



# Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

### Amtliche Leitsätze

1. Die Zuschlagskriterien müssen eindeutig und unmissverständlich von der Vergabestelle entweder in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angegeben werden.
2. Bekannt gegebene Zuschlagskriterien sind bei der Wertung auch tatsächlich zu berücksichtigen.
3. In der Bekanntmachung geforderte Eignungskriterien können – auch bei einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb- nicht einfach vor Angebotsabgabe durch Informationsschreiben an die Teilnehmer fallengelassen werden.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Lieferung von Flockungsmitteln zur Faulschlammentwässerung auf Membranfilterpressen und Zentrifugen

**VK 5/09**

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen die

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXX

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXX

## Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr.-Ing. xxxxxxx

am **12. Mai 2009** beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Soweit die Ausschreibung nicht insgesamt aufgehoben wird, wird die Antragsgegnerin verpflichtet, die Ausschreibung – bei Fortbestand der Vergabeabsicht- in den Stand vor Auswertung der Teilnahmeanträge zurückzusetzen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerin schrieb als Rahmenvereinbarung die Lieferung von Flockungshilfsmitteln für ihre Kläranlage in xxxxxxx für einen Zeitraum von zwei Jahren in einem nichtoffenen Verfahren nach der VOL/A europaweit aus. Der Auftragswert beläuft sich auf ca. 2 Mio. €. Als Zuschlagskriterien nannte die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Verdingungsunterlagen aufgeführt sind.

Unter Abschnitt III Ziffer 2.3 der Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin einen Nachweis über die Ausführung vergleichbarer Leistungen in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren über den Einsatz von pulverförmigen FHM auf Membranpressen bzw. Zentrifugen. Während die Antragsgegnerin die anderen geforderten Eignungsnachweise in dem Anforderungsschreiben an die Bieter wiederholte und den Zeitpunkt für die Vorlage dieser Nachweise bestimmte, fehlte diese Angabe für den Nachweis über die vergleichbaren Leistungen in dem Aufforderungsschreiben.

Weiterhin forderte die Antragsgegnerin den Nachweis einer Zertifizierung nach § 19 Abs. 1 WHG, auf den sie aber anschließend, und zwar noch vor Angebotsabgabe, verzichtete, was sie den fünf teilnehmenden Unternehmen mit Schreiben vom 2.10.2008 auch mitteilte.

Bereits in der Bekanntmachung wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass nach Submission Versuche mit dem angebotenen Flockungshilfsmittel zur Ermittlung des

wirtschaftlichen Produktes durchgeführt werden. Nach den Betriebsversuchen und der Auswertung sowie Erstellung eines Wirtschaftlichkeitsvergleiches sollte dann der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen.

Die Betriebsversuche waren erforderlich, weil für die Entwässerung des Klärschlammes bestimmte Flockungshilfsmittel benötigt werden, die von der Qualität her sehr unterschiedlich sein können und die auch in Bezug auf den Klärschlamm der konkreten Schlammbehandlungsanlage in der Regel einen unterschiedlichen Wirkungsgrad aufweisen. Insofern reicht es nicht aus, allein die Qualität des Produkts in der Ausschreibung festzulegen, sondern es muss auch die Wirksamkeit des Produkts vor Ort in einem Betriebsversuch ermittelt werden.

In den Verdingungsunterlagen bestimmte die Antragsgegnerin hinsichtlich der Art und dem Umfang der Leistung in ihrer Anlage 1.1:

„Das anzubietende Material muss die in dieser Ausschreibung angegebenen Kriterien erfüllen. Bei wirtschaftlichem Einsatz wird ein Entwässerungsergebnis von 43% TR auf den Membranfilterpressen und von mindestens 30% TR auf den Zentrifugen angestrebt.

Vor der Angebotsabgabe wird den Bietern ermöglicht, durch Laborversuche den geeigneten FHM-Typ zu ermitteln. Hierzu wird auf Anfrage eine ausreichende Menge Mischfaulschlamm vom AG zur Verfügung gestellt.

Um die Wirksamkeit des Produktes zu testen, werden vom AG nach Angebotsabgabe Betriebsversuche auf der ZSB durchgeführt. Parallel dazu werden auch die Membranpressen der Schlamm entwässerung mit dem zu untersuchenden Produkt betrieben.

Beurteilt wird das Produkt hinsichtlich der Flockungsmittelkosten pro Tonne Trockensubstanz und den Auswirkungen auf die Entsorgungskosten des entwässerten Schlammes. Ein weiterer Bewertungspunkt ist das Betriebsverhalten der Pressen z.B. hinsichtlich des Ablöseverhaltens des Filterkuchens, gleichmäßiger Entwässerung im gesamten Bereich der Presse etc.

Als Wertungskriterien dienen folgende Entwässerungs- und Verbrauchswerte:

- spezifischer Verbrauch an Polymer unter Berücksichtigung von Durchsatz und Entwässerungszeit, Feststoffabwurf und Abscheidegrad
- Durchsatz in m<sup>3</sup>/Charge
- Abwurf in t/Charge
- Feststoffgehalt im Filtrat (abfiltrierbare Stoffe)
- Polymerverbrauch in kg/t TS.

Der Auswertung der Entwässerungs- und Verbrauchswerte liegen die Ergebnisse der Versuchspresse zugrunde.“

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 5 Angebote, wobei das Angebot der Antragstellerin den niedrigsten Preis aufweist.

Die Antragsgegnerin führte anschließend mit den unterschiedlichen Flockungshilfsmitteln der Bieter Betriebsversuche auf ihrer Klärschlammbehandlungsanlage durch.

Dabei ermittelte sie das Produkt, das die mit Beschluss vom 3.3.2009 Beigeladene angeboten hatte, als das wirtschaftlichste. Demgegenüber lag das Produkt der Antragstellerin im Endergebnis an zweiter Stelle und war im Vergleich mit ca. 100.000 € pro Jahr teurer.

Die Ergebnisse hielt die Antragsgegnerin in einem mehrseitigen Untersuchungsbericht fest. Im Einzelnen ergab sich folgendes aus dem Untersuchungsbericht:

*Endstoffgehalt im Filterkuchen (Entwässerungsergebnis) % TR*

Die Antragsgegnerin ermittelte zunächst den Endfeststoffgehalt im Filterkuchen und kam zu dem Ergebnis, dass mit dem Produkt der Beigeladenen mit einem Mittelwert von 39,6 % das beste Entwässerungsergebnis erzielt wurde, gefolgt von dem Produkt der Antragstellerin mit einem Wert von 39,3% TR.

*FHM –Verbrauch (Polymerverbrauch) in kg/ Mg TR*

Hinsichtlich der Verbrauchsmenge sind die Produkte der Antragstellerin und der Beigeladenen gleichwertig (je 4,3 kg/ Mg. TR).

*Durchsatz in m<sup>3</sup>/Charge*

Bei der Durchsatzleistung bezogen auf die Schlammmenge in den Betriebspressen pro Charge stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Produkte der Antragstellerin und der Beigeladenen den höchsten Durchsatz verbunden mit den höchsten Endstoffgehalten aufweisen, wobei allerdings das Produkt der Beigeladenen ein höheres Niveau im Endfeststoffgehalt des Filterkuchens aufwies.

*Betriebsverhalten der Pressen*

Durch visuelle Beobachtungen hat das Betriebspersonal das Ablöseverhalten sowie die Restverschmutzung des Filterkuchens für fast alle Anbieter als unproblematisch eingestuft, wobei das Produkt der Beigeladenen eine sehr gute Einschätzung erhielt, während u.a. das Produkt der Antragstellerin mit gut eingeschätzt wurde.

*Wertung*

Anschließend ermittelte die Antragsgegnerin die Wirtschaftlichkeit des konkreten Flockungshilfsmittels (monetär beurteilt) anhand des spezifischen FHM-Verbrauchs, dem Endstoffgehalt in der Trockenmasse (Filterkuchen) und dem Feststoffabwurf. Die Ergebnisse zum Durchsatz m<sup>3</sup>/Charge, zur Entwässerungszeit und dem Feststoffgehalt im Filtrat flossen hingegen ausweislich des Untersuchungsberichts nicht in diese Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ein. Eben so wenig wurden die Beobachtungen zum Betriebsverhalten der Pressen in die Wertung einbezogen.

Hinsichtlich des Feststoffgehalts im Filtrat (abfiltrierbare Stoffe) hielt sie fest, dass die qualitative bzw. visuelle Beurteilung des Filtratwassers bei allen Anbietern keine Auffälligkeiten ergab. Deshalb sei auf die quantitative Bestimmung der abfiltrierbaren Stoffe verzichtet und der Feststoffgehalt im Filtrat nicht weiter berücksichtigt worden.

Bei der monetären Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ermittelte die Antragsgegnerin die Gesamtkosten, indem sie die auf der Zentralen Schlammbehandlungsanlage in 2007 angefallenen Mengen Schlamm Trockensubstanz sowie die Kohlemengen und die Kosten für die thermische Entsorgung berücksichtigte. Da das Produkt der Beigeladenen einen geringeren Feststoffabwurf aufwies als das Produkt der Antragstellerin, lagen die Kosten für die Schlammentsorgung niedriger, so dass die Gesamtjahres-

kosten für die Antragsgegnerin trotz des geringfügig höheren Preises im Angebot der Beigeladenen niedriger lagen.

Nachdem die Antragstellerin von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 11.2.2009 die Mitteilung erhielt, dass sie zwar das Niedrigstgebot abgegeben habe, aber das Angebot der Beigeladenen wirtschaftlicher sei und deshalb den Zuschlag erhalten sollte, rügte sie mit Schreiben vom 19.2.2009 die geplante Vorgehensweise und beantragte die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin meint, dass der Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen sei, weil sie das Angebot mit dem niedrigsten Preis abgegeben habe und der Angebotspreis das allein maßgebliche Zuschlagskriterium gewesen sei. Demgegenüber habe sich weder aus der Bekanntmachung noch aus der Anlage 1.1 in den Verdingungsunterlagen mit der erforderlichen Klarheit ergeben, welche Kriterien denn tatsächlich Zuschlagskriterien sein sollten. Die Antragsgegnerin habe insbesondere kein Zuschlagskriterium „Gesamtkosten“ unter Einschluss der Entsorgungskosten gebildet. Zuschlagskriterien müssten aber vorab explizit und unmissverständlich festgelegt werden. Würden aber weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen Zuschlagskriterien vorab bekannt gegeben, so sei ausschließlich der niedrigste Angebotspreis entscheidend.

Aus der Bekanntmachung ergebe sich zunächst, dass die Betriebsversuche keine Zuschlagskriterien sein sollten. Denn dort werde an maßgeblicher Stelle nur auf die Verdingungsunterlagen verwiesen, während die Betriebsversuche unter der Überschrift „Kurze Beschreibung des Auftrags“ angesprochen würden. In der Anlage 1.1 seien die Betriebsversuche erwähnt worden, woran aber ersichtlich keine Konsequenzen geknüpft worden seien. Ausweislich des Untersuchungsberichts hätten aber sämtliche Angebote die angestrebten 43% in der Trockenmasse nicht erreicht, so dass man letztlich überhaupt kein Angebot habe, das die diesbezüglichen Ausschreibungsbedingungen erfülle. Im Übrigen seien Teststellungen von Produkten ein klassisches Beispiel für Eignungskriterien. Die Fähigkeit eines angebotenen Produkts, einen Wirkungsgrad auf einem bestimmten Niveau zu erreichen, sei ein sachbezogenes Eignungskriterium, das völlig im Rahmen des Üblichen liege.

Die Antragstellerin weist zudem darauf hin, dass ausweislich des zweiten Absatzes der Anlage 1.1 bestimmte Entwässerungsergebnisse lediglich angestrebt worden seien, und zwar 43% bzw. 30 % TR (Trockenrückstand) im Feststoffgehalt des Klärschlammes. Im Rahmen dieses Strebens seien die Produkte auf ihre Wirksamkeit untersucht worden. Da diese lediglich angestrebt wurden, seien diese Entwässerungsergebnisse nicht zwingend gewesen, ansonsten hätten sämtliche Bieter schon mangels Leistungsfähigkeit ausgeschlossen werden müssen.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass die in der Anlage 1.1 genannten „Wertungskriterien“ nach der Systematik Qualifikationskriterien gewesen seien, die sich auf die Wirksamkeit des Produkts bezogen hätten, und zwar auf die im dritten Absatz der Anlage 1.1 angesprochenen Laborversuche, die vor Abgabe der Angebote durchzuführen waren. Zuschlagskriterien wären es offensichtlich nicht gewesen. Denn die unter dem Begriff „Wertungskriterien“ genannten Parameter würden sich allein auf die Wirksamkeit des Produkts beziehen.

Auch aus der Sicht eines verständigen Bieters, könne man der Anlage 1.1 mit der erforderlichen Deutlichkeit nicht entnehmen, welche Kriterien nun tatsächlich Zuschlagskriterien sein sollten. Insbesondere gebe es keine Stelle in den Verdingungsunterlagen, die als Zuschlagskriterium die Gesamtbetriebskosten nenne. Dies wolle die Antragsgegnerin jetzt so glaubhaft machen, indem sie über verschiedene Ableitungen und Folgerungen, welche die verständigen Bieter zu ziehen hätten, zu diesem Ergebnis kommt. Allein den Verdingungsunterlagen sei diese klare Zuordnung zu „Zuschlagskriterien“ nicht zu entnehmen. Diese seien vielmehr mehrdeutig.

Auf den Hinweis der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, wonach die Antragstellerin bereits zuvor als Bieterin in einem Verfahren bei der Antragsgegnerin aufgetreten sei und deshalb die Vergabeunterlagen, insbesondere auch den Vordruck der Anlage 1.1 zum Art und Umfang der Leistungen kenne und sie deshalb mit den Unterlagen vertraut gewesen sei, meint die Antragstellerin, dass sie bei der vorhergehenden Vergabe den Auftrag habe erhalten sollen und insofern habe sie als obsiegende Bieterin keine Veranlassung gehabt, sich die Vergabeunterlagen genauer anzusehen. Erst wenn man von einem Ausschluss in einem Vergabeverfahren bedroht sei, würde man sich erfahrungsgemäß solche Anforderungen genauer ansehen.

Vorsorglich trägt die Antragstellerin noch vor, dass ausweislich des Untersuchungsberichts die von der Antragsgegnerin in der Anlage 1.1 genannten Wertungskriterien gar nicht stringent angewandt worden seien. So habe die Tabelle 7 andere und weniger Wertungskriterien enthalten als die Anlage 1.1. Das Kriterium „Durchsatz“, bei dem sie mit ihrem Produkt bessere Werte als die Beigeladene erzielt habe, sei zwar in der Tabelle vorhanden, aber bei der Wertung nicht mehr berücksichtigt worden, obwohl es in der Anlage 1.1 als Wertungskriterium genannt worden sei. Ein höherer Durchsatz spare aber an Zusatzkosten wie verkürzte Laufzeiten und weniger Energie. Auch die Laufzeiten der Produkte auf den Pressen seien sehr unterschiedlich, was zu einer Verwässerung der Ergebnisse führe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu erteilen,
2. hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, in das Vergabeverfahren wieder einzutreten und ihre Zuschlagsentscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer, aber unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu treffen,
3. hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, in das Vergabeverfahren wieder einzutreten und ihre Zuschlagsentscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu treffen,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag abzulehnen,

2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin ist zunächst der Auffassung, dass die Antragstellerin die vermeintlichen Unklarheiten bei den Wertungskriterien früher hätte rügen müssen, denn mit Übersendung der Verdingungsunterlagen habe sie als fach- und sachkundiges Unternehmen mögliche Fehler in den Unterlagen erkennen können. Da nach Erhalt der Verdingungsunterlagen keine Rüge erfolgt sei, sondern diese erst nach Abschluss der Wertung erfolgte, sei diese Rüge verspätet gewesen.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet ist. Als Zuschlagskriterium habe sie lediglich die niedrigsten Gesamtkosten genannt. Diese würden sich aus den Kosten für die Anschaffung des Flockungshilfsmittels und aus den Kosten für die Entsorgung des entwässerten Klärschlammes zusammensetzen, wobei keine Gewichtung erforderlich gewesen sei, weil es sich jeweils um monetäre Kriterien gehandelt habe. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei nicht der niedrigste Preis zum einzigen Zuschlagskriterium bestimmt worden.

Bereits in der Vergabebekanntmachung habe sie auf die Verdingungsunterlagen verwiesen und nicht nur den Preis für die Anschaffung des Flockungshilfsmittels als Zuschlagskriterium genannt. Auch dem Hinweis auf die Betriebsversuche habe ein verständiger Bieter entnehmen können, dass die Ergebnisse im Rahmen eines Wirtschaftlichkeitsvergleiches ausgewertet werden sollten. In der Anlage 1.1 habe sie diese Angaben klargestellt und auf die Gesamtkosten Bezug genommen. Insbesondere sei fach- und sachkundigen Bietern, die mit solchen Ausschreibungen vertraut seien, bekannt, dass die Kosten für die Entsorgung des entwässerten Klärschlammes entsprechende Auswirkungen haben. In diesem Zusammenhang weist die Antragsgegnerin auch darauf hin, dass die Antragstellerin in einem vorhergehenden Vergabeverfahren die gleichen Vergabeunterlagen erhalten habe und ihr der Zuschlag erteilt werden sollte. Insofern seien ihr die Vergabeunterlagen und insbesondere auch die Umstände im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien doch vertraut gewesen.

Vor diesem Hintergrund, so trägt die Antragsgegnerin vor, sei die Anlage 1.1 zu verstehen gewesen. Die Betriebsversuche mit dem jeweils angebotenen Flockungshilfsmittel hätten einerseits der Ermittlung der Wirksamkeit des angebotenen Mittels gedient. Gleichzeitig habe sie aber auch ermitteln wollen, welche Gesamtkosten ihr in Bezug auf das konkret eingesetzte Flockungshilfsmittel entstehen würden. Denn durch den Einsatz des jeweiligen Flockungshilfsmittels sollte ermittelt werden, welche Mengen an entwässertem Klärschlamm entsorgt werden mussten. Je größer diese Menge an Klärschlamm war, desto höhere Entsorgungskosten hätte sie aufwenden müssen. Diese Kosten habe sie – so die Antragsgegnerin unter Hinweis auf ihren Untersuchungsbericht – wiederum in die Gesamtkostenbetrachtung einfließen lassen, indem sie den Feststoffgehalt mit demselben Kostenfaktor multipliziert habe. Die Betriebsversuche, so die Antragsgegnerin, seien nur sinnvoll, wenn man ihre Ergebnisse in die Entscheidung über die Vergabe des Auftrages einfließen lasse. Das sei auch für einen verständigen Bieter zweifellos erkennbar gewesen.

Die Antragsgegnerin meint, dass auch der sechste Absatz der Anlage 1.1 , der mit dem Hinweis auf die dort aufgeführten Wertungskriterien beginnt, für einen verständigen Bieter eindeutig erkennen ließ, dass es ihr auf die Menge des entwässerten Klärschlammes angekommen sei. Denn die dort genannten Entwässerungs- und Verbrauchswerte seien Parameter, auf deren Grundlage sich insbesondere die Menge des nach der Entwässerung jeweils noch zu entsorgenden Klärschlammes berechnen lasse.

Die **Beigeladene** erhielt Gelegenheit zu einer Stellungnahme.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 22.5.2009 verlängert. Am 8.5.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, die Vergabeakten der Antragsgegnerin und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ein Angebot abgegeben und befindet sich – soweit man die Berechnungen der Antragsgegnerin zu den Gesamtkosten zugrunde legt- auf dem 2. Rang nach der Beigeladenen. Die von der Antragsgegnerin im Rahmen der Wertung zugrunde gelegten Gesamtkosten hält die Antragstellerin aufgrund der Verdingungsunterlagen für nicht zulässig, so dass ihr ein Schaden entstehen würde, wenn der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen ergehen würde.

b) Die Antragstellerin hat auch ihre Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 GWB ordnungsgemäß erfüllt.

aa) Der von der Antragstellerin beanstandete Vergaberechtsverstoß war nicht bereits allein aufgrund der Vergabebekanntmachung erkennbar, sondern ergab sich erst aus der Anlage 1.1 der Verdingungsunterlagen. Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB sind Vergaberechtsverstöße, die sich aus den Vergabeunterlagen ergeben zu rügen, sobald diese tatsächlich vom Bieter positiv erkannt wurden.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01, sind erkannte Vergaberechtsverstöße unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen zu rügen. Dabei unterliegen aber nur solche Vergaberechtsverstöße der Rügeobliegenheit, hinsichtlich derer der Bieter über die volle und positive Kenntnis der sie begründenden Tatsachen verfügt und die er außerdem auch in rechtlicher Hinsicht bei zumindest laienhafter Bewertung als Rechtsverletzung würdigt. Bloße Verdachtsrügen müssen nicht ausgesprochen werden und eben sowenig schadet grob fahrlässige Unkenntnis von

dem Vergabefehler, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.8.2000, Verg 9/00. Von diesen Grundsätzen ist nur dann eine Ausnahme geboten, wenn der Kenntnisstand des Bieters in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einen solchen Grad erreicht hat, dass seine Unkenntnis vom Vergaberechtsverstoß nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis verstanden werden kann, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.2.2005, Verg 74/04. Darüber hinaus liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorhandensein der positiven Kenntnis bei der Vergabestelle, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01.

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen, die die Kammer für zutreffend hält, kann auch einem verständigen Bieter, der mit Beschaffungen der vorliegenden Art vertraut ist, nicht mit hinreichender Sicherheit unterstellt werden, dass er die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße tatsächlich mit Erhalt der Verdingungsunterlagen bereits erkannt und als solche bewertet hat.

Die Antragstellerin legt dar, dass aus ihrer Sicht überhaupt kein eindeutiges Zuschlagskriterium festgelegt wurde und man letztlich nur aus der Bekanntmachung schließen könne, dass hier lediglich der Preis für das Flockungshilfsmittel ausschlaggebend sein sollte. Demgegenüber verweist die Antragsgegnerin auf die Anlage 1.1, wonach die Gesamtkosten, wozu neben den Anschaffungskosten auch die Entsorgungskosten für den entwässerten Klärschlamm zählen, zu berücksichtigen gewesen seien. Die Antragsgegnerin hat aber an keiner Stelle in der Anlage 1.1 mit der erforderlichen Deutlichkeit diese Gesamtkosten als Zuschlagskriterium definiert. Vielmehr wird die Aussage dazu überlagert von anderen Hinweisen, wie den Betriebsversuchen, dem Betriebsverhalten der Pressen und der Nennung der Parameter für die Entwässerungswerte, die sie als Wertungskriterien bezeichnet. Hätte sie lediglich den Bietern mitgeteilt, dass sie das Produkt hinsichtlich der Flockmittelkosten pro Tonne Trockensubstanz und den Auswirkungen auf die Entsorgungskosten des entwässerten Schlammes beurteilen würde, könnte man schließen, dass es wirklich nur um die Gesamtkosten geht. Ein sachkundiger Bieter würde sich mutwillig gegen diese Erkenntnis verschließen, wenn er aus diesen beiden mitgeteilten Wertungsmaßstäben nicht die Gesamtkosten als Zuschlagskriterium annehmen würde. Aber bereits der folgende Satz, wonach ein weiterer Bewertungspunkt das Betriebsverhalten der Pressen z.B. hinsichtlich des Ablöseverhaltens des Filterkuchens usw. sei, verwischt diese Eindeutigkeit wieder.

Die Zweifel hinsichtlich der Zuschlagskriterien bleiben. Ein Bieter ist aber nicht verpflichtet, sich die gemäß § 107 Abs. 3 GWB maßgeblichen Kenntnisse, die er noch nicht oder noch nicht vollständig hat, durch eigene Nachforschungen zu verschaffen, so auch OLG Düsseldorf, 18.7.2001, Verg 16/01.

Letztlich liegt auch die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der positiven Kenntnis bei der Antragsgegnerin, so dass verbleibende Zweifel in Bezug auf den Kenntnisstand zu Lasten der Antragsgegnerin gehen. Auch die Tatsache, dass der Antragstellerin die Vergabeunterlagen aus anderen – vorhergehenden – Ausschreibungen bekannt waren, lässt nicht den sicheren Schluss auf eine positive Kenntnis zu. Vielmehr hält die Kammer es für nachvollziehbar, wenn die Antragstellerin darauf hinweist, dass sie sich bei dem vorhergehenden Auftrag nicht dezidiert mit den Vergabeunterlagen beschäftigt hatte, weil ihr ja der Zuschlag erteilt werden sollte. Erst dann, wenn man betroffen ist, also als Bieter unterliegt, beschäftigt man sich erfahrungsgemäß intensiver mit den Anforderungen.

Im Ergebnis nimmt die Kammer an, dass die Antragstellerin den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß hinsichtlich der Zuschlagskriterien vor der Mitteilung nach § 13 VgV als solchen nicht positiv erkannt hat, so dass die Rüge innerhalb der Höchstgrenze von 14 Tagen auch tatsächlich unverzüglich erfolgte.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

2.1 Die Antragsgegnerin hat vorliegend gegen § 9a Nr. 1 lit. c) VOL/A, § 25a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A verstoßen.

a) Gemäß § 9a Nr. 1 lit. c) VOL/A enthält die Aufforderung zur Angebotsabgabe mindestens alle vorgesehenen Zuschlagskriterien, einschließlich deren Gewichtung oder soweit zulässig, die absteigende Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung. Die Angaben können stattdessen auch in den Verdingungsunterlagen erfolgen.

Die Vergabestellen sind verpflichtet, entweder in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe den Bietern die Zuschlagskriterien hinreichend klar und deutlich vor Augen zu führen. Der Auftraggeber darf zwar bei der Gestaltung seiner Ausschreibung genügenden Sachverstand der Bieter voraussetzen. Er muss die Ausschreibung und insbesondere die Vergabekriterien jedoch so klar formulieren, dass jedenfalls fachkundige Bieter keine Verständnisschwierigkeiten haben. Auch ein missverständlich formuliertes Kriterium ist daher nicht hinreichend bekanntgemacht und darf deshalb bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt werden, BGH, Urteil vom 3.6.2004, X ZR 30/03; BGH, Urteil vom 10.06.2008, X ZR 78/07.

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB auszulegen, wobei auf dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist, abzustellen ist, OLG Düsseldorf, 23.1.2008, Verg 36/07; OLG Koblenz, Beschluss vom 5.12.2007, 1 Verg 7/07. Das tatsächliche Verständnis der Bieter entfaltet demgegenüber nur indizielle Bedeutung, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.10.2008, Verg 41/08.

Ausgehend von diesen Entscheidungen, die die Kammer für zutreffend hält, hat die Antragsgegnerin weder in der Bekanntmachung noch in der Anlage 1.1 ihrer Verdingungsunterlagen die Zuschlagskriterien hinreichend deutlich formuliert.

In der Bekanntmachung wird überhaupt kein Zuschlagskriterium genannt, sondern lediglich auf die Verdingungsunterlagen verwiesen, was zulässig ist.

In der Anlage 1.1 der Verdingungsunterlagen wird eine Vielzahl von Gesichtspunkten genannt, wobei nicht ohne weiteres erkennbar ist, welche Gesichtspunkte bei der Wertung tatsächlich berücksichtigt werden sollten.

Aus der Anlage 1.1 ergibt sich zunächst, so wie die Antragsgegnerin auch behauptet, dass sie das angebotene Produkt in Bezug auf die Flockmittelkosten pro Tonne Trockensubstanz und den Auswirkungen auf die Entsorgungskosten des entwässerten

Schlammes beurteilen wollte. Daraus kann eindeutig der Schluss gezogen werden, dass sie die Gesamtkosten für die Anschaffung und die Entsorgung in Relation setzen wollte, um daraus das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.

Aber bereits der Anschlusssatz, wonach auch das Betriebsverhalten der Pressen ein weiterer Bewertungspunkt sei, lässt nicht erkennen, welche Konsequenzen diese Mitteilung haben sollte. Im Zusammenhang mit dem vorstehenden Satz zu den „Gesamtkosten“ kann man zunächst schlussfolgern, dass das Betriebsverhalten der Pressen auch ein Zuschlagskriterium sein sollte, weil es als weiterer Bewertungspunkt bezeichnet wird. Dem steht aber entgegen, dass das Betriebsverhalten der Pressen jedenfalls kein monetäres Wertungskriterium ist, sondern mit der Anwendung des Produktes auf der konkreten Kläranlage in Zusammenhang steht. Es ging also um bestimmte Randbedingungen, wie dem einwandfreien Funktionieren der Betriebspressen. Das angebotene Flockungshilfsmittel musste somit auch auf der konkreten Kläranlage einsetzbar sein. Insofern könnte es sich bei der Forderung „Betriebsverhalten der Pressen“ auch um ein Eignungskriterium handeln. Denn die dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Eignungsbewertung hat unternehmensbezogen und auftragsbezogen zu erfolgen, OLG Düsseldorf, 5.10.2005, Verg 55/05. Es gibt somit bei bestimmten Aufträgen auftretende Besonderheiten, die nicht nur abstrakt der Eignung des Bieters zugeordnet werden können, sondern die in Zusammenhang mit dem Auftrag bzw. der Leistung stehen, dennoch aber Teil der Eignungsprüfung sind.

Darüber hinaus könnte das Betriebsverhalten der Pressen aber auch überhaupt kein Bewertungspunkt für die Vergabeentscheidung gewesen sein, sondern lediglich ein Hinweis darauf, dass man sich im Rahmen der Betriebsversuche auch diesen Gesichtspunkt ansehen wird, ohne dies aber als Eignungs- oder Zuschlagskriterium in die Wertung zu stellen. Dafür sprechen die Auswertung im Untersuchungsbericht und auch die Ausführungen von Frau Rxxxx in der mündlichen Verhandlung. Es wird auf Beobachtungen vom Betriebspersonal bei den Betriebsversuchen hingewiesen und die Aussage getroffen, dass fast alle Produkte in dieser Hinsicht als unproblematisch vom Betriebspersonal eingestuft wurden. Gewertet wurden diese Beobachtungen offensichtlich nicht, sondern lediglich im Fazit festgestellt. Letztlich waren die Unterschiede wohl so geringfügig, dass keine Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit angenommen wurden. Für die Vergabeentscheidung hatte das Betriebsverhalten der Pressen offensichtlich keine ausschlaggebende Bedeutung, obwohl es als „weiterer Bewertungspunkt“ in der Anlage 1.1 genannt wurde.

Auch der Hinweis der Antragsgegnerin, dass es sich bei dem Bewertungspunkt „Betriebsverhalten der Pressen“ ebenso um Kosten handelt, die dann in die Gesamtkosten einbezogen werden müssten, ergibt sich mit dieser Deutlichkeit nicht aus der Vergabeunterlage. Das Betriebsverhalten der Pressen verursacht sicherlich Kosten, aber diese können weder mit den Anschaffungskosten noch als Entsorgungskosten für den entwässerten Klärschlamm in Verbindung gebracht werden. Vielmehr handelt es sich dann wiederum um „Kosten“ ganz anderer Art, und zwar um Kosten für das Personal der Kläranlage, das erheblich mehr Zeit aufwenden muss, um den Filterkuchen von den Pressen zu lösen.

Letztlich ist in der Anlage 1.1 nicht klar definiert, welche Kriterien Zuschlagskriterien sein sollten und welche gegebenenfalls lediglich als weitere Anforderungen aufgenommen wurden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem folgenden Absatz, in dem die Antragsgegnerin tatsächlich „Wertungskriterien“ nennt. Danach sollten bestimmte Entwässerungs- und Verbrauchswerte als Wertungskriterien dienen. Diesbezüglich werden als Wertungskriterien die Werte für die Entwässerung und den Verbrauch an Polymer aufgelistet.

Eine Bezugnahme auf die Kosten für die Schlamm Entsorgung fehlt hingegen. Wenn aber bestimmte Parameter lediglich zur Ermittlung einer berechenbaren Größe (hier Schlammmenge) für erforderlich gehalten werden, dann handelt es sich definitiv nicht um Zuschlags- oder Wertungskriterien.

Die Antragsgegnerin führt selbst aus, dass es sich nicht um Wertungskriterien, sondern um Berechnungsgrundlagen bzw. Untersuchungsschritte handelt, um einen Teilaspekt des Zuschlagskriteriums zu ermitteln. Aus dem Untersuchungsbericht ergibt sich dann ebenfalls, dass sie diese Parameter gar nicht alle in die Wertung eingestellt hat, sondern lediglich diejenigen Parameter berücksichtigte, die sie für die Ermittlung des von ihr gemeinten Zuschlagskriteriums „Kosten für die Entsorgung der Schlammmenge“ benötigte, was insbesondere die Menge des Feststoffabwurfs war. Der Hinweis der Antragsgegnerin in der Anlage 1.1 ist somit irreführend. Entgegen dem Wortlaut sollten die dort genannten Parameter nicht der Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots dienen, sondern mehr oder weniger stark bei der Bestimmung der zu entsorgenden Schlammmenge berücksichtigt werden.

Auch die Werte, die hinsichtlich der Wirksamkeit des angebotenen Flockungshilfsmittels „angestrebt“ wurden, können nicht eindeutig als Zuschlagskriterium definiert werden. Aus der Sicht der Antragsgegnerin war dies auch kein Zuschlagskriterium, wie sie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat. Demgegenüber weist die Antragstellerin zu Recht darauf hin, dass die Fähigkeit eines Produkts, einen Wirkungsgrad auf einem bestimmten Niveau zu erreichen, auch ein sachbezogenes Eignungskriterium sein könnte. Sollte dies der Fall sein, so hätte die Antragsgegnerin diese Vorgabe gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A bereits in der Bekanntmachung festlegen müssen. Jedenfalls führt der Hinweis unter Ziffer 1 der Anlage 1.1 zu der Frage, ob diese Vorgabe dort nicht irreführend ist, weil dies wohl kein Zuschlagskriterium sein sollte.

Im Ergebnis waren die Zuschlagskriterien nicht klar und eindeutig definiert.

b) Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn man diese Anlage 1.1 aus der Sicht eines verständigen Bieters, der mit den Beschaffungen der vorliegenden Art vertraut ist, auslegt. Zwar wird ein verständiger und fachkundiger Bieter Kenntnis darüber haben, dass die Klärschlamm Entsorgung und insbesondere die Menge des zu entsorgenden Klärschlammes ein wesentlicher wirtschaftlicher Faktor für die Vergabestelle ist. Aber die Parameter für die Berechnung genau dieser Menge sind bereits nicht mehr eindeutig von der Antragsgegnerin genannt worden. Es werden zwar einige für die Entwässerung wesentliche Parameter genannt, aber den Bietern wurde nicht mitgeteilt, welche Ausgangswerte (Mengen Schlamm Trockensubstanz im Jahre 2007; Kosten für die thermische Entsorgung im Jahre 2007) letztlich zugrunde gelegt werden. Darüber hinaus bleibt unklar, welche Konsequenzen schließlich das Betriebsverhalten der Pressen haben sollte.

Diese Kenntnisse können auch nicht konkret bei der Antragstellerin angenommen werden, nur weil sie zuvor an einer Ausschreibung, die ebenfalls diese in der Anlage 1.1 genannten Anforderungen enthielt, als Bieterin teilgenommen hat. Der Zuschlag sollte dort auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden, wozu es aber wegen des Ablaufs der Bindefrist wohl nicht mehr kam. Wenn aber ein Bieter den Zuschlag erhalten soll, besteht für ihn keine Veranlassung, sich die „Vergaberechtmäßigkeit“ einer Ausschreibung bzw. der Vergabeunterlagen genauer anzusehen. Denn das ist dann aus wirtschaftlicher Sicht für einen Bieter nicht mehr von Belang. Folglich muss auch ein verständiger und fachkundiger Bieter sich nicht die Möglichkeit der Kenntniserlangung aus vorhergehenden Ausschreibungen vorbehalten lassen. Allein aus der Tatsache, dass man an einer vergleichbaren Ausschreibung bereits teilgenommen hat, kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass diese Ausschreibungsunterlagen bereits als unmissverständlich und eindeutig erkannt bzw. akzeptiert wurden.

2.2 Weiterhin sind bekannt gegebene Zuschlagskriterien bei der Wertung gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A auch tatsächlich zu berücksichtigen. Danach ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.

Die Antragsgegnerin hat die zuvor als „Wertungskriterien“ in der Anlage 1.1 genannten Parameter anschließend gar nicht mehr im vollen Umfange bei der Wertung berücksichtigt. Im Untersuchungsbericht in der Tabelle 7 führt sie aus, dass man lediglich drei Wertungskriterien in die monetäre Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einbezogen habe, wobei andere in der Anlage 1.1 genannte Wertungskriterien weder bei der Vergabeentscheidung noch bei der Berechnung der Schlammmenge eine Rolle spielten. Den Bietern war aber zuvor beispielsweise mitgeteilt worden, dass auch der Durchsatz in m<sup>3</sup>/Charge bei der Entwässerungsleistung des Flockungshilfsmittels als Wertungskriterium berücksichtigt werden sollte.

Weiterhin ist in der Anlage 1.1 nicht nur auf eine monetäre Wirtschaftlichkeitsbetrachtung abgestellt worden, sondern hier wurden auch andere Gesichtspunkte genannt, wie das Betriebsverhalten der Pressen. Die diesbezüglichen visuellen Untersuchungsergebnisse sind laut Untersuchungsbericht dann nicht mehr in die eigentliche Wertung eingegangen, weil es letztlich nur noch auf eine monetäre Wirtschaftlichkeit ankam. Insofern ist auch die von der Antragsgegnerin durchgeführte Wertung - soweit man auf den Untersuchungsbericht abstellt - nicht unter Berücksichtigung aller Umstände erfolgt, die in der Anlage 1.1 genannt waren.

Im Ergebnis fehlt der Anlage 1.1. die erforderliche Klarheit und Deutlichkeit in Bezug auf die tatsächlich geforderten Zuschlagskriterien. Es bleibt insbesondere offen, ob neben den Gesamtkosten noch weitere Wertungskriterien herangezogen werden sollten.

2.3 Weiterhin hat die Antragsgegnerin ein zuvor in der Bekanntmachung genanntes Eignungskriterium, und zwar die Forderung nach einem Nachweis gemäß § 19 Abs. 1 WHG, noch vor Angebotsabgabe fallen gelassen.

a) Der öffentliche Auftraggeber darf von den für den Eignungsnachweis bekannt gemachten Vorgaben im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens weder abweichen noch darf er diese ändern, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2002, Verg 56/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2003, Verg 20/03. Der öffentliche Auftraggeber

darf lediglich im Nachhinein bestimmen, zu welchem Zeitpunkt dieser Eignungsnachweis vorzulegen ist, und zwar entweder zugleich mit dem Angebot oder erst später auf Verlangen der Vergabestelle, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, Verg 34/07. Der öffentliche Auftraggeber kann somit im Nachhinein nur noch den Vorlagezeitpunkt verändern.

Wenn somit eine Vergabestelle einen Eignungsnachweis noch in der Bekanntmachung fordert, diesen aber – wie vorliegend- vor Angebotsabgabe als nicht mehr erforderlich erklärt, dann verstößt sie gegen § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A. Denn der öffentliche Auftraggeber muss die vorzulegenden Nachweise bereits in der Bekanntmachung angeben. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass er nach der Bekanntmachung weder zusätzliche noch andere Belege fordern kann. Demzufolge war das Fallenlassen des Eignungsnachweises zu § 19 WHG unzulässig.

Nicht ausreichend ist, dass eine Vergabestelle sämtlichen Bietern vor Angebotsabgabe mitteilt, dass dieser Nachweis nicht mehr vorzulegen ist. Denn entscheidend und verbindlich ist gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A die europaweite Bekanntmachung. Interessenten, die möglicherweise keinen solchen Nachweis vorlegen konnten, haben sich gegebenenfalls allein aufgrund dieser Bekanntmachung nicht mehr gemeldet. Insofern liegt ein Verstoß gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot vor, der im Ausschreibungsverfahren nicht heilbar ist.

Da die Antragstellerin eine solche „Bestätigung zur Weiterführung des Überwachungszeichens gemäß § 19 Abs. 1 WHG“ ihrem Angebot beigefügt, während dem Angebot der Beigeladenen ein solcher Nachweis nicht beilag, ist die Antragstellerin auch in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt. Denn dann hätte die Antragsgegnerin ein unvollständiges Angebot bezuschlagt, obwohl der Zuschlag auf das im Rang nachfolgende Angebot zu erteilen gewesen wäre.

b) Dem steht auch nicht entgegen, dass hier die Eignungswertung in einem vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb erfolgte und allen an diesem Teilnahmewettbewerb teilnehmenden Unternehmen mit Schreiben vom 2.10.2008 mitgeteilt wurde, dass sie diesen Nachweis nicht mehr vorlegen müssten. Die Wettbewerbsgrundsätze erfassen nicht nur diese Teilnehmer, sondern geltend darüber hinaus auch für andere- namentlich nicht bekannte Interessenten- die allein die europaweite Bekanntmachung gelesen haben.

Der Teilnahmewettbewerb ist Bestandteil des Vergabeverfahrens, vgl. § 101 Abs. 4 GWB. Der Teilnahmewettbewerb schließt ab mit einer Überprüfung der Eignung der Bewerber und mit der Auswahl derjenigen Bewerber durch den Auftraggeber, die in einem Verhandlungsverfahren ein Angebot einreichen sollen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.9.2002, Verg 48/02. Das bedeutet aber nicht, dass es sich um ein Verfahren handelt, das nur den Kreis der am Teilnahmewettbewerb teilnehmenden Unternehmer betrifft und nur im Kreis dieser Teilnehmer zueinander Vergaberechtsverstöße geltend gemacht werden können. Das Teilnahmeverfahren ist nicht ein in sich abgeschlossenes separates Vergabeverfahren, sondern eingebettet in das gesamte Vergabeverfahren. Insofern bleibt es dabei, dass Rechtsverstöße aus der Bekanntmachung auch auf das gesamte Vergabeverfahren Auswirkungen haben können.

Die in einem vorgezogenen Teilnahmewettbewerb erfolgte Auswahl einzelner Teilnehmer zum Angebotsverfahren kann im nachfolgenden Angebotsverfahren noch angegriffen werden, wenn die Vergabestelle den Bietern die Namen der anderen Teilnehmer nicht bekanntgegeben und auch nicht darüber informiert hat, inwieweit deren Eignung zuvor geprüft worden ist, so auch OLG Schleswig, Beschluss vom 20.3.2008, 1 Verg 6/07.

c) Die Kammer lässt es hier allerdings dahin gestellt, ob ein solcher Nachweis nach § 19 Abs. 1 WHG überhaupt zulässigerweise gefordert wurde.

Gemäß § 7 Nr. 4 VOL/A können von Bewerbern zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit entsprechende Angaben gefordert werden, soweit es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist. Fordern darf die Vergabestelle nur solche Eignungsnachweise, die sachlich gerechtfertigt sind und sich im Rahmen eines objektiv gebotenen Informationsbedürfnisses der Vergabestelle halten und dabei den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.3.2001, Verg 7/01; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.7.2003, Verg 26/03. Hinsichtlich der Frage, ob Angaben und Nachweise durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind, kommt den Auftraggebern ein Beurteilungsspielraum zu, Hausmann, in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 7 Rn. 174. Die Nachprüfung hat sich somit lediglich auf die Kontrolle von Beurteilungsfehlern zu beschränken.

Ausgehend von diesen Überlegungen sollte die Antragsgegnerin prüfen, ob ein Nachweis gemäß § 19 Abs. 1 WHG vorliegend tatsächlich für die Beurteilung der Eignung der Teilnehmer gefordert werden durfte. In den Ausschreibungsunterlagen befindet sich ein Informationsblatt der Handwerkskammer Düsseldorf, dem sich entnehmen lässt, dass lediglich solche Unternehmen einen Nachweis nach § 19 Abs. 1 und 2 WHG brauchen, die Arbeiten an bestimmten Anlagen durchführen wollen. Vorliegend wurde aber ein Lieferauftrag ausgeschrieben und es sollen keine Arbeiten an Anlagen durchgeführt werden.

2.4 Die Antragsgegnerin hat zudem gegen §§ 17, 17a VOL/A verstoßen. Der öffentliche Auftraggeber hat bereits in der Vergabebekanntmachung anzugeben, welche Eignungsnachweise die Unternehmen vorzulegen haben. Im offenen Verfahren muss er nach § 17 Nr. 3 Abs. 2 lit. I VOL/A (der auch für beschränkte Ausschreibungen bzw. nicht offene Verfahren gilt) darüber hinaus mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anschreiben) diejenigen Eignungsnachweise (Unterlagen) bezeichnen, die von Unternehmen mit dem Angebot vorzulegen sind. Der Wortlaut der Norm spricht insoweit zwar nur davon, das Anschreiben „solle“ insbesondere die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen angeben. In Verbindung mit der Bestimmung in § 17 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A, wonach das Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) alle Angaben enthält, d.h. enthalten muss, die für den Entschluss zur Abgabe eines Angebotes notwendig sind, hat der Auftraggeber die mit dem Angebot vorzulegenden Eignungsnachweise mit der Angebotsaufforderung zu wiederholen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, Verg 34/07.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25.8.2008 wiederholt die Antragsgegnerin nicht die Forderung nach einem „Nachweis über die Ausführung vergleichbarer Leistungen in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren über den Einsatz von pulverförmigen FHM auf Membranpressen bzw. Zentrifugen“. Es erfolgt lediglich der

Hinweis auf den möglicherweise geforderten Mindeststandard: „Angabe von mindestens 3 Referenzadressen mit Ansprechpartner und Telefonnummer“ über die Ausführung gleicher Leistungen.

Für die Bieter war somit allein aufgrund der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht ersichtlich, dass dieser Nachweis über die Ausführung gleicher Leistungen über die letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahre zu führen war. Weiterhin war nicht mehr erkennbar, zu welchem Zeitpunkt dieser Eignungsnachweis vorzulegen war.

In den Angeboten der Verfahrensbeteiligten gibt es auch keine diesbezüglichen Angaben. Dem Angebot der Antragstellerin lässt sich allerdings noch entnehmen, dass das Unternehmen seit über 25 Jahren auf dem Gebiet der Herstellung und des Verkaufs von polymeren Flockungshilfsmitteln im deutschen Markt tätig ist. Es werden insgesamt sechs Klärwerke als Referenzen genannt.

Vor dem Hintergrund, dass die Ausschreibung bereits aus anderen Gründen zu wiederholen ist, lässt die Kammer diesen Gesichtspunkt dahingestellt.

2.5 Abschließend weist die Kammer lediglich darauf hin, dass die in Ziffer 7.3 der Anlage 1.1 geforderte Haftpflichtversicherung mit unbegrenzter Deckungssumme ein Eignungskriterium ist, das gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A in der Bekanntmachung zu nennen ist. Allerdings sind Versicherungen mit unbegrenzten Deckungssummen eher ungewöhnlich, so dass insofern die Antragsgegnerin überlegen sollte, ob dies tatsächlich gerechtfertigt im Sinne des § 7 Nr. 4 VOL/A ist.

Im Ergebnis ist die Ausschreibung jedenfalls wegen der mehrdeutigen Angaben zu den Zuschlagskriterien zu wiederholen. Der Nachprüfungsantrag ist somit zulässig und begründet.

### III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB ist die Antragstellerin durch die nicht eindeutige Vorgabe der Zuschlagskriterien in ihren Rechten verletzt, weil nicht auszuschließen ist, dass sie ein anderes Angebot abgegeben hätte, wenn sie gewusst hätte, dass es allein auf eine monetäre Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ankommen wird.

Die Antragstellerin hat bei dieser Konstellation keinen Anspruch darauf, dass auf ihr Angebot der Zuschlag erteilt wird. Denn gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Da vorliegend in der Bekanntmachung auf das Kriterium „wirtschaftlichste Angebot“ abgestellt wurde, allerdings die dafür notwendigen Zuschlagskriterien sich aus den Vergabeunterlagen nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit ermitteln ließen, steht fest, dass der niedrigste Preis allein nicht ausschlaggebend für die Vergabeentscheidung sein sollte. Vielmehr ergibt sich aus den Vergabeunterlagen, dass es der Antragsgegnerin auch auf die Teststellung in den Betriebsversuchen ankam, auf die Wirksamkeit des konkreten Produkts auf der Anlage und auch auf die Entsorgungskosten für den Klärschlamm.

Weiterhin sind auch die Angebote hinsichtlich der Eignungsnachweise nicht ohne weiteres vergleichbar, weil unklar ist, ob ein Zertifikat nach § 19 WHG tatsächlich gefordert werden soll.

Da sich diese Unklarheiten auch auf den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb auswirken, muss die Antragsgegnerin damit wieder neu beginnen, so dass die Ausschreibung in diesen Stand zurück versetzt wird. Es bleibt darüber hinaus aber der Antragsgegnerin unbenommen, auch mit der Bekanntmachung neu zu beginnen, wenn sie den Nachweis nach § 19 WHG nicht mehr fordern will.

Jedenfalls muss sie die Anlage 1.1 hinsichtlich der Zuschlagskriterien überarbeiten und den Teilnehmern neu übersenden und diese erneut zur Vorlage von Angeboten auffordern.

#### IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB, wonach ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin die Kosten für Amtshandlungen der Vergabekammer nach § 128 Abs. 1 GWB zu tragen, die sich hier gemäß § 128 Abs. 2 GWB auf einen Betrag in Höhe von xxxx € belaufen. Die Antragsgegnerin ist gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 und 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes nicht von der Zahlung der Gebühr befreit, weil sie weder eine juristische Person des Landes, die nach den Haushaltsplänen eines Landes für Rechnung eines Landes verwaltet wird noch ein Gemeindeverband ist.

#### V.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin die Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin ebenfalls zu tragen.

### **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 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.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Bökamp