



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Versäumt die Vergabestelle, den Interessenten Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen, dann ist sie verpflichtet, alle Nebenangebote aus der Wertung zu nehmen. Auf die Gleichwertigkeit kommt es dann nicht mehr an.
2. Als Nebenangebote werden Vorschläge eines Bieters angesehen, die in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht eine andere Lösung anbieten und eben nicht nur ein alternatives – aber gleichwertiges – Produkt benennen.
3. Die Vergabestelle bestimmt allein den Gegenstand und Inhalt der Beschaffung. Die Grenze wird erst erreicht, wenn eine wettbewerbsfeindliche Verengung des Angebotsmarktes eintritt.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Bauauftrages zur Modernisierung einer Studentenwohnanlage

VK 23/09

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
vertreten durch den Geschäftsführer
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen das

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
vertreten durch den Geschäftsführer
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXre
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 4.12.2009 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr.-Ing. Bökamp

am **11. Dezember 2009** beschlossen:

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

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb die Modernisierung ihrer Studentenwohnanlage als GU-Bauleistung und als Bedarfsposition den Einbau neuer Fenster in einem offenen Verfahren nach der VOB/A europaweit aus. Nebenangebote waren nach den Vergabeunterlagen zugelassen, wurden aber bei der Wertung nicht berücksichtigt, weil die Antragsgegnerin keine Mindestanforderungen formuliert hatte. Der geschätzte Auftragswert lag bei ca. 5,5 Mio. €. Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.

Die funktionale Leistungsbeschreibung enthält Anforderungen an den Hochbau, die Abbrucharbeiten und Hinweise auf die Technische Gebäudeeinrichtung, untergliedert in die Lose 1 bis 3.

Der allgemeine Teil der Leistungsbeschreibung enthält folgende Hinweise für die Bieter:

- > Die abgefragten Fabrikate sind vom Bieter lückenlos aufzuzeigen.
- > Alle genannten Produktbezeichnungen verstehen sich als: „oder gleichwertig“.
- > Es wurden teilweise bekannte Produktbezeichnungen aufgeführt, zur besseren Erläuterung der geforderten Leistung, es sind jedoch jeweils die günstigsten und im Gesamtzusammenhang wirtschaftlichsten Produkte anzubieten.

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin:

Die Leistungsbeschreibung ist für das Gebäude in einzelne Leistungsbereiche (Gewerke) gegliedert. Die in diesen Leistungsbereichen beschriebenen Materialqualitäten, Konstruktions- bzw. Ausführ-

rungsdaten sowie sonstige Angaben sind für das Angebot des Bieters absolut verbindlich, ausgenommen sind vom Auftraggeber angenommene gesondert auszuweisende Änderungsvorschläge des Auftragnehmers mit Angebotsabgabe.

Bei Angabe von Lieferfirmen und Fabrikatsbezeichnungen für Materialien oder Bauteile ist bei dem Zusatz „angeboten wird“ vom Bieter die angebotene Fabrikatsbezeichnung einzutragen. Werden vom Bieter keine Eintragungen vorgenommen, gilt das geplante Fabrikat als angeboten.

Bei der technischen Gebäudeeinrichtung (Gewerk 3) wird unter Nr. 410 (Nr. 411 bis Nr. 419) die gesamte Sanitärinstallation beschrieben, wobei zwischen den Anforderungen an die Sanitärausstattung in den Gemeinschaftsräumen (vgl. Nr. 412) und den Anforderungen von Sanitärzellen als Systemfertigbäder in den Wohnbereichen (vgl. Nr. 419) differenziert wird. Eine Unterscheidung bei der Ausstattung des allgemeinen Bereichs und der Systemfertigbäder gibt es in der Leistungsbeschreibung nicht. Vielmehr existiert zu Nr. 410 nur eine Richtfabrikatsliste für beide Bereiche, in der die Bieter anstatt der vorgegebenen Leitfabrikate gleichwertige Produkte für die gesamte Sanitärausstattung eintragen konnten.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe ließ die Antragsgegnerin Nebenangebote zu und fügte auch den Vordruck „Werbungsbedingungen“ bei, der weitere Einzelheiten zu den Nebenangeboten enthält.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 8 Angebote, wobei die Antragstellerin insgesamt 20 Nebenangebote und die mit Beschluss vom 28.10.2009 Beigeladene 2 Nebenangebote einreichte. Nach der ersten formalen Prüfung stellte die Antragsgegnerin fest, dass sämtliche Angebote wegen formaler Mängel unvollständig waren. Sämtliche Bieter konnten daraufhin ihre Angebote vervollständigen.

Erst nachdem die Bieter ihre Angebote vervollständigt hatten, stellte die Antragsgegnerin fest, dass sie keine Mindestanforderungen für Nebenangebote in ihrer Ausschreibung vorgegeben hatte. Die Antragsgegnerin entschied daraufhin, sämtliche Nebenangebote aus der Wertung zu nehmen und nur die Hauptangebote zur Wertung zuzulassen.

Die Antragstellerin legte ausweislich des Submissionsprotokolls das niedrigste Hauptangebot vor, während die Beigeladene zweitplatzierte Bieterin war. Die rechnerische Nachprüfung ergab, dass die Beigeladene aufgrund einer fehlerhaften Berücksichtigung der Eventualpositionen – Fenster, 2. Bauabschnitt - das wirtschaftlichste Angebot hatte. Danach rückte sie auf den 1. Rang, wobei die Differenz zum Hauptangebot der Antragstellerin lediglich ca. 5000 € beträgt.

Die Antragstellerin hatte im Nebenangebot 1 die Gewährung eines Nachlasses von 0,5% auf die Auftragssumme angeboten, wenn der Bauherr auf den Abschluss einer Bauwesenversicherung verzichtet und dies dem Bieter überlässt. Die Antragsgegnerin prüfte, ob dies als Nachlass auf das Hauptangebot einbezogen werden konnte, entschied sich aber dagegen, weil sie der Auffassung war, dass es sich formal ebenfalls um ein Nebenangebot handelt.

In den Nebenangeboten 4 bis 9 sowie 11 bis 13 bot die Antragstellerin alternative Produkte anderer Hersteller nur für die Ausstattung der Systemfertigbäder an, wie

beispielsweise alternative WC-Becken und Spülkästen, alternative Waschtische, alternative Einhebelmischer usw.

In den Nebenangeboten 2, 3, 10 sowie 14 bis 18 wurden technische Änderungsvorschläge zum Leistungsverzeichnis unterbreitet, während es bei den Nebenangeboten 19 und 20 um das Baubüro ging. Dadurch errechnete die Antragstellerin erhebliche Minderkosten, so dass sie bei Berücksichtigung auch nur einiger Nebenangebote auf den ersten Rang vorrücken würde.

Mit Schreiben vom 6.10. und 9.10.2009 informierte die Antragsgegnerin die Bieter über den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen und teilte den Bietern erstmalig mit, dass sämtliche Nebenangebote von der Wertung ausgeschlossen wurden.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 8.10.2009 die geplante Vergabe und verfolgt ihre Beanstandungen mit dem Nachprüfungsantrag vom 16.10.2009 weiter.

Die Antragstellerin meint, dass ihre Nebenangebote teilweise oder vollständig zu berücksichtigen seien. Bei den Nebenangeboten 4 bis 9 und 11 bis 13 handele es sich nicht um Nebenangebote im Sinne des § 25 Nr. 5 VOB/A. Vielmehr seien dies preiswertere Varianten zu den als Richtfabrikaten vorgegebenen Ausstattungen in ihrem Hauptangebot. Nach der Richtfabrikatsliste zu Nr. 410 sei eine Differenzierung zwischen dem Allgemeinbereich und den Sanitärfertigzellen nicht möglich gewesen. Daher habe sie die alternative Ausstattung für die Systemfertigzellen als „Nebenangebot“ bezeichnet. Dabei würde es sich letztlich um Bestandteile des Hauptangebotes handeln. Die Antragstellerin meint, dass sich die Richtfabrikatsliste Nr. 410 nicht auf die Systemfertigbäder bezogen habe, sondern diese seien nur unter Nr. 419 genannt. Auf den Seiten 38 und 39 der Leistungsbeschreibung seien aber lediglich Leitfabrikate von der Antragsgegnerin für die Systemfertigbäder vorgesehen gewesen und es habe nach der Leistungsbeschreibung keine Möglichkeit bestanden, gleichwertige Produkte anzubieten. Deshalb habe sie „gleichwertige Produkte“ in ihren Nebenangeboten zu den Systemfertigbädern angeboten. Die Antragsgegnerin hätte somit diese alternativen Ausstattungsgegenstände im Rahmen der Bewertung ihres Hauptangebotes berücksichtigen müssen.

Die Antragstellerin trägt vor, dass sie diese Unterschiede im Bereich der Leistungsbeschreibung auch nicht früher hätte rügen müssen, weil die Bieter doch ausdrücklich aufgefordert worden seien, alternative Ausstattungen anzubieten und Nebenangebote zugelassen waren.

Auch bei dem Nebenangebot 1 (Verzicht auf eine Bauwesenversicherung) und den Nebenangeboten 19 und 20 (Bereitstellung eines Baubüros) handele es sich nicht um Nebenangebote im herkömmlichen Sinne. Mindestanforderungen können diesbezüglich schlichtweg nicht genannt werden, so dass diese Einsparungen beim Hauptangebot zu berücksichtigen seien. Gleiches gelte für die Nebenangebote 2,3, 10 sowie 14 bis 18. Es handele sich um alternative Ausführungsvarianten, die eine marginale Abweichung von der technischen Zeichnung darstellen und letztlich im Rahmen der funktionalen Baubeschreibung verbleiben. Auch diesbezüglich seien keine Mindestanforderungen denkbar, so dass es keinen Grund gebe, diese Vorschläge nicht zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin meint, dass eine Zurückweisung sämtlicher Nebenangebote wegen fehlender Mindestanforderungen nicht zulässig sei. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Schleswig trägt sie vor, dass die Angabe von Mindestanforderungen nur dort erforderlich sei, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die nicht schon aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen klar bestimmbar sei. Vorliegend ginge es aber bei den meisten ihrer Nebenangebote nicht um anderweitige technische Lösungen, sondern lediglich um alternative Ausstattungen mit identischer Qualität, die nur in preislicher Hinsicht abweichen und letztlich inhaltlich Bestandteil des Hauptangebotes seien.

Die Antragstellerin meint, dass allein die Bezeichnung als Nebenangebot nicht zur Zurückweisung führen dürfte, weil eine fehlerhafte Bezeichnung allein nicht schädlich sei. Vielmehr sei auf das tatsächlich Gewollte abzustellen. Soweit die Antragsgegnerin vortrage, dass die Vorschläge in den Nebenangeboten inhaltlich nicht gleichwertig seien, verkenne sie, dass zu differenzieren sei, ob ein Nebenangebot mangels Angaben von Mindestanforderungen nicht gewertet werde oder aber aufgrund fehlender Gleichwertigkeit nicht berücksichtigt werden könne.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass auch die Auffassung der Antragsgegnerin zur Gleichwertigkeit ihrer Nebenangebote nicht zutreffend sei. Die Antragstellerin meint, dass sämtliche von ihr beigefügten Nebenangebote gleichwertig zum Amtsvorschlag seien und deshalb gewertet werden müssten. Zum Nachweis dafür weist sie auf im Verfahren vorgelegte Herstellerangaben.

Zum Nebenangebot 17 (Ausstattung der Küchen im 6. OG) trägt die Antragstellerin vor, dass diesbezüglich die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin im Widerspruch zu ihren Vorgaben in den Detailplänen stehe. Im Leistungsverzeichnis habe die Antragsgegnerin für die Gemeinschaftsküchen vom Erdgeschoss bis zum 6. Obergeschoss 2 Herde und 2 Flaschenkühler vorgesehen. Im 6. Obergeschoss sei aber nur noch die Hälfte der Zimmer vorgesehen, so dass sich aus der Detailplanung ergebe, dass nur noch ein Herd und ein Flaschenkühler pro Küche erforderlich sind. Diese Diskrepanz habe sie in ihrem Nebenangebot 17 aufgegriffen und deshalb für das 6. Obergeschoss nur noch einen Herd und einen Getränkekühlschrank angeboten. Bei den beiden Gemeinschaftsküchen im 6. Obergeschoss würden somit 2 Herde und 2 Getränkekühlschränke eingespart, wenn man entsprechend der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Detailplanung vorgehe. Insgesamt könnten damit 5380 € eingespart werden. Die Antragstellerin mutmaßt, dass die Beigeladene diesen Widerspruch zum Leistungsverzeichnis möglicherweise nicht in ihrem Angebot berücksichtigt habe, was aber rechnerisch erforderlich sei.

Im Übrigen behauptete die Antragstellerin noch die Unvollständigkeit des Angebots der Beigeladenen, was aber im Nachprüfungsverfahren als nicht zutreffend geklärt werden konnte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. zu verhindern, dass nicht der Antragstellerin, welche das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, sondern einem anderen Unternehmen der Zuschlag erteilt wird,

2. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zum Zwecke der entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16.10.2009 zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass sie mangels Benennung von Mindestanforderungen Nebenangebote generell bei dieser Ausschreibung nicht berücksichtigen darf. Soweit die Antragstellerin auf eine Entscheidung des OLG Schleswig hinweise, stehe diese im Gegensatz zu der Entscheidung des EuGH vom 16.10.2003 und sei auch mit Art. 24 Abs. 3 RL 2004/18/EG nicht vereinbar. Auch sei es nicht möglich, aus dem Gesamtkontext der Verdingungsunterlagen die vermeintlichen Mindestanforderungen zusammen zu tragen.

Die Antragsgegnerin meint, dass es sich bei den Nebenangeboten 1 bis 20 der Antragstellerin auch tatsächlich und rechtlich um Nebenangebote handele, die nicht berücksichtigt werden könnten. Die Nebenangebote seien als solche bezeichnet und auf einer gesonderten Anlage eingereicht worden. Eine Umdeutung solcher „Nebenangebote“ in ein zweites Hauptangebot sei unzulässig, zumal hier auch nicht erkennbar sei, dass die Antragstellerin ein weiteres Hauptangebot abgeben wollte. Weiterhin würde es sich dann um insgesamt 21 Hauptangebote handeln, was dazu führe, dass unklar bliebe, welcher Preis denn letztlich vom Bieter angeboten wird. Somit würde es sich um eine unzulässige Änderung am Angebot handeln.

Darüber hinaus meint die Antragsgegnerin könne man die Nebenangebote der Antragstellerin auch nicht als einen Teil des Hauptangebotes auffassen. Denn dann bliebe unklar, welche Leistung im Einzelfall angeboten worden seien. Beispielsweise habe die Antragstellerin in der Richtfabrikatsliste Nr. 410 zu dem Produkt WC-Anlage das Modell der Firma Keramag eingetragen, während sie nunmehr in ihrem Nebenangebot Nr. 4 als alternative Leistung ein Modell von Villeroy & Bloch, Typ Saval anbiete.

Im Übrigen, so die Antragsgegnerin, sei ein Nebenangebot eine Abweichung vom geforderten Angebot jeder Art, unabhängig von dem Grad, der Gewichtung oder dem Umfang. Ein Nebenangebot könne technischer Art sein, aber auch bezüglich der Zahlungsmodalitäten wie einem Preisnachlass vorliegen.

Zudem ist die Antragsgegnerin hinsichtlich sämtlicher Nebenangebote der Auffassung, dass diese nicht gleichwertig zur ausgeschriebenen Leistung sind und deshalb ebenfalls nicht bezuschlagt werden könnten. Allerdings, so meint sie, komme es darauf nicht mehr an, weil bereits die Benennung von Mindestanforderungen fehle.

Die Antragsgegnerin meint weiterhin, dass die Antragstellerin mit ihrem Vortrag, das Leistungsverzeichnis sei nicht eindeutig gewesen und sie sei deshalb gezwungen worden, Ausstattungsvarianten in Form von Nebenangeboten abzugeben, präkludiert

sei. Diesen Verstoß hätte sie spätestens zu dem Zeitpunkt erkennen und rügen müssen, als sie die **Ausstattungsvariante** in der Form eines Nebenangebotes formuliert habe.

Die Beigeladene trägt vor, das es sich bei sämtlichen Nebenangeboten der Antragstellerin tatsächlich auch um Änderungen an der ausgeschriebenen Leistung handle. Die Nebenangebote seien somit auszuschließen, und zwar unabhängig von dem Grad der Abweichung. Sofern die Antragstellerin meine, dass es sich um konkretisierende Hauptangebote handle, hätte sie zwingend den jeweiligen Positionspreis in der betreffenden Hauptvertragsposition und in dem Nebenangebot identisch eintragen müssen, was aber nicht erfolgt sei.

Da die Nebenangebote der Antragstellerin bereits aus formalen Gründen wegen der unterbliebenen Definition von Mindestanforderungen von der Wertung auszuschließen seien, könnten sie auch nicht als gleichwertige Nebenangebote gewertet werden. Im Übrigen seien diese Nebenangebote auch nicht gleichwertig, so dass die Antragsgegnerin zu Recht diese Nebenangebote auch aus diesem Grunde zurückgewiesen habe. Der Antragsgegnerin stehe ein weiter objektiver und subjektiver Beurteilungsspielraum bei der Bewertung von Nebenangeboten zu.

Zudem meint die Beigeladene, die Antragstellerin hätte insbesondere die einschränkende Leistungsbeschreibung zu Los 3 bereits vor Abgabe der Angebote rügen müssen, was sie aber nicht getan habe. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der Ausstattung der Küchen im 6. Obergeschoss; dort habe sie doch erkannt, dass die Leistungsbeschreibung von der Detailzeichnung abweiche, sonst hätte sie dies nicht in einem Nebenangebot aufgenommen.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Vergabekammer hat auch den nicht nachgelassenen Schriftsatz der Antragstellerin vom 7.12.2009 berücksichtigt, da die dort gemachten Ausführungen bereits in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin nachvollziehbar dargelegt wurden.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 18.12.2009 verlängert. Am 4.12.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich §§ 104 Abs. 1 GWB, 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 5.150.000 Mio.€. Zwar liegen die Angebotssummen aus den Angeboten der Antragstellerin und der Beigeladenen unter diesem Wert. Entscheidend ist hin-

gegen, dass die Antragsgegnerin gemäß § 1 VgV den Auftragswert (netto) auf über 5,5 Mio. € schätzte und damit zulässigerweise europaweit ausgeschrieben hat. Dass diese Schätzung der Antragsgegnerin zutreffend sein muss, lässt sich ohne weiteres aus den Angeboten der sechs weiteren Bieter ersehen, die alle über einen Betrag von 5,1 Mio. € angeboten haben. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern ist damit eröffnet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB. Denn sie liegt mit ihrem Hauptangebot unmittelbar auf dem 2. Rang und würde – soweit ihre Auffassung zutreffend wäre – auf den 1. Rang vorrücken. Dabei würde sogar die Berücksichtigung nur einiger ihrer 20 Nebenangebote ausreichen.

1.2 Mit Schreiben vom 8.10.2009 hat die Antragstellerin unverzüglich Vergabe-rechtsverstöße hinsichtlich der Nichtberücksichtigung von Nebenangeboten im Sinne von § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin konnte sie ein möglicherweise unzu-reichendes Leistungsverzeichnis in Bezug auf die Unmöglichkeit - alternative Produk-te für bestimmte Bereiche einzutragen- nicht rügen, weil die Antragstellerin letztlich davon ausging, dass Nebenangebote zulässig sind.

Aus der Sicht der Antragstellerin bestand bei Abgabe ihres Angebots überhaupt kei-ne Veranlassung über ein unzureichendes oder nicht eindeutiges Leistungsverzeich-nis nachzudenken oder dies gegebenenfalls noch gegenüber der Antragsgegnerin zu rügen. Denn sie konnte aufgrund der Ausschreibungsunterlagen von der Zulässigkeit von Nebenangeboten ausgehen. Insofern hat sie - was im Baubereich üblich ist – nicht das Leistungsverzeichnis beanstandet, sondern ihre Alternativvorschläge ein-fach in einer gesonderten Anlage gemacht. Hätte die Antragstellerin zu dem Zeit-punkt bereits gewusst, dass Nebenangebote nicht gewertet werden, dann hätte sie dies sicherlich mit der Antragsgegnerin versucht zu klären. Die Information darüber, dass Nebenangebote nicht gewertet werden, haben die Bieter ausweislich der Ver-gabeunterlagen aber erst am 9.10.2009 mitgeteilt bekommen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auf-traggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Ein Verstoß gegen Vergaberechtsvorschriften liegt nicht vor.

Die Antragsgegnerin hat die Nebenangebote der Antragstellerin zu Recht von der Wertung ausgeschlossen.

2.1 Gemäß § 10a lit. f VOB/A muss bei Bauaufträgen im Sinne von § 1a die Auf-forderung zur Angebotsabgabe auch die Nennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote enthalten, sofern diese nicht ausgeschlossen sind. Die Antragsgeg-nerin hatte zunächst Nebenangebote zugelassen, aber die Mindestanforderungen weder im Anschreiben an die Bieter noch in den Vergabeunterlagen genannt.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 27.4.2005, Verg 23/05; OLG Düsseldorf, 22.10.2009, Verg 25/09; OLG Koblenz, 31.5.2006, 1 Verg 3/06 sind Nebenangebote nur dann wertbar, wenn sie die Mindestanforderungen erfüllen, die der Auftraggeber zuvor aufgestellt hat. Wenn aber die Vergabestelle es versäumt hat, Mindestanforderungen aufzustellen, dann ist sie verpflichtet aus diesem Grund alle Nebenangebote zwingend aus der Wertung zu nehmen.

a) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin reicht es hingegen nicht aus, die in der Leistungsbeschreibung vorhandenen Positionen und deren inhaltliche Ausgestaltung als „Mindestanforderungen“ für etwaige Nebenangebote zu deklarieren. Das ist in der Regelung des § 10a lit. f VOB/A nicht gemeint. Vielmehr sind zusätzliche Voraussetzungen für die Wertbarkeit von Nebenangeboten aufzustellen. Die Vorgabe einer Orientierung an den Verdingungsunterlagen bzw. den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen reicht nach der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht aus, weil mit der Aufforderung zur Abgabe von Nebenangeboten gerade die Abgabe von Angeboten mit anderen Leistungen gestattet werde, die eben nicht bereits in den Vergabeunterlagen von der Vergabestelle geregelt wurden, so OLG Koblenz, 31.5.2006, 1 Verg 3/06; OLG Düsseldorf, 22.10.2009, Verg 25/09.

b) Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die Mindestanforderungen auf alle Nebenangebote beziehen oder Auswirkungen darauf haben können. Dies ist in der Regel schon deshalb nicht möglich, weil die Nebenangebote der Bieter bei der Fertigung der Vergabeunterlagen nicht bekannt sind. Vielmehr sollen die Vergabestellen dann, wenn sie Nebenangebote zulassen, nicht auf irgendwelche inhaltsleeren Bestimmungen verweisen, sondern allgemeine Anforderungen formulieren, die es dem Bieter ermöglichen, Nebenangebote zu unterbreiten, die auch gewünscht sind. Dadurch sollen unnötige, zeitaufwendige und auch kostenintensive Änderungsvorschläge, die die Vergabestelle auf gar keinen Fall zulassen würde, von vornherein vermieden werden. Es kommt somit nicht darauf an, ob für das konkret unterbreitete Nebenangebot eine Mindestanforderung überhaupt denkbar ist, sondern es ist auf die gesamte Ausschreibung abzustellen. Wenn somit in den Vergabeunterlagen keine Mindestanforderungen formuliert wurden, dann können Nebenangebote auch nicht gewertet werden.

c) Die Kammer folgt auch nicht der Auffassung des OLG Schleswig, 15.2.2005, 6 Verg 6/04, da der Entscheidung ein anderer Sachverhalt zugrunde lag. Dort fehlte im Leistungsverzeichnis bei den ausgeschriebenen Positionen der Zusatz „oder gleichwertig“, so dass für eine solche Konstellation keine separaten Festlegungen von „Mindestanforderungen“ im Leistungsverzeichnis erforderlich sein sollten. Vielmehr seien doch die Vorgaben für die „Nebenangebote“ aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen heraus hinlänglich klar bestimmbar. Wollte man separate Mindestanforderungen im Leistungsverzeichnis verlangen, so das OLG Schleswig, dann könnten diese keine andere Aussage als die enthalten, dass ein Nebenangebot mit einem anderen Fabrikat dann zugelassen wird, wenn es die „Mindestanforderungen“ des im Leistungsverzeichnis zur Orientierung genannten Leitprodukts in gleichwertiger Weise erfüllt.

Vorliegend hatte die Antragsgegnerin aber im Leistungsverzeichnis die Nennung von gleichwertigen Produkten ausdrücklich gefordert. Insofern mussten die alternativ von den Bietern angebotenen – und vom Leitprodukt abweichenden – Produkte nicht als

„Nebenangebot“ deklariert werden, sondern konnten unmittelbar im Leistungsverzeichnis (Hauptangebot) angegeben und beim Pauschalpreis berücksichtigt werden.

Allerdings kommt es auch ersichtlich darauf an, wie Nebenangebote definiert werden. Als Nebenangebote werden Vorschläge eines Bieters angesehen, die in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht eine andere Lösung anbieten, als vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen, so OLG Jena, Beschluss vom 21.9.2009, 9 Verg 7/09, und eben nicht nur ein alternatives – aber gleichwertiges – Produkt benennen.

d) Daneben sind Angebote auszuschließen, in denen Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen wurden, vgl. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A. Diese Angebote können dann, wenn Nebenangebote mangels Mindestanforderungen nicht wertbar sind, auch nicht als „Nebenangebote“ in der Wertung bleiben.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist zunächst zu differenzieren, welche „Nebenangebote“ der Antragstellerin sowohl in formaler und inhaltlicher Hinsicht tatsächlich Nebenangebote im Sinne von § 25 Nr. 5 VOB/A sind und welche ihrer Vorschläge (Nebenangebote) möglicherweise im Zusammenhang mit den Vorgaben im Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Leistungen stehen.

2.2 Bei den Nebenangeboten 1 (Bauwesenversicherung), 10 (Entfall der Blindstromkompensationsanlage), 14 und 15 (Befestigungen der Heizkörper und Kompakt-Heizkörper mit Thermostatventil, 16 (Austausch von Getränke Kühlschränken) 17 (Küche im 6. OG), 18 (keine Jalousie) und 19 und 20 (Entfall des Baubüros durch Nutzung von anderen Räumen) handelt es sich eindeutig formal und inhaltlich um Nebenangebote, die einen alternativen Vorschlag zum Leistungsverzeichnis darstellen und deshalb als solche zwingend auszuschließen sind, weil vorliegend keine Mindestanforderungen aufgestellt wurden.

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, 4.7.2001, Verg 20/01; VK Münster, 21.12.2005, VK 25/05.

a) Ausgehend von diesen Grundsätzen sind o.g. Vorschläge der Antragstellerin definitiv inhaltliche Abweichungen von den Vorgaben im Leistungsverzeichnis. Inhaltlich unterbreitet die Antragstellerin der Antragsgegnerin in diesen Nebenangeboten abweichende Vertragsausführungen. So sollen beispielsweise die Heizkörper auf dem Estrich angebracht oder das Baubüro in den Räumen der Antragsgegnerin betrieben werden. Im Verhältnis zum Leistungsverzeichnis handelt es sich um eindeutige Alternativen oder Lösungsmöglichkeiten, die so im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen sind.

Dies gilt auch für das Nebenangebot 1, wonach die Antragstellerin den Abschluss einer Bauwesenversicherung, die mit 0,5 % auf die Nettoauftragssumme berechnet werden sollte, als entbehrlich vorschlug. Der Verzicht auf eine Bauwesenversicherung ist nicht nur ein Preisnachlass auf die Angebotssumme, sondern auch eine Abwei-

chung vom Leistungsverzeichnis, wonach die Bauwesenversicherung für das Bauvorhaben für erforderlich gehalten wurde.

Gleiches gilt auch für das Nebenangebot 17 betreffend die Küchen im 6. Obergeschoss. Es handelt sich eindeutig um eine Abweichung vom Leistungsverzeichnis, weil auf Seite 97 des Leistungsverzeichnisses für sämtliche Gemeinschaftsküchen, also auch diejenigen im 6. OG, 2 Herde und 2 Flaschenkühler vorgesehen waren.

(1) Soweit es sich tatsächlich um eine Widersprüchlichkeit zwischen dem Leistungsverzeichnis und den Planunterlagen handeln sollte, hat dies aber keine Auswirkungen auf die Angebote. Gemäß § 23 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A gilt bei der Vergabe für eine Pauschalsumme dieser Betrag ohne Rücksicht auf etwa angegebene Einzelpreise. Schließlich kann im Nachhinein nicht mehr sicher festgestellt werden, welche Einzelpreise ein Bieter tatsächlich in die von ihm genannte Pauschalsumme einkalkulierte, aber ein Bieter kann das im Nachhinein nicht mehr ändern.

Die Beigeladene hat auf Seite 101 zu Los 1 – wie im Leistungsverzeichnis vorgegeben – unter der Position Küchenmöbel einen Pauschalpreis für die Gesamtausstattung eingetragen. Ob sie die Widersprüchlichkeit erkannt hat, kann dahin gestellt bleiben. Sie hat einen Pauschalpreis angegeben und muss sich somit daran halten, und zwar unabhängig von irgendwelchen Einzelpreisen, die sie in ihre Kalkulation eingestellt oder gegebenenfalls nicht berücksichtigt hat, weil sie dies nicht erkannte.

Gleiches gilt für die Antragstellerin. Sie kann die Einzelpreise für zwei Herde und Flaschenkühler in den Küchen im 6. Obergeschoss nicht als Minderkosten geltend machen, sondern auch sie ist an ihre im Hauptangebot genannte Pauschalsumme gebunden.

(2) Im Übrigen hätte die Antragstellerin diese von ihr offensichtlich bei der Fertigung ihres Angebots erkannte Abweichung gegenüber der Antragsgegnerin gemäß § 107 Abs. 3 GWB rügen müssen, was aber nicht erfolgt ist. Insofern können ihre diesbezüglichen Beanstandungen im Nachprüfungsverfahren ebenfalls nicht mehr berücksichtigt werden.

b) In Bezug auf die o.g. Nebenangebote ist es auch ohne Belang, dass der Antragstellerin – aber auch allen anderen Bietern – vor Abgabe ihrer Angebote nicht bekannt war, dass Nebenangebote nicht gewertet werden können. Denn in Bezug auf solche tatsächlichen Alternativvorschläge gilt, dass für alle Bieter gleichermaßen diese nicht berücksichtigt werden können, so dass damit eine Verletzung des Transparenzgebotes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB nicht vorliegt.

c) In Bezug auf die formal und inhaltlich als eindeutig einzustufenden Nebenangebote gilt, dass diese nicht gewertet werden können, weil die Antragsgegnerin keine Mindestanforderungen aufgestellt hat. Wenn aber schon keine Mindestanforderungen aufgestellt wurden, dann kommt es erst recht nicht mehr auf die Gleichwertigkeit dieser Nebenangebote an. Die Erfüllung der von der Vergabestelle geforderten Mindestanforderungen ist kein Äquivalent für die Gleichwertigkeit, sondern lediglich das Minimum dessen, was der Auftraggeber vorgibt, um überhaupt in die Gleichwertigkeitsprüfung eintreten zu können, vgl. dazu OLG Brandenburg, 29.07. 2008, Verg W

10/08. Weiterhin kommt auch keine Umdeutung dieser Nebenangebote in Hauptangeboten in Betracht.

2.3 Die Nebenangebote 4 bis 9 sowie 12 und 13 der Antragstellerin sind ebenfalls zu Recht von der Antragsgegnerin bei der Wertung nicht berücksichtigt worden. Die Antragstellerin hatte hier lediglich für die zu liefernden Systemfertigbäder alternative Ausstattungen angeboten, weil sie der Auffassung war, dass im Amtsvorschlag eine alternative bzw. gleichwertige Ausstattung der Systemfertigbäder nicht ermöglicht wurde.

Bei diesen Nebenangeboten handelt es sich zunächst nicht um typische Nebenangebote, weil sie nicht losgelöst vom Hauptangebot eine andere Leistung anbieten, sondern gewissermaßen als Teile des Hauptangebotes aufgefasst werden könnten. Letztlich sollen diese „Nebenangebote“ das Leistungsverzeichnis ergänzen, da sie Produkte nennen, die als „oder gleichwertige“ Produkte hätten eingetragen werden können. Die Nennung von gleichwertigen Produkten im Rahmen der erforderlichen offenen Leistungsbeschreibung muss immer von Auftraggebern ermöglicht werden.

Insofern ist zwischen einem „gleichwertigen Hauptangebot“ und einem „gleichwertigen Nebenangebot“ zu unterscheiden. Es handelt sich aber auch hier letztlich um echte Nebenangebote und nicht etwa um „inhaltliche Ergänzungen“ zur Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin.

Gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A sollen die Angebote zwar nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten. Daraus folgt jedoch kein strenger Formalismus dergestalt, dass jede vom Leistungsverzeichnis im Wortlaut abweichende Angabe unzulässig ist. Zusätzliche Erklärungen sind ohne weiteres möglich, soweit dadurch die Eindeutigkeit des Angebots nicht beeinträchtigt wird, in diesem Sinne auch OLG Koblenz, 31. 5. 2006, 1 Verg 3/06. Eine zusätzliche Erklärung würde dann Inhalt des Hauptangebotes sein und müsste sich daran messen lassen und unterläge damit nicht den Vorgaben (Mindestanforderungen) für Nebenangebote.

Unter Berücksichtigung der Vorgabe, dass die Bieter während der Fertigung der Angebote keine Kenntnis darüber hatten, dass Nebenangebote –entgegen den Verbindungsunterlagen- nicht gewertet werden, hat die Kammer die Leistungsbeschreibung gemäß § 9 Nr. 10 VOB/A überprüft. Ein Verstoß gegen die Grundsätze auf Transparenz und Gleichbehandlung im Sinne von § 97 Abs. 1 und 2 GWB liegt nicht vor, weil auch dann, wenn den Bietern bekannt gewesen wäre, dass ihre Nebenangebote unberücksichtigt bleiben, die Antragsgegnerin keine Änderungen an der Leistungsbeschreibung hätte anbringen müssen. Die Leistungsbeschreibung ist vergaberechtlich hier nicht zu beanstanden.

a) Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf gemäß § 9 Nr. 10 VOB/A in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Durch den Zusatz „oder gleichwertig“ eröffnet die Vergabestelle dem Bieter – neben dem genannten Hersteller und Typ – die Wahlmöglichkeit zwischen gleichwertigen Produkten verschiedener Hersteller. Dadurch kommt die Vergabestelle ihrer grundsätzlichen Verpflichtung zur Produktneutralität nach, so u.a. OLG Düsseldorf, 4.7.2005, Verg 35/05; BayObLG, 29.4.2002, Verg 10/02; OLG Frankfurt, 28.10.2003, 11 Verg 9/03. Zudem eröffnet sie sich selbst durch das Verlangen der Angabe der Hersteller- und Typenbezeichnung die Möglichkeit, die Gleichwertigkeit der eventuell verschiedenen von Bietern angebotenen Produkte zu prüfen.

(1) Die Antragsgegnerin hat diesen Grundsatz in ihrer funktionalen Leistungsbeschreibung umgesetzt. Sie hat darauf als allgemeinen Grundsatz in den Vorbemerkungen hingewiesen, aber auch in den ausgeschriebenen Positionen, insbesondere in den als Vordruck beigefügten Richtwertfabrikatslisten, den Bietern die Möglichkeit eröffnet, gleichwertige Produkte mit ihrem Angebot anzubieten.

(2) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin enthält die Richtfabrikatsliste Nr. 410 auch für die Systemfertigbäder die Möglichkeit, gleichwertige Produkte einzutragen. Die Richtfabrikatsliste bezieht sich nicht nur auf die Ausstattung der Einrichtungsgegenstände für die allgemein zugänglichen Sanitärbereiche, sondern auch auf die Systemfertigbäder.

Dies ergibt sich zunächst aus der Systematik der Leistungsbeschreibung. Aus dem Inhaltsverzeichnis zu Los 3 ergibt sich, dass die einzelnen Bereiche untergliedert wurden und es immer eine Richtfabrikatsliste gab, die die Gliederungsnummern des gesamten Bereichs enthielt. Also zu Nr. 410 gibt es die Untergliederungen 411 bis 419, aber dann wurden die Richtfabrikatsliste, die Einheitspreisliste und die Kostenzusammenstellung zu dem Gesamttitel „410“ zusammengefasst. Insbesondere aus der Kostenzusammenstellung Nr. 410 ergibt sich klar, dass immer alle Bereiche (Untergliederungen) gemeint waren. Denn dort werden die Kostengruppen aus den Untergliederungen Nr. 411 bis Nr. 419 ausdrücklich genannt. Etwas anderes kann man auch für die Zusammenstellung der Richtfabrikatsliste zu Nr. 410 nicht annehmen.

(3) In der Richtfabrikatsliste Nr. 410 finden sich zudem unter der Position „Systemfertigbäder“ zwei Richtfabrikate als Vorschlag für die auf den Seiten 38 und 39 beschriebenen Systemfertigbäder (Nr. 419) wieder. Die Bieter konnten eines dieser Produkte als gleichwertig nennen und insofern bestimmen, welches Produkt sie anbieten wollten.

Die Antragsgegnerin hat auf den Seiten 38 und 39 ein Systemfertigbad der Firma G. als Leitfabrikat beschrieben und die dort vorhandenen, vormontierten Ausstattungen genannt. Die Grundausstattung mit WC-Anlage, Duschanlage und Waschtisanlage war somit komplett beispielhaft von der Antragsgegnerin beschrieben. Wenn ein Bieter davon abweichen wollte, konnte er unter Nr. 410 als gleichwertiges Produkt lediglich das Systemfertigbad der Firma D. mit der dort vorzufindenden Gesamtausstattung (WC-Anlage, Duschanlage und Waschtisanlage) nennen.

Darüber hinaus mussten zusätzlich Duschvorhänge für den Austausch geliefert werden. Ein Systemfertigbad der Firma G. oder der Firma D. wird offensichtlich lediglich mit einem Duschvorhang ausgestattet sein. Deshalb hat die Antragsgegnerin dies auf Seite 39 ausdrücklich genannt und den Bietern in Nr. 410 ermöglicht, andere

„gleichwertige Produkte“ zu nennen, weil sie eben zusätzliche Duschvorhänge geliefert haben wollte.

Daraus ergibt sich, dass die Richtfabrikatsliste Nr. 410 sich sehr wohl auch auf die Systemfertigbäder (Nr. 419) bezogen hat. Die Antragsgegnerin ist allerdings in ihrer Leistungsbeschreibung davon ausgegangen, dass die Systemfertigbäder bereits ausgestattet sind und somit komplett geliefert werden. Insofern konnte sich beispielsweise diese Brausekombination, die auf Seite 39 beschrieben wird, in der Richtfabrikatsliste Nr. 410 nicht wiederfinden.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen ist die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin gemäß § 9 Nr. 10 VOB/A nicht zu beanstanden. Sie hat zulässigerweise „Richtfabrikate“ vorgegebenen und den Bietern den Eintrag „oder gleichwertige“ Produkte ermöglicht.

b) Darüber hinaus ist eine Vergabestelle nicht verpflichtet, für alle möglichen Alternativen einer Ausschreibung den Eintrag gleichwertiger Produkte zu ermöglichen. Vielmehr ist von den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung auszugehen. Wenn diese Vorgaben dem § 9 Nr. 10 VOB/A entsprechen, dann sind diese vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Das bedeutet, dass die Antragsgegnerin, für den hier im Streit stehenden Bereich der Sanitärausstattung, zulässigerweise nur eine Richtfabrikatsliste (Nr. 410) für die gesamte Ausstattung der allgemeinen Sanitärräume zusammen mit den Systemfertigbädern herausgegeben hat. Sie hat keine Differenzierung zwischen der Ausstattung dieser Bäder in ihren Vorgaben im Leistungsverzeichnis gemacht und sie hat auch nicht den Bietern ermöglicht, die bereits ausgestatteten Systemfertigbäder der Firmen G. und D. mit anderen Ausstattungsgegenständen zu liefern. Dazu war sie auch vergaberechtlich nicht verpflichtet.

Denn in der Rechtsprechung ist mehrfach entschieden worden, dass den Vergabestellen nicht vorzuschreiben ist, nach welchen sachbezogenen Kriterien die Beschaffungsentscheidung auszurichten ist. Dem Auftraggeber steht hierbei ein – letztlich in der Privatautonomie wurzelndes – Beurteilungsermessen zu, dessen Ausübung im Ergebnis nur darauf kontrolliert werden kann, ob seine Entscheidung sachlich vertretbar ist, u.a. OLG Düsseldorf, 14.4.2005, Verg 93/04; OLG Düsseldorf, 22.10.2009, Verg 25/09. Der Auftraggeber bestimmt nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen den Gegenstand und Inhalt der Beschaffung. Dagegen ist weder im Vergabeverfahren noch im Nachprüfungsverfahren für die am Auftrag interessierten Unternehmen Raum, eigene, insbesondere abändernde Vorstellungen hinsichtlich des Gegenstandes der Beschaffung anzubringen oder erst recht gegen den Auftraggeber durchzusetzen, OLG Düsseldorf, 17.11.2008, Verg 52/08.

Daraus ergibt sich, dass die Antragsgegnerin nicht verpflichtet werden kann, in ihrer funktionalen Leistungsbeschreibung eine Differenzierung zwischen den Bädern im allgemeinen Bereich und den Systemfertigbädern anzubieten und insbesondere war sie auch nicht verpflichtet, hinsichtlich der Möglichkeit einer separaten Ausstattung der Systemfertigbäder noch die Nennung von gleichwertigen Produkten zu ermöglichen. Die Bieter hatten vorliegend nur die Möglichkeit, für sämtliche Bäder gleichwertige Ausstattungen anzubieten und die Systemfertigbäder vorausgestattet zu lie-

fern. Daran ändert auch der Umstand, dass Alternativen als Nebenangebote nicht gewertet werden können, nichts.

Auch wenn den Bietern bereits vor Abgabe ihrer Angebote dies bekannt gewesen wäre und sie die Antragsgegnerin darauf hingewiesen hätten, wäre die Antragsgegnerin nicht verpflichtet gewesen, ihre Leistungsbeschreibung diesbezüglich zu ändern oder anzupassen. Die Vergabestelle muss solche Vorstellungen von Bietern nicht übernehmen, sondern sie allein bestimmt den Gegenstand und Inhalt der Beschaffung. Die Grenze wird erst dann erreicht, wenn eine wettbewerbsfeindliche Verengung des Angebotsmarktes eintritt, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 14.3.2001, Verg 32/00. Davon kann vorliegend aber nicht die Rede sein.

Insofern ist die Antragstellerin durch die in der Leistungsbeschreibung gestellten Anforderungen nicht diskriminiert worden und auch für den Fall - was bei Baumaßnahmen immer wesentlich ist - , dass Nebenangebote in der Wertung unberücksichtigt bleiben, wird sie nicht diskriminiert. Denn auch auf einen entsprechenden Hinweis (Rüge) der Antragstellerin vor Abgabe der Angebote, wäre die Antragsgegnerin nicht verpflichtet gewesen, ihre Leistungsbeschreibung anzupassen oder zu ergänzen. Die von der Antragstellerin in den o.g. Nebenangeboten gemachte Differenzierung findet sich nicht in der Leistungsbeschreibung wieder und die Antragsgegnerin ist vergaberechtlich auch nicht verpflichtet, eine solche Differenzierung aufzunehmen.

Vor diesem Hintergrund können die „Nebenangebote“ 4 bis 9 sowie 12 und 13 folglich auch nicht als Teil oder ergänzende Erklärung zum Hauptangebot aufgefasst werden. Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin sieht zulässigerweise eine solche Differenzierung nicht vor, sie ist vielmehr eindeutig in Bezug auf die Ausstattung der Sanitärräume, und die Bieter hatten sich an diese Vorgaben der Antragsgegnerin bei der Fertigung ihrer Angebote zu halten. Geschieht dies nicht, so das OLG Düsseldorf, 22.10.2009, Verg 25/09, dann nimmt der Bieter mit seinem Angebot Änderungen an den Verdingungsunterlagen vor; ein solches Angebot ist aus der Wertung zu nehmen, wenn es auch nicht als Nebenangebot gewertet werden kann.

Damit enthalten aber die o.g. Nebenangebote der Antragstellerin tatsächlich eine andere technische Lösung zum Amtsvorschlag und sind deshalb ebenfalls inhaltlich, aber auch formal (da auf gesonderter Anlage) als echte Nebenangebote einzuordnen und damit aus der Wertung zu nehmen.

c) Gleiches gilt auch für das Nebenangebot 11. Dies betrifft den Austausch von Beleuchtungsanlagen nur für die Parkplatzflächen am Gebäude. Diesbezüglich gibt es hingegen auf der dazugehörigen Fabrikatsliste Nr. 440 die Position Mastleuchten. Die Antragstellerin hätte dort das von ihr als gleichwertig erachtete andere Produkt eintragen und bei der Angabe des Pauschalpreises rechnerisch berücksichtigen können. Insofern bestand überhaupt keine Veranlassung ein Nebenangebot auf einer gesonderten Anlage zu machen.

2.4 Da die Antragsgegnerin für Nebenangebote keine Mindestanforderungen formulierte, kommt es nicht mehr auf die Gleichwertigkeit der Nebenangebote an.

Die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten kann erst dann geprüft werden, wenn Nebenangebote in den Vergabeunterlagen zugelassen sind, auf gesonderten Anlagen gemacht wurden und die vorgegebenen Mindestanforderungen erfüllt sind, VK Müns-

ter, 6.11.2008, VK 17/08. Zwischen der Vorgabe von Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeitsprüfung ist zu unterscheiden. Das führt hier dazu, dass Nebenangebote nicht berücksichtigt werden dürfen und eine Gleichwertigkeitsprüfung damit nicht eröffnet wird.

III.

Die Kosten sind gemäß § 128 Abs. 1 und Abs. 3 GWB von der unterlegenden Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB von einem Auftragswert von 4,7 Mio. € ausgeht. Nach der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder ist somit eine Gebühr in Höhe von xxxx € festzusetzen.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte.

Die Aufwendungen der Beigeladenen für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung sind gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB auch erstattungsfähig, weil die Antragstellerin einerseits das Angebot der Beigeladenen unmittelbar als nicht wertbar angegriffen hat, indem sie dieses für unvollständig hielt, was aber im Nachprüfungsverfahren sich als reine Mutmaßung herausstellte. Aber auch eine mittelbare Beeinträchtigung der Interessen der Beigeladenen liegt vor, weil ihr der Rang streitig gemacht wurde. Denn auch für diesen Fall ist es erforderlich, dass eine Beigeladene einen Verfahrensbevollmächtigten mit der Wahrung ihrer Interessen in einem Nachprüfungsverfahren beauftragt, das in der Regel durchaus komplex ist und mitunter im Verlauf der Nachprüfung zu schwierigen rechtlichen Einzelfallfragen führen kann.

Demzufolge trägt die Antragstellerin die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

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