...] kein Angebot mehr abgeben werde. Angebote von Kalklieferanten zum Zwecke der Angebotserstellung wurden elektronisch eingeholt und richteten sich an die E-Mail-Kennung @[...].de, so dass eine genaue Zuordnung zu den beiden Unternehmen nicht möglich ist. So erfolgte die Kommunikation mit den Kalklieferanten über die E-Mail-Adressen „[...]@[...].de“ oder [...]@[...].de“. Aus den vorgenannten Umständen spricht einiges dafür, dass die Teilnahme an der Ausschreibung der Antragsgegnerin im Verbund der [...] erfolgen sollte. Weiter tritt hinzu, dass Personenidentität auf Seiten der Gesellschafter beider Kommanditgesellschaften besteht (Kommanditisten sind [...] und [...]). Beide Kommanditgesellschaften haben denselben Komplementär, die [...]. Hier wiederum besteht Personenidentität mit den Geschäftsführern der [...]. Deren Geschäftsführer [...] und [...] sind in beiden Nachprüfungsverfahren als vertretungsberechtigt aufgetreten. Sie waren in der mündlichen Verhandlung am 23. November 2021 gemeinsam mit ihrem Verfahrensbevollmächtigten anwesend und haben die geltend gemachten Vergabeverstöße aktiv miterörtert. Da beide Geschäftsführer alle Unternehmen der [...] als vertretungsberechtigte Organe vertreten, ist ihnen die Erledigterklärung als prozessuale Handlung zuzurechnen und erstreckt sich auch auf den aktuellen Nachprüfungsantrag.

- c) Eine prozessuale Verwirkung kann nur insoweit nicht angenommen werden, als die Antragstellerin neuen Sachverhalt seit der Erledigterklärung des Nachprüfungsantrags VK 1 - 120/21 am 1. Dezember 2021 vorträgt. In diesem Umfang ist der Nachprüfungsantrag zulässig. Dies gilt, soweit die Antragstellerin folgende Vergaberechtsverstöße geltend macht:
- Eine Unzumutbarkeit der Kalkulation ergebe sich bezugnehmend auf die späteren Bieterinformationen Nr. 11 und 12 vom 3. und 8. Dezember 2021, weil zu Lasten der Bieter eine weit größere Abweichung in der Qualität der Neutralisationsprodukte als die zugesagte Toleranzabweichung von maximal -15% vorliege.

- Eine Rechtsverletzung Antragstellerin bestehe ferner, weil es aufgrund der Konzeption der Ausschreibung nicht möglich sei, Angebote von Lieferanten für die Neutralisationsprodukte zu erhalten. Denn keiner der zwischenzeitlich angefragten Lieferanten habe sich auf die Zusage eines bestimmten Neq-Werts mit oder ohne Schwankungsbreite eingelassen.
 - Ein weiterer Vergabeverstoß liege in einem möglichen Wissens- / Marktvorsprung des Vorauftragnehmers hinsichtlich der laborativen Ermittlung der Neq-Werte.
- d) Die Antragstellerin hat die zuletzt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße im Hinblick auf die Unzumutbarkeit der Kalkulation eines Angebots rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB mit ihren Schreiben vom 10. und 13. Dezember 2021 gerügt, nämlich spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Anhaltspunkte für eine größere Abweichung in der Qualität der Neutralisationsprodukte als die zugesagte Toleranzabweichung sind nicht ersichtlich (unter lit. a). Eine Angebotsabgabe ist ferner nicht mangels Lieferbereitschaft durch Kalkhersteller unmöglich (lit. b). Ein Wissensvorsprung oder sonstiger Wettbewerbsvorteil des Vorauftragnehmers hinsichtlich der Umstellung der Ausschreibungskonzeption auf Abfrage von Preisen für Mengen in Mol anstelle von Tonnen ist nicht ersichtlich (lit. c).
- a) Anhaltspunkte für eine größere Abweichung in der Qualität der Neutralisationsprodukte als die zugesagte Toleranzabweichung sind entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht ersichtlich. Eine Unzumutbarkeit der Kalkulation ist nicht feststellbar.

Der ausgeschriebene einjährige Rahmenvertrag ist im Hinblick auf die drei Leistungspositionen des Neutralisationsmittels mit einem Einheitspreis in Mol, also der physikalischen Stoffmenge anstelle der Masse in Form der Einheit Tonne, unter Berücksichtigung der zugesicherten Tolerierung einer Abweichung des sog. Neq-Werts von maximal -15% vergaberechtlich nicht zu beanstanden und von der Antragstellerin auch – wie gerade dargelegt – in diesem Nachprüfungsverfahren nicht mehr angreifbar. Die Antragstellerin hat die zugesagte Toleranzabweichung des Neq-Werts von 15% im Nachprüfungsverfahren VK 1 – 120/21 prozessual akzeptiert und kann diese hier nicht mehr geltend machen.

Hinweise dafür, dass es – hierbei handelt es sich um neuen und daher zulässigen Vortrag – aufgrund der später ergangenen Bieterinformationen Nr. 11 und 12 nach Kenntnis der Antragsgegnerin zu Lasten der Bieter eine größere Abweichung (weit mehr als 15%, wie die Antragstellerin meint) in der Qualität der Neutralisationsprodukte als die zugesagte Toleranzabweichung gebe, sind nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat in Bieterinformation Nr. 12 klargestellt, dass die angegebenen größeren Spannweiten des Neutralisationswerts (Neq-Wert) aus Untersuchungen von zehn unterschiedlichen carbonatischen Produkten resultieren. Sie hat dies auch in ihrer Antragserwiderung noch einmal ausgeführt. Aufgrund der Tatsache, dass Kalk ein Naturprodukt ist, ist es auch nicht überraschend, dass bei der Testung verschiedener Produkte eine größere Spannbreite von Neq-Werten zu Tage tritt, als dies bei der Testung desselben Produkts der Fall ist. Dies begründet die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Qualität der Neutralisationsmittel und deren Auswirkung auf den Preis in ihrem Leistungsverzeichnis abzufragen und bei der Preiswertung zu berücksichtigen. Die verbindlich zugesagte Tolerierung der Schwankung in Höhe von 15% bezieht sich vorliegend jedenfalls auf ein und dasselbe Produkt. Anhaltspunkte für eine höhere Abweichung zu Lasten der Bieter sind nicht ersichtlich.

Unabhängig von dieser Feststellung genügt aber aus Sicht der Vergabekammer die von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Leistung aber auch grundsätzlich den Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB. Sie ermöglicht den Bietern in zumutbarer Weise die Angebotskalkulation. Dem öffentlichen Auftraggeber steht ein von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt überprüfbares Bestimmungsrecht hinsichtlich der Auswahl zu, welche Art von Leistungen mit welchen Merkmalen er nachfragen will (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17; Beschluss 1. April 2020, VII-Verg 33/19). Er darf bestimmen, welche materiellen Anforderungen die nachgefragte Leistung zwingend erfüllen muss. Die Antragsgegnerin hat hier ihre Ausschreibungskonzeption aus nachvollziehbaren Gründen umgestellt. Anstelle der reinen Abfrage des Einheitspreises für eine Tonne Neutralisationsmittel möchte sie ein Preisangebot für die vorgesehene physikalische Stoffmenge. So soll z.B. in der Position 01.01.01300 für den anzubietenden Branntkalk ein Einheitspreis für die Menge von 120 Mio. Mol angeboten werden. In den Vergabeunterlagen (als auch einer späteren Bieterinformation) hat die Antragsgegnerin eine Umrechnungsformel in Tonnen mithilfe des Neutralisationswerts mitgeteilt. Die Bieter haben in ihrem Angebot die so

umgerechnete Menge in Tonnen neben dem zuvor in einem Labor ermittelten Neq-Wert anzugeben. Damit ist zum einen für den Bieter nach der Umrechnung in Tonnen die Einholung von Angeboten für das Neutralisationsmittel in einer handelsüblichen Liefereinheit möglich. Gleichzeitig wirkt sich die Reaktivität auch auf die Gesamtmenge des Neutralisationsmittels und damit auf die zeitliche Länge des Eintrags und damit auf die Logistik der Abwicklung aus. Je weniger mengenmäßig an Neutralisationsmittel einzubringen ist, desto geringer ist der Aufwand für den Bieter (und umgekehrt). Ohne dass die Antragsgegnerin ein bestimmtes Kalkprodukt vorgibt, kann sie somit allen Bietern ermöglichen, ein Neutralisationsmittel ihrer eigenen Wahl anzubieten. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit der Preisangebote ist jedoch mithilfe der Reaktivität der konkreten Produkte und der damit benötigten Menge in Tonnen ein Einheitspreis für die veranschlagte Mol-Menge zu errechnen. Dieser Rechenprozess ist für sich genommen transparent und eindeutig, die Angabe und Abrechnung in Mol lediglich Ergebnis der Umrechnung. Auch ist eine Unzumutbarkeit der Kalkulation auf der Basis von im Angebot verbindlich zugesagten Neq-Werten aufgrund der Tatsache, dass es sich bei Branntkalk (CaO) und CaCO₃-basiertem Feststoffen um Naturprodukte handelt, vorliegend nicht ersichtlich. Durch die von der Antragsgegnerin zugesicherten Tolerierung einer Abweichung des sog. Neq-Werts von maximal -15% hat sie einen Risikoausgleich zugunsten der Bieter vorgenommen. Sollte ein Bieter ein darüber hinaus gehendes Risiko bei dem von ihm angebotenen Produkt sehen, müsste er kaufmännisch insoweit Risikozuschläge einkalkulieren. Dies ist ihm vergaberechtlich zuzumuten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. April 2013, VII-Verg 50/12).

- b) Eine Angebotsabgabe ist ferner nicht mangels Lieferbereitschaft durch Kalkhersteller unzumutbar / unmöglich. Die Antragstellerin trägt vor, sie habe keine Lieferzusagen von Kalkherstellern für die einzusetzenden Neutralisationsprodukte erhalten können, denn keiner der zwischenzeitlich angefragten Lieferanten habe sich auf die Zusage eines bestimmten Neq-Werts mit oder ohne Schwankungsbreite eingelassen.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Absagen verschiedener Kalklieferanten bestätigen diesen Vortrag nicht. Nach Auffassung der Vergabekammer lassen die vorgelegten E-Mails vielmehr den Eindruck entstehen, dass die Antragstellerin im Rahmen der Angebotsabfrage eigene vertragliche Pflichten gegenüber der Antragsgegnerin und damit einhergehend Risiken des Wirkungsgrads der eingesetzten Neutralisationsprodukte auf die Vorlieferanten verlagern wollte. Dies ergibt sich aus den

in Anlage K5 zum Nachprüfungsantrag eingereichten E-Mails verschiedener Kalklieferanten. So teilte die Firma [...] am 6. Dezember 2021 mit: „auf Grundlage der in der Antwort der [...] benannten Übernahme von Kosten bei Nichterreichen des mittleren Neq-Werts und den daraus resultierenden Mehrmengen ziehen wir unser Angebot über die Lieferung von Kalk- und Kalksteinprodukten unter diesen Bedingungen zurück. Das von Ihnen beschriebene Prozedere zur Probeentnahme und Berechnung von Alkalitäten sehen wir, mit der Bitte um Verständnis, nicht im Handlungs- und Verantwortungsbereich von [...]. Wir liefern entsprechend unserer Datenblätter und können darüber hinaus keine Gewährleistung / Kosten aus in der Anwendung herrschenden Bedingungen im Wasserkörper bzgl. der Neutralisationswirkung im Medium übernehmen.“ Erkennbar ist hier, dass die Antragstellerin die ihr obliegende Testung des Neq-Werts und das Risiko von Qualitätsschwankungen des Produkts auf den Lieferanten verlagern wollte. Dies fordert die Ausschreibung gerade nicht. Dem Bieter obliegt der Nachweis des Neq-Werts und eine über die Schwankungsbreite hinausgehende Neutralisation mittels Mehrmengen ist von ihm selbst – gegebenenfalls mit einem Risikozuschlag – zu tragen. Ähnliches ist der Antwort von [...] vom 10. Dezember 2021 zu entnehmen. Dort heißt es: „da wir über eine andere Anfrage für das Projekt „[...]“ die zusätzlichen Anforderungen der [...] erhalten haben, müssen wir Ihnen hiermit mitteilen, dass die Firma [...] vom Angebot ... v. 29.10.21 zurücktritt. Nach mehreren internen Gesprächen mussten wir mit Bedauern feststellen, dass diese Maßnahme für uns nicht kalkulierbar ist.“ Die Firma [...] teilte mit, dass „wir an der Ausschreibung nicht teilnehmen und kein Angebot abgeben.“ Lediglich die Firma [...] teilte mit, dass ihr aufgrund der derzeitigen Auftragslage, derzeit keine Kapazitäten für weitere Belieferungen mehr zur Verfügung stünden. Den ersten beiden Absagen ist nicht zu entnehmen, dass die angefragten Kalklieferanten die Antragstellerin nicht grundsätzlich beliefern könnten. Vertragliche Risiken der ausgeschriebenen Leistung sind vielmehr seitens des Leistungserbringers, also des teilnehmenden Bieters, mittels eines eventuellen Risikozuschlags einzukalkulieren. Darüber hinaus ist eine mögliche Verlagerung vertraglicher Risiken auf andere Vertragspartner (wie Vorlieferanten, Nachunternehmer etc.) Sache des Verhandlungsgeschicks eines Bieters. Absagen aufgrund einer nicht erfolgreichen Verlagerung von Risiken sind vorliegend nicht der Antragsgegnerin anzulasten, solange die Risiken der ausgeschriebenen Leistung nicht selbst unzumutbar sind. Dass hier keine Unzumutbarkeit der Kalkulation der Neutralisationsmittel besteht, ist bereits im Rahmen dieses Nachprüfungsverfahrens (siehe dazu oben) gezeigt worden. Die

Antragstellerin kann sich daher nicht mit Erfolg darauf berufen, es sei ihr nicht möglich, die für die Leistungserbringung notwendigen Kalkprodukte zu beziehen.

- c) Ein vergaberechtswidriger Wissensvorsprung oder sonstiger Wettbewerbsvorteil des Vorauftragnehmers hinsichtlich der Umstellung der Ausschreibungskonzeption auf Abfrage von Preisen für Mengen in Mol anstelle von Tonnen ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht ersichtlich.

Grundsätzlich entspricht es der normalen Rollen- und Risikoverteilung im Wettbewerb, wenn sich ein Vorauftragnehmer an der Ausschreibung eines Folgeauftrags beteiligt. Wettbewerbsvorsprünge eines Bieters, der sich aufgrund der Ausführung eines Vorauftrags bereits auf die Besonderheiten des Auftraggebers eingestellt hat, bedürfen anders als die Mitwirkung eines sog. Projektanten an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens gemäß § 7 VgV keines Ausgleichs durch den Auftraggeber. Hinweise, dass die Vorauftragnehmerin in die Vorbereitung der jetzigen Ausschreibung gemäß § 7 VgV im Hinblick auf die Umstellung der Ausschreibung auf Mol einbezogen war, sind nicht ersichtlich. Die von der Antragstellerin hierfür angeführte Bieterinformation Nr. 8 vom 16. November 2021 besagt lediglich, dass ein Bieter bei der laborativen Ermittlung des Neq-Werts im Rahmen der aktuellen Ausschreibung Abweichungen beim Produkt [...] im Vergleich zur Dosierempfehlung im IV. Quartal für den seinerzeitigen Leistungserbringer entdeckt hatte. Weitere Anhaltspunkte für einen Wissensvorsprung in Bezug auf eine vorzeitige Information des Vorauftragnehmers über die grundlegende Umstellung der Ausschreibung sind nicht ersichtlich. Im Zuge der Teilnahme am aktuellen Vergabeverfahren sind zudem durch jeden Bieter aktuelle Neq-Werte für die angebotenen Neutralisationsprodukte zu ermitteln und anzugeben. Ein etwaiger Wissensvorsprung des Vorauftragnehmers würde sich an dieser Stelle – unterstellt er sei gegeben – jedenfalls nicht auswirken. Da die Anwendung der Verfahrensvorschrift durch ein Labor erfolgen muss und nicht durch den Bieter selbst, ist auch hier schon kein Nachteil erkennbar.

Im Übrigen ist mit EU-Bekanntmachung und Abruf der Ausschreibungsunterlagen seit 1. Oktober 2021 allen interessierten Marktteilnehmern die neue Konzeption der Ausschreibung bereits seit geraumer Zeit bekannt. Ein etwaiger Vorteil durch eine vorzeitige Kenntnis wäre aus Sicht der Vergabekammer in zeitlicher Hinsicht, nachdem die Angebotsfristen mehrfach verschoben wurden, jedenfalls ausgeglichen. So ist der zeitliche Aufwand für die Ermittlung der für die Angebotsabgabe notwendigen Neq-Werte

der drei Kalkpositionen im Rahmen der verlängerten Angebotsfrist leistbar. Es ergibt sich für keinen Bieter ein zeitlicher Vorsprung. So können nicht nur firmeninterne Labore der Kalklieferanten, sondern auch externe Labore (zumindest aber das von der Antragsgegnerin beauftragte [...]) die notwendigen Analysen durchführen. Der zeitliche Umfang (2-3 Tage bis Eintreffen des Laborergebnisses) erscheint vertretbar, insbesondere unter Berücksichtigung der mehrfachen Verlängerung der Angebotsfrist bis zuletzt 23. Dezember 2021. Ein Vorteil des bisherigen Leistungserbringers ist insoweit nicht ersichtlich.

Auch ein Vorteil des Vorauftragnehmers in Hinblick auf bereits erfolgte Laboruntersuchungen des Neq-Werts – so die Antragstellerin – ist nicht gegeben. Bei bisherigen Ausschreibungen – also auch beim Vorauftrag – war unstrittig keine Überprüfung von Neq-Werten seitens des Auftragnehmers vertraglich vorgesehen. Es gab lediglich zuletzt eine Dosierempfehlung der Antragsgegnerin zum einzubringenden Neutralisationsmittel ([...]) einschließlich entsprechender Laboranalysen. Die Antragsgegnerin hat in der Bieterinformation Nr. 8 alle in diesem Zusammenhang aufgetretenen Fragen im Detail beantwortet. Sie hat zudem darauf hingewiesen, dass der beigefügte Prüfbericht des Labors [...] vom 8. November 2021 zum Produkt [...] von Bietern nicht als Nachweis des Ergebnisses der Laboruntersuchung zur Ermittlung des Neq-Wertes verwendet werden könne. Damit hat sie ausgeschlossen, dass ein Angebot mit dem Produkt [...] im Gegensatz zu anderen Produkten einen Vorteil dadurch hätte, dass der Neq-Wert nicht noch einmal nachgewiesen werden müsste.

Ein sonstiger Wettbewerbsvorteil dadurch, dass ein anderer Bieter den Lieferanten des Produkts [...] (Firma [...]) möglicherweise exklusiv an sich gebunden hat, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil hat die Antragsgegnerin die Ausschreibung produktneutral gestaltet und keine bestimmten Kalksorten vorgeschrieben. Damit hat sie den Bietern mehr Freiheit eingeräumt. Die Antragstellerin hat jedenfalls neben der Firma [...] zu mindestens drei weiteren Kalklieferanten Kontakt aufgenommen, um entsprechende Angebote einzuholen. Zur Sicherstellung einer Vergleichbarkeit der Angebote hat die Antragsgegnerin aber die Angabe des Wirkungsgrads der Kalkprodukte in Form der Neq-Werte und die Umrechnung in den dadurch benötigten Mengenbedarf (in Mol sowie umgerechnet in Tonnen) vorgeschrieben. Damit beugt sie der Gefahr manipulativer Angebote durch minderwertige Neutralisationsprodukte – wie die Antragstellerin befürchtet hat – gerade vor.

III.

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

Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sind der Antragstellerin aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterlegen ist.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich komplexe Sach- und Rechtsfragen zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens infolge Verwirkung und der Unzumutbarkeit der Kalkulation, so dass eine anwaltliche Vertretung notwendig gewesen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Zudem wurde so die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber der anwaltlich vertretenen Antragstellerin hergestellt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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 Vorsitzende Behrens ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Brauer

Brauer