



# Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

### Amtliche Leitsätze

1. Es ist zwischen der formellen und materiellen Eignungsprüfung zu unterscheiden. Die inhaltliche Überprüfung von Referenzen erfolgt im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung; insoweit steht der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zu, der nur beschränkt nachprüfbar ist.
2. Bei Abweichungen eines Bieterangebots von den in den Verdingungsunterlagen gemachten Vorgaben, müssen die Vorgaben in den Verdingungsunterlagen klar und unmissverständlich sein. Etwaige Zweifel gehen nicht zu Lasten der Bieter.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Sanierung der Deponie xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
Oberflächenabdichtung

### VK 29/09

der

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen die

Stadt xxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxx

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

**Beigeladene**

Bietergemeinschaft  
bestehend aus der

## Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2010 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Sultz

am **11. Februar 2010** 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 wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## Gründe

### I.

Mit Bekanntmachung vom 16.9.2009 schrieb die Antragsgegnerin die Sanierung der Deponie in xxxxxxxxxxxxxxxx in einem offenen Verfahren nach der VOB/A europaweit aus. Als Zuschlagskriterium nannte sie den niedrigsten Preis. Der Auftragswert beträgt ca. 12 Mio. €.

In der Bekanntmachung nannte sie eine Reihe von Eignungsanforderungen, die die Bieter vorzulegen hatten, wobei sie für Bietergemeinschaften genau bestimmte, ob jedes Mitglied oder nur ein Mitglied der Bietergemeinschaft den Eignungsnachweis zu erbringen hatte.

Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit verlangte die Antragsgegnerin u.a.:

1. Benennung aussagekräftiger Referenzen mit Nennung eines Ansprechpartners aus den letzten 3 Jahren vor Abgabe des Angebots, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind.
2. Allgemeine Referenzliste des Bieters
3. Benennung des für die Leitung und Aufsicht der Bauleistung vorgesehenen technischen Personals mit Angabe zur Qualifikation
4. Angabe der Zahl der in den letzten 3 Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräften, gegliedert nach kaufmännischen, technischem und gewerblichen Personal.

Hinsichtlich der Ziffern 1, 2 und 4 verfügte die Antragsgegnerin, dass jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft diese Nachweise vorzulegen hatte.

Die Ausschreibungsunterlagen umfassten als Hauptangebot die Abdichtung durch eine Kapillarsperre, die Abdichtung durch eine Trisoplast-Schicht (Kunststoffdichtungsbahn) oder durch das Abdichtungssystem Trasi/DepV (Tonschicht). Zu welcher der o.g. Ausführungsvarianten der Oberflächenabdichtung ein Angebot eingereicht wurde, blieb dem Bieter überlassen.

Die Abgabe von Nebenangeboten war zulässig, wobei die Antragsgegnerin diesbezüglich umfangreiche Anforderungen definierte und diese den Bietern in Form von Vergabeunterlagen zur Verfügung stellte.

Zum Hauptangebot „Kapillarsperre“ konnten die Bieter die Nebenangebote HA 1.1 bis 1.10 abgeben. Für die Nebenangebote HA 1.1 und 1.5 verlangte die Antragsgegnerin die Vorlage von Filterstabilitätsnachweisen mit dem Angebot. Für die Nebenangebote HA 1.2 und 1.3 mussten Schutzwirksamkeitsnachweise mit dem Angebot vorgelegt werden. In der Baubeschreibung unter 15.01 verwies die Antragsgegnerin u.a. auf die GDA-Empfehlungen sowie auf diverse DIN Normen.

In der Leistungsbeschreibung (S. 46) verfügte die Antragsgegnerin bezüglich der Nebenangebote:

Für alle Nebenangebote gilt, dass alle Änderungen am ausgeschriebenen Abdichtungssystem des Hauptangebotes und/oder der Abdichtungsvarianten 1+2 grundsätzlich in einem Probefeld gemäß den Anforderungen des QSP, sowie allen weiteren Anforderungen des QSP positiv nachgewiesen werden müssen. Die Nachweise wie z.B. Schutzwirksamkeitsnachweis, Eignungsnachweis, Filterstabilitätsnachweis etc. sind vorzulegen (s.a. Formblatt 13.1 -13.3). Kann der positive Nachweis im Probefeld sowie die Anforderungen gemäß QSP nicht erbracht werden, so wird das Hauptangebot bzw. die entsprechende Abdichtungsvariante 1 oder 2, zu der dieses Nebenangebot eingereicht wurde (positiver Nachweis im Probefeld bei Ausführung des ausgeschriebenen Abdichtungssystems der Abdichtungsvariante vorausgesetzt), ausgeführt.

In der Leistungsbeschreibung gibt es eine Reihe von Wahlpositionen, die sich beispielsweise auf die Einbringung einer Frostschutzschicht aus unterschiedlichen Materialien oder auf Schottertragschichten aus unterschiedlichen Materialien beziehen. In den Vertragsbedingungen wird dazu unter Ziffer 2 bestimmt:

Die Entscheidung über die Ausführung von Wahlpositionen trifft der Auftraggeber in der Regel bei Auftragserteilung, über die Ausführung von Bedarfspositionen nach Auftragserteilung.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 3 Angebote, wobei die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot „Kapillarsperre“ auf dem 1. Rang lag. Nach Wertung der Nebenangebote (HA 1.1 bis HA 1.8), die sowohl die Antragstellerin als auch die mit Beschluss vom 6.1.2010 Beigeladene zum Hauptangebot „Kapillarsperre“ abgegeben hatten, rückte die Beigeladene auf den 1. Rang. Die Antragsgegnerin beabsichtigt auch die Oberflächenabdichtung mit der Kapillarsperre zu beauftragen, weil die anderen Abdichtungssysteme nicht preisgünstiger waren.

Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene hatten zum Amtsentwurf Kapillarsperre das Nebenangebot HA 1.3 hinsichtlich der Variante C (Entfall eines Schutzvlieses zwischen KDB und Kapillarblock) abgegeben, aber jeweils den Einbau von Kies mit einer Körnung von 2/8 mm vorgesehen. Beide Nebenangebote (HA 1.3 Va-

riante C) wurden von der Wertung ausgeschlossen, weil in den Vergabeunterlagen (hier in den ZTV Teil 2) eine Körnung für den Kapillarblock von 2/5 mm vorgeschrieben war. Die Beigeladene hatte darüber hinaus noch ein Nebenangebot HA 1.3 zur Variante A abgegeben, das von der Antragsgegnerin gewertet wurde.

Weiterhin stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Beauftragung der Wahlpositionen günstiger sein würde und berücksichtigte die dadurch mögliche Kostenersparnis bei der Wertung der Angebote. Für die Antragstellerin handelte es sich um einen Betrag in Höhe von 57.680,49 €, während es bei der Beigeladenen 209.817,25 € waren. Nach der Berücksichtigung auch dieser Beträge, blieb die Beigeladene weiterhin auf dem 1. Rang.

Die Beigeladene ist eine Bietergemeinschaft bestehend aus zwei Mitgliedern. Ausweislich des Vergabevermerks prüfte die Antragsgegnerin die Referenzen einzeln und stellte hinsichtlich des ersten Mitglieds fest, dass dieses Unternehmen zwar über 25 durchgeführte Deponiemaßnahmen als Referenzobjekte verfügt, aber keine Referenzen hat, die sich auf das Abdichtungssystem „Kapillarsperre“ beziehen. Das zweite Mitglied konnte bei einem Projekt eine Referenz für das Abdichtungssystem „Kapillarsperre“ vorweisen, wobei diese Referenz außerhalb des geforderten drei Jahres Zeitraums lag.

Demgegenüber konnte die Antragstellerin eine Vielzahl von Referenzaufträgen nachweisen, die sich auf das Abdichtungssystem „Kapillarsperre“ beziehen.

Nachdem die Antragsgegnerin den Bietern mitgeteilt hatte, dass man das Angebot der Beigeladenen bezuschlagen wolle, rügte die Antragstellerin am 21.12.2009 die geplante Vergabe und verfolgt im Nachprüfungsverfahren diese Beanstandungen weiter.

Die Antragstellerin meint, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden dürfte. Die Beigeladene habe keine ausreichenden Referenzen, so wie in den Vergabeunterlagen gefordert, nachweisen können. Die Antragstellerin trägt vor, dass sie seit vielen Jahren auf dem Markt für Deponiebau tätig sei und deshalb davon ausgehe, dass die Beigeladene in den letzten drei Jahren keine vergleichbaren Leistungen ausgeführt habe. Insbesondere, so trägt sie vor, sei die Beigeladene auszuschließen, weil die erforderlichen Referenzen in den letzten drei Jahren für eine Kapillarsperrenabdichtung nicht vorliegen könnten.

Nach dem Amtsentwurf sei eine Oberflächenabdichtung durch eine Kapillarsperre ausgeschrieben worden, so dass die Bieter besondere Fertigkeiten hinsichtlich der Herstellung einer solchen Kapillarsperre nachzuweisen hätten und auch das gewerbliche Personal diesbezüglich vorhanden sein müsse. Die Herstellung einer solchen Kapillarsperre, die auf die Kunststoffdichtungsbahn aufgebracht werde, wobei auch noch Abschlagsrigolen einzubauen seien, erfordere hohe Anforderungen an den Auftraggeber, weil sonst die Funktionsfähigkeit der Kapillarsperre nicht gewährleistet sei. Deshalb sei es zwingend erforderlich, dass entsprechende Erfahrungen beim Auftragnehmer feststellbar seien, was vorliegend bei der Beigeladenen nicht der Fall sei. Beide Mitglieder der beigeladenen Bietergemeinschaft würden nicht über entsprechende Referenzen verfügen.

Nach Einsicht in den Vergabevermerk ergänzt die Antragstellerin ihre Ausführungen und meint, dass die von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen nicht vergleichbar wären. Bei der Frage, ob Vergleichbarkeit gegeben ist, handele es sich um die Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, der der Antragsgegnerin keinen Beurteilungsspielraum eröffne und der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit durch die Vergabekammer unterliege. Da u.a. die Kapillarsperre ausgeschrieben worden sei, sei es zwingend erforderlich gewesen, dass zu dieser Abdichtungsvariante Referenzen aus den letzten drei Jahren vorzulegen waren. Bei diesen Anforderungen handele es sich um Erklärungen, also um formelle Anforderungen, die beim Nichtvorliegen zwingend zum Ausschluss des Bieters führen müssten. Eine Vergabestelle dürfe von einmal in der Bekanntmachung genannten Eignungsanforderungen nicht abweichen. Die Antragstellerin trägt vor, dass keines der beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft die geforderten Referenzen vorgelegt habe, so dass das Angebot auszuschießen sei. Weiterhin würden die vorgelegten Referenzen der Beigeladenen auch nach Umfang und Volumen bei weitem nicht mit der vorliegenden Maßnahme vergleichbar sein. Im Übrigen so meint die Antragstellerin, seien die Referenzen auch nicht vergleichbar, weil diese sich nicht auf Deponieabdichtungen beziehen würden, sondern möglicherweise auf die Sanierung von Altlasten usw.

Die Antragstellerin hält aber auch die Wertung der Antragsgegnerin für vergaberechtswidrig. In die Wertung habe die Antragsgegnerin die Wahlpositionen einbezogen, obwohl sie in ihren Vergabeunterlagen mitgeteilt habe, dass eine Entscheidung darüber, ob eine Wahlposition beauftragt werde, erst bei Auftragserteilung erfolgen solle. Die Antragstellerin meint dadurch beeinträchtigt zu sein, weil sie davon ausgegangen sei, dass insbesondere die Wahlpositionen 4.1.61 (Schottertragschicht aus Kalkstein) und 6.2.670 (Schottertragschicht) keinen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Angebote haben würden.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die geforderten Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise, die mit dem Angebot vorzulegen waren, im Angebot der Beigeladenen fehlen. Zum Amtsentwurf „Kapillarsperre“ habe die Antragsgegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen die Nebenangebote HA 1.1 bis HA 1.8 vorgegeben, die sich auf die Abdichtung unter Verzicht auf Schutzvliese bzw. Trennvliese beziehen würden. Damit der Verzicht auf diese Vliese keine negativen Beeinträchtigungen des Gesamtsystems, insbesondere auf die Kunststoffdichtungsbahnen habe, habe die Antragsgegnerin Schutzwirksamkeitsnachweise gefordert, die mit dem Angebot vorzulegen waren. Dafür seien die Vorgaben aus der GDA-Empfehlung zu beachten, wonach für die Prüfbarkeit die genaue Beschreibung der Prüfmaterialien in Bezug auf das konkrete Projekt erforderlich sei. Somit sei bereits mit Angebotsabgabe nachzuweisen, dass durch das Auftragen der mineralischen Schüttgüter die ca. 2,5 mm dicke Kunststoffdichtungsbahn nicht beschädigt werde.

Nach Einsicht in die Vergabeakte trägt die Antragstellerin vor, dass sich aus den Ausführungen der beratenden Ingenieure doch entnehmen lasse, dass die Beigeladene für die HA 1.2 und HA 1.3 die Materialien und Produkte unvollständig in ihrem Angebot beschrieben habe; Aussagen zur Materialherkunft würden gänzlich fehlen. Das habe zur Folge, so die Antragstellerin, dass die Nebenangebote HA 1.2 und HA 1.3 der Beigeladenen nicht berücksichtigt werden könnten, weil kein wirksamer Schutzwirksamkeitsnachweis vorgelegt worden sei. Es könne nicht sein, dass einfach ein Nachweis genommen werde, der sich auf Materialien beziehe, die aber nicht für das bestimmte Projekt vorgesehen seien.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die HA 1.1 und HA 1.5 der Beigeladenen nicht gewertet werden dürften, weil diese aufgrund unvollständiger Filterstabilitätsnachweise von der Wertung auszuschließen seien. Hier sei zu prüfen, ob die aneinander grenzenden Böden filterstabil zueinander sind, also Transportvorgänge ausgeschlossen sind. Nach Aussagen der beratenden Ingenieure würde aber im Angebot der Beigeladenen die Herkunft der Materialien nicht angegeben.

Im Ergebnis seien die o.g. Nebenangebote der Beigeladenen wegen Unvollständigkeit aus der Wertung zu nehmen, auch wenn die beratenden Ingenieure die Funktionsfähigkeit angenommen hätten. Darauf käme es vergaberechtlich nicht an.

Zudem meint die Antragstellerin, dass der Ausschluss ihres Nebenangebots HA 1.3 vergaberechtswidrig gewesen sei. Der Kapillarblock mit der Körnung 2/8 mm sei zuzulassen, weil sich dies aus dem beigefügten Bericht der Eignungsprüfung der beratenden Ingenieure, Stand 2004, ergebe, auch wenn in dem ZTV-Teil 2 unter Ziffer 1.2.5.2 dies anders beschrieben sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Beigeladene vom Vergabeverfahren auszuschließen,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, weitere Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen,
3. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Bewertung der Angebote unter der Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
4. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Bewertung der Angebote unter der Maßgabe zu wiederholen, dass auch das Nebenangebot HA 1.3 der Antragstellerin gewertet wird,
5. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
6. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin kostenpflichtig zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Die Beigeladene habe vergleichbare Referenzen vorgelegt. Es seien eben nicht identische, d.h. systemgleiche Referenzen gefordert worden, sondern die Referenz sollte nur mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sein. Da nicht nur das System Kapillarsperrenabdichtung ausgeschrieben worden sei, sondern auch die Kunststoff- bzw. Tonabdichtung, also insgesamt die Erstellung einer Oberflächenabdichtung, habe die Beigeladene in den letzten drei Jahren in ausreichendem Maße Referenzen nachgewiesen. Die Eignungsanforderung „Referenzen“ sei eben nicht auf eine konkrete Variante der Ausführung, also auf die Kapillarsperre, zugeschnitten gewesen, sondern habe für alle drei Varianten gegolten.

Da die Referenzen jedenfalls formal den Ausschreibungsunterlagen entsprochen hätten, sei es auf die materielle Eignungsbeurteilung angekommen. Diesbezüglich habe sie aber einen Beurteilungsspielraum, den sie rechtsfehlerfrei ausgeübt habe und der auch nur begrenzt der Kontrolle durch eine Nachprüfungsinstanz unterliege. Unter Hinzuziehung der beratenden Ingenieure habe sie die Beigeladene für geeignet gehalten, die Oberflächenabdichtung auszuführen; besondere Hinderungsgründe in Bezug auf die Kapillarsperre habe sie nicht erkannt. Letztlich könne sie auch nicht erkennen, warum gerade die Kapillarsperre sehr hohen Anforderungen bei der Ausführung unterliege. Auch die beiden anderen Varianten seien anspruchsvoll.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass die Mitglieder einer Bietergemeinschaft bei der Ausführung des Auftrages sich ergänzen, so dass zwar jedes Mitglied Referenzen vorlegen musste, wobei aber nicht jedes Mitglied Referenzen für alle drei Ausführungsvarianten vorzulegen hatte. Im Übrigen hätte auch jedes Mitglied der Bietergemeinschaft sämtliche Angaben zum kaufmännischen, technischem und gewerblichen Personal gemacht, wobei nur formal Angaben zu machen waren, aber keine Qualifikationsprofile zu den Mitarbeitern verlangt worden seien.

Zudem meint die Antragsgegnerin, dass sie zulässigerweise die Wahlpositionen gewertet habe, weil sie dies in den Vergabeunterlagen auch so den Bietern mitgeteilt hätte. Der letzte Zeitpunkt für die Entscheidung sei der Zeitpunkt der Wertung gewesen.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass das Angebot der Beigeladenen durchaus aussagefähige Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise enthalten habe. Diese Nachweise seien von der Beigeladenen unstreitig beigebracht worden. Die inhaltliche Auswertung dieser Nachweise durch die beratenden Ingenieure habe ergeben, dass diese gleichwertig waren, also mithin die technische Funktionsfähigkeit gewährleisten. Das wäre in einem Vergabeverfahren ausreichend, wenn projektbezogene Nachweise verlangt würden. Denn es sei nicht auf die konkret genannten Nachweise angekommen, sondern diese würden doch erst im Zuge der Herstellung des Probefeldes ermittelt. Erst dann sei bekannt, welches Material konkret auf der Deponie verbaut werde.

Soweit die Antragstellerin auf die GDA-Empfehlung Bezug nehme, verkenne sie, dass es sich dabei lediglich um eine Sollvorgabe handle. Dort würden beispielsweise die genaue Beschreibung der Prüfmaterialien oder des Prüfsystemaufbaus gefordert, wobei nicht bekannt sei, ob die dort genannten Materialien tatsächlich verbaut würden. Bei der Prüfung der Gleichwertigkeit kann auf diese Sollvorgaben zurückgegriffen werden. Entscheidend sei aber, ob aus den dort gemachten Angaben tatsächlich auf die Gleichwertigkeit geschlossen werden könne. Dies sei hier – auch in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen – der Fall gewesen.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, das Nebenangebot HA 1.3 der Antragstellerin sei auszuschließen gewesen, weil dies nicht den Vorgaben der Verdingungsunterlagen entsprach. In Ziffer 1.2.5.2 sei eine Körnung von 2/5 mm für die Schicht vorgegeben gewesen, so dass eine Körnung von 2/8 mm – so wie von der Antragstellerin angeboten – eben nicht konform mit den Vorgaben der Ausschreibung gewesen sei. Eine Bezugnahme auf die Eignungsprüfung (aus dem Jahre 2004) zur Körnung 2/8 mm sei unerheblich, weil diese jedenfalls nicht Inhalt der Ausschreibungsunterla-

gen geworden sei. Insofern seien die Nebenangebote sämtlicher Bieter mit einer Körnung von 2/8 mm nicht gewertet worden.

**Die Beigeladene** vertritt die Auffassung, dass die Antragsgegnerin weder verpflichtet noch berechtigt sei, sie wegen fehlender Eignung vom Vergabeverfahren auszuschließen. Sie habe ausreichend Referenzen eingereicht und auch entsprechendes gewerbliches Personal nachgewiesen. Die Antragsgegnerin habe im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes die Eignung ordnungsgemäß festgestellt, wovon sie anschließend nicht wieder ohne weiteres abrücken könne. Ausweislich der EU-Bekanntmachung seien auch nur Referenzen im Bereich von Oberflächenabdichtungen auf Deponien verlangt worden. Aufgrund der unterschiedlichen in Betracht kommenden Ausführungsvarianten sei es der Antragsgegnerin eben nicht darauf angekommen, Referenzen mit durchgeführter Kapillarsperrenabdichtung vorgelegt zu bekommen. Referenzen waren somit für technisch vergleichbare Projekte nicht aber für identische Projekte zu erbringen. Die Beigeladene meint, dass an der Vergleichbarkeit der von ihr eingereichten Referenzen kein Zweifel bestehe und auch jedes Mitglied der Bietergemeinschaft Referenzobjekte genannt habe, wobei sich diese Nachweise zulässigerweise ergänzen dürfen.

Die Beigeladene ist zudem der Auffassung, dass technische Regelwerke, wie beispielsweise das GDA-Regelwerk, zwar bei der Auftragsdurchführung zu beachten sind, aber diese nicht die Eignung eines Bieters zur Deponie-Sanierung im Grundsatz in Frage stellen könnten. Es bestehe auch kein Zweifel daran, dass sie in der Lage sei bei der Ausführung von Werkleistungen, die GDA-Regeln zu beachten. Die Einhaltung dieser technischen Regelwerke sei aber kein Eignungskriterium im Sinne des Vergaberechts, was sich bereits aus dem Grundsatz ergebe, dass die Eignungsprüfung streng unternehmensbezogen ist, während auftragsbezogene Kriterien regelmäßig erst zum Gegenstand von Zuschlagskriterien gemacht werden könnten.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass die Alternativpositionen sehr wohl in die Wertung einzubeziehen seien und die Antragsgegnerin dies in den Vergabeunterlagen auch so vorgegeben habe. Die Entscheidung sei mit der Auftragserteilung und somit logischerweise zum Zeitpunkt der Wertungsentscheidung zu treffen, weil diese zwingend der Auftragserteilung voran gehe. Dies sei auch der Antragstellerin bekannt. Zudem sei auch die Verwendung von Wahlpositionen vorliegend vertretbar gewesen.

Die Beigeladene meint zudem, dass sie sämtliche mit dem Angebot vorzulegenden Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise beigefügt habe und diese auch inhaltlich den GDA Empfehlungen entsprechen würden. In den Nachweisen seien sowohl der Prüfsystemaufbau als auch die Baustoffe in ihrer Materialart, und zwar Hausmüllverbrennungstasche 0/32 mm bzw. Kies 2/5 mm, unmissverständlich bezeichnet worden. Dies gelte im Übrigen auch für ihr Nebenangebot HA 1.3 Variante A. Die Variante A betrachtet den Entfall des ausgeschriebenen Schutzvlieses zwischen der Kunststoffdichtungsbahn und dem Kapillarkblockmaterial mit zum Einsatz kommenden Feinkies der Körnung 2/5 mm. Auch dafür habe sie einen entsprechenden Schutzwirksamkeitsnachweis erbracht. Im Rahmen des vergaberechtlichen Ermessensspielraumes durfte die Antragsgegnerin somit davon ausgehen, dass die Beigeladene hinreichend Gewähr dafür bietet, den Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Antrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

Mit Beschluss vom 22.1.2010 hat die Vergabekammer gemäß § 115 Abs. 2 GWB vorab die Durchführung der Rodungsarbeiten auf dem Deponiegelände gestattet.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 19.2.2010 verlängert. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission von 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 5,1 Mio. €.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 2 GWB ergibt sich daraus, dass sie ein Angebot abgegeben hat, das in die Wertung gelangte. Dass sie damit auf dem 3. Rang liegt ist zunächst ohne Belang, weil sie die Wertung der Antragsgegnerin in Bezug auf die Einbeziehung der Wahlpositionen beanstandet. Sollte die Auffassung der Antragstellerin zutreffend sein, müsste die Wertung insgesamt ohne die Wahlpositionen wiederholt werden, so dass auch die Antragstellerin Chancen auf den 1. Rang hätte.

1.2 Die Antragstellerin ist auch ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 GWB unverzüglich nachgekommen, indem sie fünf Tage nach Erhalt des Informationsschreibens vergaberechtliche Beanstandungen gegenüber der Antragsgegnerin geltend machte, die sie im Nachprüfungsverfahren weiterverfolgt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

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

2.1 Das Angebot der Beigeladenen enthielt die in den Vergabeunterlagen geforderten Referenzen.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A ist bei einer öffentlichen Ausschreibung zunächst die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet; dies bedeutet, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen.

Zum Nachweis der Eignung forderte die Antragsgegnerin bereits in der Bekanntmachung u.a. die Vorlage aussagekräftiger Referenzen mit Nennung eines Ansprechpartners aus den letzten drei Jahren vor Abgabe des Angebots, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind. Weiterhin mussten die Bieter die Zahl der in den letzten drei Jahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte u.a. im gewerblichen Bereich angeben. Im Falle von Bietergemeinschaften musste jedes Mitglied diese Forderung erfüllen.

Die Eignungsprüfung, wozu auch die Überprüfung von Referenzen gehört, erfolgt auf der zweiten Wertungsstufe und enthält formale als auch materielle Elemente. Bei der Frage der formalen Eignungsprüfung steht der Vergabestelle ein Wertungsspielraum nicht zu, sondern erst bei der materiellen Eignungsprüfung hat der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum, vgl. OLG Düsseldorf, 26.11.2008, Verg 54/08. Um die Gefahr einer Vermischung von formeller und materieller Eignungsprüfung, was zur Einräumung eines Wertungsspielraums für die Vergabestelle in formaler Hinsicht führen würde, von vornherein zu vermeiden, ist jedenfalls dann, wenn keine Mindestanforderungen gestellt werden, eine strikte Trennung der Eignungsprüfung geboten. In einem solchen Fall, so das OLG Düsseldorf, a.a.O., reicht es aus, dass der Bieter Angaben über seine Erfahrungen gemacht hat, die dann erst im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung ausgewertet werden.

Eignungsnachweise sind aber keine Erklärungen im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A. Vielmehr sind sonstige Angaben oder Erklärungen vorrangig leistungsbezogene, technische Merkmale oder Erklärungen, die die Leistung und den Preis des Angebots beeinflussen. Werden Rückschlüsse auf die Eignung des Unternehmers, unabhängig vom Leistungsgegenstand verlangt, so handelt es sich um Eignungsnachweise, so VK Münster, 4.10.2004, VK 21/04. Soweit ein Auftraggeber in den Vergabeunterlagen die Einreichung von Referenzen fordert, handelt es sich typischerweise nur um die Anforderung eines Eignungsnachweises, vgl. BGH, 15.04.2008, X ZR 129/06.

a) Ausgehend von dieser Rechtsprechung, die die Kammer für zutreffend hält, hat die Beigeladene zunächst formal ausreichend die Anforderungen aus der Bekanntmachung zu den Referenzen erfüllt. Die Einzelheiten dazu sind teilweise von der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 15.1.2010 genannt worden und entsprechen auch dem Angebot. Formal ist festzustellen, dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft Referenzen aus den Jahren 2006 bis 2009 dem Angebot ordnungsgemäß beigefügt hatte. Dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft mehr Referenzen aus dem vorgegebenen Zeitraum vorlegen konnte, als das andere Mitglied, ist ohne Belang, weil keine Mindestanzahl verlangt wurde.

Aus dem Schriftsatz der Antragsgegnerin lässt sich zudem entnehmen, dass es sich um Referenzen handelte, die auch die Sanierung von Deponien betraf und nicht nur andere Arbeiten, wie die Bodensanierung und eine Teerschlammsanierung.

b) Eignungsnachweise sind aber auch inhaltlich zu überprüfen. Die materielle Eignungsprüfung bezieht sich vorliegend u.a. auf die Frage, ob die in den Referenzen genannten Objekte tatsächlich „vergleichbare Leistungen“ zum ausgeschriebenen Projekt sind.

Dabei hat die Antragsgegnerin einen Beurteilungsspielraum, der im Vergabenausschreibungsverfahren nur beschränkt, aber unter anderem darauf zu kontrollieren ist, ob der der Eignungsprüfung zugrunde zu legende Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und bei der Eignungsbewertung berücksichtigt worden ist, allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten worden sind und sachwidrige Erwägungen dabei keine Rolle gespielt haben, u.a. OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08; VK Münster, 14.1.2010, VK 24/09.

Die Bewertung der Antragsgegnerin ist vorliegend nicht zu beanstanden. Sie hat im Vergabevermerk die vorgelegten Referenzen für jedes Mitglied einzeln geprüft und die Eignung festgestellt. Im Antwortschreiben vom 22.12.2009 auf die Rüge hat sie ausgeführt, dass sie nicht nur den Bau einer Kapillarsperre ausgeschrieben habe, sondern auch zwei andere Abdichtungsarten ausgeschrieben wurden. Den Bietern blieb es überlassen, auf welche Ausführungsvariante man ein Angebot abgeben wollte. Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen der Antragsgegnerin sachlich nachvollziehbar, wenn sie darauf verweist, dass man sich in der Bekanntmachung möglichst über den Begriff „vergleichbare Leistungen“ alle Optionen offen halten wollte. Entscheidend war für die Antragsgegnerin offensichtlich, dass beim Bieter Erfahrungen mit Oberflächenabdichtungen im Deponiebereich vorhanden waren und durch Referenzen nachgewiesen werden konnten.

Die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin erscheint nicht willkürlich, weil immer dann, wenn vergleichbare Leistungen abgefragt werden, eben nicht völlig identische Leistungen nachzuweisen sind. Insofern sind im konkreten Fall vergleichbar alle Leistungen, die sich mit Oberflächenabdichtungen auf Deponien befassen. Referenzen, die sich auf solche Leistungen beziehen, sind im Sinne der Bekanntmachung somit von der Antragsgegnerin zu akzeptieren.

Den Ausführungen der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass der Bau einer Kapillarsperre eine technisch schwierige Maßnahme ist. Das erfordert sicherlich auch entsprechende Erfahrungen bei den Bietern. Diese Erfahrungen hat die Antragstellerin durch eine Vielzahl von Referenzen in ihrem Angebot nachgewiesen. Daran besteht kein Zweifel.

Aber eine Vergabestelle hat sich bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages an ihre Vorgaben zu halten, die sich aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergeben. Die Eignungsprüfung des Bieters ist anhand der Vorgaben in den Vergabeunterlagen festzustellen; ein „Mehr an Eignung“ gibt es nicht, so BGH, 15.4.2008, X ZR 129/06. Die Eignungsprüfung dient nicht der Ermittlung qualitativer Unterschiede zwischen den einzelnen Bewerbern. Wie der Senat (BGH) bereits entschieden hat, ist es mit dem System der Wertungsvorschriften insbesondere nicht zu vereinbaren, unterschiedliche Eignungsgrade von Bietern bei der Entscheidung über den Zuschlag im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung in der Weise zu berücksichtigen, dass dem Angebot eines für geeignet befundenen Bieters dasjenige eines Konkur-

renten maßgeblich wegen dessen höher eingeschätzter Eignung vorgezogen wird, BGH, 15.4.2008, X ZR 129/06.

c) Weiterhin hat die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen ohne Beanstandungen in Bezug auf die Anforderung „gewerbliches Personal“ ausgewertet. Auch diesbezüglich hat die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 15.1.2010 mitgeteilt, wie viele Meister, Facharbeiter und Hilfsarbeiter usw. im Angebot der Beigeladenen genannt wurden. Zu Recht verweist die Antragsgegnerin darauf, dass es weder um die Anzahl noch um Qualifikationsprofile geht.

2.2 Das Angebot der Beigeladenen konnte auch nicht aufgrund fehlender aussagekräftiger Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise ausgeschlossen werden.

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs.1 lit. b) VOB/A sind Angebote auszuschließen, die dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 VOB/A nicht entsprechen. Nach § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A sollen die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten.

Der BGH, u.a. 18.2.2003, X ZB 43/02; 18.5.2004, X ZB 7/04, hat wiederholt entschieden, dass Angebote, die dieser Vorschrift nicht entsprechen, zwingend von der Vergabe auszuschließen sind. Dabei kommt es nicht darauf an, dass § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A als Sollvorschrift formuliert ist. Vielmehr ist ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb jede in der Leistungsbeschreibung geforderte Erklärung vollständig anzugeben.

a) In den Vergabeunterlagen forderte die Antragsgegnerin zu den Nebenangeboten, die zum Hauptangebot „Kapillarsperre“ gemacht werden konnten, die Vorlage von Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweisen mit dem Angebot. Diese waren im Formblatt 13.1 ausdrücklich genannt. Die Beigeladene hat zu den Nebenangeboten 1.1 und 1.5 ihrem Angebot die Filterstabilitätsnachweise und zu den Nebenangeboten 1.2 und 1.3 die Schutzwirksamkeitsnachweise beigelegt. Formal sind die geforderten Erklärungen im Angebot der Beigeladenen somit vorhanden.

Dabei handelt es sich um die Schutzwirksamkeitsnachweise der S.I.G. Dr.-Ing. Steffen GmbH vom 6.10. und 7.10.2009, die auch die Antragstellerin ihrem Schriftsatz vom 22.1.2010 beigelegt hatte. Die Filterstabilitätsnachweise stammen ebenfalls von der vorgenannten Steffen GmbH.

b) Ausweislich der Vergabeunterlagen wurden von den Bietern keine projektbezogenen Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise in der Weise verlangt, dass bereits zum Zeitpunkt der Vergabe feststeht, welche Materialien tatsächlich eingebaut werden. Es wurden lediglich Erklärungen, die der Gleichwertigkeitsprüfung zugrunde gelegt werden konnten, von den Bietern gefordert.

aa) Dies ergibt sich zunächst aus der Baubeschreibung (S. 46 der Leistungsbeschreibung). Für das Verständnis der Leistungsbeschreibung ist auf den nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist, abzustellen, OLG Koblenz, 5.12.2007, 1 Verg 7/07. Es ist

somit der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises, maßgeblich. Das tatsächliche Verständnis der Bieter entfaltet demgegenüber nur indizielle Bedeutung, OLG Düsseldorf, 20.10.2008, Verg 41/08.

In der Baubeschreibung wird eindeutig darauf hin gewiesen, dass die Bieter zwar Nachweise mit dem Angebot vorzulegen hatten. Dabei handelte es sich aber nur um Nachweise über Materialien, die grundsätzlich eingebaut werden konnten, wenn das Schutzvlies bzw. das Trennvlies nicht verlegt wurde. Entscheidend für die Ausführung der konkreten Abdichtungsvariante war aber, welche Ergebnisse aufgrund der Probefelder nachgewiesen werden konnten. Diese Probefelder konnten erst während der Durchführung der Baumaßnahme erstellt werden.

Ausgehend von diesem Verständnis konnte es nicht darauf ankommen, bereits vor Durchführung der Baumaßnahmen das konkrete Material, das zum Einbau auf der Deponie kommen sollte, schon zu bestimmen und in Versuchen beproben zu lassen. Die Baubeschreibung bestimmt eindeutig für alle Nebenangebote, dass die dort gemachten Änderungsvorschläge zum Amtsentwurf grundsätzlich in einem Probefeld gemäß den Anforderungen des QSP positiv nachgewiesen werden mussten. Probefelder können aber erst kurz vor Beginn der Bauausführung konkret vor Ort angelegt werden; sie können nicht losgelöst von den vor Ort gegebenen Voraussetzungen in einem Versuchslabor nachgestellt werden. Erst dann, wenn der Versuch im Probefeld erfolgreich gewesen wäre, hätte das vorgesehene Material eingebaut werden können.

Insofern konnten die für das Vergabeverfahren beprobten Materialien, die Gegenstand der Nachweise waren, gar nicht identisch sein mit dem Material, das anschließend eingebaut werden durfte. Dies musste erst im Probefeld während des Bauablaufs ermittelt werden. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bedeutet dies auch, dass die Verträglichkeit der Materialien gar nicht vor Durchführung der Versuche definitiv feststehen konnte. Projektbezogene Schutzwirksamkeitsnachweise waren in diesem Fall erst möglich, nachdem man die Daten aus den Probefeldern hatte.

bb) Demzufolge konnte es bei den Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweisen inhaltlich nur um die Frage gehen, ob die dort genannten Materialien grundsätzlich die geforderten Funktionen erfüllen. Diesbezüglich hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auch ausgeführt, dass es ihr lediglich darum ging, feststellen zu lassen, ob das vorgesehene Material wohl grundsätzlich systemtauglich sein wird. Also bei Verzicht auf die Schutzvliese und Trennviese musste grundsätzlich nachgewiesen werden, dass es keine negativen Beeinträchtigungen des Gesamtsystems geben würde. Es kam nach der Leistungsbeschreibung nicht darauf an, dass das tatsächlich einzubauende Material bereits als systemtauglich mit dem Angebot nachgewiesen wird, sondern nur darauf, ob das grundsätzlich vorgesehene Material – also die Asche aus Hausmüllverbrennungsanlagen mit einer Körnung von 0/32 mm bzw. Kies- systemtauglich ist.

Die Antragstellerin hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass sich die Antragsgegnerin im Grunde genommen diese Schutzwirksamkeitsnachweise und Filterstabilitätsnachweise nicht mit Angebotsabgabe hätte vorlegen lassen müssen. Es wäre vielmehr ausreichend gewesen, erst bei Durchführung der Bauleistungen entsprechend den GDA-Empfehlungen das Material für die Dränschicht testen zu lassen. Es

kann aber einer Vergabestelle nicht verwehrt werden, sich bereits vorher das Material von den Bietern nennen zu lassen, was später eingebaut werden soll und sich auch nachweisen zu lassen, ob dieses Material grundsätzlich tauglich ist.

Damit durften auch Nachweise von Baumaterialherstellern vorgelegt werden, die nicht konkret für die ausgeschriebene Leistung erstellt wurden, sondern einfach für eine Vielzahl potentieller Kunden vorgehalten werden. Diese Nachweise beziehen sich lediglich darauf, dass es voraussichtlich möglich sein wird, als Ersatz für die Schutzvliese bzw. Trennvliese, Asche aus Hausmüllverbrennungsanlagen oder Kies mit bestimmter Körnung zu nehmen. Etwas anderes ergibt sich inhaltlich auch nicht aus den Nachweisen der Antragstellerin. Sie hat beispielsweise Wälzschlacke, Hausmüllverbrennungsgasche oder Straßenaufbruch mit einer Körnung von 0/32 mm angegeben.

Die von den Bietern gemachten Angaben zu diesen Nebenangeboten sind somit zu Recht von der Antragsgegnerin bzw. den beratenden Ingenieure A+P lediglich auf ihre Gleichwertigkeit hin ausgewertet worden. Folgerichtig wird deshalb beispielsweise im Vergabevermerk zu dem Nebenangebot HA 1.3 der Beigeladenen ausgeführt, dass ein Schutzwirksamkeitsnachweis für den Einbau einer Kapillarblockbahn mit dem zum Einsatz kommenden Feinkies der Körnung 2/5 mm funktionieren wird. Demzufolge hat die Antragsgegnerin unterstellt, dass das Nebenangebot der Beigeladenen gleichwertig ist und hat es in der Wertung belassen. Ob im Nachhinein tatsächlich dieser Feinkies der Körnung 2/5 mm eingebaut werden kann, ist noch völlig offen. Möglicherweise muss die Körnung objektgebunden noch weiter variiert werden. Denn insofern kommt es auf das Probefeld während der Bauausführung an.

cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den GDA-Empfehlungen. Der Hinweis der Antragsgegnerin unter Ziffer 15.01 der Baubeschreibung auf die GDA-Empfehlungen und auf diverse DIN Normen führt nicht dazu, dass diese bereits bei der Vergabe des Auftrages als Vergaberegeln zu prüfen sind. Es handelt sich nicht um Vorgaben in der Leistungsbeschreibung, die von jedem Bieter mit dem Angebot erfüllt werden müssen.

Vielmehr versteht sich dieser Hinweis in der Leistungsbeschreibung dahin, dass der Auftragnehmer gemäß § 4 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen hat. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten. Unter den anerkannten Regeln der Technik werden auch verkehrsübliche Qualitäts- und Komfortstandards gefasst. Der Auftragnehmer schuldet somit eine Leistung, die im Zeitpunkt der Abnahme den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A. In den Verdingungsunterlagen ist vorzuschreiben, dass die allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB/B und die allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen der VOB/C Bestandteil des Vertrages werden.

Demzufolge bedeutet u.a. der Hinweis auf die GDA-Empfehlungen, dass der Auftragnehmer bei der Ausführung der Leistung die dort vorgegebenen Standards einzuhalten hat. Dadurch werden die Vorgaben in der GDA-Empfehlung, insbesondere auch die Ziffer 2.3.8 aber nicht Prüfmaßstab für die Entscheidung über die Vergabe, sondern sie sind lediglich bei Auftragsdurchführung zu beachten.

Zutreffend hat die Antragsgegnerin somit die geforderten Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise anhand der Regeln in den GDA-Empfehlungen auf Gleichwertigkeit überprüft. Sie musste mit den in diesen Nachweisen enthaltenen Angaben beurteilen, ob diese grundsätzlich den Wegfall des Schutzvlieses und Trennvlieses ermöglichen. In Ziffer 2.3.8 der GDA-Empfehlung ist für das Dränmaterial eine genaue Beschreibung der Materialart und der Körnungslinie vorgesehen. Die von der Beigeladenen vorgelegten Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise enthielten diese Angaben: Als Material wurde beispielsweise Asche aus Hausmüllverbrennungsanlagen mit der Körnung 0/32 oder Wälzschlacke genannt.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin verlangen auch die GDA-Empfehlungen keine Angabe über die Herkunft der Prüfmaterialien, sondern bestimmen nur, dass die Prüfmaterialien möglichst genau zu identifizieren sind. Für die Durchführung der Versuche ist entscheidend, welche Körnungslinie das Material hat. Daraus kann offensichtlich abgeleitet werden, ob die Kunststoffdichtungsbahn unter Druck beschädigt wird oder nicht. Insofern hat die Antragsgegnerin ohne Beurteilungsfehler aus den Angaben in den Nachweisen der Beigeladenen geschlossen, dass diese entsprechend den GDA-Empfehlungen wohl grundsätzlich tauglich für das System sind. Mehr musste sie bei der Entscheidung über die Vergabe nicht tun.

dd) Letztendlich kann aber auch dann, wenn die Leistungsbeschreibung nicht so eindeutig, wie vorstehend ausgeführt, gewesen sein sollte, das Angebot der Beigeladenen nicht ausgeschlossen werden.

Die Antragstellerin hat hinsichtlich der Vorlage von Schutzwirksamkeits- und Stabilitätsnachweisen offensichtlich ganz andere Vorstellungen gehabt als die Beigeladene und hat dies in der mündlichen Verhandlung auch nachvollziehbar dargelegt. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben diese Anforderung in der Leistungsbeschreibung anders verstanden.

Die Feststellung der Abweichung eines Bieterangebots von den in den Verdingungsunterlagen gemachten Vorgaben setzt voraus, dass Gegenstand und Inhalt der Leistung eindeutig beschrieben sind und die am Auftrag interessierten Unternehmen klar erkennen können, wann jeweils die Grenze zu einer inhaltlichen Änderung der Leistungsanforderung des Auftraggebers überschritten ist, OLG Düsseldorf, 20.5.2005, Verg 19/05. Eine Vergabestelle ist verpflichtet, ihre Verdingungsunterlagen unmissverständlich und klar zu formulieren. Wenn letztlich Zweifel hinsichtlich der Unmissverständlichkeit bestimmter Anforderungen bleiben, kann das nicht zu Lasten einzelner Bieter gehen. Vielmehr muss eine Vergabestelle dann die Angebote so akzeptieren, wie sie vorgelegt wurden, soweit dies durch Auslegung der Leistungsbeschreibung begründbar ist. Jedenfalls darf sie bei einer solchen Sachlage keine Angebote ausschließen, die ihrer Leistungsbeschreibung inhaltlich entsprechen.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben hat die Antragsgegnerin die mit dem Angebot der Beigeladenen vorgelegten Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise für ausreichend bzw. gleichwertig angesehen und damit das Angebot zulässigerweise in der Wertung belassen.

2.3 Die Wertung der Antragsgegnerin in Bezug auf die Einbeziehung der Wahlpositionen ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

In den Vergabeunterlagen hat die Antragsgegnerin vorgegeben, dass sie über die Ausführung der Wahlpositionen bei der Auftragserteilung eine Entscheidung trifft. Etwas anderes gilt für die Bedarfspositionen. Daran hat sich die Antragsgegnerin auch gehalten, so dass ihr kein Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB vorgehalten werden kann.

a) Die Antragsgegnerin hat vorliegend Wahlpositionen ausgeschrieben, weil sie im Leistungsverzeichnis alternativ zu bestimmten Grundpositionen im Leistungsverzeichnis noch eine andere Alternative genannt hat. Wahl- oder Alternativpositionen verdrängen die im Leistungsverzeichnis genannten Grundpositionen, wenn sie ausgeführt werden sollen, vgl. u.a. Franke, in Franke, Kemper, Zanner, Grünhagen, Kommentar zur VOB/A, 2. Auflage, § 9 Rn. 30. Es steht somit von vornherein fest, dass entweder die Grundposition oder die Wahlposition beauftragt wird.

b) Die Aufnahme von Wahlpositionen in das Leistungsverzeichnis ist nicht per se vergaberechtlich unstatthaft. Sie beeinträchtigt allerdings die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung und tangiert überdies die Transparenz des Vergabeverfahrens. Insofern ist die Verwendung von Wahlpositionen möglich, wenn diese nur mehr oder weniger geringfügige Teile der ausgeschriebenen Leistung betreffen und ihnen weder in Bezug auf den Leistungsumfang noch auf die Zuschlagsentscheidung ein gleich großes Gewicht wie den Grundleistungen zukommt, grundlegend dazu OLG Düsseldorf, 24.3.2004, Verg 7/04.

Diesbezüglich bestehen hier keine Bedenken, weil einmal eine Ersparnis von ca. 57.000 € bzw. ca. 209.000 € in Frage kam, und zwar bei einem Gesamtauftragswert von ca. 12 Mio. €.

c) Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber für die Beauftragung der Wahlposition, dann ist dieser Preis entscheidend, und nicht etwa der Preis aus der Grundposition, vgl. OLG Düsseldorf, 14.8.2003, Verg 46/03. Dieser Preis ist somit in die Wertung zu stellen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Ziffer 2 der Besonderen Vertragsbedingungen. Denn der Begriff „Auftragserteilung“ ist gleich zu setzen mit der Wertungsentscheidung. Die Entscheidung, wer den Auftrag durchführen soll, erfolgt bei der Wertung, die in vier Stufen abläuft. Auf der letzten Stufe hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A seine Zuschlagskriterien anzuwenden und dazu gehört auch die Höhe des Preises.

Die Höhe des Preises ergibt sich aus den Angeboten und dabei hat der öffentliche Auftraggeber diejenigen Wahlpositionen einzubeziehen, die er beauftragen will. Nur dann kann er die so ermittelten Preise vergleichen. Vorliegend hat die Antragsgegnerin sich für bestimmte Wahlpositionen entschieden und musste somit diese Preise bei der Entscheidung, wer den Auftrag ausführen soll, berücksichtigen.

Nachdem diese Entscheidung (Wertung) gefallen ist, steht fest, wer den Zuschlag erhalten soll, auch wenn dieser erst nach Ablauf von 10 bis 15 Kalendertagen erteilt werden kann. Danach gibt es keine Entscheidung mehr, bei der Wahlpositionen berücksichtigt werden können, weil das Ergebnis, welcher Bieter den Auftrag erhalten

soll, bereits feststeht. Es wird lediglich nur noch formal die Bieterinformation herausgegeben und nach Ablauf der Frist der Zuschlag (Auftrag) erteilt.

Der Begriff Auftragserteilung in den Besonderen Vertragsbedingungen ist somit synonym zum Begriff Wertung, weil dies der letztmögliche Zeitpunkt für den öffentlichen Auftraggeber ist, zu entscheiden, ob er die Grund- oder die Wahlposition beauftragen will. Zutreffend weist deshalb auch das OLG Düsseldorf, a.a.O., darauf hin, dass man sich bei der Wertung entscheiden muss.

2.4 Die Nichtberücksichtigung der Nebenangebote HA 1.3 mit einem Körnungsgrad von 2/8 mm ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Gemäß § 25 Nr. 5 VOB/A sind Nebenangebote zu werten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen nicht zugelassen. Dabei müssen die Nebenangebote einerseits die geforderten Mindestanforderungen (vgl. § 25a Nr. 3 VOB/A) erfüllen und sie müssen zur originär ausgeschriebenen Leistung gleichwertig sein. Als gleichwertig werden Nebenangebote angesehen, die sich in qualitativer und quantitativer Hinsicht am Hauptangebot messen lassen. 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. Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit steht dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Über den Wertungsvorgang muss die für die Wertung zuständige Stelle einen Vermerk fertigen, bei dem den vorstehenden Grundsätzen Rechnung getragen wird, vgl. u.a. OLG Brandenburg, 29.7. 2008, Verg W 10/08.

a) Die Antragsgegnerin fügte ihrer Ausschreibung Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen - Teil 2 und einen Bericht zur Eignungsprüfung für das Kapillarsperrenmaterial aus dem Jahre 2004 bei, den sie selbst hatte erstellen lassen. Damit sollte ermittelt werden, ob das System „Kapillarsperre“ für die im Streit stehende Deponie als Abdichtungssystem zugelassen werden konnte. In den ZTV war unter Ziffer 1.2.5.2 eine Körnung von 2/5 mm, während in dem Bericht über die Eignung ein Körnungsgrad von 2/8 mm angegeben war.

Die Antragsgegnerin hat hier zu Recht alle Nebenangebote HA 1.3, die den Körnungsgrad 2/8 mm ausgewiesen haben von der Wertung ausgeschlossen. Davon war sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene betroffen.

b) Gemäß § 10 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A in Verbindung mit § 10 Nr.3 VOB/A sind die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen Bestandteil der Vergabeunterlagen. Die Antragsgegnerin hat diese auch in ihrem Anschreiben an die Bieter genannt und den Bietern ausgehändigt. Dort ist ein Körnungsgrad von 2/5 mm für den Kapillarsperrenblock bezogen auf das Nebenangebot HA 1.3 vorgegeben worden. Daran hat sich die Antragsgegnerin zu halten. Sie darf von den Vorgaben in den Vergabeunterlagen nicht im Nachhinein einfach abweichen.

c) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem beigefügten Bericht zur Eignungsprüfung aus dem Jahre 2004. Dieser war ersichtlich nicht Bestandteil der Vergabeunterlagen, sondern wurde offensichtlich gefertigt, um festzustellen, ob überhaupt das System einer Kapillarsperre für die im Streit stehende Deponie in Frage kam. Insofern war der dort genannte Körnungsgrad von 2/8 mm eben keine von der

Vergabestelle vorgegebene Anforderung. Der Bericht wurde einfach zur Information an die Bieter weitergegeben, stellte aber keine vergaberechtlichen Anforderungen auf.

Zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten durfte die Antragsgegnerin somit nur auf die ZTV abstellen, aber nicht auf die Eignungsprüfung. Damit ist die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Nebenangebote HA 1.3 wegen des Körnungsgrades nicht zu werten, vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

d) Darüber hinaus kann es dahin stehen, ob hier möglicherweise den Bietern unterschiedliche bzw. sich widersprechende Anforderungen in Bezug auf den Körnungsgrad bei dem Kapillarkblock mitgeteilt wurden. Denn unabhängig davon, wie sich die Vergabestelle diesbezüglich entscheidet, würde die Antragstellerin auch bei Berücksichtigung ihres Nebenangebots HA 1.3 mit einer Körnung von 2/8 mm nicht auf den ersten Rang vorrücken. Denn würde man auch das diesbezügliche Nebenangebot der Beigeladenen berücksichtigen, dann würde diese preislich gesehen immer noch vor dem Angebot der Antragstellerin liegen. Allein durch die Berücksichtigung des Nebenangebots HA 1.3 würde sich somit an der Rangfolge nichts ändern. Damit steht fest, dass die Antragstellerin allein durch diese Entscheidung der Antragsgegnerin nicht im Sinne von § 114 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt ist.

2.5 Weiterhin ist die Antragstellerin auch nicht durch die Berücksichtigung des Nebenangebots HA 1.3, Variante A, das die Beigeladene vorlegte und von der Antragsgegnerin auch berücksichtigt wurde, in ihren Rechten verletzt.

Die Antragstellerin meint, dass die Beigeladene zu diesem Nebenangebot einen gänzlich falschen Schutzwirksamkeitsnachweis vorgelegt habe. Dies kann dahin stehen. Denn sollte diese Auffassung zutreffend sein, dann wäre lediglich dieses Nebenangebot von der Antragsgegnerin aus der Wertung zu nehmen. Das hat für die Antragstellerin keinerlei Auswirkungen, weil der Preis im Angebot der Beigeladenen sich dadurch um 241.843,70 € erhöhen würde. Damit liegt die Beigeladene immer noch auf dem ersten Rang vor der Antragstellerin. Somit ist die Antragstellerin durch eine solche Entscheidung der Antragsgegnerin nicht in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt.

Im Ergebnis ist somit die Wertung der Antragsgegnerin in Bezug auf die Einbeziehung der Wahlpositionen und der Berücksichtigung der Nebenangebote nicht zu beanstanden. Der Nachprüfungsantrag ist mithin zurückzuweisen.

### III.

Die Kosten sind gemäß § 128 Abs. 1 und 3 GWB von der unterlegenen Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß 128 Abs. 2 GWB von einem Auftragsvolumen von ca. 11 Mio. € ausgeht, so dass nach der gemeinsamen Gebührenstaffel des Bundes und der Länder eine Gebühr in Höhe von xxxx € festzusetzen ist. Die Entscheidung nach § 115 Abs. 2 GWB vom 22.1.2010 bleibt bei der Höhe der Gebühren aus Billigkeitsgründen unberücksichtigt, weil es sich nur um einen sehr geringen Anteil am Gesamtauftragswert handelte.

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 NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details beschränkte, sondern auch grundlegende Entscheidungen aus der Rechtsprechung heranzuziehen waren.

Die Antragstellerin trägt als unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens und 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

---

Sultz