



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Mindestanforderungen an Nebenangebote ersetzen nicht die Gleichwertigkeitsprüfung der Vergabestelle**
- 2. Versagung der Akteneinsicht in Nebenangebote für den Zeitraum des Vergabeverfahrens**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe einer Bauleistung, K 1 n, Flughafen Münster-Osnabrück, Anschlussstelle BAB A 1 in Greven

VK 17/08

der
Bietergemeinschaft bestehend aus

XX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen den

Kreis xxxxxxxxxxxx
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin zu 1)

und das

Land Nordrhein-Westfalen

XX
XX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin zu 2)

Beigeladene

Bietergemeinschaft bestehend aus

XX
XX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 31.10.2008 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Schopmeyer

am **6. November 2008** beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag auf Einsicht in die Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen wird zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbeteiligten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
5. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin zu 1) und zu 2) schrieben unter der Federführung der Antragsgegnerin zu 1) Straßenbauarbeiten (Anschlussstelle für den FMO; Neubau eines Brückenbauwerkes Los 1 und Verbreiterung der BAB 1 Los 2) an der BAB A 1 und der K 1 n in einem europaweiten Verfahren nach der VOB/A aus. Der Auftragswert beläuft sich auf ca. 7,5 Mio. €

Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei der Preis mit 90% und der technische Wert mit 10% gewichtet wurden.

Für die Angebotswertung sollte der Preis in eine Punkteskala von 0 bis 10 Punkte normiert werden, wobei 10 Punkte das Angebot mit dem niedrigsten Preis und 0 Punkte ein fiktives Angebot mit dem 1,5 fachen des niedrigsten Preises erhalten sollte. Alle Angebote mit darüber liegenden Preisen sollten ebenfalls 0 Punkte erhalten. Die Punkteermittlung für die dazwischen liegenden Preise sollte über eine lineare Interpolation mit bis zu drei Stellen hinter dem Komma erfolgen.

Zum technischen Wert nannten die Antragsgegnerinnen die vier Unterkriterien Bauverfahren, Bauablauf, Qualitätssicherung und Geräteinsatz, die mit gleicher Gewichtung berücksichtigt werden sollten. Die dazu vorgelegten Unterlagen sollten über eine Punkteskala von 1 bis 3 Punkten (unterdurchschnittliche- durchschnittliche – optimale Erfüllung) bewertet werden.

Für die Angebotswertung sollte der technische Wert in eine Punkteskala von 5 bis 10 Punkten normiert werden, wobei das Angebot mit einer theoretisch maximalen Punktezahl bei den Unterkriterien 10 Punkte und das mit der geringsten Punktezahl 5 Punkte erhalten sollte. Dazwischen liegende Werte sollten linear mit bis zu drei Stellen hinter dem Komma interpoliert werden.

Nebenangebote waren zugelassen. In der Baubeschreibung erläuterten die Antragsgegnerinnen unter Ziffer 6 die Forderungen, die für Nebenangebote und Änderungsvorschläge zu beachten waren. Dort wurde beispielsweise verlangt, dass Nebenangebote die verkehrstechnischen Erfordernisse entsprechend dem Ausschreibungsentwurf einzuhalten hatten oder die gestalterischen Gesichtspunkte des Ausschreibungsentwurfs beizubehalten waren. Weiter wurde verlangt, dass die in der Leistungsbeschreibung aufgeführten Baubedingungen und zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen auch für Nebenangebote gelten sollten.

In den beigefügten EG-Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (Vordruck) heißt es dazu unter Nr. 5.2.: Sind Nebenangebote zugelassen, müssen sie die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen. Nebenangebote, die den Nummern 5.1 bis 5.4 nicht entsprechen, werden von der Wertung gemäß Nr. 5.5 ausgeschlossen.

Zu der Nr. 5 (Nebenangebote) gab es in diesen EG-Bewerbungsbedingungen u.a. folgende Ergänzung: „Nebenangebote über eine kostengünstigere oder umweltverträglichere Vermeidung, Wiederverwendung, Wiederverwertung oder Beseitigung von Abfällen gemäß Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz sind ausdrücklich erwünscht.“

Die Antragsgegnerinnen erhielten insgesamt 8 Angebote. Die Angebotssummen lagen zwischen 7,2 Mio. € und 8,4 Mio. €. Die Antragstellerin gab, gefolgt von der mit Beschluss vom 03.09.2008 Beigeladenen, das preislich günstigste Hauptangebot ab. Die Beigeladene fügte 8 Nebenangebote bei, wobei die Nebenangebote 1 und 8 als gleichwertig eingestuft wurden. Die Antragstellerin legte 7 Nebenangebote bei, die von den Antragsgegnerinnen aber insgesamt nicht berücksichtigt wurden. Dadurch gelangte die Beigeladene preislich gesehen mit einer Auftragssumme in Höhe von

xxxxxxxxxxxxx€ auf den ersten Rang, gefolgt von der Antragstellerin mit einer Auftragssumme von xxxxxxxxxxxx €. Bei der Bewertung des technischen Wertes erhielten die beiden Angebote gleiche Punktwerte, so dass die Beigeladene weiterhin auf dem ersten Rang blieb.

Die Antragstellerin hatte in einem Nebenangebot, und zwar Nebenangebot Nr. 7 vorgeschlagen, im Zuge der Aufstellung der Schutzplanken die ausgebauten Holme der vorhandenen Schutzplanken wieder zu verwenden. Dazu führten die Antragsgegnerinnen im Vergabevermerk aus, dass unter Ziffer 6 der Baubeschreibung diesbezüglich keine Mindestanforderungen definiert seien. Zur fachtechnischen Wertung führten sie aus, dass grundsätzlich bei Neuaufrstellung von Schutzplanken nur neue, ungebrauchte Materialien verwendet werden sollten. Weiterhin gebe der Bieter keine Erklärung dazu ab, wie er verformte Holme oder Holme mit ausgeleierter Lochung einsetzen will. Das Nebenangebot entspreche nicht dem Punkt 5.2 der Bewerbungsbedingungen und werde deshalb gemäß Punkt 5.5 von der Wertung ausgeschlossen.

Die Beigeladene legte insgesamt 8 Nebenangebote vor, wobei die Nebenangebote Nr. 1 und 8 von den Antragsgegnerinnen als gleichwertig berücksichtigt wurden. Hinsichtlich beider Nebenangebote führen die Antragsgegnerinnen im Vergabevermerk aus, dass diese die Mindestanforderungen in Ziffer 6 der Baubeschreibung erfüllen.

Die Berücksichtigung des Nebenangebots Nr. 7 würde preislich gesehen für die Antragstellerin bei unveränderter Bewertung des technischen Wertes ausreichen, um auf den ersten Rang zu kommen, und zwar auch dann, wenn es bei der Berücksichtigung der beiden Nebenangebote Nr. 1 und 8 aus dem Angebot der Beigeladenen bleibt.

Sollte es bei der Nichtberücksichtigung des Nebenangebots Nr. 7 bleiben, kann die Antragstellerin mit ihrem Angebotspreis aus dem Hauptangebot auf den ersten Rang kommen, wenn zumindest das Nebenangebot Nr. 1 der Beigeladenen nachträglich von der Wertung ausgeschlossen wird.

Mit Schreiben vom 13.08.2008 teilte die Antragsgegnerin zu 1) der Antragstellerin mit, dass bei der Wertung ihres Angebots für die Ermittlung der Wertungssumme ihre Nebenangebote 1 bis 7 nicht berücksichtigt wurden. Hinsichtlich des Nebenangebots Nr. 7 verwies sie darauf, dass für Schutzplanken keine Mindestanforderungen gestellt waren und gemäß dem Vordruck HVA nur Nebenangebote mit Mindestanforderungen gewertet werden dürften. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Mit Schreiben vom 18.08.2008 rügte die Antragstellerin diese beabsichtigte Vergabe und beantragte am 25.08.2008 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass ihr Angebot, bestehend aus dem Hauptangebot und den Nebenangeboten, unzulässigerweise ausgeschlossen wurde.

Die ihr erteilte Information gemäß § 13 VgV habe zunächst keine ausreichenden Informationen dazu enthalten, warum ihr Hauptangebot ausgeschlossen worden sei. Denn im Vergleich zu den im Submissionstermin verlesenen Angebotsendsummen aus den Hauptangeboten habe sie im Verhältnis zur Beigeladenen das deutlich

preisgünstigere Hauptangebot abgegeben, worauf der Zuschlag erteilt werden müsste.

Die Antragstellerin ist darüber hinaus der Auffassung, dass ihr Nebenangebot Nr. 7 unzulässigerweise von den Antragsgegnerinnen nicht gewertet wurde. Die Antragstellerin meint, dass in den Verdingungsunterlagen Nebenangebote zugelassen wurden und auch die hierfür erforderliche Formulierung von Mindestanforderungen ganz generell vorhanden gewesen sei. Sie verweist hierzu auf die Nr. 5 in den EG-Bewerbungsbedingungen und Ziffer 6 in der Baubeschreibung.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen, wonach konkret für Schutzplanke keine Mindestanforderungen gestellt worden seien, was zum Ausschluss des im Streit stehenden Nebenangebots geführt habe, meint die Antragstellerin, dass damit die Anforderungen an das Vorhandensein von Mindestanforderungen für Nebenangebote überspannt würden. Vielmehr genüge es, wenn überhaupt in Bezug auf Nebenangebote leistungsbezogene Vorgaben aufgestellt werden. Dieser Ausschlussgrund könne jedenfalls die Entscheidung nicht rechtfertigen.

Die Antragstellerin trägt zudem unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH, 16.10.2003, Rs. C-421/01 (Traunfeller) vor, dass die Prüfung der Nebenangebote ausschließlich anhand dieser Mindestanforderungen zu erfolgen habe, so dass für eine Gleichwertigkeitsprüfung hinsichtlich der Nebenangebote kein Raum mehr sei. Die Prüfung der Mindestanforderungen ersetze die Prüfung der Gleichwertigkeit.

Da damit die Prüfung der Nebenangebote abgeschlossen sei, könne das Nebenangebot Nr. 7 auch nicht mehr im Wege einer Gleichwertigkeitsprüfung ausgeschlossen werden. Soweit die Antragsgegnerinnen diese Gleichwertigkeitsprüfung vorgenommen hätten, sei diese auch nicht nachvollziehbar, weil ihr Nebenangebot Nr. 7 jedenfalls gleichwertig sei. Die abgebauten Holme würden den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprechen, wonach Holme des Profils B gefordert waren. Dass es sich nicht um fabrikneue Holme handele, stehe dem nicht entgegen, weil jedenfalls die Funktionalität nicht eingeschränkt sei, sondern die Verwendung der bisherigen Holme sei ein wirtschaftlicher Faktor. Eine Wiederverwendung sei entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen auch möglich, weil insgesamt 3880 Stück auszubauen seien, aber lediglich 2660 Stück neu eingesetzt werden müssten, so dass genügend einbaufähige Holme vorhanden sein müssten, die nicht beschädigt oder verrostet sein werden. Zudem könne jedenfalls aus dem Vergabevermerk nicht entnommen werden, dass überhaupt eine Gleichwertigkeitsprüfung stattgefunden habe. Die beiden Sätze zum Nebenangebot Nr. 7 unter der Überschrift „Fachtechnische Wertung“, ließen kein Beurteilungsermessen erkennen und seien in sich auch widersprüchlich.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerinnen den Ausschluss des Nebenangebots Nr. 7 auch unter Hinweis auf DIN 18299 nicht rechtfertigen könnten. Die DIN 18299 Ziffer 2.3.1 VOB/C gelte nur für Stoffe und Bauteile, die der Auftragnehmer zu liefern und einzubauen habe. Demgegenüber gelte für die vom Auftraggeber beizustellenden Bauteile die Ziffer 2.1.2 VOB/C, wonach lediglich gefordert sei, dass sie der Auftragnehmer rechtzeitig beim Auftraggeber anzufordern habe. Dies sei mit der Abgabe des Nebenangebots Nr. 7 erfolgt. Darüber hinaus werde in der Ziffer 2.3.1 VOB/C nicht ausnahmslos bestimmt, dass es sich um ungebrauchte

Stoffe oder Bauteile handeln müsse, sondern auch Recycling-Material könne den Anforderungen der DIN 18299 entsprechen.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass sich auch aus dem Leistungsverzeichnis nicht die Forderung nach Verwendung neuer Holme schließen lasse. In Ziffer 6 des Leistungsverzeichnisses werde zwar in den Überschriften „Schutzplanken Seitenstreifen neu“ gefordert, was aber nicht bedeute, dass diese aus neuem Material herzustellen seien. Damit werde nur gefordert, dass an entsprechender Stelle wieder Schutzplanken herzustellen seien. Ob dies in Bezug auf das Hauptangebot tatsächlich neue Holme sein müssten, könne dahingestellt bleiben, weil sie hier die Wiederverwendung in einem Nebenangebot angeboten habe.

Diesbezüglich trägt die Antragstellerin vor, dass in den EG Bewerbungsbedingungen technische Alternativlösungen, wie von ihr im Nebenangebot Nr. 7 vorgeschlagen, explizit angeregt worden seien. Nebenangebote über eine kostengünstigere oder umweltverträglichere Wiederverwendung von Abfällen seien nach der Ziffer 5 zu den Nebenangeboten ausdrücklich erwünscht gewesen. Dies sei letztlich auch eine Abbedingung von DIN 18299 Ziffer 2.3.1 VOB/C durch die Leistungsbeschreibung gewesen, was jederzeit möglich sei.

Nach Akteneinsicht trägt die Antragstellerin vor, dass sie die beiden Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen für nicht wertbar halte. Die Antragstellerin verweist auch hier darauf, dass sämtliche Nebenangebote nur anhand der vorgegebenen Mindestanforderungen zu prüfen seien, wobei sie mutmaßt, dass die Nebenangebote der Beigeladenen diese Mindestanforderungen nicht erfüllen.

Hinsichtlich des Nebenangebots Nr. 1 (Kürzung der Verkehrsbeeinträchtigung) weist die Antragstellerin darauf hin, dass in Ziffer 3 der Besonderen Vertragsbedingungen für die Unterschreitung der Vertragsfristen für Verkehrsbeeinträchtigungen keinerlei Beschleunigungsvergütung von den Antragsgegnerinnen vorgesehen sei. Insofern würde jedenfalls bei den Auftraggebern kein quantifizierbarer Nutzen durch die Unterschreitung der Verkehrsbeeinträchtigungen eintreten, sondern die verkürzten Verkehrsbeeinträchtigungen würden praktisch nur zu einem volkswirtschaftlichen Nutzen führen.

Die Antragstellerin meint weiterhin, dass auch die möglichen Einsparungen bei der Vorhaltung der Verkehrssicherung, die Berücksichtigung des Nebenangebots Nr. 1 deshalb nicht zuließen, weil diese nicht hinreichend bestimmbar sein könnten. Wesentlicher Zwischenschritt sei die Umlegung des Verkehrs auf die neu zu errichtende Brücke, die Gegenstand einer anderen Ausschreibung sei. Die Bestandsbrücke müsse erhalten bleiben, bis dass die neue Brücke fertig gestellt sei und der Verkehr umgelegt werden könne. Jede von der Durchführung dieser Arbeiten losgelöste Terminierung für die Lose 1 und 2, wären rein spekulativ, weil keine Kenntnisse über den Ablauf und die Fristeinhaltung der Unternehmen vorliegen könnten, die mit den Arbeiten für die neue Brücke beauftragt würden.

Zudem trägt die Antragstellerin vor, dass in Ziffer 3.2 der Baubeschreibung unter der Überschrift Zusammenwirken mit anderen Unternehmen bestimmt worden sei, dass die festgelegte Bauzeit für die gesamten Arbeiten gelte. Von diesem Zeitrahmen dürfe nicht abgewichen werden.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass die Wertung eines die Verkürzung von Ausführungsfristen in Aussicht stellenden Nebenangebots nach § 25a Nr. 3 VOB/A unzulässig sei, weil diesbezüglich in den Verbindungsunterlagen lediglich unter Ziffer 6 ausgeführt sei, dass veränderte Ausführungsfristen nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen würden. Diese Forderung sei rein formal, was aber nicht zulässig sei. Vielmehr müssten sich die Mindestanforderungen für Nebenangebote auf leistungsbezogene, d.h. sachlich-technische Vorgaben beziehen.

Hinsichtlich des Nebenangebots Nr. 8 trägt die Antragstellerin vor, dass vorsorglich die Beifügung von Prüfzertifikaten angezweifelt werde.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass die in den Verdingungsunterlagen befindliche Punktebewertungsmatrix gegen die Wettbewerbsgrundsätze verstoße. Die Antragstellerin weist zunächst darauf hin, dass dieser Vergaberechtsverstoß nicht präkludiert sei, weil das Punktesystem sehr komplex gewesen sei. Die Antragstellerin habe deshalb die rechtswidrigen Elemente dieser Bewertungsmatrix erst nach anwaltlicher Beratung erkennen und rügen können.

Bei dem Zuschlagskriterium Preis bestehe die Möglichkeit, ein Unter-Kosten-Angebot abzugeben, wenn das Angebot mit dem niedrigsten Preis zum Maßstab für die Wertung genommen werde, wodurch Angebote anderer Bieter gezielt aus dem Wettbewerb gedrängt würden, obwohl diese durchaus auskömmlich und angemessen kalkuliert worden seien. Denn diese würden dann auf der Punkteskala, wenn sie das 1,5 fache niedrigste Angebot preislich überschreiten, nur 0 Punkte erhalten. Da der Preis zu 90% gewertet werde, könne auch die Vergabe einer Maximal-Punktzahl beim technischen Wert dieses Ergebnis nicht mehr kompensieren.

Ein solchermaßen gestaltetes Punktesystem wirke sich wettbewerbsverzerrend bzw. unnötig wettbewerbsverengend aus und verstoße damit gegen § 97 Abs. 1 und 2 GWB. Aus dem Umstand, dass ihr Hauptangebot preislich vor dem Angebot der Beigeladenen gelegen habe, müsse man schließen, so die Antragstellerin, dass der wettbewerbsverzerrende Effekt sich gerade auch zu Lasten ihrer Angebote auswirke und sie dadurch in ihren Rechten verletzt worden sei.

Die Antragstellerin meint weiterhin, dass auch das Punktesystem hinsichtlich des technischen Wertes, wonach für die vorzulegenden Unterlagen 1 bis 3 Punkte vergeben werden, gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße, weil diese Matrix in der gewählten Abstufung nicht schlüssig und damit ungeeignet für eine differenzierende Begutachtung sei. Vielmehr führe eine solche Bewertungsmatrix erfahrungsgemäß zu einer Nivellierung, weil der Prüfende davor zurückscheue, in einer Abstufung einen Bewerber als sehr gut, also mit optimaler Erfüllung, einzustufen. Dies belege eindeutig auch die Tabelle 5, in der durchgängig beide Angebote mit dem mittleren Punktwert von 2 Punkten bewertet worden seien. Dabei würden in dem Abstand zwischen optimaler und durchschnittlicher Erfüllung gedanklich drei Stufen liegen, wobei alle diese Abstufungen nur durch einen Punkt aufgefangen würden, während sofort ab der Stufe „durchschnittliche Erfüllung“ der Bereich der Unterdurchschnittlichkeit einsetze, und zwar mit demselben Abstand von nur einem Punkt.

Die für die Unterlagen erteilten Punkte müssten anschließend den Punkten aus der Wertung für den Preis (90%) hinzugezählt werden, um den Gesamtpunktwert zu erhalten. Dafür sollten diese Angebote in einer Punkteskala von 5 bis 10 Punkten nor-

miert werden, wobei auch hier undurchschnittliche Angebote deutlich bevorzugt würden, weil diese – wenn sie nur 4 Punkte erhalten- jedenfalls mit 5 Punkten in die Gesamtwertung gehen, während optimale Angebote insgesamt 12 Punkte erhalten könnten, aber lediglich mit 10 Punkten in die Gesamtwertung gehen könnten.

Die Normierung in der Punkteskala, die ein unnötiger Zwischenschritt sei, führe, so die Antragstellerin, letztlich zu einem intransparenten Bewertungssystem. Dadurch würden Ergebnismanipulationen eröffnet, die auch im konkreten Fall zu befürchten seien. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich der nivellierende Effekt unmittelbar gerade zu Lasten des Angebots der Antragstellerin ausgewirkt habe. Deshalb müsse das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen an die Bieter zurückversetzt werden, wobei zunächst das Wertungssystem unter Beachtung der Wettbewerbsgrundsätze zu überarbeiten wäre.

Im Übrigen meint die Antragstellerin, dass eine konkrete Rechtsbeeinträchtigung nicht dargelegt werden müsste, weil allein aus dem Umstand, dass seine Vergabevoraussetzung nicht transparent gewesen sei, die Rechtsverletzung gefolgert werden könne.

Hinsichtlich der ergänzenden Akteneinsicht in die Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass nach § 111 Abs. 1 GWB vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren sei. Die Akteneinsicht erstrecke sich auf die gesamte Vergabeakte, wozu neben dem Vergabevermerk auch alle Akten gehören, die das Vergabeverfahren dokumentieren würden. Aus der Systematik des § 111 GWB ergebe sich ein Vorrang zu Gunsten der Akteneinsicht, weil ansonsten auch ein effektiver Rechtsschutz nicht möglich sei. Die Antragstellerin beantragt in der mündlichen Verhandlung, vorab eine Entscheidung über den Umfang der Akteneinsicht zu treffen und diese Entscheidung nicht zusammen mit der Sachentscheidung abzusetzen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, im offenen Verfahren zur Vergabe des Bauauftrages K 1 n, Flughafen Münster-Osnabrück, Anschlussstelle BAB A 1 in Greven, bekannt gemacht unter Ziffer 2008/ S 103-138021 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. Mai 2008, die Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen auszuschließen und die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Nebenangebots Nr. 7 der Antragstellerin zu wiederholen,
2. hilfsweise, das Vergabeverfahren in den Stand nach Anforderung der Verdingungsunterlagen durch die Bieter und vor deren Versendung zurückzusetzen und es unter Zugrundelegung eines den Gleichbehandlungs-, Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz beachtenden Wertungssystems erneut durchzuführen,
3. ihr auch Akteneinsicht in die Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen zu gewähren,
4. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. den Antragsgegnerinnen die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Kosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

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

Die Antragsgegnerinnen sind der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Bewertungsmatrix unzulässig ist, weil dieser vermeintliche Vergaberechtsverstoß jedenfalls bereits mit der Bekanntgabe der Bewerbungsbedingungen für die Antragstellerin erkennbar gewesen sei.

Zudem sind die Antragsgegnerinnen der Auffassung, dass der Antrag unbegründet ist. Das Informationsschreiben habe in der Tat keine Aussage zur Wirtschaftlichkeit des Hauptangebots enthalten, was aber mit der Beantwortung der Rüge erledigt sei.

Die Antragsgegnerinnen halten aber an der Nichtberücksichtigung des Nebenangebots Nr. 7 der Antragstellerin fest. Sie tragen vor, dass für die Schutzplankenholme in der Leistungsbeschreibung keine Mindestbedingungen genannt worden seien. Die in Ziffer 6 der Baubeschreibung genannte Voraussetzung für Nebenangebote, dass die in der Leistungsbeschreibung aufgeführten Baubedingungen und zusätzliche Vertragsbedingungen gelten, sei eine rein formale Wertungsvoraussetzung gewesen. Erforderlich sei aber, dass leistungsbezogene Vorgaben vorhanden wären. Gegebenenfalls könnten technische Regelwerke als zusätzliche technische Vorschriften herangezogen werden.

Jedenfalls, so meinen die Antragsgegnerinnen, sei das Nebenangebot Nr. 7 in qualitativer Hinsicht gegenüber dem Hauptangebot bzw. den Vorgaben aus dem Leistungsverzeichnis nicht gleichwertig und müsse deswegen unberücksichtigt bleiben.

Die Erfüllung von Mindestanforderungen sei lediglich ein Minimum, um überhaupt in die Gleichwertigkeitsprüfung zu treten. Mindestanforderungen für Schutzplanken seien aber nicht definiert worden. Vielmehr ergebe sich aus der Formulierung in Ziffer 6 der Leistungsbeschreibung, dass die auszubauenden Schutzplanken einer Verwertung zuzuführen sind, so dass damit der Einbau neuer Stahlschutzplanken gefordert wurde.

Die Antragsgegnerinnen meinen zudem, dass die DIN 18299 zu beachten sei, wonach ebenfalls die Verwendung neuer Bauteile, also neuer Holme, vorgeschrieben werde. Vertragsgrundlage für die Durchführung sei die VOB in allen Teilen. In den Ausführungsbestimmungen zur VOB, Teil C, DIN 18299 Ziffer 2.3.1 müssten die vom Auftragnehmer zu liefernden und einzubauenden Stoffe und Bauteile ungebraucht sein. Das sei beim Nebenangebot Nr. 7 nicht der Fall.

Weiterhin tragen die Antragsgegnerinnen vor, dass sie das Nebenangebot Nr.7 schon formal nicht berücksichtigen könnten, weil nach den Ausführungen der ZTV-PS 98, beim Wiedereinbau gebrauchter Schutzplankenteile ein Prüfnachweis hinsichtlich bestimmter Qualitätsnachweise vorzulegen sei, der dem Angebot der Antragstellerin aber nicht beigelegt habe. Somit sei die Gleichwertigkeit schon nicht prüfbar gewesen.

Im Übrigen meinen die Antragsgegnerinnen könne die Antragstellerin die Gleichwertigkeit auch nicht nachweisen. Eine Gleichwertigkeit würde nur vorliegen, wenn die geplante Ausführung mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Das sei vorliegend nicht feststellbar. Schon durch nicht auszuschließende Verformungen beim Einrammen und dem jahrelangen Verbleib der Holme im Boden, dem permanenten Einfluss der Witterung und der natürlichen Materialermüdung könne keine Gleichwertigkeit gegeben sein. Sie habe sich die maßgeblichen Pfosten nochmals angesehen. Diese Besichtigung habe ergeben, dass diese Pfosten mindestens 6 bis 8 Jahre alt sind. Oberflächenbeschädigungen und die natürliche Abnutzung durch Witterungseinflüsse haben die gegen Korrosion aufgebrauchte Zinkschutzschicht derart gemindert, dass diese keinesfalls als gleichwertig zu betrachten sei. Hinzukomme, dass unerkannte und optisch nicht erkennbare Beschädigungen an diesen tragenden Bauteilen die Funktionsfähigkeit in diesem sensiblen Sicherheitsbereich nicht gewährleisten würden.

Die Antragsgegnerinnen sind zudem der Auffassung, dass auch die Ziffer 5 in den EG Bewerbungsbedingungen keine andere Entscheidung zulasse. Bereits nach Ziffer 6 der Leistungsbeschreibung sollten die abgebauten Schutzplanken in das Eigentum des Auftragnehmers übergehen und von ihm beseitigt werden. Zutreffend sei sicherlich, dass die Möglichkeit der Wiederverwendung bestimmter Stoffe bestehe, aber dies sei jeweils unter Berücksichtigung des konkreten Vorhabens zu entscheiden. So müsse man überlegen, in welchem Zustand sich die Altmaterialien, die wieder verwendet werden sollen, befinden, oder ob bei Wiederverwendung Sicherheitsnachteile zu befürchten seien.

Hinsichtlich der Bewertungsmatrix meinen die Antragsgegnerinnen, dass diese wiederholt ohne Beanstandungen zur Anwendung gekommen sei. Jedenfalls würde im vorliegenden Fall kein anderes Ergebnis eintreten, weil für den Fall, dass man die Richtigkeit der Ansicht der Antragstellerin unterstellt, jedenfalls keine Änderung in der Bieterreihenfolge eintreten würde. Ein Nachteil der Antragstellerin sei somit konkret nicht feststellbar.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die ergänzende Akteneinsicht in die Nebenangebote Nr. 1 und 8 aus dem Angebot der Beigeladenen und dem dazugehörigen Auszug aus dem Vergabevermerk zu versagen,
3. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Beigeladenen für notwendig zu erklären,
4. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Beigeladene ist der Auffassung, dass die Antragstellerin ausreichend über die Nichtberücksichtigung ihres Angebots informiert wurde. Darüber hinaus sei das Nebenangebot Nr. 7 zu Recht ausgeschlossen worden, weil für die Wiederverwertung der Holme bei den Schutzplanken keine Mindestanforderungen gestellt wurden und es zudem an der Gleichwertigkeit des Vorschlages fehle. Vermutlich habe die Antragstellerin die Gleichwertigkeit auch nicht mit dem Nebenangebot nachgewiesen.

Die Beigeladene trägt vor, dass sich bereits aus dem Hinweis in Ziffer 6 der Leistungsbeschreibung, wonach die Schutzplanken einschließlich der Holme abzubauen und der Verwertung zuzuführen sind, schließen lasse, dass diese Holme nicht wieder eingebaut werden durften. Auch die Überschriften würden keine andere Auslegung zulassen.

Unabhängig davon, so meint die Beigeladene, fehle es an der Gleichwertigkeit. Insbesondere müsse der Auftraggeber funktional das gleiche Ergebnis erzielen wie mit der ausgeschriebenen Leistung. Davon könne hier nicht ausgegangen werden, weil die gebrauchten Holme bereits jahrelang im Boden verankert gewesen seien und den Witterungsverhältnissen ausgesetzt waren. Durch das Rammen der Pfosten beim Einbau würden häufig auch leichte Verformungen der im Boden befindlichen Metallteile entstehen, die bei einer Sichtprüfung an der Oberfläche nicht zu erkennen seien. Auch der Ausbau könne zu zusätzlichen Verformungen führen. Eine Gleichwertigkeit in Bezug auf die Sicherheit läge ebenfalls nicht vor, weil die Holme tragende Bauteile seien und bei einem Aufprall eines Fahrzeugs einwandfrei funktionieren müssten. Insofern gebe es schon einen Unterschied zwischen neuen und alten Holmen. Letztlich habe die Antragstellerin auch formal durch Beifügung von Unterlagen nicht die Gleichwertigkeit ihres Nebenangebots Nr. 7 nachgewiesen.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass die Antragstellerin hinsichtlich des Bewertungssystems zu spät gerügt habe, so dass sie mit diesem Vorbringen präkludiert sei. Die Preisbildung gehöre zu den grundlegenden Überlegungen beim Bieter, so dass diese unabhängig von der Richtigkeit oder Plausibilität der Ausführungen der Antragstellerin, sich damit beschäftigen. Die Vorgehensweise der Antragsgegnerinnen bei dem Kriterium „Preis“ sei auch durchaus nachvollziehbar gewesen und in seiner Funktionsfähigkeit leicht zu verstehen. Letztlich sollten Angebote von Bietern, die mit großzügigen Aufschlägen kalkulieren, chancenlos sein, wenn andere Bieter knapp kalkulieren.

Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, warum es vergaberechtswidrig sein sollte, dass ein Angebot mit dem 1,5 fachen des niedrigsten Preises eben nur 0 Punkte erhält. Die Antragsgegnerinnen hätten auch einen anderen Maßstab nehmen können, insbesondere großzügiger sein können; dazu verpflichtet seien sie aber nicht.

Weiterhin meint die Beigeladene, dass auch die Bewertungsmatrix für das Kriterium „technischer Wert“ früher hätte gerügt werden müssen. Denn diese Bewertung sei mit gesondertem Schreiben an die Bieter erläutert worden und deshalb sei sogar der Submissionstermin verschoben worden. Insofern sei kaum vorstellbar, dass die Antragstellerin sich keine Gedanken über dieses Kriterium und den Mechanismus seiner Wertung gemacht habe.

Auch inhaltlich hält die Beigeladene diese Wertung nicht für vergaberechtswidrig. Im Gegensatz zu dem von der Antragstellerin angeführten Beispiel aus der Entscheidung des OLG München, Verg 6/07, handele es sich vorliegend nicht um Eignungsmerkmale und die Abstufung in optimal, durchschnittlich und unterdurchschnittlich sei logisch und nachvollziehbar. Daraus ergebe sich auch, dass eben kein Nivellierungsdruck abstrakt festgestellt werden könnte.

Die Beigeladene ist weiterhin der Auffassung, dass auch die Normierung nachvollziehbar war. Auch hier würde es sich um einfache Rechenschritte handeln, die nach-

vollziehbar waren und durch die Verlängerung der Angebotsabgabefrist nochmals ins Bewusstsein der Bieter gerufen wurden. Die Beigeladene meint, dass die Bewertung insgesamt klar und transparent war und keine inhaltlichen Ansatzpunkte für eine Vergaberechtswidrigkeit vorlagen.

Darüber hinaus meint die Beigeladene, dass das Vorbringen der Antragstellerin zu der Bewertung insgesamt abstrakt bleibe und insbesondere ohne Fallbezug sei. Die Antragstellerin trage nicht vor, dass gerade ihr Angebot in allen Kriterien nicht optimal gewertet worden sei. Insoweit fehle es der Antragstellerin an einem Rechtsschutzbedürfnis.

Die Beigeladene trägt zur beantragten Erweiterung der Akteneinsicht in ihre Nebenangebote Nr. 1 und 8 vor, dass diese gemäß § 111 Abs. 2 GWB zu versagen sei. Das Wesentliche der beiden Nebenangebote sei ihre Idee einer vom Amtsvorschlag abweichenden technischen Ausführung gewesen. Diese Idee stelle ein Geschäftsgeheimnis dar, die auch bei späteren Aufträgen Verwendung finden könnte. Auch die Ausführungen im Vergabebericht der Antragsgegnerinnen hält die Beigeladene für geheimhaltungsbedürftig, weil bereits mit der darin enthaltenen Beschreibung der in Rede stehenden Nebenangebote das Geschäftsgeheimnis offenbart werde.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 14.11.2008 verlängert. Am 31.10.2008 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung verwiesen.

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 04.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 5.150.000 €.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB und sie hat die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße auch unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 GWB gerügt.

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

a) Die Rüge ist insgesamt unverzüglich, d.h. innerhalb von 5 Kalendertagen ausgesprochen worden, wobei die Beanstandungen hinsichtlich der Nichtberücksichtigung des Nebenangebotes Nr. 7 erst mit Erhalt des Informationsschreibens der Vergabestelle für die Antragstellerin erkennbar wurden.

b) Aber auch hinsichtlich der Beanstandungen zur Bewertungsmatrix wird unterstellt, dass diese rechtzeitig erfolgten. Ob dafür eine anwaltliche Beratung erforderlich war, um eine Vergaberechtswidrigkeit zu erkennen oder – so wie die Beigelade-

ne meint- allein die Übersendung der Verdingungsunterlagen ausreichte, lässt die Kammer dahin gestellt.

Für erkennbare Fehler auf Grund der Verdingungsunterlagen gilt grundsätzlich § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB und nicht Satz 2, OLG Düsseldorf, 13.06.2001, Verg 2/01. Allerdings unterliegen der Rügeobliegenheit des Bieters nur solche Vergaberechtsverstöße, 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, wobei die Vergabestelle die Darlegungs- und Beweislast, ob und wann der Bieter die volle Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß erlangt hat, trägt, OLG Düsseldorf, 22.08.2000, Verg 9/00; OLG Düsseldorf, 29.12.2001, Verg 22/01.

Die Antragstellerin hat hier behauptet, dass sie vor Einschaltung eines Anwalts keine Bedenken hinsichtlich der Wertungsmatrix gehabt habe. Die Antragsgegnerinnen sind dieser Behauptung nicht substantiiert entgegen getreten und haben auch nicht nachgewiesen, dass die Antragstellerin schon vor anwaltlicher Beratung diese Vergaberechtsverstöße erkannt hat. Im Ergebnis ist somit die Rüge hinsichtlich der Wertungsmatrix nicht präkludiert.

2. Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Entscheidungen der Antragsgegnerinnen hinsichtlich des Ausschlusses des Nebenangebots Nr. 7 der Antragstellerin, der Berücksichtigung der Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen und der Verwendung der Bewertungsmatrix sind nicht zu beanstanden.

a) Die Antragsgegnerinnen haben bei der Wertung der Nebenangebote der Antragstellerin und der Beigeladenen nicht gegen § 25 a Nr. 3 VOB/A verstoßen. Danach berücksichtigt der Auftraggeber nur Nebenangebote, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen.

Nebenangebote waren in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich zugelassen, wobei die Antragsgegnerinnen auch die für Nebenangebote erforderlichen Mindestanforderungen in Ziffer 6.0 der Baubeschreibung genannt haben. Nebenangebote, die diese in Ziffer 6 der Baubeschreibung geforderten Mindestanforderungen nicht erfüllten, konnten gemäß Ziffer 5.5 in Verbindung mit Ziffer 5.2 der EG-Bewerbungsbedingungen ausgeschlossen werden.

aa) Die Mindestanforderungen für Nebenangebote dürfen nicht inhaltsleer sein, sondern müssen materielle Anforderungen enthalten. Insofern hat eine Vergabestelle bestimmte inhaltliche Rahmenbedingungen zu nennen, die bei der Fertigung von Nebenangeboten zu berücksichtigen sind, OLG Düsseldorf, 07.01.2005, Verg 106/04; OLG Düsseldorf, 24.10.2007, Verg 32/07. Mindestbedingungen, die die Vergabestelle bei Zulassung von Nebenangeboten aufzustellen und auch konkret zu beschreiben hat, müssen sicherstellen, dass die eingereichten Nebenangebote taugliche - gleichwertige - Lösungen anbieten, die der gewünschten Leistung, dem Beschaffungsbedarf des Auftraggebers, entsprechen. Unter Mindestanforderungen sind dabei allein leistungsbezogene, also sachlich- technische Vorgaben zu verstehen, OLG Frankfurt, 07.08.2008, 11 Verg 3/07.

Mit diesen Vorgaben sollen den Bietern Anhaltspunkte bei der Fertigung von Nebenangeboten gegeben werden und es soll verhindert werden, dass ein Bieter von der Vergabestelle nicht erwünschte Abweichungen erarbeitet, die von vorn herein keine Chance auf Berücksichtigung haben. Für die Abgabe von Nebenangeboten wird den Bietern somit ein Spielraum in der Weise eingeräumt, dass die inhaltlichen Anforderungen an Hauptangebote gelockert und Bedingungen speziell für Nebenangebote beschrieben werden, OLG Düsseldorf, 24.10.2007, Verg 32/07. Legt man dieses Verständnis zugrunde, so ist es ausreichend, dass generell inhaltliche Forderungen an Nebenangebote gestellt werden; ein konkreter Bezug zu einer bestimmten Position im Leistungsverzeichnis muss nicht vorhanden sein.

Dies war hier der Fall. Die Antragsgegnerinnen haben beispielsweise gefordert, dass die verkehrstechnischen Erfordernisse oder die gestalterischen Gesichtspunkte des Ausschreibungsentwurfs beizubehalten sind oder dass die zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen auch für Nebenangebote gelten. Für Ingenieurbauwerke hat sie gefordert, dass das Nebenangebot beispielsweise einen Erläuterungsbericht mit allen Änderungen gegenüber der Baubeschreibung enthalten muss usw. Insofern wurden ausreichende qualitative Vorgaben gemacht und nicht nur formale Anforderungen gestellt.

bb) Konkrete Forderungen in Bezug auf Nebenangebote, die die Schutzplankenarbeiten zum Gegenstand haben, wurden nicht gestellt und sind auch nicht erforderlich. Denn eine Vergabestelle weiß im Vorfeld häufig gar nicht, welche Abweichungen von der Leistungsbeschreibung von den Bietern in der Form von Nebenangeboten erarbeitet werden. Insofern kann und muss sich die Forderung nach Mindestanforderungen auch nicht auf konkrete Positionen im Leistungsverzeichnis beziehen, sondern dient generell nur der Eingrenzung des Spielraums.

b) Die Nebenangebote waren auch nicht gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend auszuschließen.

aa) Die in Ziffer 5.2 der EG-Bewerbungsbedingungen genannten Mindestanforderungen beziehen sich ausschließlich auf die Vorgaben aus der Ziffer 6 der Baubeschreibung. Insofern muss jedes Nebenangebot zunächst die dort genannten Mindestanforderungen erfüllen.

Die Antragsgegnerinnen haben in ihrem Vergabevermerk hingegen wiederholt die Mindestanforderungen im Sinne der Ziffer 5.2 viel umfassender gesehen und häufig auch die Gleichwertigkeit eines Nebenangebots mit der Leistungsbeschreibung darunter gefasst. Dies ist nicht zulässig, hat aber vorliegend keine Auswirkungen, weil zusätzlich auch eine fachtechnische Wertung der Nebenangebote erfolgte. Dass die Antragsgegnerinnen in ihrem Informationsschreiben nach § 13 VgV formal die Auffassung vertreten haben, dass für Schutzplanken keine Mindestanforderungen gestellt wurden und nur Nebenangebote mit Mindestanforderungen gewertet werden dürfen, kann hier dahin gestellt bleiben, weil es ausweislich des Vergabevermerks nicht nur diesen Ablehnungsgrund gab, sondern auch eine Gleichwertigkeitsprüfung erfolgte.

bb) Darüber hinaus haben die Antragsgegnerinnen für Nebenangebote zwar durch die Beifügung der EG-Bewerbungsbedingungen verlangt, dass diese die geforderten

Mindestanforderungen erfüllen und dies mit Angebotsabgabe nachzuweisen sei. Ziffer 6 der Baubeschreibung, der die Mindestanforderungen nennt, lässt dies hingegen weitestgehend offen.

Allein durch die Vorlage der Nebenangebote und der darin enthaltenen Angaben haben die Antragstellerin und die Beigeladene diese Nachweise erbracht. Die Erfüllung dieser Mindestanforderungen konnte im vorliegenden Fall allein durch die mit dem Angebot geforderten Angaben nachgewiesen werden. Zusätzliche Nachweise bezüglich der Nebenangebote forderten die Antragsgegnerinnen nur in Bezug auf die Ingenieurbauwerke, nicht hingegen auf sämtliche andere Nebenangebote. Insofern kommt ein Ausschluss der hier im Streit stehenden Nebenangebote nach Ziffer 5.2 jedenfalls nicht in Betracht.

Nach Auffassung des BGH, 10.06.2008, X ZR 78/07, ist es aber auch nicht Sache eines Bieters ein hierarchisches Zusammenspiel in den einzelnen Bestandteilen der Vergabeunterlagen zu erkennen, weil dies häufig eine vertragsrechtlich visierte Gesamtschau erfordere, die von den Bieter im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet werden müsse und auch nicht erwartet werden könne. Gleiches gilt im Verhältnis zu Vorschriften aus der VOB/A, die möglicherweise im Gegensatz zu Vorgaben in Vordrucken stehen. Damit reichte allein die Beifügung der Nebenangebote aus.

c) Ein Verstoß gegen § 25 Nr. 4 VOB/A ist ebenfalls nicht ersichtlich. Danach sind Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, ebenso zu werten wie Hauptangebote. Sonstige Nebenangebote können berücksichtigt werden. Dabei gelangen nur diejenigen Nebenangebote in die Wertung, und sind wie Hauptangebote zu werten, die gleichwertig zum Amtsvorschlag sind.

Der Ausschluss des Nebenangebots Nr. 7 der Antragstellerin durch die Antragsgegnerinnen ist nach § 25 Nr. 4 VOB/A nicht zu beanstanden.

aa) Nach Auffassung des OLG Brandenburg, 29.07.2008, Verg W 10/08, die die Kammer für zutreffend hält, ist dabei die Erfüllung der von der Vergabestelle geforderten Mindestanforderungen kein Äquivalent für die Gleichwertigkeit, sondern lediglich das Minimum dessen, was der Auftraggeber vorgibt, um überhaupt in die Gleichwertigkeitsprüfung einzutreten. Der bloße Umstand, dass ein Nebenangebot den vorgegebenen Mindestbedingungen entspricht, führt deshalb nicht zur Annahme seiner Gleichwertigkeit mit dem Amtsvorschlag. Also muss die Vergabestelle die Gleichwertigkeit noch ausdrücklich prüfen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin, ist auch aus der Entscheidung des EuGH, 16.10.2003, Rs. C-421/01 (Traunfeller) nicht zu entnehmen, dass die eingereichten Nebenangebote ausschließlich anhand der Mindestanforderungen zu prüfen und quasi zuzulassen sind, soweit diese Mindestanforderungen eingehalten werden. Dem EuGH ging es ersichtlich darum, abstrakte, und nicht auf den konkreten Beschaffungsvorgang bezogene und somit für die konkrete Ausgestaltung eines Nebenangebotes „inhaltsleere“ Bestimmungen zu untersagen. Eine Vergabestelle ist aber nicht verpflichtet, positiv alle möglichen Gesichtspunkte aufzuführen, die von einem Nebenangebot erfüllt werden sollen. Dies kann sie in der Regel auch nicht und dies würde auch dazu führen, dass die Bieter keine innovativen Vorschläge zum

Amtsentwurf mehr machen könnten. Vielmehr ist es völlig ausreichend, wenn eine Vergabestelle eine „Negativabgrenzung“ macht, indem sie klarstellt, welche Besonderheiten oder Mindestanforderungen ein Nebenangebot erfüllen soll, VK Münster, 21.12.2005, VK 25/05.

Zudem weist bereits der Wortlaut „Mindestanforderungen“ darauf hin, dass es daneben noch weitere Anforderungen geben kann, die ein solches Nebenangebot erfüllen muss. Nach OLG Düsseldorf, 22.08.2008, Verg 20/07 ist ein bestimmtes Mindestmaß von Anforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen anzugeben und Nebenangebote, die diese Anforderungen nicht erfüllen, sind auszuschließen. Darüber hinaus, so auch das OLG Düsseldorf, kann es weitere Gründe geben, um ein Nebenangebot von der Wertung auszuschließen.

Ein Nebenangebot muss somit auch in qualitativer wie quantitativer Hinsicht gegenüber dem Hauptangebot bzw. dem Amtsvorschlag gleichwertig sein. Da im Nebenangebot etwas anderes angeboten wird als ausgeschrieben, muss der öffentliche Auftraggeber prüfen, ob die alternativ angebotene Leistung den Vertragszweck unter allen technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten ebenso erfüllt und dementsprechend für seinen Bedarf ebenso geeignet ist, so OLG Brandenburg, a.a.O.

Demgegenüber ist die Gleichwertigkeit eines Nebenangebots nicht formal mit dem Angebot nachzuweisen, wie dies § 21 Nr. 2 VOB/A verlangt. Denn § 21 Nr. 2 VOB/A bezieht sich nach zutreffender Auffassung des OLG Düsseldorf, 6.10.2004, Verg 56/04, nur auf technische Anforderungen zur Qualität, Tauglichkeit und Sicherheit im Sinne von § 9 Nr. 4 VOB/A in Verbindung mit dem Anhang TS-Technische Spezifikation- und nicht auf individuell von der Vergabestelle aufgestellte Leistungsverzeichnisse, weil ansonsten jede Abweichung von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung, also jedes Nebenangebot oder jeder Änderungsvorschlag eine technische Spezifikation darstellen würde.

Ausgehend von diesen Grundsätzen war die Überprüfung der Gleichwertigkeit der Nebenangebote Aufgabe der Antragsgegnerinnen. Sie haben ausweislich des Vergabevermerks aus fachtechnischer Sicht das Nebenangebot Nr. 7 abgelehnt, weil sie bei der Neuaufstellung von Schutzplanken nur neue, ungebrauchte Materialien verwandt haben wollten. Weiterhin sei unklar, wie verformte Holme oder Holme mit ausgeleierter Lochung eingesetzt werden sollen. Dabei sind diese Aussagen im Vergabevermerk zwar sehr knapp gehalten, aber in sich schlüssig. Sie lassen erkennen, mit welchen Argumenten, das Nebenangebot Nr. 7 als nicht gleichwertig angesehen wurde. Einerseits wollte man möglichst neue Materialien haben und andererseits war man sich nicht sicher, wie bei Ausführung der Arbeiten mit verformten Holmen verfahren wird.

Während des laufenden Nachprüfungsverfahrens haben die Antragsgegnerinnen ihre fachtechnische Auffassung konkretisiert. Sie teilten in einem Schriftsatz vom 13.10.2008 mit, dass eine Gleichwertigkeit schon deshalb nicht vorliege, weil nicht auszuschließende Verformungen beim Einrammen entstanden sein könnten und der jahrelange Verbleib der Holme im Boden sowie der permanente Einfluss der Witterung eine natürliche Materialermüdung verursachen würden. Durch die Besichtigung der Pfosten hätten sie festgestellt, dass diese mindestens 6 bis 8 Jahre alt sind und schon Oberflächenbeschädigungen an der gegen Korrosion aufgetragenen Zinkschutzschicht vorlägen. Hinzu komme, dass auch unerkannte und optisch nicht er-

kennbare Beschädigungen an den tragenden Bauteilen die Funktionsfähigkeit nicht gewährleisten würden, wobei die Verkehrssicherheit ein sensibler Bereich wäre. Im Ergebnis kommen die Antragsgegnerinnen somit dazu, dass sie die Gleichwertigkeit dieses Nebenangebots der Antragstellerin weiterhin nicht annehmen.

bb) Darüber hinaus haben die Antragsgegnerinnen bereits auf die Rüge hin geantwortet, dass das Nebenangebot Nr. 7 die Voraussetzungen der DIN 18299 nicht erfülle, weil keine ungebrauchten Bauteile eingebaut würden. Ob die DIN 18299 hier tatsächlich anwendbar ist, kann dahin gestellt bleiben, weil diese Forderung lediglich zusätzlich die Argumentation der Antragsgegnerinnen, dass hier keine Gleichwertigkeit zum Amtsentwurf vorliegt, stützt.

cc) Gleiches gilt für die Ziffer 5 zu den Nebenangeboten in den EG-Bewerbungsbedingungen, wonach Nebenangebote über eine kostengünstigere oder umweltverträglichere Wiederverwendung von Abfällen ausdrücklich erwünscht sind. Zu Recht weist die Antragstellerin auf diese Regelung hin. Allerdings zwingt diese Regelung eine Vergabestelle nicht, in jedem Fall einer Wiederverwendung von Materialien zuzustimmen und verpflichtet diese auch nicht, generell alle Nebenangebote zu berücksichtigen, die diese Anforderungen erfüllen. Vielmehr kann diese Regelung mit in die Gleichwertigkeitsprüfung einfließen, ersetzt diese aber nicht. Wenn somit eine Vergabestelle mit nachvollziehbaren Gründen ein derartiges Nebenangebot zurückweist, ist dies vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Auch hier gilt, dass die Gleichwertigkeit konkret in Bezug auf den gemachten Vorschlag zu prüfen ist. Gebrauchte Materialien wieder einzusetzen, kann beispielsweise im Bereich der Asphaltierung sinnvoll und ungefährlich sein. In anderen Bereich demgegenüber, wie bei den Schutzplanken, können Sicherheitsaspekte der Wiederverwendung entgegen stehen.

dd) Letztlich steht dem öffentlichen Auftraggeber bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu, OLG Brandenburg, 29.07.2008, Verg W 10/08. Die Nachprüfungsinstanzen können die Wertungsentcheidung der Vergabestellen nur begrenzt überprüfen. Diese Beurteilungsgrenzen sind in der Regel überschritten, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde, die Vergabestelle von einem nicht zutreffenden oder nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, in die Wertung willkürliche oder sonst unzulässige Erwägungen eingeflossen sind oder einzelne Wertungsgesichtspunkte objektiv fehlgewichtet wurden.

Derartige Beurteilungsfehler sind hier ausweislich des Vergabeverkehrs hinsichtlich des Nebenangebots Nr. 7 nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerinnen haben kurz und knapp im Vergabeverkehrsmerk niedergelegt, dass man neue, ungebrauchte Holme haben möchte und befürchtet, dass gebrauchte Holme beschädigt sein könnten. Diese Überlegungen sind im Nachprüfungsverfahren vertieft dargestellt worden und können nicht als willkürliche oder sonst unzulässige Erwägungen im Zusammenhang mit Schutzplankenarbeiten bezeichnet werden. Vielmehr ist dieser Grundsatz, sich möglichst neue Bauteile zu beschaffen, insbesondere dann, wenn Schäden nicht erkennbar sind oder Sicherheitsaspekte berücksichtigt werden müssen, eine durchaus nachvollziehbare, sachgemäße Auffassung. Dabei kann es nicht nur auf die Menge der Holme ankommen, sondern die Antragsgegnerinnen meinen, dass nach Inaugenscheinahme die vorhandenen Pfosten mindestens 6 bis 8 Jahre alt sind und Oberflächenbeschädigungen und Abnutzungen durch Witterungseinflüsse deshalb

nicht auszuschließen seien. Dies betrifft sämtliche Pfosten, also auch die 2660, die die Antragstellerin wieder einbauen wollte. Auch dies kann einer Vergabestelle jedenfalls nicht als sachwidrige Überlegung entgegen gehalten werden.

Im Ergebnis verstößt die Nichtberücksichtigung des Nebenangebots Nr. 7 der Antragstellerin nicht gegen § 25 Nr. 4 VOB/A.

d) Ein Verstoß gegen die Wettbewerbsgrundsätze gemäß den § 97 Abs. 1 und 2 GWB liegt ebenfalls nicht vor.

Nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB beschaffen die öffentlichen Auftraggeber sich Waren, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren, wobei die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Ein Verstoß gegen diese Wettbewerbsgrundsätze durch die Anwendung der Bewertungsskala hinsichtlich des Preises und des technischen Wertes liegt entweder nicht vor oder führt jedenfalls nicht zur Beeinträchtigung der Antragstellerin in ihren Rechten.

Den Vergabestellen steht bei der Aufstellung der Wertungsbereiche, der ihnen zugeordneten Wertungskriterien und der Gewichtung der Wertungsbereiche und Wertungskriterien sowie bei der Festlegung der führenden Wertungsbereiche und des Preiskriteriums ein Ermessensspielraum zu, OLG Düsseldorf, 18.10.2006, Verg 37/06. Anhaltspunkte dafür, dass dieser Ermessensspielraum von den Antragsgegnerinnen hier nicht fehlerfrei ausgeübt wurde, sind nicht erkennbar.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Angebotswertung einem Beurteilungsspielraum und einem Ermessen der Vergabestelle unterliegt und auch keinesfalls breit gestreute Wertungsunterschiede (null bis drei Punkte) hinzunehmen sind, OLG Düsseldorf, 23.03.2005, Verg 68/04. Denn Beurteilungs- und Ermessensentscheidungen können ihrem Wesen nach – auch wenn die zugrundeliegenden Sachverhalte gleich oder ähnlich gelagert sind- im jeweiligen Teilergebnis unterschiedlich ausfallen, ohne dass sie allein deswegen schon als fehlerhaft zu gelten haben. Beurteilungs- und Ermessensspielräume setzten gedanklich und praktisch vielmehr voraus, dass innerhalb einer vertretbaren Bandbreite ermessens- und beurteilungsfehlerfrei entschieden werden kann und auch unterschiedliche Entscheidungen rechtsfehlerfrei ergehen können.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Bewertungsskala der Antragsgegnerinnen insgesamt nicht zu beanstanden.

aa) Ein Vergaberechtsverstoß im Sinn von § 97 Abs. 1 und 2 GWB wegen der Bewertungsskala zum *Preis (90%)* ist zu Lasten der Antragstellerin nicht feststellbar.

(1) Der Ansatzpunkt der Antragsgegnerinnen, dem Angebot mit dem niedrigsten Preis 10 Punkte zu geben und das 1,5 fache des niedrigsten Angebots als fiktives Angebot mit 0 Punkten zu bewerten und dies als Maßstab für alle Angebote mit darüber liegenden Preisen zu nehmen, verstößt nicht gegen die Wettbewerbsgrundsätze. Die von der Antragstellerin vorgetragene Manipulationsmöglichkeit ist zwar abstrakt denkbar, aber letztlich sachfremd.

Als Wertungssumme dient nicht nur der im Hauptangebot genannte Preis, sondern die Wertungssumme wird berechnet aus dem Preis des Hauptangebotes und den berücksichtigten Nebenangeboten. Ausweislich der Tabelle 3 sind vom Angebotspreis aus dem Hauptangebot jeweils alle Preise aus den Nebenangeboten, die von den Antragsgegnerinnen berücksichtigt wurden, in Abzug gebracht worden. Der aus dem Hauptangebot und den gleichwertigen Nebenangeboten ermittelte Preis war Grundlage für die Punkteskala.

Ein Wettbewerber, der somit seine Konkurrenten aus dem Wettbewerb drängen will, musste entweder ein absolut niedriges Hauptangebot vorlegen oder sicher sein, dass seine Nebenangebote als gleichwertig anerkannt werden und damit der Preis aus dem Hauptangebot so weit reduziert wird, dass damit andere, durchaus angemessen kalkulierte Angebote, aus dem Wettbewerb gedrängt werden. Allerdings muss ein Bieter, der ein derart niedriges Angebot macht, sich auch an sein Angebot halten, es sei denn, die Vergabestelle stellt fest, dass die Preise in dem Angebot in einem offenen Missverhältnis zur Leistung stehen, § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A.

Konkret auf den Fall abgestellt, musste hier ein Angebot möglichst unter 5 Mio. € abgegeben werden, um diesen Ausschlusseffekt vor dem Hintergrund eines geschätzten Auftragswertes von ca. 7,5 Mio. € zu erreichen. Dass ein Bieter eine derartige Kalkulation zu seinem eigenen wirtschaftlichen Nachteil vornimmt, erscheint eher ungewöhnlich und kommt letztlich nur in bestimmten Ausnahmefällen vor, wenn beispielsweise ein Bieter neu auf einen Markt drängt.

Zutreffend weist auch die Beigeladene darauf hin, dass der Maßstab (1,5 fache) an sich nicht vergaberechtswidrig erscheint. Bei einem geschätzten Auftragsvolumen von ca. 8 Mio. € würden dann Angebote mit 0 Punkten beurteilt, die über 12 Mio. € hinausgehen. Also auch dann, wenn „angemessen“ kalkuliert wird, tritt der von der Antragstellerin beanstandete Effekt im Verhältnis zu anderen Angeboten erst in Bereichen ein, die sicher außerhalb jeglicher Konkurrenz liegen.

(2) Im Übrigen lag eine derartige Konstellation hier auch nicht vor. Die Preise aus den vorgelegten Angeboten befanden sich alle in einer Bandbreite von 7 bis 8,4 Mio. €, so dass jedenfalls im konkreten Fall kein Wettbewerber aufgrund der Punkteskala ausgeschlossen werden musste. Dies gilt auch im Verhältnis zur Antragstellerin. Allein die abstrakte Möglichkeit dieser Manipulation reicht nicht aus, um eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 114 Abs. 1 GWB anzunehmen. Entscheidend ist, dass eine konkrete Auswirkung dieses fiktiven Vergaberechtsverstößes im konkreten Vergabeverfahren auf die Position der Antragstellerin nicht feststellbar ist.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin auch selbst nicht vorgetragen, dass diese abstrakte Möglichkeit, ein absolut niedriges Angebot abzugeben, um andere durchaus angemessen kalkulierte Angebote aus dem Wettbewerb zu drängen, Einfluss auf die Erstellung ihres Angebots gehabt hätte. Auch die Antragstellerin behauptet nicht, dass sie vor diesem Hintergrund ein Angebot mit einem anderen Inhalt abgegeben hätte. Auf die Rangfolge der Bieter hat diese abstrakte Möglichkeit jedenfalls keinen –auch keinen nur mittelbaren– Einfluss gehabt.

bb) Die Bewertungsmatrix für das Kriterium *technischer Wert (10%)* verstößt ebenfalls nicht gegen die grundlegenden Wettbewerbsgrundsätze aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB.

Die Antragstellerin trägt nachvollziehbar vor, dass unlogische Einstufungen erfahrungsgemäß zu einer Nivellierung führen können, weil der Beurteiler davor zurückscheut, ein Angebot als optimal einzustufen und die entsprechende Punktzahl zu vergeben, wenn andere Angebote in weitem Abstand dazu nur gering oder ausreichend beurteilt werden. So auch das OLG München, 26.06.2007, Verg 6/07 für den Bereich der Eignungsmerkmale.

Allerdings läuft nicht jede nivellierende Bewertungsmatrix dem Sinn eines geregelten Ausschreibungsverfahrens zuwider. Für den Bereich der Eignungsbeurteilung gilt, dass die Wertung auf der 2. Stufe stattfindet und ein Bewerber entweder geeignet ist oder nicht. Ein Mehr an Eignung gibt es nicht. Nur geeignete Bewerber können mit ihrem Angebot in die nächste Stufe kommen. Eine nivellierende Bewertung in diesem Bereich hat folglich weitreichende Auswirkung auf den Bieter. Dieser Fall lag der Entscheidung des OLG München zugrunde.

Demgegenüber umfasst der technische Wert hier mit 10% nur einen relativ geringfügigen Teilumfang an der Gesamtwertung, so dass ein nivellierender Effekt – soweit man diesen annimmt- jedenfalls keine derart weitreichenden Auswirkungen haben würde, die die Wertung und das Vergabeverfahren an sich in Frage stellen würden.

Weiterhin gilt – so auch OLG Düsseldorf, 23.03.2005, Verg 68/04-, das bei Beurteilungsentscheidungen grundsätzlich auch keinesfalls breit gestreute Wertungsunterschiede hinzunehmen sind. Bei jeder Beurteilung kann ein nivellierender Effekt, egal wie differenziert die Abstufungen sind, nicht ausgeschlossen werden. Demzufolge finden auch keine inhaltlichen Überprüfungen von Beurteilungsentscheidungen statt, die insbesondere auch nicht formal-mathematisch durch Punkte bis ins Letzte belegt werden können. Beurteilungsentscheidungen sind immer subjektiv „belastet“ und können deshalb nur auf die Einhaltung von „Formalien“ überprüft werden. Erst wenn deutlich wird, dass der Beurteilende willkürlich gehandelt hat, findet eine Beanstandung statt.

Zudem ist nicht sicher nachvollziehbar, dass der nivellierende Effekt zum Nachteil der Antragstellerin tatsächlich eingetreten ist; dies lässt sich auch nicht aus der Tabelle 5 und der Vergabe der gleichen Punktzahlen sowohl an die Antragstellerin als auch an die Beigeladene ersehen. Die Antragstellerin hat nicht substantiiert Gesichtspunkte vorgetragen, die die Vergabe einzelner höherer Punktwerte für ihr Angebot rechtfertigen. Sie verlangt lediglich den Austausch eines Bewertungssystems, weil sie abstrakt eine Benachteiligung zu ihren Lasten annimmt. Eine konkrete Verletzung ihrer Rechte aufgrund des Bewertungssystems trägt sie hingegen nicht vor. Eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 114 Abs. 1 GWB ist somit nicht unmittelbar gegeben.

Auch die Normierung in der Punkteskala eröffnet nicht die Möglichkeit von Ergebnismanipulationen, die derart gravierend im Verhältnis zur Gesamtwertung durchschlagen, als das hier der Sinn eines geregelten Vergabeverfahrens in Frage gestellt wird.

Dies gilt letztlich auch hinsichtlich der Behauptung der Antragstellerin, dass hier allein die mangelnde Transparenz zu einer Beeinträchtigung von Bieterrechten führen soll. Auch in diesen Fällen ist ausschlaggebend, dass ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz sicher Einfluss auf die Gestaltung der Angebote haben muss. Wird der

Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vor Abgabe der Angebote erkannt, können, gegebenenfalls auf eine Rüge der Bieter hin, entsprechende Änderungen in den Verdingungsunterlagen vorgenommen werden.

Wird ein Verstoß erst nach Abgabe der Angebote und erfolgter Wertung erkannt, muss sicher feststellbar sein, dass dieser Verstoß Einfluss auf die Angebotsgestaltung gehabt hätte, wenn dies zum Zeitpunkt der Erstellung der Angebote bekannt gewesen wäre, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 05.09.2007, Verg 19/07; OLG Düsseldorf, 19.07.2007, Verg 27/06; OLG Düsseldorf 23.01.2008, Verg 31/07 hinsichtlich der Bekanntgabe der Gewichtung; OLG Jena, 26.03.2007, 9 Verg 2/07 hinsichtlich einer Wertungsmatrix.

3. Der Antrag der Antragstellerin, Akteneinsicht auch in die Nebenangebote Nr. 1 und Nr. 8 der Beigeladenen zu gewähren, wird gemäß § 111 Abs. 2 GWB zurückgewiesen.

a) Der Antrag, zunächst die Akteneinsicht zu gewähren und erst dann in der Sache zu entscheiden, wird hiermit zurückgewiesen.

Auf Gründen der Verfahrensökonomie hält die Kammer eine gemeinsame Entscheidung für sachdienlich. Denn bereits mit dem Vorbringen zum Ausschluss zu ihrem eigenen Nebenangebot Nr. 7 und zur Anwendung der Bewertungsmatrix dringt die Antragstellerin im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren nicht durch. Sollte dies in einer sich möglicherweise anschließenden Beschwerde vom OLG Düsseldorf anders gesehen werden, so erübrigt sich gegebenenfalls eine Einsicht in die geheimhaltungsbedürftigen Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen. Insofern ist es sachdienlich, wenn sowohl über die Sachanträge als auch über den Antrag auf Akteneinsicht einheitlich in einem Verfahren vor dem Oberlandesgericht entschieden werden kann. Demgegenüber hat die Antragstellerin die Möglichkeit, in einem Verfahren vor dem Oberlandesgericht ihren Antrag auf Akteneinsicht als Hilfsantrag zu stellen.

b) Gemäß § 111 Abs. 2 GWB hat die Vergabekammer die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheim-schutzes oder zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- der Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Es bedarf stets einer Abwägung, ob Geheimschutz auch angesichts des Interesses an effektivem Rechtsschutz, insbesondere an rechtlichem Gehör, zu gewähren ist, BVerfG, 14.03.2006, 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03. Im Konfliktfall ist zwischen den Belangen der Akteneinsicht und der davon abhängenden Wirksamkeit des Rechtsschutzes sowie dem Anspruch auf rechtliches Gehör abzuwägen, OLG Düsseldorf, 28.12.2007, Verg 40/07.

aa) Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze wird die Einsicht in die Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen sowie die Offenlegung der Wertungsentscheidung der Antragsgegnerinnen zu diesen beiden Nebenangeboten im Vergabe-vermerk versagt.

Das Nebenangebot Nr. 1 enthält Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen, weil es für die Verkehrsführung eine Idee enthält, die jedenfalls im laufenden Vergabeverfahren vorteilhaft ist und preislich zu Reduzierung der Angebotssumme aus dem Hauptangebot führt. Dieses Nebenangebot ist von den Antragsgegnerinnen bereits als gleichwertig akzeptiert worden, so dass für den Fall, das die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen hinsichtlich der Bewertungsmatrix im Nachprüfungsverfahren, wozu auch ein mögliches Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht gehört, durchdringen würde, das Vergabeverfahren in einen Stand vor Abgabe der Angebote zurück versetzt werden müsste. Für diesen Fall könnten auch andere Bieter, wie beispielsweise die Antragstellerin, sich diese Ideen aus den Nebenangeboten zu eigen machen und nach entsprechender Ausarbeitung als Nebenangebot beifügen.

Auch die Einsicht in den Vergabevermerk bezüglich des Nebenangebots Nr. 1 hält die Kammer für nicht sachgerecht, weil jedenfalls die grundlegenden Vorstellungen der Beigeladenen sich auch daraus ergeben. Diesbezüglich ist die Beigeladene nochmals ausdrücklich gehört worden und hat zu Recht und für die Kammer nachvollziehbar dargelegt, dass allein durch die Beschreibungen im Vergabevermerk Hinweise geliefert werden, welche die Konkurrenz zum eigenen Vorteil in Bezug auf die konkrete Vergabe nutzen könnten.

Hinsichtlich des Nebenangebots Nr. 8 ist dieser Geheimschutz nicht in dem erforderlichen Ausmaß erkennbar. Allerdings ist die Offenlegung dieses Nebenangebots für die Antragstellerin nicht von Belang, weil dadurch jedenfalls ihr Rechtsschutz nicht betroffen ist. Auch wenn die Antragsgegnerinnen dieses Nebenangebot, das einen relativ geringen wirtschaftlichen Umfang hat, nicht werten würden, hat dies keine Auswirkungen auf das Ergebnis dieses Nachprüfungsverfahrens.

Die Kammer verkennt nicht, dass umfassender und wirksamer Rechtsschutz gerade auch von einer umfassenden Einsicht in die Vergabeunterlagen, insbesondere einer Einsicht in den Vergabevermerk, abhängig ist. Allerdings wird das temporäre Interesse der Beigeladenen an der Geheimhaltung des Nebenangebots Nr. 1 hier höher bewertet als dieser Grundsatz, weil bei der Beigeladenen eine unwiderrufliche Rechtsverletzung eintreten würde, wenn diese Idee offengelegt wird.

bb) Darüber hinaus ist die Kammer dem Hinweis der Antragstellerin nachgegangen, diese Nebenangebote der Beigeladenen von Amts wegen auf Gleichwertigkeit zu prüfen.

Hinsichtlich des Nebenangebots Nr. 8 wird mitgeteilt, das die geforderten Prüfzertifikate dem Angebot beilagen.

Hinsichtlich des Nebenangebots Nr. 1 wird festgestellt, dass aus der Sicht der Kammer die Berücksichtigung dieses Nebenangebots durch die Antragsgegnerinnen unter Abgleich mit den Verdingungsunterlagen vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist.

Auf die Beanstandungen der Antragstellerin hin wird festgestellt, dass es auf eine Beschleunigungsvergütung nicht ankommt, sondern die Kürzung durch andere Maßnahmen erreicht wird, die sich im Preis niederschlagen und anhand einzelner Positionen aus dem Leistungsverzeichnis auch bezifferbar sind.

Eine nicht hinreichende Bestimmbarkeit liegt nicht vor, weil der Zwischenschritt – die Umlegung auf die neu zu errichtende Brücke- nicht von dem Nebenangebot in Frage gestellt wird. Ob andererseits die Vergabe der Lose 3 bis 5 in einem anderen Vergabeverfahren auf diese mit Los 1 vergebene Leistung abgestimmt ist, ist nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens.

Bezüglich der Ziffer 3.2 in der Baubeschreibung wird festgestellt, dass der Bauablauf in einem Bauzeitenplan nach Zuschlagserteilung vom Bieter festzulegen und mit den Antragsgegnerinnen abzustimmen ist. Dabei wird offensichtlich ein Abgleich mit der Ausführung der Arbeiten aus den anderen Losen erfolgen, die hier nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind. Dieser Zeitrahmen und diese geplante Vorgehensweise werden von dem Nebenangebot Nr. 1 der Beigeladenen nicht in Frage gestellt.

cc) Im Übrigen erfüllen die Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen auch die in Ziffer 6.0 der Baubeschreibung genannten Mindestanforderungen für Nebenangebote, soweit man diese als Minimum für die Wertung von Nebenangeboten sieht.

dd) Im Ergebnis hält die Kammer eine Beeinträchtigung der Antragstellerin in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB durch die Berücksichtigung der Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen auch nicht für gegeben, so dass auch vor diesem Hintergrund der Konflikt hinsichtlich des Umfangs der Akteneinsicht zum Nachteil der Antragstellerin entschieden wurde.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen. Der Antrag auf Erweiterung der Akteneinsicht in die Nebenangebote Nr. 1 und 8 der Beigeladenen wird ebenfalls zurückgewiesen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragstellerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat. Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxx € ausgehend von einem Auftragswert basierend auf dem Angebot der Antragstellerin anzusetzen.

IV.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen, § 128 Abs. 4 GWB. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachli-

che Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht hier maßgeblich berücksichtigt werden mussten.

Die Erstattung von außergerichtlichen Kosten für Beigeladene ist in Verfahren vor der Vergabekammer möglich, wenn diese sich aktiv am Verfahren beteiligen und insbesondere auch Anträge stellen, wie dies vorliegend der Fall war.

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

Schopmeyer