



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 72/18

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 die ausgeschriebenen hochspezialisierten Arbeiten (Schweißtaucherleistungen) binnen der von der Ag vorgegebenen Fristen und unter Beachtung der für diese Arbeiten geltenden speziellen Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaft Bau, die sowohl zeitliche Restriktionen für den Einsatz unter Wasser als auch bestimmte Vorgaben für die Personenanzahl einer Tauchergruppe vorsehen, 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 [...] jeweils im Supplement des EU-Amtsblattes). 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 der ASt angestrebten beide Lose umfassenden, ersten Nachprüfungsverfahren zum Az. VK2-44/18 nach dortigen übereinstimmenden Angaben von Ag, ASt und Bg 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.1.3 der Auftragsbekanntmachung forderte die Ag zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit u.a. *„Angaben zu 3 Referenznachweisen aus den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren mit den im VHB Formblatt 124 geforderten Informationen.“*

In Ziff. III.2.2 der Auftragsbekanntmachung (*„Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“*) definierte die Ag u.a. folgende Bedingungen für die Ausführung des Auftrags:

„...“

Befähigungsnachweise des eingesetzten Personals: gem. Vergabeunterlagen.

...“

In Ziff. III.2.3 der Auftragsbekanntmachung, ebenfalls *„Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“*, wies die Ag unter der Rubrik *„Für die Ausführung des Auftrags verantwortliches Personal“* auf die Verpflichtung hin, die Namen und beruflichen Qualifikationen der Personen anzugeben, die für die Ausführung des Auftrags verantwortlich sind.

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

In Ziff. II.2.14 und Ziff.III.2.2 der Auftragsbekanntmachungen war ferner vorgeschrieben, dass die Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten mit dem Angebot

vorzulegen ist. Diese Anforderung wurde auch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Ziff. 3.1 des Formulars 211 EU) wiederholt.

Ziff. 5.4.1 der Leistungsbeschreibung wiederholte die Vorgabe der Auftragsbekanntmachung zur Herstellerqualifikation für nasse Unterwasserschweißarbeiten und schrieb ferner vor: *„Die Schweißarbeiten dürfen nur von Personen durchgeführt werden, die über eine gültige, personengebundene Qualifikation für Unterwasserschweißarbeiten ... verfügen. Die entsprechenden Qualifikationen aller bei der Baumaßnahme eingesetzten Taucher, die Schweißarbeiten unter Wasser ausführen, sind der Vergabestelle auf Verlangen in gültiger Fassung vorzulegen.“*

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

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 3. Für die parallel im separaten, hier nicht streitgegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Arbeiten („Los 1“) rangierte die Bg auf Platz 1, die ASt auf Rang 2. Auf dieses Vergabeverfahren bezieht sich das von der ASt angestrebte Nachprüfungsverfahren zum Az.

VK2-64/18, der mit Beschluss vom 3. August 2018 zugunsten der Ag bestandskräftig entschieden wurde.

Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, der Bg zwischenzeitlich den Zuschlag für das Los 1 erteilt zu haben.

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

Die Ag forderte mit Schreiben vom 15. März 2018 für beide Vergabeverfahren von der ASt und der Bg u.a. die geforderten Referenznachweise gemäß Formblatt 444 VHB sowie unter Hinweis auf Ziff. 3.2 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (Formular 211 EU) die Befähigungsnachweise des für die Auftrags erledigung eingesetzten Personals 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 [...] und [...] fristgemäß für ihr eigenes Personal und für einzelne Personen vor, die als freiberufliche Mitarbeiter/Taucher (Nachunternehmer) tätig sind. Ferner übermittelte die Bg vier Referenznachweise gemäß Formblatt 444 VHB.

Am 22. März 2018 war es zwischen der Ag und der Bg zu einem Aufklärungsgespräch nach § 15 Abs. 1 VOB/A-EU über die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot, die geplante Art der Durchführung, die Bezugsquellen von Stoffen und Bauteilen sowie die Angemessenheit der Preise gekommen. Im Protokoll zu diesem ersten Aufklärungsgespräch 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 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 Tauchereinsatz vorgesehene Personal namentlich aufgeführt. 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 Aufklärungsgespräch 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 [...] und [...] 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.

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

In einem Vermerk vom 20. Juni 2018, auf den im Einzelnen Bezug genommen wird, dokumentierte die Ag die Prüfung der Rüge der ASt vom 19. Juni, in der diese die Eignung der Bg näher in Frage stellte:

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

Die Ag dokumentierte in einem 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 ausreichten, 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 [...] und [...] 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“ ausgeschrieben 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.

Die ASt rügte mit Schreiben vom 17. Juli 2018 gegenüber der Ag den beabsichtigten Zuschlag an die Bg. Neben der fehlenden Eignung der Bg thematisierte die ASt hier auch die Reihenfolge der Wertung der beiden Lose; es sei willkürlich, zunächst über Los 1 zu

entscheiden und Los 2 erst zeitlich später (vgl. S. 23 f. des Rügeschreibens der ASt vom 17. Juli 2018).

Die Ag wies die Rüge der ASt mit Schreiben vom 18. Juli 2018, zurück. Hierin wies die Ag u.a. darauf hin, dass die Ag die Wiederholung der Eignungsprüfung zu Los 1 wegen der chronologischen Reihenfolge vor dem separat ausgeschriebenen, streitgegenständlichen Los 2, wegen des größeren Arbeitsumfangs und der dementsprechend längeren Ausführungszeit, wodurch mehr Haushaltsmittel gebunden würden, zuerst – vor Los 2 - durchgeführt habe.

2. Mit Schreiben vom 23. Juli 2018 beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt führt zur Begründung im Nachprüfungsantrag vom 23. Juli 2018 und ergänzend mit Schreiben vom 13. August 2018 Folgendes aus:

- Die ASt ist der Meinung, die Bg sei zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags nicht geeignet, insbesondere nicht leistungsfähig, da sie nicht über hinreichendes Personal verfüge, um die ausgeschriebenen Arbeiten termingerecht zu erledigen. Es könne nicht nachvollzogen werden, dass die Ag die Vorgaben des Beschlusses der Kammer vom 3. Juni 2018 VK2-44/18 beachtet habe, weshalb die Leistungsfähigkeit der Bg erneut fehlerhaft prognostiziert worden sei. Die Ag habe sich bei ihrer erneuten Prüfung ausschließlich auf die ihr bereits vorliegenden Angaben und Nachweise stützen dürfen. Dies habe sie aber nicht getan, weil sie sich allein auf die Stellungnahme der Bg vom 14. Juni 2018 gestützt und diese lediglich „erörtert“ habe, ohne eine eigene Prüfung anzustellen, ob die personelle Kapazität der Bg ausreiche, die Arbeiten innerhalb der Ausführungsfristen zu erbringen. Die Ag habe somit nicht selbst ermittelt, wie groß der Anteil von Arbeiten genau sei, der nicht unter Wasser bzw. von Tauchern auszuführen sei. Auch belege der Umstand, dass die Ag die Aufklärungsgespräche für das streitgegenständliche Vergabeverfahren [...] („Los 2“) und das Parallelverfahren [...] („Los 1“) am selben Tage angesetzt und mit der Bg geführt habe, dass die Ag die Eignungsprüfung nicht mehr unvoreingenommen durchgeführt habe. Denn die Ag habe bei Durchführung des ersten Aufklärungsgesprächs noch nicht wissen können, dass sie dort der Bg ebenfalls den Zuschlag erteilen wolle. Es komme hinzu, dass die Ag die verfügbaren Ausführungszeiträume in ihren Vermerken falsch berechnet habe, da sie die in diesen Zeitraum fallenden Feiertage nicht berücksichtigt habe.

Die durch Feiertage innerhalb einer Arbeitswoche entfallende Arbeitszeit sei realistischerweise nicht dadurch kompensierbar, dass die Arbeitszeit einem anderen Arbeitstag zugeschlagen werde, da die Tauchergruppen bedingt durch die Vorgaben der DGUV Vorschrift 40 nur eine begrenzte tägliche Einsatzzeit hätten. Auch sei der von der Ag berücksichtigte Durchschnittswert der Bg an Krankheitstagen fehlerhaft. Denn die Ag habe sich nicht mit der spezifischen Situation der Berufstaucher auseinandergesetzt. Es sei nach allem insgesamt davon auszugehen, dass die Bg ihr Angebot unstatthaft nachgebessert habe, maßgeblich im Hinblick auf den von der Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch benannten Bauhelfer. Dessen Arbeitskapazität spare praktisch keine Tauchzeit ein. Dieser sei überdies als unqualifizierter Arbeiter nicht geeignet, den hochspezialisierten Tauchern bzw. Schweißtauchern zuzuarbeiten. Außerdem sei nicht anzunehmen, dass der Bauhelfer von der Bg im Angebot einkalkuliert sei, was belege, dass das Angebot zum zweiten Aufklärungsgespräch unter Verstoß gegen § 15 Abs. 3 VOB/A-EU nachgebessert worden sei. Aber auch die von der Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch benannten anzustellenden Taucher, die noch zum ersten Aufklärungsgespräch als freiberufliche Taucher und damit Nachunternehmer benannt worden seien, seien eine unzulässige Nachverhandlung. Die Bg habe diese Taucher einfach nur zu Angestellten „umetikettiert“.

- Die Bg verfüge auch nicht über ausreichend eigenes Taucher(schweiß)personal, um die Leistungen zu erbringen. Dies zeige sich u.a. daran, dass bei krankheits-/urlaubsbedingtem Ausfall auch nur eines Mitglieds einer Tauchergruppe (Taucher oder Signalmann) die Tauchergruppe nicht mehr einsatzfähig sei, wenn kein Ersatz verfügbar sei. Dies sei allerdings im Hinblick auf hochspezialisierte Arbeitskräfte wie Taucher bzw. Schweißtaucher kurzfristig gar nicht möglich. Bei derartigen Leistungen müsse im Zuge der Eignungsprüfung darauf abgestellt werden, dass ein Unternehmen sich im Fall der Auftragsausführung die benötigte personelle Kapazität am Arbeitsmarkt nicht lediglich potentiell beschaffen könne. Die Bg habe vielmehr mit ihrem Angebot konkret darlegen müssen, ob und aus welchen Gründen das zu einer Auftragsausführung erforderliche Personal auch tatsächlich zur Verfügung stehe. Die Ag habe sich dann mit dem zur Auftragsausführung benannten Personal und dessen Qualifikation auseinanderzusetzen. Sie habe sich dabei allerdings auf die der Ag „längst vorliegenden“ Informationen der Bg zu beschränken, die der Ag bereits beim ersten Prüfvorgang bekannt gewesen seien.

Die entsprechenden Tatsachen hätten sich auch nach dem Beschluss der Kammer vom 3. Juni 2018 nicht verändert.

- Die Bg, die bereits mit der Durchführung der Arbeiten im parallel ausgeschriebenen Vergabe [...] („Los 1“) beauftragt worden sei, verfüge 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 pro sog. Los erforderlich, somit mindestens 12 Taucher bzw. insgesamt 16 Personen (je zwei Taucher, ein Signalmann, 1 Taucherhelfer). 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. Vergaben 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 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 Taucherguppe 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.
- Soweit sich die Ag in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 mit der Einhaltung der DGUV Vorschrift 40 befasst und geprüft habe, ob die zulässigen Einsatzzeiten der Taucher, auch unter Berücksichtigung des erforderlichen Reservetauchers, von der Bg eingehalten würden, sei das Ergebnis der Prüfung unzutreffend, was näher ausgeführt wird. Die ASt geht hier von einer maximalen Tauchzeit von 300 Minuten und vier Personen pro Taucherguppe aus, die nach den Maßgaben der DGUV Vorschrift 40 hier allenfalls erlaubt seien. Dadurch würden die Anforderungen an

die Personalstärke der Taucherguppe erhöht. Ein bei der Bg eingesetzter Taucher könne zudem im Nachgang zu seinem Tauchgang nicht mehr als Reservetaucher eingesetzt werden. Schließlich habe die Ag bei dieser Prüfung nicht den das streitgegenständlichen Vergabeverfahren [...] („Los 2“) betreffenden Sachverhalt überprüft. Dies folge aus dem Vermerk vom 20. Juni 2018, in dem die Ag ihre Prüfung im Hinblick auf den erforderlichen Reservetaucher auf „Los 1“ beziehe bzw. mit Blick auf „Bieter 4“ vornehme. Die Bg sei im parallelen Vergabeverfahren [...] als Bieter 4 bezeichnet worden; im streitgegenständlichen Verfahren [...] sei die Bg allerdings Bieter 1. Die Ag stütze sich somit nicht auf eine methodisch vertretbar erarbeitete Erkenntnislage.

- Die Ag habe dagegen die Eignung der Bg unzulässigerweise separat geprüft, also nur bezogen auf das jeweilige Vergabeverfahren. Die Ag müsse allerdings die Vergaben der Lose 1 und 2 im Hinblick auf die Eignungsprüfung der Bieter, die für beide Lose Angebote abgegeben hätten, zusammen betrachten. Denn wenn Bieter für beide Lose angeboten hätten, müssten diese auch für beide Lose ihre Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen hochspezifischen Leistungen nachweisen. Beide Lose seien aufgrund der zwingenden Terminvorgaben parallel auszuführen. Daher habe jeder Bieter, der auf beide Lose angeboten habe, mit den Angeboten erklärt, beide Aufträge parallel ausführen zu können und insofern auch insgesamt leistungsfähig zu sein. Im Hinblick auf die beabsichtigten Zuschläge an die Bg für Los 1 und Los 2 sei die Ag daher auch gar nicht in der Lage willkürfrei entscheiden, bei welchem Los sie die personellen Ressourcen der Bg zu berücksichtigen habe. Die Eignungsbejahung der Bg bei einem der Lose „verbrauche“ die Eignung der Bg automatisch beim anderen.
- In diesem Zusammenhang trägt die ASt vor, die Ag habe die ASt in ihrem Recht auf chancengleiche Beteiligung im Vergabewettbewerb nach § 97 Abs. 2 GWB verletzt, weil die Ag die Eignungsprüfung der Bg zu Los 1 zuerst wiederholt hat, bei dem die ASt nach der Bg zweitplatziert ist. Ein sachlicher Grund für diese Vorgehensweise sei nicht ersichtlich. Da die ASt im Vergabeverfahren zu Los 2 nur drittplatziert sei, sei vielmehr zu befürchten, dass die Ag diese zeitliche Abfolge nutzen wolle, um die ASt als womöglich infolge der Vorgeschichte um das Nachprüfungsverfahren zum Aktenzeichen VK2-44/18 missliebiger Bieter unberücksichtigt zu lassen.
- Die ASt ist ferner der Meinung, die Bg sei auszuschließen, weil sie, was die ASt bereits mit Schreiben vom 19. Juni 2018 der Ag mitgeteilt habe und nochmals im

Nachprüfungsantrag ausgeführt wird, die in der Auftragsbekanntmachung geforderten, mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren drei Referenzaufträge nicht vorweisen könne.

- Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts rechtfertigt sich aus der unklaren Verfahrenssituation und der Notwendigkeit, schwierige vergaberechtlicher und prozessualer Fragestellung zu klären.

Die ASt beantragt,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
2. den vorliegenden Vergabenachprüfungsantrag sofort der Ag zuzustellen,
3. der Ag aufzugeben, unter Ausschluss der Bg den Zuschlag an die ASt zu erteilen,
4. hilfsweise, die Ag anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Wertung zurückzusetzen und die Zuschlagsentscheidung unter ermessensfehlerfreier Verwendung der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien sowie unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu treffen,

weiter hilfsweise,

der Ag aufzugeben, die Ausschreibung aufzuheben,

weiter hilfsweise,

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

weiter hilfsweise,

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

weiter hilfsweise,

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

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

und

6. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Darüber hinaus beantragt die ASt, ihr Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 GWB zu erteilen.

b) Die Ag beantragt,

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

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Mit Schreiben vom 2. und 17. August 2018 führt sie Folgendes aus:

- Die erneute Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Bg sei fehlerfrei erfolgt; insbesondere habe die Ag, was im Einzelnen auch unter Verweis auf die Prüfvermerke der Ag in der Vergabeakte ausgeführt wird, die Vorgaben aus dem Beschluss der Kammer VK2-44/18 vom 3. Juni 2018 beachtet. Soweit die ASt moniere, die Ag sei bei der Prüfung der personellen Kapazitäten der Bg von falschen Voraussetzungen ausgegangen, indem sie bei der zugrunde gelegten Tauchzeitenberechnung keine Feiertage herausgerechnet habe, weist die Ag darauf hin, dass sie maßgeblich von der Einhaltung der Wochenarbeitszeit von 48h ausgegangen sei. In Wochen mit Feiertagen sei vor diesem Hintergrund zu erwarten, dass die durch Feiertage verlorene Arbeitszeit ggf. an Samstagen nachgeholt werde, um die arbeitszeitrechtlich zulässige Wochenarbeitszeit ausschöpfen zu können. Der Ansatz der Bg lasse dies zu.
- Hinsichtlich der formalen Eignungsprüfung habe die Bg alle geforderten formalen Eignungsnachweise vorgelegt, so dass kein Grund ersichtlich sei, das Angebot der Bg insofern unberücksichtigt zu lassen. Insbesondere seien die von der Bg auf Anforderung der Ag im Schreiben vom 15. März 2018 vorgelegten vier Referenzen mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar, was im Einzelnen im entsprechenden Vermerk vom 20. Juni 2018 geprüft worden sei. Soweit die ASt u.a. anführe, Dokumentationsarbeiten der Bg aus dem ersten Bauabschnitt der ausgeschriebenen Instandsetzungsarbeiten dürften nicht als Referenz anzuerkennen sein, da diese nicht mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar

seien, weist die Ag darauf hin, dass solche Dokumentationsarbeiten von der Bg auch nicht auf die Anforderung der Ag vom 15. März 2018 als Referenzleistung benannt worden seien.

- Das Angebot der Bg sei auch unter dem Aspekt der materiellen Eignungsprüfung nicht zu beanstanden. Die Ag sei gehalten, alle Umstände, die für die Bewertung der Eignung wesentlich seien, bis zum Ablauf des Vergabeverfahrens aufzuklären und zu berücksichtigen. Die Ag könne dabei sämtliches der Bg zur Verfügung stehende angestellte Personal berücksichtigen, auch nach Angebotsabgabe angestelltes, nicht aber als Nachunternehmer zu qualifizierende „freie Taucher“, die vom ausdrücklich auf Eigenleistung ausgelegten Angebot der Bg nicht umfasst seien. Die Personalplanung der Bg berücksichtige diese Vorgabe. Soweit die Bg zum zweiten Aufklärungsgespräch bislang als freie Taucher tätiges Personal benannt habe, habe sie mit entsprechenden Verpflichtungserklärungen der jeweiligen Personen nachgewiesen, dass dieses im Auftragsfall per Arbeitsvertrag bei ihr angestellt werde. Vor diesem Hintergrund sei die Annahme der Ag gerechtfertigt, die Bg werde die ausgeschriebenen Arbeiten termingerecht und ordnungsgemäß erbringen. Für die Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bg komme es nur auf die der Bg verfügbare angestellte personelle Kapazität, nicht aber auf die von der Bg auf Anforderung der Ag vorgelegten Befähigungsnachweise des Tauch- und Schweißtauchpersonals an. Diese Nachweise habe die Ag nur im Zuge der Aufklärung der Leistungsfähigkeit herangezogen. Die entsprechenden Befähigungs-/Qualifikationsnachweise für das erforderliche Fachpersonal seien nur für die Auftragsdurchführung nach Ziff. III.2.2 bzw. III.2.3 der Auftragsbekanntmachung von der Ag anzufordern gewesen, aber gerade nicht als Eignungsnachweise in der Auftragsbekanntmachung angefordert worden und dementsprechend auch nicht mit dem Angebot vorzulegen gewesen. Sie seien allerdings von indizieller Bedeutung für die Leistungsfähigkeit der Bg, um beurteilen zu können, ob der Bg überhaupt ausreichende Fachkräfte zur Verfügung stünden, wovon die Ag aber auf der Grundlage der Ergebnisse ihrer Überprüfungen überzeugt sei.
- Die Ag habe ausweislich des Vermerks vom 20. Juni 2018 überprüft, ob die Bg die Maßgaben der einschlägigen Unfallverhütungsvorschrift DGUV Vorschrift 40 einhalte. Dies sei der Fall, was im Vermerk im Hinblick auf die Rüge der ASt vom 19. Juni 2018 näher dokumentiert worden sei. Soweit die ASt im Nachprüfungsverfahren davon ausgehe, eine einzusetzende Taucherguppe müsse nach § 9

Abs. 2 DGUV Vorschrift 40 aus vier Personen bestehen, werde § 9 Abs. 3 der Norm übersehen. Danach könne eine Tauchergruppe aus drei Personen bestehen, wenn die entsprechenden Regeleinrichtungen sich im Griffbereich des Signalmannes befänden. Ein entsprechender Einsatz sei gängige Praxis. Auch ordne die ASt den Tauchereinsatz nach den Maßgaben der DGUV Vorschrift 40 falsch ein. Die Schweißarbeiten und der Schalungseinbau seien weit überwiegend in einer Tiefe von bis zu 3,5 m nötig, Arbeiten in dieser Tiefe machten ca. 90% der Arbeiten aus. Daraus resultiere eine maximale Tauchzeit von 360 min pro Tauchgang. Die Annahme der ASt von 300 min beruhe auf einer falschen Anwendung der Vorschriften über die zulässige Tauchzeit.

- Die Bg sei vor diesem Hintergrund auch nicht auszuschließen, weil die Bg keine genaue Zuordnung ihres Personals zu den als Los 1 bzw. Los 2 in separaten Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen vorgenommen habe. Die Eignung sei losweise und damit je nach Vergabeverfahren zu beurteilen und erst dann zu verneinen, wenn die personellen Kapazitäten durch andere erteilte Aufträge definitiv ausgeschöpft seien und ein Bieter sich die notwendigen personellen Kapazitäten nicht beschaffen könne. Es seien für das streitgegenständliche Vergabeverfahren („Los 2“) keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die personellen Kapazitäten der Bg nicht ausreichten.
 - Schließlich sei in dem Umstand, dass die Ag zunächst die Eignungsprüfung im streitgegenständlichen Vergabeverfahren wiederholt habe und diejenige für das als „Los 2“ ausgeschriebene andere Vergabeverfahren separat erfolge, keine Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung zu Lasten der ASt zu sehen. Die zeitliche Reihenfolge ergebe sich u.a. aus der längeren Ausführungszeit bzw. dem größeren Umfang der Arbeiten.
- c) Die mit Beschluss vom 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. 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 [...] vom 10. März 2016 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 auch im Nachprüfungsantrag eine Verletzung ihrer bieterschützenden Rechte

nach § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht, soweit sie sich gegen die erneute Eignungsprüfung der Bg wendet und geltend macht, die Bg sei im Hinblick auf § 122 GWB nicht zu berücksichtigen bzw. im Hinblick auf § 16 VOB/A-EU wegen fehlender Vergleichbarkeit der Referenzen auszuschließen. Nach den von der ASt insofern vorgetragenen Punkten ist eine Verletzung der entsprechenden bieterschützenden Vorschriften jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen.

Die ASt hat damit auch dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden droht. Zwar ist die ASt nur drittplatzierte Bieterin. Allerdings geht die ASt nach ihrem Vortrag gerade davon aus, dass nur sie aufgrund ihrer personellen Ausstattung in der Lage ist, die von der Ag vorgegebenen zwingend einzuhaltenden Fertigstellungstermine einzuhalten. Die ASt hat hierzu vorgetragen, die übrigen Bieter seien mangels ausreichend vorhandenen Taucherpersonals nicht leistungsfähig für den ausgeschriebenen Auftrag dieses Umfangs. Nach diesem Vortrag ist jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen, dass die ASt eine Chance auf den Zuschlag hat, wenn sich in der Begründetheit herausstellen sollte, dass die wiederholte Eignungsprüfung fehlerhaft und insgesamt zu wiederholen sein sollte (vgl. bereits Beschluss der Kammer vom 3. Juni 2018, VK2-44/18). Im Übrigen dürfen die Anforderungen an die Antragsbefugnis als Zugang zum primären Vergaberechtsschutz nicht überspannt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, Az.: 2 BvR 2248/03). Die Antragsbefugnis setzt nicht voraus, dass der jeweilige Antragsteller darlegen muss, dass die nach dem Wertungsergebnis zwischen ihm und dem Zuschlagsdestinatär liegenden Angebote nicht zu berücksichtigen sind. Wäre der Nachprüfungsantrag begründet und würde die Ag dem zweitplatzierten Bieter den Zuschlag erteilen wollen, so müsste die ASt mit einer neuen Mitteilung nach § 134 GWB an die unterlegenen Bieter informiert werden; sie hätte dann Gelegenheit, auch gegen diesen neuen Zuschlagsdestinatär vorzugehen. Dies belegt, dass es im Rahmen der Antragsbefugnis nicht erforderlich ist, darzulegen, dass auch der zwischen der ASt und der Bg platzierte Bieter aus welchen Gründen auch immer nicht für den Zuschlag in Betracht kommt.

- c) Die ASt ist ferner ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hinsichtlich der gerügten Punkte, die Ag habe die Eignung der Bg erneut fehlerhaft bejaht bzw. die Bg sei mangels vorgelegter vergleichbarer Referenzen jedenfalls

auszuschließen, rechtzeitig nachgekommen. Sie hat diese Punkte auf die Mitteilung der Ag nach § 134 GWB vom 13. Juli 2018 mit Schreiben vom 17. Juli 2018 binnen der Frist von 10-Kalendertagen gerügt. Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 18. Juli 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag vom 23. Juli 2018 binnen der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB erhoben.

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 wettbewerbssoffen 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 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 wahrenen 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 Auftragserfüllung 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 nachvoll-

ziehbar 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 Signalmannt, 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, worauf sich auch die ASt beruft, 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 ausgeschrie-

benen 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 unstrittig, 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 Auftragsfalle 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 die 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.

Was das Vorbringen der ASt betrifft, die Ag habe die in den Ausführungszeitraum fallenden Feiertage nicht berücksichtigt, hat die Vergabekammer bereits im Nachprüfungsverfahren der ASt zu Los 1 zum Az. VK2-64/18 gegenüber denselben Beteiligten bestandskräftig festgestellt, dass die Ag ohne Beurteilungsfehler davon ausgegangen ist, dass entsprechende Ausfälle arbeitszeitrechtskonform nachholbar sind (Beschluss vom 3. August, VK 2-64/18 sub II.2.a) bb) (4)). Insofern gilt auch für das Los 2 im hiesigen Nachprüfungsverfahren nichts Anderes.

Entsprechendes gilt für den Vortrag der ASt, der Wegfall eines Tauchers bei Krankheit oder Urlaub führe dazu, dass eine Tauchergruppe nicht einsatzfähig sei. Hierzu hat die Vergabekammer im Beschluss vom 3. August 2018 bestandskräftig festgestellt, dass hinreichend befähigtes Ersatzpersonal verfügbar ist. Dies gilt nach den soeben vorausgegangenen Feststellungen auch für das Los 2. Die Ag muss bei ihrer Eignungsprüfung nicht vom worst-case-Szenario ausgehen, dass alle Taucher ausfallen (vgl. Beschluss vom 3. August 2018, VK2-64/17, sub II.2.a) bb) (5)).

- 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 der ASt genauer überprüft, der der ASt ebenfalls im Wege der Akteneinsicht vorgelegt worden ist, bereinigt um Geschäftsgeheimnisse Dritter.

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. Anders als die ASt meint, bezieht sich dieser Vermerk sehr wohl auch auf den das Los 2 betreffenden Sachverhalt, was sich bereits aus dem Betreff des Vermerks ergibt. Die Ag hat nachvollziehbar erläutert, dass – entgegen der Ansicht der ASt – eine einzusetzende Tauchergruppe nicht aus vier Personen, mithin zwei Tauchern, einem Signalmann und einem Taucherhelfer, bestehen müsse, sondern 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 üblich, was daher auch im Hinblick auf die ausgeschriebenen Arbeiten anzunehmen sei. Dies wurde von den Beteiligten auch nicht in Abrede gestellt. Die Ag hat in ihrem Vermerk vom 20. Juni 2018 zudem ausgeführt, dass von der Regelung auch bei Arbeiten im 1. Bauabschnitt Gebrauch gemacht worden sei. Demnach war im Ergebnis jedenfalls unstrittig, dass von der Regelung des § 9 Abs. 3 DGUV Vorschrift 40 in der Praxis des Bautauchens regelmäßig Gebrauch gemacht wird.

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 namentli-

chen 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 und der zulässigen Tauchzeiten. 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. Des Weiteren hat die Ag im Vermerk vom 20. Juni 2018 die Einhaltung der zulässigen Tauchzeiten im Hinblick auf die Maßgaben des ArbSchG und des ArbZG überprüft und nachvollziehbar festgestellt, dass die Vorgaben eingehalten werden bzw. drohende Verstöße nicht ersichtlich sind. Diese Einschätzung der Ag im Vermerk vom 20. Juni 2018 ist aus den schon dargelegten Gründen, wonach keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass die Bg die entsprechenden Vorgaben missachten wird, 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 die 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 Tauchergruppen pro Los und somit mindestens 12 Taucher und zusätzliche Signalleute, die Bg könne daher das Los 2 mangels verfügbaren Personals nicht bedienen, obsolet.

- b) Die Bg hat die laut Ziff. III.1.3 Auftragsbekanntmachung geforderten Referenznachweise vorgelegt; diese sind auch mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar. Die Vergabekammer hat diese Rüge der ASt bereits in dem von der ASt angestregten Nachprüfungsverfahren zu Los 1 zum Az. VK2-64/18 (a.a.O., sub II.2.b)) mit bestandskräftigem Beschluss vom 3. August 2018 überprüft und festgestellt, dass ein Verstoß gegen die Maßgaben der § 122 Abs. 1, 2 GWB, § 6a Nr. 3 lit. a) VOB/A-EU nicht vorliegt. Im Nachprüfungsantrag der ASt zum streitgegenständlichen Vergabeverfahren betr. das Los 2 wird insofern nichts Neues vorgebracht, so dass hierzu auf die entsprechenden Gründe des bestandskräftigen Beschlusses zum Nachprüfungsverfahren VK2-64/18 Bezug genommen wird. Ein Vergaberechtsverstoß ist danach auch im hiesigen Zusammenhang betreffend das Vergabeverfahren zum sog. Los 2 nicht zu erkennen.

- c) Auch ein Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB dadurch, dass die Ag die nach dem Vergabekammerbeschluss vom 3. Juni 2018 (VK2-44/18) zu wiederholende Eignungsprüfung beim streitgegenständlichen Vergabeverfahren [...] zuerst durchgeführt hat, ist nach den bereits im bestandskräftigem Beschluss der Vergabekammer vom 3. August 2018 (VK2-64/18, sub II.2.c)) festgestellten Gründen abzulehnen. Insofern gelten die soeben dargelegten Gründe entsprechend.

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