



# **VERGABEKAMMER SCHLESWIG-HOLSTEIN**

beim

**Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr  
Düsternbrooker Weg 92, 24105 Kiel**

Wählt der Auftraggeber als einziges Zuschlagskriterium den Preis und lässt er gleichzeitig die Abgabe von Nebenangeboten zu, liegt darin ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG.

## **BESCHLUSS**

**Az.: VK-SH 14/10**

**In dem Vergabenachprüfungsverfahren**

xxx

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte: xxx

g e g e n

xxx

**- Antragsgegnerin -**

beigeladen:

xxx

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte xxx

betreffend das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren "B xxx, xxx – xxx, xxx. BA, Straßenbauarbeiten"

**hat die Vergabekammer Schleswig-Holstein** am 08.10.2010 nach mündlicher Verhandlung am 01.10.2010 durch die Vorsitzende Tahal, die hauptamtliche Beisitzerin Schulz und Herrn Bergemann als ehrenamtlichen Beisitzer

**beschlossen:**

- 1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Ausschreibung aufzuheben.**
- 2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin je zur Hälfte.**
- 3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.**
- 4. Für diese Entscheidung wird eine Gebühr in Höhe von xxx € festgesetzt.**
- 5. Die Antragsgegnerin ist gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG SH von der Pflicht zur Zahlung der Gebühren der Kammer befreit.**

Der von der Antragstellerin eingezahlte Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 EUR wird der Antragstellerin nach Bestandskraft dieser Entscheidung von der Geschäftsstelle erstattet.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb unter dem Datum der Versendung der Bekanntmachung vom xxx.2010 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union den Auftrag „B xxx, xxx – xxx, xxx. BA, Straßenbauarbeiten“ im Rahmen eines offenen Verfahrens aus. Bei den ausgeschriebenen Arbeiten handelt es sich um Erd-, Entwässerungs- und Oberbauarbeiten für den Ausbau des xxx Abschnitts der B xxx zwischen xxx und xxx. Die Maßnahme besteht im Wesentlichen aus der Erneuerung des Ober- und Unterbaus der alten Bundesstraße sowie in einer Verbesserung der Tragfähigkeit des bestehenden Untergrundes.

Eine Schätzung des Auftragswertes lag den Vergabeakten nicht bei.

Gemäß Ziffer VI 3 der Bekanntmachung sollte der Preis mit einer Gewichtung von 100% das einzige Zuschlagskriterium sein. Gemäß Ziffer II.1.9) der Bekanntmachung ließ die Antragsgegnerin Varianten zu.

Für die Abgabe von Nebenangeboten für die Gründung enthielt Ziffer 1.5 der Leistungsbeschreibung verschiedene Mindestanforderungen, insbesondere die folgende Vorgabe:

*„Säulenförmige Gründungselemente müssen ummantelt sein. Es muss sichergestellt sein, dass das eingebrachte Material sich nicht seitlich in den umgebenden Boden ausbreiten kann. Mit Nebenangeboten für eine von der Ausschreibung abweichende Gründung sind Referenzen über die erfolgreichen Ausführungen in vergleichbaren Vorhaben beizulegen.“*

Auf Anfrage präzisierte die Antragsgegnerin in einem Schreiben vom 01.06.2010 die Mindestanforderungen an Nebenangebote. Darin hieß es unter anderem:

*„Die anstehenden Böden weisen gemäß Baugutachten eine sehr geringe Anfangsscherfestigkeit auf, so dass eine Ummantelung erforderlich ist, um ein unkontrolliertes seitliches Eindringen des Gründungsmaterials in den anstehenden Boden zu verhindern. Dies gilt auch für den Herstellungsprozess bei anderen Gründungssystemen.“* Ferner führte die Antragsgegnerin aus: *„Im Endzustand kann auf eine Ummantelung verzichtet werden, wenn sichergestellt ist, dass die Tragglieder entsprechende Lasten aufnehmen könnten, ohne seitlich auszuknicken oder ihre Geometrie zu ändern (Eigenverformung).“*

Auf das Schreiben vom 01.06.2010 reagierte ein Bieter mit der Frage:

*„Die Forderung in der Baubeschreibung Seite 7 Pkt. 1.5 Mindestanforderungen für Nebenangebote wird in Ihrer 1. Nachsendung vom 01.06.2010 dahingehend modifiziert, dass im Endzustand auf eine Ummantelung verzichtet werden kann. Was ist dabei genau mit Endzustand gemeint? Ist das eingebrachte Rohr die Ummantelung?“*

Auf diese Bieterfrage antwortete die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 09.06.2010:

*„Eine Ummantelung der Tragglieder ist bei einem  $c_u$ -Wert  $> 15 \text{ k}^N/\text{m}^2$  bei der Herstellung von Säulen mit Schüttgütern oder Ortbetonfüllung, wie bereits im 1. Schreiben dargestellt, erforderlich. Eine temporäre Verrohrung, die nur während der Herstellung eingesetzt wird, ist nicht ausreichend bzw. die Machbarkeit der einwandfreien Herstellung ist über entsprechende Zulassungen / Referenzen darzustellen. Fertig angelieferte Tragelemente (Fertigpfähle) brauchen keine Ummantelung während des Einbaus. Die Begrifflichkeit Endzustand bezieht sich auf den Zeitpunkt, ab dem das System Lasten, auch bauzeitige Lasten, aufzunehmen hat.“*

Insgesamt gaben 5 Bieter mindestens ein Angebot ab. Die Antragstellerin gab dabei ein Nebenangebot, die Beigeladene 3 Nebenangebote ab. Zwei Bieter gaben ein Hauptangebot ab. Nach der Submission rangierte das Angebot der Antragstellerin als das günstige Angebot auf Platz 1.

Die Antragstellerin bot in ihrem Nebenangebot eine säulengebundene Gründungsart in Form von Ortbetonpfählen ohne Ummantelung an.

Mit Schreiben vom 11.08.2010 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, ab dem 30.08.2010 den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen – und zwar Nebenangebot 1 in Verbindung mit Nebenangebot 3 – zu erteilen. Darüber hinaus teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin unter anderem mit: „Das Nebenangebot 1 wurde aus folgenden Gründen bei der Ermittlung der Wertungssumme nicht berücksichtigt:

In den Ansätzen der Vorstatik wurden nicht die ungünstigsten Baugrundverhältnisse berücksichtigt, und das vorlegte Referenzprojekt der DB spiegelt nicht die Baugrundverhältnisse an der B xxx, xxx, wieder. Geforderte Maßnahmen zur Sicherung der Bohrlochwandlung bei einem Cu-Wert  $< 15 \text{ km kNm}^2$  sind nicht vorgesehen.

Dass die Änderungen und Anpassungen von Bodenschichten und Bodenkennwerten zu veränderten Bemessungsgrößen und Materialien führt, zeigt die Nachrechnung der Vorstatik, die mit Schreiben vom 30.07.2010 eingereicht wurde.

Aus technischer Sicht erfüllt das Nebenangebot von xxx nicht die Mindestanforderungen an ein Nebenangebot gemäß den Verdingungsunterlagen.“

Mit Schreiben vom 13.08.2010 rügte die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Nebenangebots. Sie verwies darauf, dass ihr Angebot alle für Nebenangebote aufgestellten Mindestbedingungen erfülle. Insbesondere sei hinsichtlich ihrer Referenz „xxx“ in xxx eine Vergleichbarkeit der Baugrundverhältnisse gegeben. Da sie das preisgünstigste Angebot abgegeben habe, müsse der Zuschlag auf ihr Angebot erteilt werden.

Mit Schreiben vom 15.09.2010 erteilte die Vergabekammer den Beteiligten einen rechtlichen Hinweis, wonach die Entscheidung maßgeblich davon abhängt, ob der

Antragsgegner angesichts des Umstandes, dass er als alleiniges Zuschlagskriterium den „Preis“ benannt hat, überhaupt Nebenangebote zulassen durfte. Hier könne unter Verweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 23.03.2010 die Vorschrift des Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG entgegenstehen. Eine dahingehende Rüge sprach die Antragstellerin nicht aus.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, ihr Angebot erfülle alle für Nebenangebote aufgestellten Mindestbedingungen und sei daher zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen worden. Insbesondere habe sie hinreichende Referenzen über die erfolgreiche Ausführung der Gründung in vergleichbaren Projekten eingereicht. In welcher Detailtiefe die jeweiligen Referenzobjekte darzustellen und zu erläutern gewesen seien, habe die Antragsgegnerin nicht vorgegeben. Im Übrigen sei eine Ummantelung für die von ihr angebotene Gründung schon deshalb nicht erforderlich gewesen, weil es eine Ummantelung von Ortbetonsäulen nicht gebe. Da die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben aber ausdrücklich die Möglichkeit einer Gründung mittels Ortbetonpfählen anspreche, sei für einen verständigen Bieter klar gewesen, dass auch Varianten ohne Ummantelung zugelassen gewesen seien. Im Übrigen gebe es auch kein Verfahren, bei dem eine ummantelte Herstellung erfolge, auf die dann im Endzustand verzichtet werden könne. Zudem stelle die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 09.06.2010 eindeutig klar, dass es zwei Alternativen gebe, entweder nämlich eine Verrohrung oder aber die Darstellung der Machbarkeit der einwandfreien Herstellung ohne Verrohrung. Darüber hinaus vermutet die Antragstellerin, das für den Zuschlag vorgesehene Angebot sehe eine ähnliche Gründungsart wie die von ihr angebotene, nämlich eine Gründung mittels Ortbetonsäulen ohne Ummantelung vor, vor. Daher liege ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor, wenn die Antragsgegnerin ihr Angebot ausschließe und das der Beigeladenen für den Zuschlag vorsehe. Zur Frage der Vergleichbarkeit ihrer Referenzen trägt die Antragstellerin vor, „vergleichbar“ bedeute nicht „identisch“. Ein „vergleichbares“ Referenzprojekt müsse daher keineswegs ein solches sein, das identische Bodenwerte aufweise. Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Zulassung von Nebenangeboten trägt die Antragstellerin vor, bei einem nicht gerügten und damit präkludierten Verstoß komme ein Einschreiten der Vergabekammer vom Amts wegen gemäß § 110 Abs. 1 GWB nicht in Betracht. Darüber hinaus sei der vom OLG Düsseldorf gezogene Umkehrschluss, dass ausschließlich bei Aufträgen, die nach dem Kriteri-

um des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben, Varianten zugelassen dürften, nicht zwingend. Zudem sei ein Nebenangebot im Ergebnis das Gleiche wie ein Hauptangebot, nämlich ein Angebot im Sinne der §§ 145 ff. BGB. Im Rahmen der vierten Wertungsstufe erfahre ein Nebenangebot keine Sonderbehandlung mehr, sondern sei den Hauptangeboten gleichgestellt. Dies sei in der Sache auch gerechtfertigt, weil ein Nebenangebot elementare Voraussetzung zu erfüllen habe, nämlich Zulassung sowie Nachweis der Gleichwertigkeit. Außerdem behandle das OLG Düsseldorf die streitgegenständliche Rechtsfrage nur am Rande, ohne sich mit der aufgeworfenen Problematik auseinanderzusetzen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Wertung der Angebote im Rahmen des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung des Nebenangebots der Antragstellerin zu wiederholen.
2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen zu tragen.
4. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung der Unterfertigten als Verfahrensbevollmächtigte notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin meint, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht nicht gewertet worden, da es bereits die formellen Mindestbedingungen aus Ziffer 1.5 der Baubeschreibung nicht erfülle. So seien dort als Mindestbedingung für Nebenangebote für den Fall von der Ausschreibung abweichender Gründungen ausdrücklich Referenzen über die erfolgreiche Ausführung in vergleichbaren Vorhaben gefordert gewesen. In ihrem Schreiben vom 01.06.2010 habe sie klargestellt, dass die Referenzen des Gründungssystems bei ähnlichen Baugrundverhältnissen ausgeführt worden sein müssten. Entsprechende Nachweise habe die Antragstellerin nicht eingereicht. Die von der Antragstellerin vorgelegte Referenz habe sich auf ein Projekt bezogen, dem ungleich günstigere Bodenverhältnisse zu Grunde gelegen hätten. Aufgrund der ungleich günstigeren Bodenverhältnisse habe bei dem Referenzprojekt im Gegensatz zum streitgegenständlichen Fall auf eine Ummantelung verzichtet werden können. Um ein vergleichbares Vorhaben habe es sich bei der Referenz daher nicht gehandelt. Die Antragstellerin habe weder eine Konsolidierung des Bodens noch eine Ummantelung der von ihr vorgesehenen Säulen angeboten. Da die Antragstellerin eine säulengebundene Gründung angeboten habe, hätte sie zwingend eine Ummantelung der von ihr vorgesehenen Ortbetonpfähle anbieten müssen. Darüber hinaus lasse sich aus der eingereichten Vorstatik, die ebenfalls als Mindestbedingung für Nebenangebote gefordert gewesen sei, nicht mit der erforderlichen Sicherheit erkennen, dass die statischen Anforderungen für die Maßnahme erfüllt würden. So lasse die eingereichte Vorstatik die im Baugrundgutachten dargestellte Torfmudde, die sehr ungünstige Bodenkenwerte aufweise, gänzlich unberücksichtigt. Zur Frage der Zulässigkeit der Zulassung von Nebenangeboten ist die Antragsgegnerin wie die Antragstellerin der Auffassung, diese Rechtsfrage sei mangels Rüge vom Amtsermittlungsgrundsatz der erkennenden Kammer nicht mehr gedeckt. Zudem habe sie Zweifel an dem vom OLG Düsseldorf (a.a.O.) gezogenen Umkehrschluss. Eine unmittelbare Anwendung des Art. 24 der Richtlinie sei zudem deshalb nicht erforderlich, weil der Gesetzgeber diese Vorschrift in § 97 Abs. 5 GWB hinreichend umgesetzt habe. Auch wenn allein der Preis als Zuschlagskriterium ausschlaggebend sein solle, handele es sich dabei um einen Auftrag, der nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werde.

Die Beigeladene beantragt:



1. Die Nachprüfungsanträge werden zurückgewiesen
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Die Beigeladene schließt sich im Wesentlichen den Ausführungen der Antragsgegnerin an. Zusätzlich verweist sie angesichts der Vermutungen der Antragstellerin zum Inhalt ihres Angebots darauf, dass sie sowohl ein Angebot, das eine säulengebundene Gründungsart, als auch ein Angebot abgegeben habe, das eine von der Ausschreibung abweichende Gründungsart, nämlich eine nicht säulengebundene Gründung, vorsehe. Das für den Zuschlag vorgesehene Angebot sehe eine nicht säulengebundene Gründung vor. Zur Frage der Zulässigkeit der Zulassung von Nebenangeboten ist die Beigeladene der Auffassung, die erkennende Kammer dürfe eine etwaige Unzulässigkeit der Zulassung von Nebenangeboten nicht berücksichtigen, da dieser Vergaberechtsverstoß von der Antragstellerin nicht gerügt worden und damit präkludiert sei. Eine Berücksichtigung sei nicht vom Amtsermittlungsgrundsatz nach §§ 110, 114 GWB gedeckt. Zudem hätten EU-Richtlinien ohnehin keine unmittelbare Geltung in den Mitgliedsstaaten.

Am 20.08.2010 hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag gestellt.

Die Beiladung ist mit Beschluss vom 06.09.2010 erfolgt.

Mit Beschluss vom 06.09.2010 hat die erkennende Kammer die Entscheidungsfrist bis zum 06.10.2010 und mit Beschluss vom 01.10.2010 bis zum 08.10.2010 verlängert.

Mit Beschluss vom 06.09.2010 sind die Verfahren 13/10 und 14/10 zum Zwecke der Durchführung einer gemeinsamen mündlichen Verhandlung verbunden und mit Beschluss vom 02.10.2010 zur Abfassung der Beschlüsse wieder getrennt worden.

Wegen des sonstigen Sachverhalts und des weiteren Vortrags der Beteiligten wird auf die beigezogenen Vergabeakten und die eingereichten Schriftsätze verwiesen (vgl. § 117 Abs. 3 VwGO, § 313 Abs. 2 ZPO).

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die streitgegenständliche Beschaffung ist ein öffentlicher Auftrag gemäß § 99 Abs. 1 und 3 GWB, der durch die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB vergeben wird.

Der für den vorliegenden Auftrag maßgebliche Schwellenwert gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. Verordnung (EG) 1177/2009 beträgt 4.845.000 EUR, weil das streitgegenständliche Vergabeverfahren spätestens mit Veröffentlichung der Bekanntmachung am 04.05.2010 begann und damit die ab dem 01.01.2010 geltenden Schwellenwerte maßgeblich sind. Grundsätzlich ist der Auftraggeber zur Beurteilung der Überschreitung des EU-Schwellenwertes verpflichtet, über das erwartete Auftragsvolumen eine Schätzung anzufertigen. Eine Kostenschätzung findet sich in den Vergabeakten hier nicht. In einem solchen Fall ist die Vergabekammer zur Bestimmung ihrer Zuständigkeit zur eigenständigen Wertermittlung verpflichtet und berechtigt. Sie kann sich dabei zum einen am angebotenen Kostenvolumen des preisgünstigsten Anbieters orientieren und gleichzeitig auch die übrigen Angebotspreise berücksichtigen (vgl. etwa OLG Celle, Beschluss vom 12.07.2007 - 13 Verg 6/07; erkennende Kammer, Beschluss vom 20.01.2009 – VK-SH 17/08; VK Brandenburg, Beschluss vom 11.11.2005 – 2 VK 68/05). Im streitgegenständlichen Fall übersteigt bereits das preisgünstigste Angebot mit rund xxx Millionen EUR den einschlägigen Schwellenwert deutlich.

Die Antragstellerin ist ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen, das durch Abgabe ihres Angebots ein offenkundiges Interesse an dem streitgegenständlichen Auftrag hat und eine mögliche Verletzung in ihren Rechten durch die Nichtbeachtung von

Vergabevorschriften in Form einer Nichtberücksichtigung des von ihr unterbreiteten Nebenangebots und der vorgesehenen Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen geltend macht (vgl. § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB).

Die Antragstellerin hat ihre Rüge rechtzeitig, nämlich unverzüglich i.S.v. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB, erhoben. Nach überwiegender Auffassung in der Rechtsprechung muss die Rüge angesichts der kurzen Fristen, die im Vergaberecht allgemein gelten, grundsätzlich binnen ein bis drei Tagen nach positiver Kenntnis vom Vergabeverstoß erhoben werden (vgl. etwa OLG Koblenz, Beschluss vom 18. 09.2003 - 1 Verg 4/03). Einem Antragsteller ist aber auch zuzugestehen, sich im Verfahren durch einen Verfahrensbevollmächtigten vertreten zu lassen. In diesem Fall wird dem Verfahrensbevollmächtigten eine gewisse Mindestbearbeitungszeit einschließlich der für die Abfassung eines entsprechenden Schriftsatzes und die Zusammenstellung der Antragsunterlagen benötigten Zeit eingeräumt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02. 05. 2007 - Verg 1/07). Die erkennende Kammer hat daher regelmäßig eine Zeitspanne von 5 bis 6 Werktagen unter Einschaltung eines Verfahrensbevollmächtigten bis zum Eingang der Rüge noch als unverzüglich angesehen (so u.a. Beschluss vom 28.01.2009 - VK-SH 18/08; Beschluss vom 18.12.2007 VK-SH 25/07 und Beschluss vom 12.07.2005 VK SH-14/05). Gründe für eine Abweichung von der bisherigen Spruchpraxis sind nicht erkennbar. Vom Ausschluss ihres Angebots sowie von der Absicht des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen erfuhr die Antragstellerin mit dem Informationsschreiben vom 11.08.2010. Die am 13.08.2010 erhobene Rüge erfolgte damit unverzüglich.

Der Antragstellerin droht bezüglich der verbliebenen Rüge auch ein Schaden i.S.v. § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB. Die Antragstellerin hat von allen Angeboten das günstigste abgegeben. Wäre ihr Angebot nicht ausgeschlossen worden, hätte sie weiterhin den 1. Wertungsrang belegt und damit konkrete Zuschlagschancen gehabt.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist in der Sache auch begründet.

Zwar hat die Antragsgegnerin das Nebenangebot der Antragstellerin zu Recht von der weiteren Wertung ausgeschlossen [a)]. Jedoch führt die fehlerhafte Zulassung

von Nebenangeboten dazu, dass neben dem Nebenangebot der Antragstellerin auch alle weiteren Nebenangebote auszuschließen sind [b)]. Aufgrund des der Ausschreibung bereits mit der Bekanntmachung anhaftenden schwerwiegenden Mangels der fehlerhaften Zulassung von Varianten war die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihre Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 c) VOB/A aufzuheben [c)]. Im Übrigen sind die Verdingungsunterlagen der Antragstellerin in mehreren wesentlichen Punkten missverständlich [d)].

a) Die Antragsgegnerin hat das Nebenangebot der Antragstellerin zu Recht von der weiteren Wertung ausgeschlossen.

Dabei war das Angebot der Antragstellerin nicht wegen einer (etwaigen) Nichterfüllung der für Nebenangebote aufgestellten Mindestbedingungen, sondern wegen fehlerhafter Zulassung von Nebenangeboten auszuschließen. Zwar hat die Antragsgegnerin in Ziffer II.1.9) der Bekanntmachung Varianten ausdrücklich zugelassen. Dadurch jedoch, dass die Antragsgegnerin gleichzeitig in Ziffer VI. 3) der Bekanntmachung als einziges Zuschlagskriterium den Preis bekannt gab, hätte die Antragsgegnerin Nebenangebote und damit auch das Angebot der Antragstellerin gar nicht erst zulassen und damit ohnehin nicht werten dürfen.

Gemäß Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG können die öffentlichen Auftraggeber bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, zulassen, dass die Bieter Varianten vorlegen. Bei Nebenangeboten handelt es sich um Varianten in diesem Sinne, weil sie den Anforderungen an das Hauptangebot nicht exakt entsprechen, sondern dieses variieren. Die Vorschrift lässt nach ihrem Wortlaut Varianten bei solchen Aufträgen zu, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden. Hinsichtlich der Zulässigkeit von Varianten bei Aufträgen, die nach anderen Kriterien, also etwa allein nach dem niedrigsten Preis, vergeben werden, lässt sich dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie keine unmittelbare Aussage entnehmen.

Aus dem systematischen Kontext der Vorschrift folgt jedoch, dass Varianten bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des niedrigsten Preises vergeben werden sollen, nicht zugelassen werden dürfen (so auch OLG Düsseldorf, Zwischenentscheidung

vom 23.03.2010 – Verg 61/09). Denn die Richtlinie 2004/18/EG differenziert mehrfach ausdrücklich zwischen den Kriterien des „niedrigsten Preises“ und des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ (vgl. Art. 53 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 46). Die Richtlinie geht damit offensichtlich davon aus, dass die beiden Zuschlagskriterien im Verhältnis der Alternativität zueinander stehen. Hat der europäische Gesetzgeber die Zulässigkeit von Varianten gemäß Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie auf solche Aufträge beschränkt, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, hat die erkennende Kammer im Wege einer europarechtskonformen Auslegung der Vorschriften des § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A diese Beschränkung hinzunehmen und nicht durch Erweiterung zu unterlaufen. So ergibt sich aus der Verpflichtung eines jeden EU-Mitgliedsstaates zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, dass - für den Fall des Vorliegens zweier Auslegungsmöglichkeiten einer nationalen Rechtsvorschrift, von denen eine gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt - Verwaltung (und damit auch Vergabekammern) und Rechtsprechung in ihrer Rechtsanwendung der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegungsalternative Geltung verschaffen (OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008 - 1 Verg 9/08).

Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG ist unmittelbar anwendbar. Eine Richtlinie richtet sich zwar grundsätzlich nur an die Mitgliedstaaten und bedarf der Umsetzung durch einen innerstaatlichen Rechtsakt (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV). Nach der Rechtsprechung des EuGH hat eine Richtlinie jedoch ausnahmsweise dann unmittelbare Wirkung für den Einzelnen, wenn sie bis zum Ablauf der Frist nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurde, sie inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt ist, um im Einzelfall angewendet zu werden (vgl. EuGH, Urteil vom 19.01.1982 - Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 Rn. 21 ff. – Becker; st. Rspr.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Vorschrift des Art. 24 RL 2004/18/EG ist vom deutschen Gesetzgeber trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht umfassend in das nationale Recht umgesetzt worden, und zwar auch nicht durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009. Es existiert keine Norm entsprechenden Inhalts. Zur Frage, ob Nebenangebote zugelassen werden dürfen, wenn der Auftraggeber allein den Preis als Zuschlagskriterium wählt, trifft weder das GWB noch die VOB/A eine explizite Aussage. Aus § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A (Zuschlagskriterien) und § 25 Nr. 5 VOB/A (grundsätzliche Wertung von Nebenangebo-

ten) ergibt sich jedenfalls keine Beschränkung im Sinne der Richtlinie. Festzuhalten bleibt damit, dass die Vorschrift des Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG vom deutschen Gesetzgeber nicht umfassend umgesetzt worden ist. Lassen nationale Rechtsvorschriften zwei Auslegungsmöglichkeiten zu, von denen eine gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt - wie es hier der Fall wäre für die Zulassung von Nebenangeboten bei gleichzeitiger Wirtschaftlichkeitsprüfung allein nach dem Preis - ergibt sich, wie bereits oben ausgeführt, aus der Verpflichtung eines jeden Mitgliedsstaates der Europäischen Union zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, dass Verwaltung und Rechtsprechung in ihrer Rechtsanwendung der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegungsalternative Geltung verschaffen müssen.

Die Richtlinie entfaltet ihre unmittelbare Wirkung unabhängig davon, ob der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben bewusst oder unbewusst nicht korrekt bzw. nicht umfassend in nationales Recht umgesetzt hat. Möglicherweise entgegenstehendes nationales Recht wird nach den Grundsätzen des *effet utile* von unmittelbar geltendem Europarecht verdrängt (grundlegend EuGH, Urteil vom 15.07.1964 - Rs. 6/64 – *Costa/E.N.E.L.*) Die Konsequenz daraus ist, dass der öffentliche Auftraggeber in dem Moment, in dem er als einziges Zuschlagskriterium den Preis bekannt gibt, keine Varianten zulassen darf. Umgekehrt gilt dies ebenso. In dem Moment, in dem der öffentliche Auftraggeber Varianten zulässt, darf er nicht mehr als einziges Zuschlagskriterium den Preis bekannt geben.

Unter Berücksichtigung des Ziels des Vergaberechts, eine transparente Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten, ist die Unzulässigkeit von Varianten bei einer Auftragsvergabe nach dem Kriterium des günstigsten Preises auch in der Sache überzeugend. Wenn allein der Preis das entscheidende Kriterium für die Erteilung des Zuschlags sein soll, dürfen auch nur unmittelbar vergleichbare Angebote im Wettbewerb stehen. Der öffentliche Auftraggeber hat vor Beginn eines Vergabeverfahrens stets zu entscheiden, anhand welcher Kriterien er seine Wirtschaftlichkeitsprüfung vornehmen möchte. Dazu stehen ihm grundsätzlich zwei unterschiedliche Prinzipien zur Verfügung. Er kann sich zum einen auf das so genannte Minimalprinzip stützen. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass die zu beschaffende Leistung genau definiert ist und sich der von dem Auftraggeber zu leistende Aufwand darin erschöpft, die Angebotspreise zu vergleichen, der Auftraggeber hat bei seiner Wirtschaftlich-

keitsprüfung demnach lediglich minimalen Aufwand zu leisten. Alternativ dazu kann sich der Auftraggeber auch dafür entscheiden, mit einem relativ feststehenden Aufwand das bestmögliche, maximale Ergebnis erzielen, so genanntes Maximalprinzip. Das Minimalprinzip und das Maximalprinzip stehen gleichwertig nebeneinander (vgl. Art. 53 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG). Obligatorisch ist jedoch, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung nach einem dieser beiden Prinzipien erfolgen muss. Das heißt, der Auftraggeber muss sich notwendigerweise für eines der Prinzipien entscheiden (EuGH, Urteil vom 7. Oktober 2004 - Rs. C-247/02; OLG Naumburg, a.a.O. m.w.N.). Die Vornahme der Wirtschaftlichkeitsprüfung allein nach dem günstigsten Preis, also nach dem Minimalprinzip, steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zur Vorschrift des § 97 Absatz 5 GWB. Zwar sieht diese Vorschrift ihrem reinen Wortlaut nach allein eine Wirtschaftlichkeitsprüfung nach dem Maximalprinzip vor, so dass man zunächst daran zweifeln könnte, ob eine Wirtschaftlichkeitsprüfung nach dem Minimalprinzip überhaupt zulässig ist. § 97 Abs. 5 GWB gilt jedoch nach seinem Anwendungsbereich für Vergabeverfahren mit EU-weiter Ausschreibungspflicht und stellt insoweit eine Umsetzung von Gemeinschaftsrecht dar. Vor diesem Hintergrund ist eine Auslegung des § 97 Abs. 5 GWB im Sinne einer Beschränkung auf das Maximalprinzip zum einen fernliegend, da dem deutschen Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, bewusst eine Vorschrift erlassen zu haben, die mit dem für denselben Regelungsgegenstand geltenden Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang steht. Zum anderen – und das ist das Entscheidende – ergibt sich wiederum aus der Verpflichtung eines jeden Mitgliedsstaates der Europäischen Union zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, dass für den Fall des Vorliegens zweier Auslegungsmöglichkeiten einer nationalen Rechtsvorschrift, von denen eine gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, Verwaltung und Rechtsprechung in ihrer Rechtsanwendung der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegungsalternative Geltung verschaffen. Dass die Antragsgegnerin als alleiniges Zuschlagskriterium den Preis und damit eine Wirtschaftlichkeitsprüfung nach dem Minimalprinzip vornehmen durfte, ist zwischen den Parteien im Übrigen auch nicht streitig und in der Rechtsprechung auch anerkannt (OLG Naumburg, a.a.O. m.w.N.)

Der Auftraggeber muss sich hinsichtlich seiner Wirtschaftlichkeitsprüfung also für ein Prinzip – entweder Minimalprinzip oder Maximalprinzip – entscheiden. Entscheidet sich der Auftraggeber wie hier die Antragsgegnerin für eine Wirtschaftlichkeitsprüfung nach dem Minimalprinzip, also allein nach dem günstigsten Preis, ist dies nach

den obigen Ausführungen gemäß § 97 Abs. 5 GWB zulässig. In diesem Fall aber muss sich der Aufwand des Auftraggebers in einem bloßen Vergleich der Angebotspreise erschöpfen. Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, ist dies gerade nicht mehr der Fall. Der Aufwand der Antragsgegnerin erschöpfte sich gerade nicht in einem bloßen Vergleich der Angebotspreise. Durch Zulassung von Nebenangeboten hatte sich der Aufwand der Antragsgegnerin erheblich erhöht. Die mit der Zulassung von Nebenangeboten verbundene Beurteilung der Vor- und Nachteile von unterschiedlichen Varianten, Prüfung der Einhaltung von aufgestellten Mindestanforderungen, Beurteilung ihrer Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistung sowie die Abwägung mit möglichen Preisersparnissen würde letztlich zu einer umfassenden Abwägung aller Aspekte des Angebots und gerade nicht mehr zu einer Auftragsvergabe allein nach dem Kriterium des Preises führen. Dass die Zulassung von Nebenangeboten mit einem wesentlich erhöhten Aufwand verbunden war, zeigt letztlich auch der Umstand, dass sich die Antragsgegnerin externen Sachverständigen bedienen musste, um die Einhaltung der Mindestbedingungen bzw. die Gleichwertigkeit der Nebenangebote zur ausgeschriebenen Leistung prüfen zu können. Dieser Aufwand ist mit dem Minimalprinzip nicht vereinbar.

Insofern liegt in der Entscheidung der erkennenden Kammer entgegen der Auffassung der Beigeladenen keine „einfache Übertragung der Rechtsgedanken der Entscheidung des OLG Düsseldorf“, sondern eine europarechtskonforme Auslegung der nationalen Vergaberegeln.

b) Die fehlerhafte Zulassung von Nebenangeboten führt dazu, dass neben dem Nebenangebot der Antragstellerin auch alle weiteren Nebenangebote auszuschließen sind. Die Berücksichtigung eines anderen Nebenangebots, etwa des für den Zuschlag vorgesehenen Nebenangebots der Beigeladenen, würde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aus §. 97 Abs. 2 Satz 2 GWB verletzen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in allen Phasen des Vergabeverfahrens zu beachten und dient dazu, die Vergabeentscheidung im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs auf willkürfreie, sachliche Erwägungen zu stützen (ausgehend von der Entscheidung des BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06; vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.02.2007 - 17 Verg 5/06; OLG Frankfurt, Beschluss



vom. 19.12.2006 - 11 Verg 7/06; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.04.2007 - 1 VK LVwA 4/07). Die Antragstellerin hat ein Recht auf Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 2 GWB), auf dessen Einhaltung sie als Bieterin in einem Vergabeverfahren Anspruch hat (§ 97 Abs. 7 GWB). Es wäre mit § 97 Abs. 2 GWB nicht zu vereinbaren, das Nebenangebot der Antragstellerin aufgrund seiner Eigenschaft als Nebenangebot aus der Wertung zu nehmen und gleichzeitig den Zuschlag auf ein Angebot – nämlich das der Beigeladenen – zu erteilen, dem ebenfalls der gleiche Makel eines zwingenden Ausschlussgrundes, nämlich der Makel eines nicht zuzulassenden Nebenangebots, anhaftet (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.07.2007 - Az.: 1 Verg 3/07; erkennende Kammer, Beschluss vom 07.02.2008 – VK-SH 29/07).

c) Zwar verbleiben nach Ausschluss aller Nebenangebote zwei Hauptangebote in der Wertung, weshalb ein Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 a) VOB/A nicht einschlägig ist. Jedoch stellt die fehlerhafte Zulassung von Varianten einen schwerwiegenden anderen Grund im Sinne des § 26 Nr. 1 c) VOB/A dar [aa]. Dem steht nicht entgegen, dass der schwerwiegende andere Grund im Sinne des § 26 Nr. 1 c) VOB/A aus dem Verantwortungsbereich der Antragsgegnerin herrührt [bb]. Die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Aufhebung ihrer Ausschreibung ist auch von der Entscheidungskompetenz der erkennenden Kammer gedeckt [cc].

aa) Die fehlerhafte Zulassung von Varianten stellt einen schwerwiegenden anderen Grund im Sinne des § 26 Nr. 1 c) VOB/A dar.

An einen Aufhebungsgrund sind wegen der von den Bietern aufgewandten Kosten sowie der aufgewandten Zeit strenge Anforderungen zu stellen. Als schwerwiegende Gründe im Sinne des § 26 Nr. 1 c) VOB/A kommen daher nur solche Mängel in Betracht, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrages selbst ausschließen. Die Feststellung eines schwerwiegenden Grundes erfordert daher eine Interessenabwägung, für die die jeweiligen Verhältnisse des Einzelfalls maßgeblich sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.01.2005 - Verg 72/04). Die Aufhebung und gegebenenfalls die Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens kommt als „ultima ratio“ immer dann in Betracht, wenn das bisherige Verfahren mit einem derart schwerwiegenden Mangel behaftet ist, dass dieser im Rahmen einer chancenglei-

chen und wettbewerbsgerechten Eignungs- und Angebotsprüfung nicht mehr heilbar ist (erkennende Kammer, Beschluss vom 26.11.2009 – VH-SH 22/09; Beschluss vom 23.10.2009 – VK-SH 14/09 für den Fall, dass die Bekanntmachung eine Formulierung enthält, die eine Vergabe im Wettbewerb faktisch ausschließt).

Dies ist im streitgegenständlichen Fall gegeben.

In der Zulassung von Varianten bei gleichzeitiger Festlegung des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium liegt ein schwerwiegender Mangel, der im Rahmen einer chancengleichen und wettbewerbsgerechten Eignungs- und Angebotsprüfung nicht mehr heilbar ist. Denn sowohl die Frage, ob der Auftraggeber Varianten zulässt oder nicht, als auch die Festlegung der Zuschlagskriterien sind ganz wesentlich für den Verlauf eines Vergabeverfahrens. Durch die Zulassung oder Nichtzulassung von Varianten bestimmt sich maßgeblich der Beschaffungsgegenstand eines Auftraggebers. Danach bestimmt sich bereits vor der eigentlichen Wertung, welche Angebote / was für eine Art von Angeboten – nur Hauptangebote oder auch Nebenangebote – überhaupt miteinander konkurrieren und welche Angebote damit überhaupt für den Zuschlag in Betracht kommen können. Die Zuschlagskriterien stellen ebenfalls einen grundlegenden Bestandteil eines Vergabeverfahrens dar. Nachdem vorab entschieden wurde, ob grundsätzlich nur Hauptangebote oder auch Nebenangebote in die vierte Wertungsstufe eintreten können, entscheidet der Auftraggeber dann anhand der Zuschlagskriterien, welches der Angebote, die die vierte Wertungsstufe erreicht haben, den Zuschlag erhält. In einer Konstellation wie der streitgegenständlichen, in der sich diese beiden Bestandteile gegenseitig auszuschließen, liegt ein schwerwiegender Mangel, der die weitere Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrages ausschließt.

bb) Der Annahme eines Aufhebungsgrundes nach § 26 Nr. 1 c) VOB/A steht auch nicht entgegen, dass der Grund für die Aufhebung – der schwerwiegende Mangel des Vergabeverfahrens - aus dem Verantwortungsbereich der Antragsgegnerin herührt.

Die Frage, ob der Auftraggeber den schwerwiegenden Mangel zu vertreten hat (vgl. BGH, Urteil vom 08.09.1998 - X ZR 99/96; OLG Naumburg, Beschluss vom

13.10.2006 - 1 Verg 7/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.02.2005 - VII-Verg 72/04; VK Bund, Beschluss vom 31.08.2009 - VK 1-152/09), ist allein unter dem Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht erheblich, denn der Auftraggeber, der den Aufhebungsgrund zu vertreten hat, macht sich gegenüber dem Unternehmer Schadensersatzpflichtig, der durch die Beteiligung am Angebotsverfahren erhebliche Aufwendungen getätigt hat.

Nicht aber führt ein Vertretenmüssen des Auftraggebers ohne Weiteres dazu, dass ein schwerwiegender Grund im Sinne des § 26 Nr. 1 c) VOB/A entfällt. Vielmehr kann trotz des Umstandes, dass der schwerwiegende Mangel des Vergabeverfahrens aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers herrührt, ein schwerwiegender Grund im Sinne dieser Vorschrift gegeben sein, wenn die Bejahung eines schwerwiegenden Grundes das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung ist. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es der Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeberin, die an Recht und Gesetz gebunden ist, verwehrt ist, den vergaberechtlich vorliegenden Verstoß zu perpetuieren oder zu verschlimmern, indem sie auf die mit einem schwerwiegenden Mangel behaftete Ausschreibung einen Zuschlag erteilt (OLG Schleswig, Beschluss vom 09.03.2010, 1 Verg 4 / 09).

Zu einer Aufhebung seiner Ausschreibung kann der öffentliche Auftraggeber insbesondere dann veranlasst sein, wenn die Korrektur des Fehlers im Laufe des Vergabeverfahrens und dessen Fortsetzung nicht mehr möglich ist, weil sich der Fehler auf die Erstellung der Angebote ausgewirkt hat (VK Bund, Beschluss vom 31.12.2009 - VK 1-152/09) hat und weil darüber hinaus Alternativen zu einer Aufhebung nicht existieren. Daraus ist abzuleiten, dass ein "Vertretenmüssen" des zur Aufhebung der Ausschreibung führenden Grundes dann der Aufhebung nicht entgegensteht, wenn das Vergabeverfahren im Hinblick auf den Aufhebungsgrund nicht mehr diskriminierungsfrei und unter Einhaltung des Transparenz- sowie des Gleichbehandlungsgebotes wirksam fortgesetzt werden kann. Dies ist hier der Fall (siehe dazu näher unten zu (i)). Die Möglichkeit, bei einem solchen sachlichen Grund eine Ausschreibung durch Aufhebung zu beenden, ist notwendige Folge davon, dass es Zweck des Vergabeverfahrens ist, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren zu gewährleisten (OLG Schleswig, a.a.O.).

cc) Die Aufhebung der Ausschreibung ist auch von der Entscheidungskompetenz der erkennenden Kammer gedeckt. Zum einen stellt eine Aufhebung das einzige und damit gleichzeitig das mildeste Mittel zur Beseitigung des dem Vergabeverfahren anhaftenden schwerwiegenden Mangels dar [(i)], zum anderen steht der Aufhebung auch keine fehlende Rüge entgegen [(ii)].

(i) § 26 VOB/A ist von seinem Wortlaut her zwar eine Kann-Vorschrift („Die Ausschreibung kann aufgehoben werden“). Eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung aufzuheben, kommt allerdings dann in Betracht, wenn dies unabweislich ist und keine mildereren Maßnahmen zur Verfügung stehen, um den festgestellten Vergabefehler zu beseitigen (OLG Koblenz, Beschluss vom 08.12.2008 - 1 Verg 4/08; erkennende Kammer, Beschluss vom 07.02.2008 – VK-SH 27/08).

Dies ist hier der Fall.

So hat die Antragsgegnerin zum einen in Ziffer II.1.9) eindeutig Varianten zugelassen und zum anderen in Ziffer VI. 3) als einziges Zuschlagskriterium den Preis mit einer Gewichtung von 100% bekannt gegeben. Der festgestellte Vergabefehler war damit bereits in der Bekanntmachung angelegt und konnte daher allein durch eine Aufhebung beseitigt werden. Eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor der Bekanntmachung wäre zwar auch denkbar, kommt aber letztlich einer Aufhebung gleich.

Aus diesem Grund wäre eine bloße Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen, vor Angebotsabgabe oder aber vor Eintritt in die 4. Wertungsstufe nicht geeignet, um den festgestellten Vergabefehler zu beseitigen.

Auch eine bloße Nichtberücksichtigung aller eingegangenen Nebenangebote bei alleiniger Wertung der Hauptangebote ist kein geeignetes Mittel zur Beseitigung des schwerwiegenden Mangels, da dies eine Verletzung sowohl des Wettbewerbsprinzips als auch des Transparenzgebotes als auch des Gleichbehandlungsgebotes darstellen würde. Gemäß § 97 Abs. 1 GWB hat der öffentliche Auftraggeber Leistungen

„im Wettbewerb“ und „im Wege transparenter Vergabeverfahren“ zu beschaffen. Zudem hat er alle Teilnehmer „gleich zu behandeln“. Von insgesamt 5 Bietern, die Angebote abgegeben haben, haben lediglich 2 Bieter, darunter die Antragstellerin, ein Hauptangebot abgegeben. Die verbleibenden 3 Bieter haben allesamt lediglich ein oder mehrere Nebenangebote abgegeben und auf deren Zulässigkeit vertraut. Es verstieße es gegen das Gebot der Beschaffung im Wege transparenter Vergabeverfahren, wenn die Antragsgegnerin nachträglich ihre Ausschreibungsbedingungen veränderte, nämlich auf Hauptangebote beschränkte. Auch mit dem Gleichbehandlungsgebot aus § 97 Abs. 2 S. 1 GWB ließe sich eine alleinige Wertung der Hauptangebote nicht vereinbaren. Die Antragsgegnerin hatte ausweislich ihrer Bekanntmachung Varianten ausdrücklich zugelassen. Unter der Voraussetzung, dass die Nebenangebote die Mindestanforderungen erfüllten, und gegebenenfalls nach einer erfolgreichen Gleichwertigkeitsprüfung sollten danach Nebenangebote den eingegangenen Hauptangeboten gleichgestellt sein. Eine nachträgliche Nichtwertung der – ausdrücklich zugelassenen – Nebenangebote würde die Bieter, die im Vertrauen auf die Bekanntmachung lediglich ein Nebenangebot abgegeben haben, benachteiligen. Außerdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass einige der Bieter, die lediglich ein Nebenangebot abgegeben haben, bei Kenntnis von einer nachträglichen Nichtwertung der Nebenangebote ebenfalls ein Hauptangebot abgegeben hätten.

Die einzige Möglichkeit des Antragsgegners, eine Beschaffung unter Wahrung des Vertrauensschutzes der Bieter und ohne Verletzung des Transparenzgebotes sowie des Gleichbehandlungsgebotes zu gewährleisten, besteht danach ausschließlich in einer Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens, gegebenenfalls mit anschließender erneuter Ausschreibung.

(ii) Die Vergabekammer ist gemäß § 110 Abs. 1 S. 2 GWB zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle zwar *nicht verpflichtet*. Sie *kann* aber gemäß § 114 Abs. 1 S. 2 GWB unabhängig von den Anträgen des Antragstellers auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Dieser Grundsatz ist zwar insoweit eingeschränkt, als es sich um einen Verstoß handeln muss, dessen Rüge nicht gemäß § 107 Abs. 3 GWB präkludiert sein darf (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 11.02.2010 - 13 Verg 16/09).

Eine solche Präklusion aber liegt hier entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht vor.

Der Verstoß gegen Art. 24 der Richtlinie – also die Rechtswidrigkeit der Zulassung von Nebenangeboten bei gleichzeitiger Festlegung des alleinigen Zuschlagskriteriums Preis – war für die Antragstellerin nicht nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB bereits aufgrund der Bekanntmachung erkennbar. Erkennbar sind solche Regelverstöße, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.02.2008 – VII-Verg 41/07). Maßgebend kann dabei auch sein, ob das Unternehmen schon erhebliche Erfahrungen mit öffentlichen Aufträgen hat und daher gewisse Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden können (VK Arnsberg, B. v. 18.01.2008 – VK 01/08; Beschluss vom 15.11.2007, VK 2 - 108 / 07). Ein Vergaberechtsverstoß etwa, der sich durch bloßes Lesen der einschlägigen Normen und einen Vergleich mit dem Bekanntmachungstext ohne weiteres feststellen lässt, ist für jeden erkennbar, der über die intellektuellen Fähigkeiten verfügt, die notwendig sind, um ein Angebot zu erstellen oder gar ein Unternehmen zu leiten (OLG Koblenz, Beschluss vom 07.11.2007 – 1 Verg 6/07). So liegt der Fall hier indes nicht. Bereits das vorliegende Nachprüfungsverfahren selbst zeigt, dass keiner der Beteiligten einschließlich deren Verfahrensbevollmächtigten den Vergaberechtsverstoß gegen Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie erkannt hat. Erst anlässlich des rechtlichen Hinweises der ererkennenden Kammer haben die Beteiligten Stellung zur Frage eines Verstoßes gegen Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie genommen und diesen im Ergebnis sogar verneint. Die Norm des Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie fällt nicht in den Bereich der „gewissen Rechtskenntnisse“, die von einem bietenden Unternehmen vorausgesetzt werden dürfen. Insofern war der Verstoß für die Antragstellerin nicht „erkennbar“.

„Erkannt“ im Sinne von § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hat die Antragstellerin den Vergaberechtsverstoß frühestens mit Erteilung des rechtlichen Hinweises durch die Kammer und damit nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Für solche Vergaberechtsfehler, die der antragstellenden Partei erst während des laufenden Vergabenaachprüfungsverfahrens bekannt werden, besteht die Rügeobliegenheit nicht (statt vieler: OLG Schleswig, Beschluss vom 05.04.2005 - 6 Verg 1/05; erkennende Kammer, Beschluss vom 09.07.2010 – VK-SH 11/10).

Nach alledem war der Antrag begründet.

d) Ohne dass es noch entscheidend darauf ankommt, spricht Überwiegendes dafür, dass die Verdingungsunterlagen der Antragstellerin in mehreren wesentlichen Punkten missverständlich formuliert sind und daher nicht zu vergleichbaren Angeboten führen konnten. Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin Nebenangebote ohnehin nicht hätte zulassen dürfen, erscheint zweifelhaft, ob ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen Nichterfüllung der Mindestbedingungen angesichts unklarer Formulierungen überhaupt auf die Verdingungsunterlagen hätten gestützt werden dürfen. Dies betrifft die Frage, ob objektiv andere Gründungsarten als eine so genannte Tiefgründung zugelassen waren, ob als Gründungsart zwingend eine säulengebundene Lösung angeboten werden musste und ob im Falle einer säulengebundenen Gründungsart in jedem Fall eine Ummantelung zwingend vorgeschrieben war.

Zwischen den Parteien blieb auch noch in der mündlichen Verhandlung die Frage streitig, ob als Gründungsart zwingend eine säulengebundene Lösung angeboten werden musste oder ob auch gänzlich andere Gründungsarten, wie etwa eine so genannte Flachgründung, zugelassen waren. Zu dieser Frage heißt es in Ziffer 1.5 der Baubeschreibung zu den Mindestbedingungen für Nebenangebote „Mit Nebenangeboten für eine von der Ausschreibung abweichende Gründung sind Referenzen (...) vorzulegen.“ Die Ausschreibung sah Sandsäulen mit Geotextilummantelung vor. Nach der Formulierung „für eine von der Ausschreibung abweichende Gründung“ kamen danach verschiedenartige Abweichungen von der Ausschreibung in Betracht. Eine Abweichung konnte nach dieser Formulierung etwa darin bestehen, statt Sandsäulen Säulen mit Ortbetonfüllung anbieten oder aber statt der ausgeschriebenen Geotextilummantelung eine Ummantelung aus anderen Materialien. Zudem spricht nach der offen gehaltenen zitierten Formulierung „eine von der Ausschreibung abweichende Gründung“ vieles dafür, dass die Bieter darüber hinaus auch in größerem Ausmaß von der Ausschreibung abweichen konnten, indem sie nämlich eine Lösung gänzlich ohne Säulen wählen. Gleichzeitig aber stellte die Antragsgegnerin im Folgenden als Mindestbedingungen für Nebenangebote unter anderem auf: „prüffähige

Vorstatik (...) mit Angabe der Säulenraster und Säulendurchmesser“. Der Antragstellerin ist insoweit zuzugeben, dass diese Formulierung dahingehend ausgelegt werden könnte, dass als von der Ausschreibung abweichende Gründungen nur solche zugelassen waren, die den Einsatz von Säulen vorsahen, da anderenfalls die „Angabe der Säulenraster und Säulendurchmesser“ nicht nachvollziehbar ist. Andererseits ist auch die Einlassung der Antragsgegnerin nachvollziehbar, wonach die Angabe der Säulenraster und Säulendurchmesser ausschließlich dann gefordert sei, wenn überhaupt säulenförmige Gründungselemente angeboten würden.

Auch bezüglich der Frage der Ummantelung sind die Verdingungsunterlagen nicht eindeutig. Nachdem die Antragsgegnerin in Ziffer 1.5 der Baubeschreibung zunächst unmissverständlich verlangt hatte „Säulenförmige Gründungselemente müssen ummantelt sein“, weichte sie diese Forderung im Folgenden sowie auch in ihrem Schreiben vom 01.06.2010 wieder auf, indem sie erklärte, eine Ummantelung sei erforderlich „um ein unkontrolliertes seitliches Eindringen des Gründungsmaterials in den anstehenden Boden zu verhindern“. Diese Formulierung lässt die Frage offen, ob auch dann eine Ummantelung erforderlich ist, wenn die Gefahr eines seitlichen Eindringens des Gründungsmaterials nicht gegeben oder mithilfe anderer Methoden verhindert werden kann. Unklar ist in diesem Zusammenhang auch der nachfolgende Satz „Dies gilt auch für den Herstellungsprozess bei anderen Gründungssystemen. Worauf bezieht sich das „Dies“? Darauf, dass in jedem Fall eine Ummantelung erforderlich ist – dies würde wieder dafür sprechen, dass in jedem Fall eine säulengebundene Gründung vorgeschrieben war – oder darauf, dass in jedem Fall ein seitliches Eindringen des Gründungsmaterials verhindert werden muss? In ihrem Schreiben vom 09.06.2010 schließlich verlangte die Antragsgegnerin ab einem  $c_u$ -Wert  $< 15 \text{ kN/m}^2$  bei der Herstellung von Säulen eine Ummantelung. Im Folgesatz aber führte sie aus, eine temporäre Verrohrung, die nur während der Herstellung eingesetzt werde, sei nicht ausreichend bzw. die Machbarkeit der einwandfreien Herstellung sei über entsprechende Zulassungen / Referenzen darzustellen. Der zweite Halbsatz „bzw. die Machbarkeit der einwandfreien Herstellung über entsprechende Zulassungen / Referenzen darzustellen“ deutet demgegenüber darauf hin, dass durchaus auch eine nur temporäre Verrohrung statt Ummantelung ausreichend sein kann.



Entscheidet sich die Antragsgegnerin für eine erneute Ausschreibung der Leistung, hat sie ihre Verdingungsunterlagen so zu gestalten, dass jeder verständige Bieter unmissverständlich erkennt, welche Gründungsformen überhaupt zugelassen sind und ob im Falle einer säulengebundenen Gründung in jedem Fall eine Ummantelung erforderlich ist oder unter welchen Umständen auf diese verzichtet werden kann.

### III.

1. Die Kostenentscheidung hinsichtlich der Gebühren der Kammer folgt aus § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB.

Danach haben der Antragsgegner und der Beigeladene die Kosten (Gebühren und Auslagen) der Vergabekammer zu tragen, da beide im Verfahren unterliegen. Beantragen mehrere Verfahrensbeteiligte die Abweisung eines Nachprüfungsantrages und wird dem Nachprüfungsantrag im Ergebnis stattgegeben, so sind diese Beteiligten gemeinsam als Unterlegene anzusehen (OLG Naumburg, Beschluss vom 17.1.2001 - 1 Verg 1/01 - K; 3. VK Bund, Beschluss vom 21.08.2008 - VK 3 - 113/08; Beschluss vom 15.08.2008 - VK 3 - 107/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11.2004, Verg 69/04, Beschluss vom 13.08.2003; Verg 1/02; OLG Jena, Beschluss vom 04.04.2003; 6 Verg 4/03, m.w.N.). Im vorliegenden Fall sind die Antragsgegnerin und die Beigeladene als unterlegen anzusehen, da ihre Sachanträge – Abweisung des Nachprüfungsantrags – zurückgewiesen wurden und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin letztlich Erfolg hat.

Nachprüfungsverfahren nach § 107 ff. GWB sind gebührenpflichtig. Die Gebühr beträgt mindestens 2.500,00 EUR und soll den Betrag von 50.000,00 EUR nicht überschreiten (§ 128 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB).

Die konkrete Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens, dies ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Verwaltungskostengesetz Schleswig-Holstein. Zwar bezieht sich der Verweis auf das "Verwaltungskostengesetz" in § 128 Abs. 1 GWB aus kompetenzrechtlichen Gründen lediglich auf das Bundesverwaltungskostengesetz. Gleiches muss aber

auch für die Landesverwaltungskostengesetze im Kompetenzbereich der Länder gelten. Denn das Vergabenachprüfungsverfahren ist seinem Charakter nach letztlich ein Verwaltungsverfahren (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 17.09.2002 - 1 Verg 8/02).

Der Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist von sehr hoher wirtschaftlicher Bedeutung für alle Verfahrensbeteiligten. Das wird durch das streitgegenständliche Auftragsvolumen deutlich. Der Gegenstandswert eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer errechnet sich grundsätzlich nach der Bruttoangebotssumme des Angebotes des Antragstellers (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 01.10.2009 - 1 Verg 6/09). Dieses beträgt vorliegend xxx EUR. Der personelle und sachliche Aufwand bei der Vergabekammer ist als durchschnittlich anzusehen, da die Verfahrensbeteiligten im üblichen Rahmen vorgetragen haben; der Umfang der von der Vergabekammer auszuwertenden Vergabeakten ist durchschnittlich gewesen; es hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden, zudem ist eine Beiladung erfolgt, auch haben die Antragstellerin und die Beigeladene Akteneinsicht genommen.

Zur Bemessung ihrer Gebühren wendet die Kammer im Regelfall eine Gebührenstafel an, wonach die in § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB normierte Mindestgebühr von 2.500 Euro bei Auftragswerten bis zu 80.000 EUR anfällt, die reguläre gesetzliche Höchstgebühr von 50.000 Euro bei Auftragswerten von 140 Mio. Euro und mehr entsteht und bei der für die dazwischen liegenden Auftragswerte die jeweilige Gebühr durch lineare Interpolation ( $\text{Gebühr} = 2.500 \text{ Euro} + [50.000 \text{ Euro} - 2.500 \text{ Euro}] / [140 \text{ Mio. Euro} - 80.000 \text{ Euro}] \times [\text{Auftragsvolumen} - 80.000 \text{ Euro}]$ ) ermittelt wird. Bei einer Auftragssumme von xxx EUR ergibt sich danach zunächst eine Gebühr in Höhe von xxx EUR.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 kann die Gebühr zwar aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Als Billigkeitsgründe sind dabei jedoch nur solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung sowie dem erforderlichen Verwaltungsaufwand stehen. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der zunächst erfolgten Verbindung des streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahrens mit dem Nachprüfungsverfahren SH-13/10 eine gemeinsame mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Aufgrund des

reduzierten Aufwands der Kammer erscheint eine Ermäßigung der Gebühr um ein Drittel, mithin auf xxx EUR, angemessen.

Gemäß § 128 Abs. 3 Satz 6 GWB kann aus Gründen der Billigkeit von der Erhebung der Gebühren ganz oder teilweise abgesehen werden. Diese Ermäßigungsmöglichkeit kann jedoch nur dann Anwendung finden, soweit dadurch Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die nicht im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung oder dem Verwaltungsaufwand stehen. Anhaltspunkte für derartige Erwägungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Danach ergibt sich für die Antragsgegnerin und die Beigeladene hinsichtlich der Gebühren der Kammer eine Kostenpflicht in Höhe von jeweils xxx EUR.

Die Antragsgegner sind gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG SH von der Pflicht zur Zahlung der Gebühren befreit.

2. Die Frage der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin ist auf den Einzelfall bezogen zu prüfen, wobei sich die Entscheidung an folgenden Grundsätzen ausrichtet: In der Regel ist die Beauftragung eines Rechtsanwaltes durch einen Antragsteller auch deshalb als notwendig i.S.d. §§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB, 120 Abs. 3 Satz 2 LVwG anzuerkennen, da eine Einschränkung auf in besonderem Maße schwierige und bedeutsame Nachprüfungsverfahren weder geboten scheint noch praktisch brauchbar ist, sich eine Grenze für Schwierigkeit oder Bedeutung solcher Verfahren kaum angeben lässt und im Interesse einer zeitnahen Erfüllung von verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflichten Kleinlichkeit bei der Beurteilung der Notwendigkeit fehl am Platze ist. Von daher ist es sachgerecht, auf Seiten der Antragstellerin die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Regelfall anzuerkennen und Ausnahmen im Einzelfall nur für einfache tatsächliche oder ohne Weiteres zu beantwortende rechtliche Fragen vorzubehalten (vgl. nur OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.09.2004 - 1 Verg 5/04; OLG Schleswig, B. v. 15.07.2003 - 6 Verg 6/03, m.w.N.). Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts von Seiten der Antragstellerin war aufgrund der hier vorliegenden

Bedingungen von daher notwendig und ist damit im Rahmen des § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB erstattungsfähig.

Die der Antragstellerin für ihre Rechtsverfolgung entstandenen Kosten tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte. Die Kostenpflicht des Beigeladenen ergibt sich daraus, dass sie sich mit ihrem Antrag und Vortrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Antragstellerin gestellt und sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.02.2006, Verg 57/05; OLG Schleswig, Beschluss vom 02.08.2004, 6 Verg 15/03, m.w.N.).

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gemäß § 116 Abs. 1 GWB kann gegen diese Entscheidung sofortige Beschwerde eingelegt werden. Sie wäre innerhalb einer Notfrist von 2 Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel 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.

Mit Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten (§ 117 Abs. 4 GWB).

---

Tahal

---

Schulz

---

Bergemann