



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Widersprüchlichkeiten hinsichtlich der Vorlage von Eignungsnachweisen in den Bekanntmachungstexten und den Verdingungsunterlagen, gehen nicht einseitig zu Lasten des Antragstellers. Die Unvollständigkeit des Angebots des Antragstellers führt in diesem Fall nicht zur fehlenden Antragsbefugnis.**
- 2. Preisnachlässe sind nicht Inhalt des Hauptangebotes, sondern stellen eine Art Nebenangebot dar. Sie können deshalb nicht zusammen mit dem Hauptangebot gewertet werden, sondern sind als Nebenangebote gemäß §§ 25 Nr. 5, 21 Nr. 4 VOB/A zu werten.**
- 3. Eine Vergabestelle ist nicht verpflichtet, positiv alle möglichen Gesichtspunkte aufzuführen, die von einem Nebenangebot erfüllt werden sollen. Vielmehr ist es völlig ausreichend, wenn eine Vergabestelle eine „Negativabgrenzung“ hinsichtlich der Mindestanforderungen für Nebenangebote macht.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zum Neubau von Entwässerungsleitungen

VK 25/05

der Bietergemeinschaft

Verfahrensbevollmächtigte

gegen

die **Verfahrensbevollmächtigte**

Beigeladene

Bietergemeinschaft

Verfahrensbevollmächtigte

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 16.12.2005 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Schiborski

am **21. Dezember 2005** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb das Bauvorhaben Hauptvorfluter vom xxxxxxxxxx bis xxxxxxxxstraße in xxxxxxxxxxxxxxxxx in einem offenen Verfahren europaweit nach der VOB/A aus. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf ca. 6 bis 7 Mio. Euro. Als Zuschlagskriterium nannte die Antragsgegnerin den niedrigsten Preis.

In der Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften forderte die Antragsgegnerin unter Ziffer III. 2.1.1 -Rechtslage- Geforderte Nachweise- einige Nachweise zur wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit. In den nationalen Bekanntmachungen und in den Vordrucken, die die Antragsgegnerin den Bietern übersandte, werden diese Nachweise entweder überhaupt nicht mehr gefordert oder diese Nachweise sind auf Verlangen der Vergabestelle einzureichen.

In den Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) bestimmte die Antragsgegnerin unter Ziffer 7: „Die Abgabe von Nebenangeboten für besondere Verfahren oder Bauweisen und ggf. mit geänderten Ausführungsfristen ist dem Auftragnehmer freigestellt, hierbei ist jedoch auch der letzte Fertigstellungstermin Februar 2007 bindend. Hierbei muss die Kostensumme des Nebenangebotes genau wie beim Hauptangebot nach Einzelpreisen aufgegliedert und mit einer Zusammenstellung der Endbeträge so kenntlich gemacht werden, dass ein einwandfreier Vergleich mit dem Hauptangebot möglich ist. Das Nebenangebot ist mit einer rechtsverbindlichen Unterschrift und einer Massengarantie zu versehen. Nebenangebote bezüglich der Wahl anderer Rohr- und Schachtmaterialien werden nicht zugelassen.“

In Ziffer 3.6 der Bewerbungsbedingungen der Antragsgegnerin (BewB-VOB, Fassung April 2003) wird bestimmt: „Soweit Preisnachlässe ohne Bedingungen gewährt werden, sind diese an der bezeichneten Stelle (letzte Angebotsseite) aufzuführen; sonst dürfen sie bei der Wertung nicht berücksichtigt werden. Nicht zu wertende Preisnachlässe ohne Bedingungen bleiben Inhalt des Angebotes und werden im Fall der Auftragserteilung Vertragsinhalt.“

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 12 Angebote. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot und 23 Nebenangebote vor.

Die mit Beschluss vom 21. November 2005 Beigeladene legte ein Hauptangebot und insgesamt 9 Nebenangebote vor. Für das Angebot verwandte sie einen von der Antragsgegnerin überlassenen Vordruck. In dem Vordruck wird unter Ziffer 13.2 für die Bieter die Möglichkeit eröffnet, einen Preisnachlass ohne Bedingungen in % anzugeben. Dort vermerkte die Beigeladene: „s. auch Anschreiben.“ Unter dieser Spalte des Vordrucks trug sie handschriftlich ein: „pauschal 100.000 € -einhunderttausend- brutto“. In ihrem Anschreiben vermerkte sie dazu:

“In den nächsten Wochen werden wir die Arbeiten auf unseren Baustellen in Gelsenkirchen abgeschlossen haben. Aufgrund dessen gewähren wir auf unser Angebot einen pauschalen Nachlass in Höhe von 100.000 € brutto (ohne Bedingungen).“

Weder die Antragstellerin noch die Beigeladene hatten ihrem Angebot bestimmte Eignungsnachweise, wie eine eidesstattliche Erklärung, beigelegt.

Im Submissionstermin am 18.08.2005 übersah die Antragsgegnerin im Angebot der Beigeladenen zunächst den pauschalen Nachlass in Höhe von 100.000 €. Nachdem sie das festgestellt hatte, informierte sie sämtliche Bieter mit Schreiben vom 23.08.2005 u.a. darüber, dass in der Zeile 8 des Protokolls bei der Beigeladenen der Nachlass von 100.000 € fehle. Dieser Nachlass werde bei der Wertung der Angebote berücksichtigt, führte sie weiter aus.

Mit Schreiben vom 05.09.2005 und 27.09.2005 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Berücksichtigung dieses Nachlasses im Angebot der Beigeladenen und wies die Antragsgegnerin auf eine Entscheidung des OLG Dresden hin.

Die Beigeladene hat –nachdem sie von dieser Rüge Kenntnis erlangte- mit Schreiben vom 29.09.2005 der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie die Rüge der Antragstellerin für verspätet halte. Zudem habe die Antragsgegnerin durch die Mitteilung an die Bieter mit Schreiben vom 23.08.2005, eine sich selbst bindende Entscheidung hinsichtlich der Wertung des Nachlasses getroffen und sie könne jetzt nicht mehr davon abweichen. Sollte die Antragsgegnerin dennoch bei ihrer Wertung den Nachlass nicht berücksichtigen, rüge sie dies bereits vorsorglich.

Nach Prüfung der Angebote und insbesondere der zahlreichen Nebenangebote vermerkte die Antragsgegnerin in ihrem Vergabevermerk vom 19.10.2005 hinsichtlich dieses Nachlasses: „Dieser Nachlass kann nach dem Urteil des Oberlandesgerichtes Dresden Vergabesenat, WVerg 0019/02 vom 08.11.2002, sowie einer Entscheidung der Vergabekammer Leipzig, nicht berücksichtigt werden und geht deshalb nicht in die Wertung des Angebotes ein.“ Die Sondervorschläge (Nebenangebote) der Beigeladenen und der Antragstellerin hat sie hingegen weitestgehend berücksichtigt und gewertet.

Vergleicht man die Hauptangebote der Antragstellerin und der Beigeladenen, so liegt die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von ca. 6,66 Mio. € auf dem ersten Rang, gefolgt von der Beigeladenen mit einer Angebotssumme von ca. 6,68 Mio. €. Bei der Angebotssumme im Angebot der Beigeladenen war der Nachlass nicht in Abzug gebracht worden.

Unter Einbeziehung der Nebenangebote rückt das Angebot der Beigeladenen mit einer Auftragssumme von 6,19 Mio. € auf den ersten Rang, gefolgt von dem Angebot der Antragstellerin mit ca. 6,20 Mio. €.

Mit Schreiben vom 20.10.2005 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot aus wirtschaftlichen Gründen nicht berücksichtigt werden könne. Der Zuschlag soll auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 25.10.2005 diese Entscheidung, weil die Berücksichtigung eines pauschalen Nachlasses, wie im Angebot der Beigeladenen vorgesehen, nach den Verdingungsunterlagen nicht zulässig sei. Mit Schreiben vom

26.10.2005 teilte ihr die Antragsgegnerin mit, dass der angebotene pauschale Nachlass im Angebot der Beigeladenen in Höhe von 100.000 € nicht gewertet worden sei.

Nach anwaltlicher Beratung rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 31.10.2005 ergänzend zu den bisherigen Beanstandungen, dass die Antragsgegnerin auch keine ausreichenden Mindestanforderungen für Nebenangebote in ihren Verdingungsunterlagen bekannt gegeben habe. Sie beantragte die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, was zur Zustellung des Antrages am 02.11.2005 führte.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr sei der Zuschlag zu erteilen, weil sie bei Nichtwertung der Nebenangebote das günstigste Hauptangebot abgegeben habe und das Angebot der Beigeladenen wegen der Änderungen an den Verdingungsunterlagen zwingend auszuschließen sei.

Das Angebot der Beigeladenen könne nicht gewertet werden, weil diese durch die Angabe einer absoluten Zahl anstelle des prozentual formularmäßig vorgesehenen und geforderten Nachlasses Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen habe. Die Verdingungsunterlagen seien so beschaffen, dass bei der vom Auftraggeber hierfür vorgesehenen Position für derartige Nachlässe nur das Prozent-Zeichen vorgedruckt war und die Beigeladene mithin etwas anderes angeboten habe, als sie von diesen Vorgaben abweichende Eintragungen machte. Unabhängig von der Wertung des Nachlasses durch die Antragsgegnerin sei deshalb das gesamte Angebot der Beigeladenen wegen dieser Änderung an den Verdingungsunterlagen auszuschließen.

Hilfsweise weist die Antragstellerin darauf hin, dass alle Nebenangebote wegen der fehlenden Vorgabe von Mindestanforderungen von der Wertung auszuschließen seien. Denn die Antragsgegnerin habe insoweit vorher keine ausreichenden Mindestanforderungen für Nebenangebote in ihren Verdingungsunterlagen festgelegt. Rein formelle Vorgaben in den Verdingungsunterlagen seien nicht ausreichend, weil unter Beachtung des Transparenzgrundsatzes jedenfalls ein Mindestmaß an inhaltlichen Vorgaben für Nebenangebote erforderlich sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass sie in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt ist,
2. die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die entsprechende Rechtsverletzung zu beseitigen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag abzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Die Antragstellerin habe die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig gerügt. Sowohl hinsichtlich des Preisnachlasses als auch hinsichtlich der Anforderungen an Nebenangebote, habe die Antragstellerin aus der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen entsprechende Tatsachenkenntnis gehabt. Da die Mitglieder der Antragstellerin sich auch regelmäßig an Vergabeverfahren beteiligen würden, müsste bei ihnen ein gewisses vergaberechtliches Wissen unterstellt werden, so dass ihnen auch die rechtlichen Schlussfolgerungen aus den Tatsachen hinreichend bekannt gewesen sein müssten.

Im Übrigen sei die Rüge der Antragstellerin vom 27.09.2005 nicht mehr unverzüglich gewesen, weil die Antragsgegnerin die Bieter bereits mit Schreiben vom 23.08.2005 über die Berücksichtigung des Preisnachlasses im Angebot der Beigeladenen informiert hatte. In ihrem Schreiben vom 05.09.2005 habe die Antragstellerin lediglich gerügt, dass der Preisnachlass nicht an der richtigen Stelle eingetragen gewesen sei. Sie habe aber nicht gerügt, dass dieser Preisnachlass in pauschaler, statt prozentualer Form, angegeben wurde. Dies habe sie erst am 27.09.2005 beanstandet, was definitiv nicht mehr unverzüglich sei, weil dies bereits dem Schreiben vom 23.08.2005 entnommen werden konnte.

Zudem fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis, weil ihr eigenes Angebot nicht vollständig sei und sie deshalb keine Chance auf Erteilung des Zuschlags habe. Im Angebot der Antragstellerin seien dem Nachunternehmern keine Leistungsverzeichnispositionen (Ordnungsziffern) zugeordnet worden, obwohl dies eindeutig in den Verdingungsunterlagen gefordert war. Insofern könne der Umfang des Nachunternehmereinsatzes nicht ermittelt werden, und zwar auch nicht im Wege der Auslegung. Gleiches gelte für die Angaben zum Koordinator.

Die Antragsgegnerin meint, dass trotz der Ungenauigkeiten in den Verdingungsunterlagen und in den Bekanntmachungstexten im Hinblick auf die geforderten Nachweise nicht pauschal die Antragsbefugnis angenommen werden könne, wenn wie hier die Angaben und Erklärungen im Angebot nicht vollständig gewesen seien. Vielmehr müsse nach der Rechtsprechung des OLG Naumburg, 26.02.2004, 1 Verg 17/03, bei einer derartigen Sachverhaltskonstellation auf den Inhalt der Eu-weiten Vergabebekanntmachung abgestellt werden. Zudem könnten davon keine Nachweise betroffen sein, die eindeutig zu erbringen waren. Sofern die Ungenauigkeiten die betreffenden Angaben nicht betreffen würden, seien diese auf Vollständigkeit zu prüfen und würden ggf. den Ausschluss des Angebots begründen. Das wäre bei dem Nachunternehmereinsatz und den Angaben zum Koordinator der Fall.

Weiterhin behauptet die Antragsgegnerin, sie habe im Submissionstermin den Nachlass im Angebot der Beigeladenen zunächst übersehen und deshalb mit Schreiben vom 23.08.2005 die anderen Bieter darüber informiert. Letztlich habe sie aber diesen pauschalen Nachlass nicht gewertet und sie habe dies auch nicht als eine Änderung an den Verdingungsunterlagen angesehen. Allein der Umstand, dass der Nachlass nicht ordnungsgemäß im Submissionstermin verlesen worden sei, führe nicht zu dessen Unwertbarkeit.

Im Übrigen meint die Antragsgegnerin, die Entscheidung des OLG Dresden sei auf diesen Fall nicht übertragbar. Ein etwaiger Wertungsausschluss beträfe nur den Preisnachlass, aber nicht das gesamte Angebot. Denn die Ausschlussgründe dienen nicht der Sanktion der Bieter, sondern sollen insbesondere die Gleichbehandlung sicherstellen. Da ein Angebot auch ohne Preisnachlass vergleichbar bleibe, weil die Nachlassforderung doch nur ein zusätzliches

„Angebot“ des Bieters darstelle und das eigentliche Angebot vergleichbar sei, sei seitens der Vergabestelle das mildeste Mittel, also die Nichtwertung des Nachlasses, zu wählen.

Hinsichtlich der Mindestbedingungen für Nebenangebote verweist die Antragsgegnerin auf Punkt 7 ihrer Besonderen Vertragsbedingungen. Auch der EuGH habe in seinem Urteil keine quantitativen Vorgaben zu Mindestanforderungen in Nebenangeboten verlangt. Maßgeblich sei allein, dass der öffentliche Auftraggeber die Gleichwertigkeit der Nebenangebote ohne besondere Schwierigkeiten feststellen könne. Dies sei hier möglich, weil zumindest die wesentlichen Grundvoraussetzungen angegeben worden seien. Zudem vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, die Angabe von Mindestbedingungen sei nur dort erforderlich, wo nicht bereits aus dem Gesamtkontext der Verdingungsunterlagen heraus diese Grundvoraussetzungen für Nebenangebote bestimmt werden könnten.

Im Übrigen meint die Antragsgegnerin, sie habe mit der Antragstellerin hinsichtlich der 23 Sondervorschläge intensive Aufklärungsgespräche geführt und im Rahmen dieser Gespräche habe die Antragstellerin ihr keinen Hinweis auf fehlende Vorgaben von Mindestanforderungen für Nebenangebote gegeben. Unter Hinweis auf eine Entscheidung der VK Münster, Beschluss vom 10.02.2005, VK 35/04, habe der Bieter vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe diesen vermeintlichen Verstoß zu rügen, wenn dies aus den Verdingungsunterlagen deutlich erkennbar sei.

Die Beigeladene meint, die Rüge der Antragstellerin vom 05.09.2005 gegen die geplante Berücksichtigung des Nachlasses, die allen Bietern mit Schreiben vom 23.08.2005 bekannt gegeben wurde, sei nicht unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB innerhalb von drei bis fünf Tagen erfolgt. Insofern könne sie damit nicht mehr gehört werden.

Im Übrigen meint die Beigeladene, durch dieses Schreiben vom 23.08.2005 habe die Antragsgegnerin die Entscheidung darüber zum Ausdruck gebracht, dass dieser Nachlass von ihr gewertet werde. Somit habe sie eine sich selbst bindende Entscheidung abschließend getroffen und den Bietern kenntlich gemacht. Da nicht unverzüglich gerügt worden sei, könne die Antragsgegnerin keine andere Entscheidung mehr treffen. Sie müsse den Nachlass werten.

Die Nichtberücksichtigung des Nachlasses sei aber auch materiell-rechtlich geboten, weil die in Ziffer 3.6 geforderten Anforderungen an Preisnachlässe hier erfüllt worden seien. Es werde ein Preisnachlass ohne Bedingungen erfüllt und dieser sei auch an der richtigen Stelle aufgeführt worden. Damit erfülle das Angebot auch die Anforderungen an die Verdingungsunterlagen.

Der Hinweis auf die Entscheidung des OLG Dresden gehe fehl, weil dort ein variabler Preisnachlass auf den endgültigen Abrechnungspreis in Prozentzahlen gefordert war. Da der Abrechnungspreis in seiner konkreten Höhe zum Zeitpunkt der Wertung noch nicht feststehe, könne ein im Vorhinein fixierter pauschaler Nachlass nicht mit einer variablen Größe verglichen werden. In ihrem Angebot, so trägt die Beigeladene vor, habe sie hingegen zulässigerweise einen von vornherein feststehenden Nachlass auf die Angebotssumme angeboten.

Hinsichtlich der Auffassung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe keine hinreichenden Mindestanforderungen für Nebenangebote bestimmt, meint die Beigeladene, dass damit schon die Antragsbefugnis der Antragstellerin fraglich würde, weil diese selbst 23 Nebenangebote vorgelegt hätte. Jedenfalls sei der Antragstellerin bekannt gewesen, dass die Nebenangebote gewertet wurden, ohne dass sie dies unverzüglich gerügt habe. Damit könne

sie jetzt eine Vergaberüge darauf nicht mehr stützen. Vielmehr verhalte sie sich nunmehr rechtsmissbräuchlich.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin hinreichende Mindestanforderungen für Nebenangebote definiert. Zunächst sei die Entscheidung des EuGH vom 16.10.2003 hier nicht anwendbar, weil diese zu Artikel 19 Abs. 2 der Richtlinie 93/37/EWG vom 14.06.1993 ergangen sei, diese Ausschreibung aber auf Artikel 24 der neuen Richtlinie (RL 2004/18/EG vom 31.03.2004) basiere. Zudem würde der Sinn und Zweck von Nebenangeboten völlig entwertet, wenn der Auftraggeber tatsächlich alle technischen Rahmenbedingungen beschreiben müsste. Das könne man der Entscheidung des EuGH auch nicht entnehmen. Vielmehr müsse eine Gesamtschau der der Ausschreibung zugrunde liegenden Unterlagen vorgenommen werden, die als solche eine Benennung von Anforderungen an Nebenangebote vornehmen. Auch eine Negativabgrenzung würde den Zweck erfüllen. Hinsichtlich der Wahl anderer Rohr- und Schachtmaterialien habe die Antragsgegnerin beispielsweise keine Nebenangebote zugelassen. Weiterhin würde eine detaillierte Beschreibung des Vortriebsverfahrens und auch die vorgesehene Baugrundsicherung als Art der Ausführung gefordert. Die Beigeladene nimmt hierfür Bezug auf die von ihr gekennzeichneten Unterlagen, die sämtlich Mindestanforderungen enthalten würden.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Antrag der Antragstellerin vom 31.10.2005 zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens und die Kosten der Beigeladenen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer bis zum 30.12.2005 verlängert. Am 16.12.2005 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW) und der geschätzte Auftragswert in Höhe von ca. 6 bis 7 Mio. € den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 4 VgV maßgeblichen Schwellenwert übersteigt.

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Die Antragstellerin ist antragsbefugt nach § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit der Vorlage ihres Angebotes Interesse am Auftrag bekundete und sie als zweitplatzierte Bieterin reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags hat, wenn das Angebot der Beigeladenen auszuschließen ist.

Der Antragsbefugnis der Antragstellerin steht nicht entgegen, dass ihr Angebot nicht alle die in Ziffer III. 2.1 der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften

geforderten Nachweise (Eignungsnachweise) enthielt. Insbesondere fehlte im Angebot der Antragstellerin, aber auch im Angebot der Beigeladenen, die Eidesstattliche Erklärung.

Die Antragsgegnerin hat hier aber gegen den Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 1 GWB verstoßen, weil die von ihr geforderten Nachweise in den Veröffentlichungen und den Verdingungsunterlagen widersprüchlich waren. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass genau diese mangelnde Transparenz zu der Vorlage von unvollständigen Angeboten geführt hat.

aa) Die Bekanntmachung der Ausschreibung entsprach nicht den Anforderungen nach § 17a Nr. 3 und §§ 10a, 10 Nr. 5 VOB/A, weil die Forderung der Antragsgegnerin auf Vorlage von Eignungsnachweisen nicht eindeutig und zweifelsfrei zu ermitteln war.

Die Bekanntmachung eines offenen Verfahrens muss gemäß § 17a Nr. 3 VOB/A u.a. die Angaben nach § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. s) VOB/A enthalten. Demzufolge müssen in der Bekanntmachung die Nachweise für die Beurteilung der Eignung der Bieter verlangt werden. Bei der Vergabe von Bauaufträgen in einem offenen europaweiten Ausschreibungsverfahren sind die Bekanntmachungen gemäß § 17a Nr. 2 Abs. 2 VOB/A im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft zu veröffentlichen. Sie dürfen auch in anderen amtlichen Veröffentlichungsblättern veröffentlicht werden, müssen aber dann nach § 17a Nr. 2 Abs. 5 VOB/A die dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft übermittelten Angaben enthalten.

Die Antragsgegnerin verlangte nach Ziffer III. 2. 1. in der Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bestimmte Nachweise hinsichtlich der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Eignung der Bieter. Dabei handelte es sich um zulässigerweise geforderte Nachweise im Sinne von § 8 Nr. 3 und Nr. 5 VOB/A.

Wenn aber der Auftraggeber bereits in der Vergabebekanntmachung die vorzulegenden Nachweise verlangt, folgt daraus im Umkehrschluss, dass er nach der Bekanntmachung weder zusätzliche noch andere Belege fordern darf oder dass er ebenso wenig den Bietern die Vorlage anderer Nachweise gestatten darf. Beides liefe dem Gebot der Transparenz (§ 97 Abs. 1 GWB) und dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 Abs. 2 GWB) zuwider (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2002, Verg 56/02; Beschluss vom 09.07.2003, Verg 26/03). Ein transparentes Vergabeverfahren und die Gleichbehandlung aller Bieter ist ohne weiteres dann noch sichergestellt, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung mitteilt, welche der in § 7 a Nr. 2 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A aufgelisteten Nachweise die Bieter beizubringen haben, und er die weiteren Einzelheiten dieser Nachweisanforderung sodann in den Verdingungsunterlagen näher konkretisiert (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.07.2003, Verg 26/03). Diese Aussagen gelten auch für § 8 Nr. 3 und Nr. 5 VOB/A.

Angebote, die diese Vorgaben nicht erfüllen, müssen als unvollständig ausgeschlossen werden, so dass dem betreffenden Bieter die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB fehlt (BGH, Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04; Beschluss vom 07.01.2003, X ZR 50/01).

Hier bestand jedoch einerseits eine Diskrepanz zwischen den veröffentlichten Bekanntmachungstexten und andererseits widersprachen auch die Vordrucke der Antragsgegnerin den veröffentlichten Texten.

Im Amtsblatt der Antragsgegnerin forderte sie teilweise andere Nachweise als im Amtsblatt der EU und gleichzeitig bestimmte sie, dass die Auftragserteilung von den in § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A geforderten Nachweisen und Bescheinigungen abhängig gemacht werden kann. Aus der Formulierung „die Nachweise sind dem Angebot beizufügen oder auf Verlangen bei der Vergabestelle einzureichen“ lässt sich nicht eindeutig erkennen, ob solche Eignungsnachweise zwingend innerhalb der Angebotsfrist vorzulegen waren oder auf Verlangen der Vergabestelle nachgereicht werden konnten (vgl. in diesem Sinne auch OLG Naumburg, Beschluss vom 09.09.2003, 1 Verg 5/03). Inhaltlich handelte es sich hier um die Eintragung in das Berufsregister, die Angaben über den Umsatz und der Nachweis über ähnliche oder gleichwertige Leistungen anhand von Referenzen.

Darüber hinaus übersandte die Antragsgegnerin den Bietern auch die Vordrucke „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ und „Angebotsschreiben“. Dort werden wiederum zum Teil andere Eignungsnachweise gefordert, wobei diese auch auf Verlangen vorgelegt werden konnten (vgl. dazu §§ 10a, 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. 1) VOB/A) und nicht zwingend dem Angebot beizufügen waren. Insbesondere war nach Ziffer 1.3 im Vordruck „Angebotsschreiben“ bestimmt, dass sonstige Anlagen dem Angebot beizufügen oder auf Verlangen der Vergabestelle einzureichen sind.

Wenn aber die Vorgaben der Vergabestelle zu den Eignungsnachweisen nicht mehr eindeutig zu ermitteln sind, kann nicht allein auf den Inhalt der EU-weiten Vergabebekanntmachung abgestellt werden (so OLG Naumburg, Beschluss vom 26.02.2004, 1 Verg 17/03), sondern hier liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 GWB vor.

Enthält bereits die Bekanntmachung eine Information über die dem Angebot beizufügenden Nachweise und weichen die im Anschreiben nach § 10 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A geforderten Unterlagen davon ab, gehen diese so entstandenen Unklarheiten zu Lasten des Auftraggebers. Dies gilt selbst dann, wenn der Bieter hinsichtlich der geforderten Unterlagen Zweifel hätte haben können oder müssen (OLG Nürnberg, Urteil vom 17.04.2002, 4 U 3972/01; VÜA Brandenburg, Beschluss vom 16.11.1997, 1 VÜA 11/97).

bb) Diese Widersprüchlichkeiten haben zur Folge, dass die Antragsbefugnis der Antragstellerin angenommen wird, und zwar unabhängig von der Vollständigkeit ihres Angebots.

Dabei geht die Kammer davon aus, dass sich dies auch auf die Angaben der Ordnungsziffern hinsichtlich des geplanten Einsatzes von Nachunternehmern und auf die Angaben zum Koordinator bezieht. Dabei handelt es sich nicht um Eignungsnachweise, sondern um inhaltliche Angaben in dem Angebot der Antragstellerin. Entscheidend aus der Sicht der Kammer ist aber, dass hier eine Ausschreibung vorliegt, die erhebliche Widersprüchlichkeiten zu formalen Anforderungen aufweist. In diesen Fällen –vgl. auch OLG Düsseldorf, 24.03.2004, Verg 7/04 - kann das Fehlen eines Nachweises auf sich beruhen. Die Antragsbefugnis bleibt davon unberührt, wenn die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibungsbedingungen betreffen. Durch diesbezügliche Mängel werden die Bieterrechte der Antragstellerin –unabhängig davon verletzt- ob sie ein wertbares Angebot abgegeben hat oder nicht.

In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall ging es um den fehlenden Nachweis einer Haftpflichtversicherung; überprüft hat dann das OLG, ob die Bieterrechte nicht dadurch tangiert werden, dass die Ausschreibung eine Vielzahl von Wahlpositionen enthielt und somit als solche vergaberechtswidrig gestaltet und mithin nicht mehr ordnungsgemäß war.

Dem stehen auch die o.g. Entscheidungen des BGH nicht entgegen. Denn der Fall, dass die Verdingungsunterlagen der Vergabestelle nicht ordnungsgemäß waren, ist vom BGH nicht entschieden worden. Bei einer ordnungsgemäßen Ausschreibung führt die Unvollständigkeit eines Angebotes zur fehlenden Antragsbefugnis, nicht aber in den Fällen, in denen für die Bieter ausweislich der Verdingungsunterlagen gar nicht mehr erkennbar ist, welche Nachweise tatsächlich gefordert waren.

Hintergrund der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ist, dass dann, wenn- wie hier- eine Vielzahl von Unstimmigkeiten in den Bekanntmachungstexten und den Verdingungsunterlagen auftreten, nicht einseitig zu Lasten des Bieters diejenige Anforderung herausgesucht werden kann, die er gerade nicht erfüllt hat, sondern in einem derartigen Fall stellt sich die Frage nach der Ordnungsgemäßheit der Ausschreibung an sich, und zwar unabhängig von der Antragsbefugnis und der Vollständigkeit des Angebots des Antragstellers.

Insofern kommt es hier nicht darauf an, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot auch nicht die Ordnungsziffern zu dem Nachunternehmereinsatz genannt hat. Denn mit diesem Argument könnte sich eine Vergabestelle einer Überprüfung immer entziehen, indem sie die nicht für den gravierenden Mangel kausalen Ursachen herausucht, um damit die Unvollständigkeit eines Bieterangebotes zu begründen.

Leidet ein Vergabeverfahren an einem derart schwerwiegenden Mangel, dann müsste es – unabhängig davon, ob das Angebot der Antragstellerin wertbar ist- aufgehoben oder in das Stadium vor Abgabe der Angebotsabgabe zurückversetzt werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.01.2004, Verg 35/03; KG, Beschluss 15.04.2004, 2 Verg 22/03).

Ausgehend von den vorstehenden Überlegungen ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Eingriff in das Vergabeverfahren stets auf das mildeste Mittel zu beschränken (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2001, Verg 19/00). Die Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens kommt nur in Frage, wenn der Vergaberechtsverstoß nicht anders behoben werden kann und der Bieter durch diesen Vergaberechtsverstoß auch tatsächlich in seinen Rechten verletzt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, VII-Verg 5/05). Das ist dann anzunehmen, wenn ein Vergaberechtsverstoß bereits Auswirkungen auf die Erstellung des Angebots gehabt hat. Dies ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Auch die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin unabhängig von der Prüfung der Eignungsnachweise und der Angabe der Ordnungsziffern zu den Nachunternehmerleistungen gewertet. In einem derartigen Fall reicht es völlig aus, als milderer Mittel die Antragsbefugnis der Antragstellerin anzunehmen, anstatt die Antragsgegnerin zu einer Neuausschreibung zu verpflichten.

b) Die Antragstellerin hat auch unverzüglich gerügt.

Gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Erkannte Vergaberechtsverstöße sind unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen, zu rügen. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und wann der Bieter die volle Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß erlangt hat, der Auftraggeber (OLG Düsseldorf, Beschluss vom

22.08.2000, Verg 9/00; Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01, Beschluss vom 02.08.2002, Verg 25/02 und Beschluss vom 04.03.2004, Verg 8/04).

aa) Die Antragstellerin hat die Berücksichtigung des Nachlasses im Angebot der Beigeladenen erstmalig mit ihrem Schreiben vom 05.09.2005 gerügt, nachdem die Antragsgegnerin allen Bietern die Ergänzung des Submissionsprotokolls mit Schreiben vom 23.08.2005 mitgeteilt hatte. Ausweislich der mit der Antragschrift vorgelegten Anlage ist dieses Schreiben am 26.08.2005 bei der Antragstellerin eingegangen. Innerhalb von 11 Tagen nach Kenntniserlangung hat sie diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß beanstandet. Inhalt dieses Rügeschreibens war, dass die Antragstellerin die Berücksichtigung für nicht zulässig hielt, weil dieser Nachlass nicht an der dafür vorgesehenen Stelle aufgeführt worden sei.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann der Antragstellerin nicht unterstellt werden, dass sie bereits am 05.09.2005 positive Kenntnis davon hatte, dass ein pauschaler Preisnachlass möglicherweise einen Vergaberechtsverstoß darstellen könnte und sie diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht unverzüglich gerügt habe.

Die Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge beginnt erst mit der Sach- und Rechtskenntnis des Bieters vom Vergabeverstoß (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.03.2004, Verg 8/04). Hier bestehen Zweifel, ob die Antragstellerin bereits am 05.09.2005 entsprechende Rechtskenntnisse hatte. Sie hat in ihrem Rügeschreiben vom 27.09.2005 selbst ausgeführt, dass ihr das Urteil des OLG Dresden zu dem Problem einer pauschalen Nachlassgewährung erst jetzt vorliege und sie deshalb dies nunmehr auch noch rüge. Die Antragsgegnerin hat nicht nachgewiesen, dass die Antragstellerin diese rechtlichen Erkenntnisse tatsächlich bereits vorher gehabt hat.

bb) Die Beanstandung, die Antragsgegnerin habe in ihren Verdingungsunterlagen keine Mindestinhalte für Nebenangebote gefordert und dürfe die Nebenangebote nunmehr nicht berücksichtigen, rügte die Antragstellerin am 31.10.2005 nach anwaltlicher Beratung.

Der Rügeobliegenheit des Bieters nach § 107 Abs. 3 GWB unterliegen nur solche Vergaberechtsverstöße, hinsichtlich derer der Bieter über die volle und positive Kenntnis der sie begründenden Tatsachen verfügt und die er außerdem in rechtlicher Hinsicht bei zumindest laienhafter Bewertung als Rechtsverletzung würdigt.

Dabei geht die Kammer davon aus, dass dann, wenn ein Bieter den möglichen Vergaberechtsverstoß eindeutig aus den Verdingungsunterlagen erkennen kann, von der Kenntnis des Bieters ausgegangen werden muss (vgl. VK Münster, Beschluss vom 10.02.2005, VK 35/04). Dies war hier so nicht möglich, weil die Antragsgegnerin Bestimmungen zu den Nebenangeboten in ihren Ausschreibungsunterlagen tatsächlich formuliert hatte. Ob diese Bestimmung rechtlich ausreichend im Sinne von Artikel 19 Abs. 2 der Richtlinie 93/37/EWG vom 14.06.1993 war, steht hier im Streit.

Zudem hat sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt, dass zumindest nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden kann, dass die Antragstellerin hinsichtlich dieses Umstandes positive Kenntnis zu einem früheren Zeitpunkt gehabt hat. Allein der Hinweis darauf, dass ein Mitarbeiter der Antragstellerin Seminare mit vergaberechtlichen Inhalten durchführt, reicht dazu nicht aus. Auch aus den Aufklärungsverhandlungen, die mit der Antragstellerin geführt wurden, gibt es keine Hinweise oder Anhaltspunkte, die Rückschlüsse auf eine positive Kenntnis sicher zulassen. Auch die ersten Rügeschreiben der Antragstellerin

haben sich auf diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß nicht bezogen. Möglicherweise hat die Antragstellerin die Bestimmung zu den Nebenangeboten zunächst für ausreichend gehalten. Ausweislich der Aktenlage hat die Antragstellerin sich erst am 27.10.2005 anwaltlich beraten lassen. Danach ist das erste Mal mit Anwaltsschreiben vom 31.10.2005 dieser vermeintliche Vergaberechtsverstoß gerügt worden. Daraus folgert die Kammer, dass der Antragstellerin erst nach anwaltlicher Beratung dieser vermeintliche Vergaberechtsverstoß bewusst wurde.

Letztlich lässt es die Kammer dahingestellt, ob die Antragstellerin tatsächlich zu einem früheren Zeitpunkt positiv einen derartigen Vergabeverstoß angenommen hat. Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten der Antragsgegnerin, weil sie insofern die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Kenntnis trägt, der sie hier nicht nachgekommen ist. Im Übrigen lässt die Kammer es aber auch dahingestellt, weil der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin hat den Preisnachlass im Angebot der Beigeladenen zu Recht von der Wertung ausgeschlossen; das Angebot der Beigeladenen aber als solches in der Wertung belassen. Auch die Wertung sämtlicher Nebenangebote ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, da die Antragsgegnerin hinreichende Mindestanforderungen für Nebenangebote in ihren Verdingungsunterlagen bestimmt hatte.

a) Angebote, die Änderungen an den Verdingungsunterlagen aufweisen, sind zwingend von der Wertung auszuschließen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin konnte das Angebot der Beigeladenen trotz der Nichtberücksichtigung des pauschalen Preisnachlasses in der Wertung bleiben.

aa) Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A werden Angebote ausgeschlossen, die Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten. Dabei kommt es nicht auf die Bedeutung der Abweichung und die wirtschaftlichen oder technischen Auswirkungen an, sondern nach dem Wortlaut der o.g. Vorschriften führt jedwede Änderung der Verdingungsunterlagen, und zwar auch eine Änderung in einem einzelnen Punkt, zwingend zum Ausschluss eines Angebots (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2000, Verg 21/00; Beschluss vom 14.03.2001, Verg 32/00 zur inhaltsgleichen Bestimmung in der VOL/A). Änderungen an den Verdingungsunterlagen können in Streichungen oder Ergänzungen bestehen, aber auch in der Abänderung der zu erbringenden Leistung (Heiermann/Riedl/ Rusam, Kommentar zur VOB/A, 10. Auflage, § 21 Rd. 11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.05.2005, VII-Verg 19/05). Nur ein solches Verständnis wird auch dem Normzweck der genannten Vorschriften gerecht, der die Abgabe durchsichtiger, in den ausgewiesenen Leistungsmerkmalen identischer und miteinander ohne weiteres vergleichbarer Angebote sicherstellen und damit einen fairen Wettbewerb gewährleisten soll (BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 85/97; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2001, Verg 32/00).

(1) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist aber das gesamte Angebot der Beigeladenen nicht wegen zwingender Änderungen an den Verdingungsunterlagen auszuschließen.

Ausgehend von der Entscheidung des OLG Dresden, Beschluss vom 08.11.2002, WVerg 18/02, könnten in der Wertung nur strukturell gleichartige Nachlassangebote miteinander verglichen werden. Denn nur dann könnten bereits im Zeitpunkt der Wertung nachträgliche möglicherweise eintretende Kostenverschiebungen vom ursprünglichen Angebotspreis, die sich im Rahmen der Vertragsabwicklung ergeben, vom Umfang her miteinander verglichen werden. Wird hingegen eine Pauschalsumme angeboten, so könnten nachträgliche Kostenverschiebungen bei der Vertragsabwicklung nicht mehr erfasst werden. Insofern sei ein Vergleich von Angeboten, die Preisnachlässe in Vomhundertsatz anbieten mit solchen, die Pauschalnachlässe anbieten, nicht möglich, weil der Umfang zukünftiger Kostenverschiebungen damit nicht in gleicher Weise erfasst werde. Letztlich würde somit in einem Angebot mit einem Pauschalpreissachlass etwas anderes angeboten, als was mit der Ausschreibung verlangt wurde. Daraus folgert das OLG, dass damit ein Vergleich mit anderen Angeboten nicht mehr möglich sei und deshalb ein solches Angebot komplett auszuschließen sei.

Die Kammer geht hingegen davon aus, dass ein Preisnachlass –egal in welcher Ausgestaltung- nicht Inhalt des Hauptangebotes ist, sondern eine Art Nebenangebot darstellt (so auch die VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 01.04.2004, VK-SH 05/04). Als Nebenangebote bzw. Änderungsvorschläge sind solche „Angebote“ zu verstehen, die von einem Bieter neben dem geforderten „Hauptangebot“ eingereicht werden. Ein Nebenangebot setzt stets eine Abweichung vom geforderten Angebot (Hauptangebot) voraus, und zwar unabhängig von dem Grad, der Gewichtung oder dem Umfang der Abweichung. Entscheidend für Nebenangebote ist, dass sie der Sache nach jedenfalls eine Änderung der im Leistungsverzeichnis und im Hauptangebot vorgesehenen Leistung beinhalten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.07.2001, Verg 20/01).

Preisnachlässe sind von ihrer Struktur her vergleichbar mit Nebenangeboten. Nebenangebote beziehen sich auf Änderungen bei dem Leistungsverzeichnis; Preisnachlässe haben Auswirkungen auf die Preisgestaltung und sind insofern begrifflich vergleichbar mit den Nebenangeboten. Man könnte sie auch –so wie die VK Schleswig-Holstein- als kaufmännische Nebenangebote bezeichnen. Folgerichtig findet sich die Bestimmung zu Preisnachlässen in § 25 Nr. 5 VOB/A, der sich ansonsten zu den Nebenangeboten verhält. Auch die Handhabung von Preisnachlässen ist formal mit der Handhabung der Nebenangebote in der VOB/A vergleichbar; sie sind an einer vom Auftraggeber bestimmten Stelle in den Verdingungsunterlagen aufzuführen, um möglichst bereits im Submissionstermin deutlich erkannt zu werden und ggf. damit etwaigen Manipulationen vorzubeugen.

Wenn man Preisnachlässe in der vorstehenden Form versteht, dann können sie nicht mit dem Hauptangebot als solchem gewertet werden, wie dies das OLG Dresden gemacht hat. Dann stellt sich auch nicht die Frage, ob durch einen Preisnachlass –egal in welcher Struktur, ob pauschal oder als Vomhundertsatz- eine Änderung an den Verdingungsunterlagen erfolgt ist. Es stellt sich auch nicht die Frage nach einer Bezugsgröße. Vielmehr stellt ein Preisnachlass, der begrifflich einem Nebenangebot gleichsteht, immer eine Abweichung von den Verdingungsunterlagen dar. Die Frage ist dann vielmehr, ob dieser Preisnachlass die formalen Voraussetzungen des § 21 Nr. 4 VOB/A erfüllt und inhaltlich vergleichbar ist mit anderen Preisnachlässen oder Preisgestaltungen. Genau diese Überlegungen hat die Vergabestelle anzustellen. Dies sind Vergleichsbetrachtungen, wie sie auch bei der Prüfung anderer technischer Nebenangebote ablaufen. Die Vergabestelle muss beispielsweise im Rahmen einer Prognoseentscheidung überlegen, ob ein pauschaler oder eher ein prozentualer Preisnachlass für sie günstiger ist. Je nach dem Ergebnis kann sie dann den Preisnachlass –

soweit auch die Formalien in Ordnung sind- quasi als „Nebenangebot“ akzeptieren oder eben nicht.

Demzufolge hat die Beigeladene keine Änderung an den Verdingungsunterlagen vorgenommen, indem sie einen pauschalen Preisnachlass mit ihrem Angebot gewährte, sondern sie hat –unabhängig von ihrem Hauptangebot- ein „Nebenangebot“ in der Form eines Preisnachlasses vorgelegt. Haupt- und Nebenangebote sind getrennt voneinander zu werten.

(2) Der von der Beigeladenen angebotene pauschale Preisnachlass ist aber zu Recht nicht von der Antragsgegnerin gewertet worden.

Gemäß § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A sind Preisnachlässe ohne Bedingung nicht zu werten, wenn sie nicht an der vom Auftraggeber nach § 21 Nr. 4 bezeichneten Stelle aufgeführt sind.

Bei dem pauschalen Nachlass im Angebot der Beigeladenen handelt es sich um einen Preisnachlass ohne Bedingung, der ohne Einschränkungen angeboten wurde. Preisnachlässe können in Euro-Beträgen oder in Prozentzahlen angegeben werden. Hier hat die Antragsgegnerin in Ziffer 13.2 ihres Vordruckes „Angebotsschreiben“ den Bietern die Möglichkeit eröffnet, einen Preisnachlass ohne Bedingungen in einem Vomhundertsatz anzugeben. Für einen pauschalen Preisnachlass gab es keine Stelle in den Verdingungsunterlagen.

Auch Ziffer 3.6 in den Bewerbungsbedingungen der Antragsgegnerin verweist für Preisnachlässe ohne Bedingungen auf die letzte Seite dieses Vordruckes. Wenn aber eine Vergabestelle –in Kenntnis der Tatsache, dass Preisnachlässe in unterschiedlicher Form gewährt werden können- die Angabe eines Vomhundertsatzes fordert, dann schließt sie damit zunächst die Möglichkeit eines pauschalen Preisnachlasses durch ihre Verdingungsunterlagen aus. Ansonsten muss sie auch für diese Form eines Preisnachlasses den Bietern Eintragungsmöglichkeiten einräumen.

Preisnachlässe ohne Bedingung, die diese Vorgaben nicht erfüllen, sind nicht zu werten (§ 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A).

Darüber hinaus hätte der pauschale Preisnachlass nur gewertet werden können, wenn dieser die Formvoraussetzungen eines Nebenangebotes erfüllen würde. Denn unabhängig von den Vorgaben der Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen, bleibt es jedem Bieter überlassen, soweit dies zugelassen ist, Nebenangebote einzureichen. Allerdings hat die Beigeladene auf diesen Preisnachlass „lediglich“ in ihrem Anschreiben hingewiesen. Gemäß § 21 Nr. 3 VOB/A sind etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote auf besonderer Anlage zu machen und als solche deutlich zu kennzeichnen. Das war bei dem Preisnachlass der Beigeladenen nicht der Fall.

Insofern konnte der pauschale Preisnachlass der Beigeladenen nicht gewertet werden. Ausweislich des Vergabevermerks hat die Antragsgegnerin diesen Preisnachlass bei ihrer Wertung auch nicht berücksichtigt.

bb) Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist die Antragsgegnerin hier auch nicht an ihre im Schreiben vom 23.08.2005 getroffene Entscheidung, den Nachlass im Angebot als solchen zu werten, rechtlich gebunden. Ob eine Vergabestelle ein Angebot, das bereits in die Wirtschaftlichkeitsprüfung gelangt ist, nachträglich ausschließen darf, wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte einhellig dahin beantwortet, dass zwischen einem

zwingenden Ausschlussgrund und einer Ermessensentscheidung zu unterscheiden ist (grundlegend dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 16/03). Ist der öffentliche Auftraggeber zwingend zum Angebotsausschluss verpflichtet, kann ein rechtlich schützenswertes Vertrauen des betreffenden Bieters, sein Angebot werde nicht von der Wertung ausgeschlossen, nicht entstehen. In diesem Fall ist es der Vergabestelle nicht verwehrt, auch noch in einem späteren Stadium der Angebotswertung auf den zwingenden Ausschlussgrund zurückzugreifen. Gleiches muss für Nebenangebote und Preisnachlässe gelten.

Übertragen auf den vorliegenden Fall, konnte der zunächst berücksichtigte Preisnachlass auch nachträglich noch anders behandelt werden. Dies war –wie oben dargestellt– auch erforderlich, weil der Preisnachlass die geforderten formalen Voraussetzungen nicht erfüllte und damit zwingend von der Wertung auszuschließen war.

b) Den Ausschluss sämtlicher Nebenangebote, was dazu führen würde, dass die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot auf dem 1. Rang vor dem Hauptangebot der Beigeladenen liegen würde, hält die Kammer nicht für gerechtfertigt.

Nach Art. 19 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37 EWG vom 14.06.1993 können die Auftraggeber bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlichen günstigsten Angebots vergeben werden sollen, von Bietern vorgelegte Änderungsvorschläge nur berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen. Hierzu fordert Artikel 19 vom öffentlichen Auftraggeber eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen darüber, welche Mindestanforderungen die Änderungsvorschläge erfüllen müssen. Nach der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-421/01 genügt hierfür nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich auf nationale Rechtsvorschriften verweist. Dem EuGH ging es ersichtlich darum, abstrakte und nicht auf den konkreten Beschaffungsvorgang bezogene und somit für die konkrete Ausgestaltung eines Nebenangebotes „inhaltsleere“ Bestimmungen zu untersagen. Die nationalen Vergabevorschriften wie § 25 Nr. 5 Satz 1, § 21 Nr. 6 in Verbindung mit § 21 Nr. 3 VOB/A sind im Wege richtlinienkonformer Auslegung entsprechend zu ergänzen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2005, VII-Verg 106/04).

Die hier im Streit stehende Ziffer 7 der Besonderen Vertragsbedingungen enthält entsprechende Mindestanforderungen, so dass die vorgelegten Nebenangebote zumindest aus diesem Grunde nicht aus der Wertung zu nehmen waren.

Einerseits verweist Ziffer 7 nicht auf andere Vorschriften, die keinen Bezug zu der konkreten Vergabe haben. Andererseits stellt die Antragsgegnerin in dieser Bestimmung auch einige grundlegende Forderungen an Nebenangebote. Eine Vergabestelle ist nicht verpflichtet, positiv alle möglichen Gesichtspunkte aufzuführen, die von einem Nebenangebot erfüllt werden sollen. Dies kann sie in der Regel auch nicht und dies würde auch dazu führen, dass die Bieter keine innovativen Vorschläge zum Amtsentwurf mehr machen könnten.

Vielmehr ist es völlig ausreichend, wenn eine Vergabestelle eine „Negativabgrenzung“ macht, indem sie klarstellt, welche Besonderheiten oder Mindestanforderungen ein Nebenangebot erfüllen soll. In diesem Sinne hat der öffentliche Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung zu erläutern, welche grundlegenden Anforderungen die Nebenangebote erfüllen müssen. Schließlich bestimmt der Artikel 19 der Richtlinie lediglich, dass Mindestanforderungen gestellt werden, aber es wird nicht verlangt, dass ein öffentlicher Auftraggeber „Mindestinhalte“ für

Nebenangebote positiv formuliert und diese den Bietern vorgibt. Wenn also eine Vergabestelle beispielsweise ein bestimmtes Material oder eine bestimmte Ausführungsart nicht akzeptieren will, dann kann sie dies als Mindeststandard festlegen. Das erfüllt sowohl den Wortlaut als auch den Zweck des Artikel 19. Dadurch werden unnötige, zeitaufwendige und auch kostenintensive Änderungsvorschläge, die die Vergabestelle auf gar keinen Fall haben möchte, vermieden. Auch die Bieter geraten nicht in die Situation, nicht gewollte Nebenangebote zu machen, die dann garantiert nicht gewertet oder verglichen werden. Wenn man die Mindestanforderungen in Sinne von Artikel 19 Abs. 2 der Richtlinie in diesem Sinne versteht, dann bleibt den Bietern in der Regel auch genügend Spielraum, um innovativ in ihren Nebenangeboten tätig zu werden.

Etwas anderes lässt sich auch der Entscheidung des EuGH vom 16.10.2003 nicht entnehmen. Eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen soll den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen ermöglichen, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen, damit diese vom Auftraggeber berücksichtigt werden können. Das bedeutet nicht, dass der Auftraggeber die Inhalte vorzugeben hat, sondern „erläutern“ kann er auch, dass er beispielsweise bestimmte Ausführungsarten oder Materialien nicht akzeptieren wird.

Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 05.07.2005, Verg 9/05 entgegen. Denn diese betraf eine andere Fallkonstellation. Das OLG München meinte, dass ein Rückgriff auf die allgemeinen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht möglich sei und dass es nicht ausreicht, wenn lediglich Nebenangebote zugelassen würden. Dies ist hier nicht der Fall. Die Antragsgegnerin hat vielmehr bestimmte Anforderungen gestellt. Sie hat folgende Hinweise für die Nebenangebote gegeben:

- wenn im Nebenangebot die Ausführungsfrist geändert werden sollte, dann ist aber der Fertigstellungstermin zu beachten;
- die Kostensumme im Nebenangebot ist wie im Hauptangebot nach Einzelpreisen aufzugliedern;
- rechtsverbindliche Unterschrift im Nebenangebot und eine Massengarantie;
- andere Rohr- und Schachtmaterialien (wie im Amtsentwurf) werden nicht zugelassen.

Damit erfüllt die Antragsgegnerin die Mindestanforderungen für Nebenangebote im Sinne von § 21 Nr. 6 VOB/A, so dass sie zumindest aus diesem Grunde kein Nebenangebot ausschließen musste.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Die Berücksichtigung des Angebotes der Beigeladenen –unabhängig vom Preisnachlass- und auch die Berücksichtigung sämtlicher Nebenangebote, stellte keinen Vergaberechtsverstoß dar, so dass die Antragstellerin nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt wurde und somit auf dem 2. Rang verbleibt.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragstellerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen

hat. Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxx € ausgehend von einem Gesamtauftragswert ca. 6.200.000 € anzusetzen.

V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabepflichtstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht hier streitentscheidend waren. Als unterliegende Partei hat die Antragstellerin die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu tragen.

VI.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer § 50 Abs. 2 GKG analog zugrunde legen und 5 % der Auftragssumme auf Antrag einer Partei festsetzen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht 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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

