



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LSA 20/12

Halle, 11.12.2012

- § 97 Abs. 1 und 7 GWB, § 20 Abs. 1 VOB/A, § 13 Abs. 2 VOB/A, § 322 Abs. 1 ZPO
- Rechtskraftwirkung eines Beschlusses
 - erhebliche Vergabedokumentationsmängel, keine Nachbesserung im laufenden Nachprüfungsverfahren
 - Rüge erst aufgrund Akteneinsicht
 - fehlende Antragsbefugnis bei Rüge hinsichtlich Informationsschreiben nach § 101a, Abs. 1 GWB
 - Gleichwertigkeit Nebenangebot/Abweichungen von den technischen Spezifikationen

Bei der Wertung der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten verlangt die Dokumentationspflicht über eine bloße Notiz hinaus, eine besonders detaillierte Begründung.

Um einen effektiven Rechtsschutz der Bieter zu gewährleisten, müssen die wesentlichen Zwischenentscheidungen bereits vor Vertragsschluss laufend und nachvollziehbar dokumentiert sein, damit der Weg zur Vergabeentscheidung vom einzelnen Bieter und von den Nachprüfungsinstanzen nachvollzogen und damit kontrolliert werden kann.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....GmbH & Co. KG
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte
.....
.....

gegen

.....
.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

..... GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....
Rechtsanwälte
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 23.11.2012 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrates Oanea, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf der Grundlage der jetzigen Bewertung den Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, entsprechend der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer die Wertung zu wiederholen. Im Übrigen wird der Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der Rechtsverfolgung der Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) im Rahmen des aus.

Ausweislich Punkt 7.1 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes waren Nebenangebote bedingt zugelassen. Hinsichtlich der Mindestanforderungen wurde unter Punkt 7.3 auf den Abschnitt 1.5 der Baubeschreibung sowie einschlägige Regelwerke gemäß Vordruck HVA B-StB Mindestanforderungen Nebenangebote verwiesen. Entsprechend vorgenanntem Abschnitt der Baubeschreibung war unter der Überschrift „.....“ festgelegt worden, dass bei Nebenangeboten folgende Grundlagen des Ausschreibungsentwurfes zwingend beizubehalten sind:

Zusätzlich zu Ziffer 5 der EU-Bewerbungsbedingungen und Ziffer 11 der Angebotsaufforderung sollte u. a. gelten:

- Alle technisch und preislich bedeutsamen Abmessungen und Baustoffmengen für das Bauwerk müssen festgelegt sein. Mengenänderungen müssen plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen werden.
- Für entscheidende Änderungen sind Detailpläne sowie die statische Machbarkeit mit dem Angebot einzureichen.

Außerdem ist dargelegt, dass ein Fehlen dieser Unterlagen zum Ausschluss des Nebenangebotes führt. Die in der Baubeschreibung zusammengestellten Bedingungen gelten sinngemäß auch für ein Nebenangebot. Änderungen dieser Bedingungen sind für die Ausführung nur dann maßgebend, wenn sie im Nebenangebot als Abweichung deutlich hervorgehoben und im Zuschlagsschreiben ausdrücklich anerkannt sind.

Darüber hinaus war dem Abschnitt „Überbau und Unterbauten“ zu entnehmen, dass die Standorte der Widerlager, die lichte Weite, die Einzelstützweiten und die Konstruktionshöhe beizubehalten sind. Die Gestaltung und Ausbildung der Sichtflächen, die sich in Verbindung mit der Überbaugeometrie ergebende Gestaltung der Widerlager und die Geländerausbildung sind gemäß vorliegendem Gestaltungskonzept beizubehalten. Eine vollintegrale Brückenkonstruktion ist ausgeschlossen. Damit sind Nebenangebote ohne Übergangskonstruktion und ohne Lager auf den Widerlagern ausgeschlossen. Die Brückenausstattung und die Möglichkeit zur Brückenunterhaltung müssen dem Verwaltungsentwurf gleichwertig sein. Ziffer 1.5 der Baubeschreibung enthielt unter den Überschriften „Strecke“ und „Herstellung“ weitere Mindestanforderungen.

Unter Ziffer 5 der Bewerbungsbedingungen war hinsichtlich der Nebenangebote folgendes vorgegeben:

- 5.1 Sind Nebenangebote zugelassen, müssen sie die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.
- 5.2 Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.
Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Vergabeunterlagen geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.

- 5.3 Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengensätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).
- 5.4 Nebenangebote, die den Nummern 5.1 bis 5.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen

Der Auftraggeber gab als Auftragskriterien unter Ziffer 12.2 des Aufforderungsschreibens den Preis mit einer Gewichtung von 80 % sowie den technischen Wert mit einer Gewichtung von 20 % bekannt.

Zum Einreichungstermin am 22.06.2011, 10.00 Uhr lagen 10 Hauptangebote, zahlreiche Nebenangebote und ein Nachlassgebot vor.

Dem nunmehr zu entscheidenden Nachprüfungsverfahren gingen in gleicher Sache bereits zwei Verfahren vor der erkennenden Kammer voraus, wobei lediglich das erste Verfahren mit einer Sachentscheidung endete. In diesem ersten Nachprüfungsverfahren reichte die

damalige Antragstellerin und heutige Beigeladene mit dem Rügeschreiben vom 16.08.2011 Erläuterungen hinsichtlich der Berechnungsgrundlagen der Mengenansätze ihres Nebenangebotes 1 nach. Diesen wurden drei Anlagenkonvolute beigefügt, welche Auszüge aus der Vorstatik mit gekennzeichneten Abmessungen, zugehörige Tabellenwerte für Materialdichten und -volumina sowie handschriftliche Darstellungen der einzelnen Rechenschritte enthielten. Aus den Ausführungen ging hervor, dass die Antragstellerin den rechnerisch ermittelten Volumina oder Massen vor Angabe im Leistungsverzeichnis des Nebenangebotes z. T. noch Sicherheitszuschläge hinzugefügt hatte.

Im Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens erfolgte u. a. die Feststellung, dass der Ausschluss des Nebenangebotes 1 der heutigen Beigeladenen mangels Nachforderung eines plausiblen und nachvollziehbaren Nachweises der angegebenen Mengenänderungen vergaberechtswidrig sei (1 VK LSA 31/11).

Im sich anschließenden Beschwerdeverfahren hat das OLG Naumburg mit Beschluss 2 Verg 15/11 vom 23.02.2012 die kammerseitige Auffassung bestätigt. Ein Ausschluss des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen setze eine erfolglose Nachforderung des fehlenden Nachweises voraus. Soweit die von der damaligen Antragstellerin mit Rügeschreiben vom 16.08.2011 unaufgefordert vorgelegten Erklärungen und Unterlagen hierfür nicht ohnehin ausreichen würden, seien diese Unterlagen durch die Antragsgegnerin nachzufordern. So dann sei die Wertung der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen, im Falle der Erfüllung der Mindestvoraussetzungen nunmehr unter Berücksichtigung des in Streit stehenden Nebenangebotes 1 der Beigeladenen, zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin setzte die Antragstellerin daraufhin per Faxschreiben vom 17.04.2012 über eine von ihr geplante erneute Wertung der eingegangenen Angebote in Kenntnis. In Erwidern der antragstellerseitigen Rüge vom 24.04.2012 forderte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.04.2012 die fehlenden Unterlagen hinsichtlich der Nebenangebote 2 und 3 der Antragstellerin nach. Darüber hinaus befindet sich in diesem Schreiben lediglich die Aussage, dass das Angebot der Antragstellerin in die Wertung einbezogen werde. Nach erfolglosen Rügen hinsichtlich des Umfangs der beabsichtigten Neuwertung ließ die Antragstellerin am 18.05.2012 mit anwaltlichem Schriftsatz per Fax bei der Kammer einen Nachprüfungsantrag (1 VK LSA 08/12) stellen. Dieses Verfahren wurde aufgrund übereinstimmender Erledigungserklärungen in der Hauptsache eingestellt.

Im Ergebnis der Neuwertung teilte die Antragsgegnerin am 25.09.2012 mit Informationsschreiben gemäß § 101a GWB der Antragstellerin mit, dass sie nicht das wirtschaftlichste Angebot gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 2 VOB/A abgegeben habe. Das Angebot der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin im Wertungskriterium Preis mit 762 und im Technischen Wert mit 200 Punkten bewertet. Da das Angebot der Beigeladenen die Höchstpunktzahl von 1000 erreicht habe, sei beabsichtigt, ihr den Zuschlag zu erteilen.

In Folge dessen rügte die Antragstellerin mit eingegangenem Schreiben am 27.09.2012 die beabsichtigte Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig. Unabhängig davon genüge die Mitteilung nach § 101a GWB nicht den gesetzlichen Anforderungen, da hinsichtlich der Beigeladenen die Angabe der Wertungssumme unter Berücksichtigung der maßgeblichen Kriterien fehle. Zudem könne nicht entnommen werden, welche Nebenangebote der Beigeladenen gewertet wurden bzw. ob diese gleichwertig oder die Mindestbedingungen erfüllen. Aus dem Informationsschreiben könne allenfalls der Rückschluss gezogen werden, dass nunmehr das Nebenangebot 1 der Beigeladenen gewertet worden sei. Diese Wertung wird antragstellerseitig aus nachfolgenden Gründen gerügt:

1. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens 1 VK LSA 31/11 habe die Antragsgegnerin den Ausschluss des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen u. a. damit verteidigt, dass die Mengenangaben der Vordersätze eben nicht auf direktem Weg einer Vorstatik zu entnehmen seien. Denn die Vordersätze enthielten anders als die Vorstatik selbst nach Aussagen der jetzigen Beigeladenen Sicherheitszuschläge, also Schätzungen und Rundungen. Gerade deshalb habe der Auftraggeber einen plausiblen und nachvollziehbaren Nachweis der Mengenänderungen für die Nebenangebote gefordert. Die durch die dama-

lige Antragstellerin mit der Rüge vom 16.08.2011 nachgereichten Erläuterungen, Berechnungen sowie Anmerkungen und Rechenschritte hätten bereits Bestandteil des Nachweises über die Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der Mengenänderungen sein müssen. Da dieser Nachweis nicht vorgelegen habe, wurde das Nebenangebot ausgeschlossen. Eine weitere Prüfung des Nebenangebotes sei durch die Antragsgegnerin nicht erfolgt. Weiterhin habe die Antragsgegnerin in Beantwortung der Rüge ausgeführt, dass von dem Prüfer nicht verlangt werden könne, sich die Daten aus den Unterlagen zusammensuchen sowie eine Annahme zu treffen, mit welchen Parametern die endgültigen Massen zu ermitteln sind. So sei vom Auftraggeber ausgeführt worden, dass die Antragstellerin bei der Ermittlung des Betonbedarfs einen Sicherheitszuschlag von 110 m³ in die nachträglich übergebene Mengenermittlung berücksichtigt habe. Ohne diesen Hinweis sei die Menge der Leistungsposition 2.1.10.8 nicht plausibel und einfach nachvollziehbar nachgewiesen. Bei der Ermittlung der Betonstahlmenge für die Leistungsposition 2.1.10.17 hätte die Antragstellerin den Bedarf für den Bewehrungszuschlag falsch ermittelt und selbst mit der Hochrechnung den Beweis geliefert, dass die Menge für die v. g. Position nicht nachgewiesen sei. Da ebenso die Spannstahlmengenberechnung der Leistungsposition 2.1.10.19 nicht im Nebenangebot enthalten sei, widerspreche dies der geforderten nachgewiesenen Mengenänderung. Im Hinblick auf die Vollständigkeit der Unterlagen sei bislang eine weitere Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen nicht erfolgt, so dass eine Zuschlagserteilung auch nicht in Betracht komme.

2. Weiterhin sei von Bedeutung, ob die Leistung dem geforderten Schutzniveau nach § 13 Abs. 2 VOB/A in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit mindestens gleich komme. Die Gleichwertigkeit eines Nebenangebotes hänge maßgeblich von dem Zweck ab, den der Auftraggeber mit der Ausschreibung verfolgt. Das Nebenangebot müsse mit hinreichender Sicherheit geeignet sein, dem Willen des Auftraggebers in allen technischen und wirtschaftlichen Einzelheiten gerecht zu werden. Für den Willen des Auftraggebers seien die Vergabeunterlagen maßgeblich, mit denen bekannt gemacht werde, auf welche Leistungsmerkmale es ihm wesentlich ankomme. Die Wertung müsse sich in Anbetracht der auf eine transparente Vergabe im Wettbewerb gerichteten Zielsetzung des Gesetzes (§ 97 Abs. 1 GWB) und der Vergabe- und Vertragsordnung (§ 2 Abs. 1 VOB/A) als vertretbar erweisen, was hier nicht der Fall sei. Es bleibe zu berücksichtigen, dass daran gemessen sich die Wertung des Nebenangebotes als vergaberechtswidrig erweise. Dies ergebe sich bereits daraus, dass nachträglich handschriftliche Eintragungen von der Beigeladenen in den Unterlagen zum Nebenangebot vorgenommen wurden, die letztlich zu einer inhaltlichen Änderung dessen führen würden. Bereits aus Rechtsgründen sei der Ausschluss des Nebenangebotes unbeschadet der Vorlage von Unterlagen im Rahmen der weiteren Prüfung, zwingend.
3. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin bereits im Nachprüfungsverfahren 1 VK LSA 31/11 dargelegt, dass die Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen nur zulässig wäre, wenn die Massen tatsächlich endgültig zu ermitteln seien und feststünden. Dies sei jedoch bereits ausweislich des Vortrages der hiesigen Beigeladenen im damaligen Verfahren nicht der Fall. Denn das Nebenangebot 1 der Beigeladenen enthalte hinsichtlich der Mengen einen Sicherheitszuschlag von weniger als 5% und im Übrigen besitze selbst der § 2 Abs. 3 VOB/B einen Spielraum von +/-10% der beauftragten Mengen. Dem Vortrag der Beigeladenen sei damit immanent, dass tatsächlich das Nebenangebot 1 der Beigeladenen nicht wertbar sei. Denn ebenso wie Hauptangebote müssten auch Nebenangebote dem Auftraggeber verlässliche und nicht nachträglich manipulierte Daten für die Angebotswertung zur Verfügung stellen, die es dem Auftraggeber ermöglichen, sich ein klares Bild über den Inhalt zu verschaffen. Dies sei dem Auftraggeber nur dann möglich, wenn er in Vorbereitung dieser Wertung auf klare Angaben und Erklärungen zu den im Rahmen eines Nebenangebotes als verbindlich geltenden Leistungen, Preisen und Konditionen zurückgreifen könne. Fehlen solche Angaben, könne nicht von einer Vergleichbarkeit mit anderen Angeboten ausgegangen werden, so dass der Ausschluss in der ersten Wertungsstufe gerechtfertigt sei. Im Ergebnis bedeute dies, dass aus dem Nebenangebot die Massen nicht endgültig zu ermitteln seien und die endgültigen Kosten für den Auftraggeber bei Beauftragung nicht feststünden. Diese fehlende

Wertbarkeit könne auch nicht durch Nachreichung von Unterlagen und Nachweisen bezüglich der Massen geheilt werden. Dies hätte eine Änderung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen zur Folge. Sollte die Beigeladene Unterlagen nachgereicht haben, die abweichend von dem Nebenangebot nunmehr feststehende Mengenangaben beinhalten, würde dies zu einer inhaltlichen Änderung und zur Nichtwertbarkeit führen. Es würde sich dann nicht lediglich um einen Nachweis bzw. eine plausible Darstellung der ohnehin nicht endgültig feststehenden Massen handeln, sondern um eine inhaltliche Änderung.

4. Unabhängig davon, sei das Nebenangebot 1 der Beigeladenen auch nicht gleichwertig zum Amtsentwurf. Der Überbau des Bauwerkes sei in der Baubeschreibung als Spannbetonplatte mit verschiedenen Abmessungen und Hauptmengen (Beton 3.575 m³, Bewehrung 515 t, Spannstahl 125 t) festgelegt worden. Außerdem sei insbesondere unter dem Stichwort „Einwirkungen“ vermerkt: „DIN Fb 101 in Verbindung mit der ARS 6/2009 mit Berücksichtigung Sondertransport mit 1800 KN Gesamtgewicht (9 Achsen Achsabstand 1,50 m, Achslast 200 KN“. Darüber hinaus sei dem Punkt 1.5 Mindestanforderungen für Nebenangebote hinsichtlich des Überbaus und der Unterbauten zu entnehmen, dass die Standorte der Widerlager, die lichte Weite, die Einzelstützweiten und die Konstruktionshöhe beizubehalten seien. Die Gestaltung und Ausbildung der Sichtflächen, die sich in Verbindung mit der Überbaugeometrie ergebende Gestaltung der Widerlager und die Geländerausbildung sind gemäß vorliegendem Gestaltungskonzept beizubehalten. Soweit der Antragstellerin nunmehr mit dem Informationsschreiben die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene mitgeteilt wurde, gehe aus dem bereits genannten Nachprüfungsverfahren hervor, dass das Nebenangebot 1 der Beigeladenen mit einer geänderten Ausführung des Überbaus mit den Mengen bezüglich des Betons von 2665 m³, der Bewehrung von 360 t sowie des Spannstahls mit 83 t bezuschlagt werden solle. Mit diesen Mengen sei die Ausführung des Überbaus unter Beibehaltung der vorgegebenen Querschnittsbreite nicht möglich. Aus der Mengenangabe des Betons lasse sich eine Querschnittsfläche mit ca. 11,8 m² pro laufenden Meter für den geänderten Überbau ermitteln. Ein Plattenquerschnitt hätte hiernach eine theoretische Bauhöhe von ca. 95 cm, welches eine Schlankheit l/d von ca. 27 ergebe. Für die vorgesehene Belastung sei ein Plattenquerschnitt mit einer solch geringen Bauhöhe statisch nicht nachweisbar. Insoweit müsse davon ausgegangen werden, dass die Vorgaben der Mindestbedingungen hinsichtlich des Überbaus und der Unterbauten nicht eingehalten seien. Somit sei das Nebenangebot bereits nicht gleichwertig. Unabhängig davon bleibe zu rügen, dass mit den erheblich geringeren Mengen an Bewehrung und Spannstahl für die Lasten des in der Baubeschreibung angegebenen Sondertransportes (G=18 t) nicht auskömmlich seien. Das unter Berücksichtigung der ausgeschriebenen Massen im Rahmen der Ausschreibung geforderte Schutzniveau könne mit den im Nebenangebot 1 der Beigeladenen genannten Massen nicht erreicht werden. Soweit die Antragsgegnerin vorliegend geringere Spannstahl- und Betonstahlmengen akzeptiert habe, werde ein geringeres als das maßgebliche Schutzniveau zu Grunde gelegt und führe somit zur Diskriminierung der Antragstellerin. Man sei bezüglich der Leistungsbeschreibung von falschen Sachverhalten ausgegangen und habe den Beurteilungsspielraum unzulässig überschritten. Bei vergaberechtsgemäßer Wertung stelle das Angebot der Antragstellerin das Wirtschaftlichste dar, so dass darauf der Zuschlag erteilt werden müsste.

Daraufhin erwiderte die Antragsgegnerin mit Fax-Schreiben vom 01.10.2012, dass die Gleichwertigkeit und Verwendungsfähigkeit der Nebenangebote geprüft und dokumentiert worden sei.

In Folge dessen untersetzte die Antragstellerin mittels Schreiben vom 02.10.2012 ihre Rückaspekte dahingehend, dass aufgrund des Erwidierungsschreibens die Sachlage nochmals fachlich überprüft worden sei und die Beigeladene mit dem Nebenangebot 1 einen zweistufigen Plattenbalken angeboten haben müsste. Verhalte es sich so, bedeute dies, dass zwangsläufig die Führung der Leerrohre unter dem Überbau nicht dem Amtsentwurf entspreche. Denn durch die Führung der Rohre, in welcher Form auch immer, komme es zu Problemen und Mehrkosten bei der Verlegung der Medien. Da diese Leistungen durch einen Dritten auszuführen und nicht Bestandteil der Ausschreibung seien, müssten die Mehrkosten in

jedem Fall den Bauherren treffen. Auch insoweit sei das Nebenangebot 1 der Beigeladenen dem Amtsentwurf nicht gleichwertig.

Im Übrigen halte die Antragstellerin alle bisher geäußerten Rügepunkte vollumfänglich aufrecht.

Da den Rügen der Antragstellerin seitens der Antragsgegnerin mit Fax-Schreiben vom 04.10.2012 nicht abgeholfen wurde, hat die Antragstellerin am 05.10.2012 die Einleitung eines erneuten Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer beantragt. Dieser ist am selben Tage der Antragsgegnerin zugesandt worden.

Ausweislich des durch die Antragsgegnerin übergebenen und fortgeschriebenen Vergabevermerkes (letzter Stand Oktober 2012) wurden durch die Beigeladene hinsichtlich des streitbefangenen Nebenangebotes 1 der Beigeladenen mit Schreiben vom 16.08.2011 die vermeintlich notwendigen Erläuterungen und Berechnungswege für die Ermittlung der Vordersätze übersandt. Weiterhin war dem Vermerk zu entnehmen, dass die Ergebnisse der Berechnungen mittels dezidierten Vergleichsberechnungen seitens der Vergabestelle für die angedachte Variante des Überbauquerschnittes überprüft worden seien. Die Berechnungsergebnisse bzw. Vordersätze würden marginal von denen des Bieters bzw. seines im zuzuordnenden Nachunternehmer abweichen. In Ergänzung der Prüfung, der mit Schreiben vom 09.05.2012 eingegangenen Unterlagen, wurde die Beigeladene aufgefordert, Angaben zum Nebenangebot aufzuklären. Aufgrund des Schreibens der Beigeladenen vom 02.07.2012 legt die Antragsgegnerin dar, dass nunmehr alle Kriterien erfüllt seien und somit das Nebenangebot 1 der Beigeladenen wertbar sei. Weitere inhaltliche Begründungen enthalten weder die Dokumentation noch andere Unterlagen der Vergabeakte (Vergabevorschläge und Angebotsprüfung).

Den Unterlagen ist zu entnehmen, dass das Nebenangebot 1 der Beigeladenen eine geänderte Überbaukonstruktion beinhaltet.

Die Antragstellerin stützt sich im Nachprüfungsantrag inhaltlich vollumfänglich auf ihren Rückvortrag und führt darüber hinaus dazu ergänzend aus, dass der Nachprüfungsantrag entgegen den gegenteiligen Aussagen der Beteiligten zulässig sei. Die vorgetragenen Vergabeverstöße seien rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt worden. Dies ergebe sich zwangsläufig bereits aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin ihre Vergabeentscheidung am 25.09.2012 mitgeteilt habe. Schon am 26.09.2012 sei die entsprechende Rüge erfolgt. Im Übrigen bleibe festzustellen, dass das Nebenangebot 1 der Beigeladenen frühzeitig wegen nicht vorgelegter Mengenänderung ausgeschlossen worden sei. Eine weitere Prüfung sei seinerzeit durch die Vergabestelle nicht erfolgt, da es ausgeschlossen worden sei. Mithin könnten zu diesem Zeitpunkt die von der Antragstellerin nunmehr geltend gemachten Vergabeverstöße nicht vorgelegen haben. Eine Prüfung weiterer Kriterien und die Frage der Wirtschaftlichkeit habe der Auftraggeber gerade noch nicht durchgeführt. Dies sei im Verfahren 1 VK LSA 31/11 durch die Antragsgegnerin ausdrücklich dargelegt worden. Im Ergebnis sei damit festzustellen, dass es bis zur neuen Vorinformation keine Kenntnis über weitere Vergabeverstöße habe geben können. Diese zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemachten Verstöße fänden darüber hinaus erst im Rahmen der zeitlich nach der OLG-Entscheidung vorgenommenen Prüfung statt. Von diesen Vergabeverstößen habe die Antragstellerin erst Kenntnis durch die Vorinformation erhalten, wonach der Zuschlag nunmehr auf das Nebenangebot 1 der Beigeladenen erteilt werden solle. Auch ergebe sich aus dem OLG-Beschluss vielmehr, dass Ergebnis der weiteren Prüfung auch sein könne, dass die Mindestvoraussetzungen nicht erfüllt sein können und somit das Nebenangebot aus diesem Grunde nicht gewertet werden dürfe.

Auf Nachfrage der Kammer lässt die Antragstellerin klarstellen, dass Gegenstand des Nachprüfungsantrages u. a. die inhaltliche Bewertung der nachgeforderten Unterlagen, nicht die Nachforderung der Unterlagen selbst sei. Des Weiteren richte er sich gegen die neue Vergabeentscheidung gemäß Informationsschreiben vom 25.09.2012.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da das Nebenangebot nicht gleichwertig mit dem Ausschreibungsgegenstand sei und deshalb nicht gewertet werden könne. Durch die Wertung habe die Antragsgegnerin ihren Beurteilungsspielraum überschritten, so dass insbesondere ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 97 Abs. 2 GWB vorliege. Es solle ein Nebenangebot bezuschlagt werden, mit dem die Antragsgegnerin selbst durch den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Standards herabsetze. Durch ein Abwinkeln der Rohre könne es zu Problemen und Mehrkosten bei der Verlegung kommen, die allein durch Dritte durchgeführt werden müssten und nicht Bestandteil der Ausschreibung seien. Nach geltendem Haushaltsrecht seien die Kosten wegen des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit stets im vollen Umfang zu berücksichtigen. Auch diese Aspekte habe die Antragsgegnerin bei der Wertung nicht beachtet. Im Hinblick auf die geänderte Ausführung entstünden dem Auftraggeber zusätzliche Kosten. Diesbezüglich stehe ihm kein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu.

Die Antragstellerin hat teilweise Akteneinsicht genommen. Hierbei wurde allerdings nur die Prüfung und Auswertung ihrer eigenen Nebenangebote zur Einsicht freigegeben. Hieraus hat sie den Schluss gezogen, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zu einer ordnungsgemäßen und zeitnahen Dokumentation, insbesondere auch in Hinblick auf die Erfüllung der Mindestbedingungen bezüglich des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen, nicht nachgekommen sei. Im Übrigen fehle eine ausreichende Dokumentation des Vergabeverfahrens und der wesentlichen Entscheidungen. Ergänzend wird ausgeführt, dass ausweislich der Vergabeakte ebenso die Dokumentation der eigentlichen Prüfung der qualitativen und quantitativen Gleichwertigkeit der Nebenangebote durch die Antragsgegnerin nicht erfolgt sei. Denn im Vergabevermerk finde sich unter Punkt 1.18 die Festlegung des Auftraggebers, dass die Nebenangebote qualitativ und quantitativ gleichwertig sein müssen sowie die notwendigen Rahmenkriterien für Nebenangebote. So sei auch unter Ziffer 9.1 des Vermerkes nur dargelegt, dass die Nebenangebote denselben Wertungskriterien wie dem Hauptangebot unterliegen. Der Vergabevermerk beschränke sich lediglich auf die Aussage, dass die Gleichwertigkeit und Vollständigkeit geprüft worden sei. Weiterhin fehle der Dokumentation die Prüfung, ob alle technisch und preislich bedeutenden Abmessungen und Baustoffmengen für das Bauwerk festgelegt und Mengenänderungen plausibel und nachvollziehbar nachgewiesen seien und die statische Machbarkeit gewährleistet sei. Außerdem mangle es an Ausführungen, ob für entscheidende Änderungen Detailpläne vorhanden seien bzw. ob die Konstruktionsvorgaben durch das Nebenangebot 1 eingehalten würden. Schließlich fehle die Dokumentation, inwieweit das Nebenangebot dem Schutzniveau Sondertransport G=18 t entspreche und qualitativ und quantitativ gleichwertig zum Amtsentwurf sei. Zudem würde der Vergabevermerk eine Betrachtung des Preises und der sonstigen mit der beschafften Leistung verbundenen Kosten nicht beinhalten.

In diesem Zusammenhang müsse man berücksichtigen, dass je wesentlicher eine Entscheidung im laufenden Vergabeverfahren sei, umso konkreter, stichhaltiger und nachvollziehbarer müsse diese begründet werden. Dies gelte insbesondere für konkrete Wertungsentscheidungen hinsichtlich des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen. Nicht ausreichend sei ohne erkennbare und dokumentierte Prüfung, das Nebenangebot als wertbar zu bestätigen.

Die Heilung der fehlenden Dokumentation sei im Nachprüfungsverfahren nicht mehr möglich. Der Antragsgegnerin sei daher auch ein Rückgriff auf ggf. erfolgte, aber nicht dokumentierte Erwägungen verwehrt. Insoweit sei der Nachprüfungsantrag in jedem Fall begründet und der Zuschlag dürfe nicht auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Auftraggeber zu untersagen, im Vergabeverfahren „.....“ den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen,
2. dem Auftraggeber aufzugeben, die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. dem Auftraggeber die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin auf-

zuerlegen sowie

4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge zurückzuweisen sowie
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Zur Begründung wird ausgeführt,

dass im Vorfeld zu dem aktuellen Nachprüfungsverfahren die Antragsgegnerin dem Beschluss der erkennenden Kammer mit dem Aktenzeichen 1 VK LSA 31/11 vom 04.11.2011 und der Entscheidung des OLG Naumburg mit dem Aktenzeichen 2 Verg 15/11 vom 23.02.2012 nachgekommen sei. Im Ergebnis dessen seien fehlende Erklärungen und Nachweise auch von weiteren Nebenangeboten nachgefordert und in die Wertung der Angebote einbezogen worden.

Diesem zitierten vorgelagerten Nachprüfungsverfahren und der Beschwerde beim OLG habe sich ein weiteres vorgelagertes Nachprüfungsverfahren mit dem Aktenzeichen 1 VK LSA 08/12, in welchem die Nachforderung von fehlenden Erklärungen und Nachweisen von weiteren Nebenangeboten außer dem streitbefangenen Nebenangebot 1 der Beigeladenen angegriffen worden sei, angeschlossen. Mit der gegenseitigen Erledigungserklärung in der Hauptsache habe die Antragsgegnerin sämtliche Nebenangebote geprüft und gewertet. Im Ergebnis sei festzustellen, dass das streitbefangene Nebenangebot 1 der Beigeladenen das wirtschaftlichste sei. Dies habe die Antragsgegnerin im Vergabevermerk umfassend und vergaberechtskonform dokumentiert.

Detaillierte inhaltliche Erläuterungen dazu könne die Antragsgegnerin nicht ausführen, da hier das Interesse der Beigeladenen auf Geheimhaltung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schwerwiegend verletzt werden würde. So enthalte ein separates Schreiben Erläuterungen hinsichtlich der Prüfung und Wertung der Nebenangebote, das zur rechtlichen Würdigung nur der erkennenden Kammer zur Kenntnis gegeben wurde. Bei nicht ausreichender Darstellung der technischen Parameter des ausgeschriebenen Brückenbauwerkes einschließlich der Prüfung und Wertung der Haupt- und Nebenangebote könne der Vortrag ergänzt werden.

Im aktuellen Nachprüfungsverfahren spekuliere nunmehr die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz über die technische Machbarkeit und Gleichwertigkeit des in Streit stehenden Nebenangebot 1 der Beigeladenen. Die Anträge seien als unzulässig, hilfsweise unbegründet zurückzuweisen, da die Antragstellerin nach § 107 Abs. 2 GWB nicht antragsbefugt sei und sie keine Verletzung in ihren Rechten durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften darlege. Vielmehr beruhen die Rügen vom 26.09.2012 und vom 02.10.2012 auf den Schriftsätzen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren 1 VK 31/11 LSA bzw. im Beschwerdeverfahren 2 Verg 15/11 vor dem OLG Naumburg. Somit verfüge die Antragstellerin über eine vollständige Kenntnis des Sachverhaltes seit Februar 2012. Damit habe die Antragstellerin die Rüge nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB erhoben. Die Unbegründetheit ergebe sich aus dem Ermessenspielraum der Antragsgegnerin hinsichtlich der technischen Prüfung des Nebenangebotes, die eine technische Gleichwertigkeit des in Rede stehenden Nebenangebotes 1 der Beigeladenen ergeben habe. Abschließend wird dargelegt, dass die Antragsgegnerin den Ausführungen der Beigeladenen vollumfänglich folge und sich diese zu Eigen mache.

Die Beigeladene lässt anwaltlich vortragen,

dass das beantragte Nachprüfungsverfahren offensichtlich unzulässig sei. Die Unzulässigkeit begründet sich damit, dass die vermeintlich festgestellten Vergabeverstöße nicht rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt worden seien. So richte sich die Antragstellerin

gegen die Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen mit der Begründung, die Mengen seien nicht festgelegt und es gäbe keine Gleichwertigkeit im Vergleich zum Amtsentwurf. Über die Kenntnis der vermeintlichen Vergabeverstöße verfüge die Antragstellerin bereits seit dem Nachprüfungsantrag 1 VK LSA 31/11. Ausweislich der antragstellerseitigen Ausführungen auf Seite 6 des Nachprüfungsantrages sei die Antragstellerin aufgrund des Schreibens der Antragsgegnerin vom 25.04.2012 zu dem begründeten Schluss gekommen, dass das Nebenangebot 1 der Beigeladenen gewertet werde. Somit hätte sie diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß unverzüglich rügen müssen, um der Präklusionswirkung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB zu entgehen. Denn bereits damals habe sie die erst am 26.09.2012 gerügten vermeintlichen Verstöße erkannt. Nach Auffassung der Beigeladenen ergäben sich für die Antragstellerin allerdings keine neuen Erkenntnisse zwischen dem Schreiben vom 25.04.2012 und der Bieterinformation vom 25.09.2012. Die Rechtslage hätte die Antragstellerin auch damals schon durchblickt, zumal sie anwaltlich vertreten war und eine Rüge aus anderen Gründen ausgesprochen habe.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag auch deshalb unzulässig, weil eine rechtskräftige Entscheidung des OLG vorliege. Mit dieser Entscheidung, das Nebenangebot 1 der Beigeladenen in die Wertung einzubeziehen, könne nunmehr durch die Antragstellerin keine Vergaberechtswidrigkeit hergeleitet werden. Der Gefahr einer nachträglichen Änderung bzw. Manipulation des Nebenangebotes 1 stehe die Rechtskraft des Beschlusses des OLG Naumburg entgegen.

Zudem wurde mit dem Nebenangebot 1 eine Vorstatik eingereicht. Folglich fehle ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin.

Sie macht weiter geltend, dass die Wertung ihres Nebenangebotes ordnungsgemäß dokumentiert sei. Ein Auftraggeber müsse seine Entscheidung nicht in jedem Fall im Einzelnen verbal begründen. Dies gelte nur für Abwägungs- oder Wertungsentscheidungen. Um eine solche handle es sich nicht. Selbst bei anderer Betrachtungsweise könne eine fehlende Dokumentation im laufenden Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden. Die Sachlage sei lediglich dann anders zu beurteilen, wenn die nachgeschobene Dokumentation nicht ausreiche, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten. Eine Manipulationsgefahr bestehe nicht, da die Beigeladene mit dem Angebot eine umfangreiche Vorstatik eingereicht habe, aus der sich auch das Mengengerüst ergebe. Die Antragsgegnerin habe überobligationsmäßig eine Gleichwertigkeitsprüfung vorgenommen. Bereits durch die Vorgabe von Mindestanforderungen sei die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten sichergestellt. Schließlich würden lediglich die Mindestbedingungen im Hinblick auf das Nebenangebot der Beigeladenen unter der Überschrift, d. h. 2. und 3. Spiegelstrich von Punkt 1.18 des Vergabevermerkes zur Anwendung kommen. Die Mindestanforderungen seien bauteilbezogen zu betrachten.

Ausweislich des Kammerbeschlusses vom 17.10.2012 ist die Firma beigeladen worden.

Mit Beschluss vom 22.10.2012 hat die Vergabekammer die Verfahrensakten 1 VK LSA 31/11 und 1 VK LSA 08/12 beigezogen.

Mittels Beschlüssen vom 26.10.2012 sind der Antragstellerin sowie der Beigeladenen Einsicht in die Akten der Antragsgegnerin gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich nicht auf die durch die Mitbieter eingereichten Unterlagen und die Auswertungsunterlagen, die Inhalte über diese enthalten.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2012 Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

Der Vorsitzende hat die Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB schlussendlich bis zum 14.12.2012 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist teilweise zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Az.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Az.: 42-32570/03.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 05.08.2009, MBl. LSA Nr. 33/2009) zuständig.

Bei der ausgeschriebenen Errichtung des Überführungsbauwerkeshandelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A, Fassung 2009. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme den Wert von Euro überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Die Antragsgegnerin gilt als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass die Nachforderung von Erklärungen bezüglich des Nachweises der Massen eine unzulässige inhaltliche Änderung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen zur Folge hätte, ist es der Vergabekammer verwehrt, über dieses Vorbringen zu entscheiden. Dem steht im Sinne des § 322 Abs. 1 ZPO die Rechtskraft des Beschlusses des OLG Naumburg mit dem Aktenzeichen 2 Verg 15/11 vom 23.02.2012 entgegen. Die Rechtskraftwirkung dieses Beschlusses erstreckt sich grundsätzlich nur auf den Tenor der Entscheidung, der jedoch auch aus den Entscheidungsgründen heraus auszulegen ist (vgl. Thomas/Putzo, ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz, 33. Auflage 2012, zu § 322, RdNr. 17). Das OLG Naumburg hatte die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer 1 VK LSA 31/11 vom 04.11.2011 zurückgewiesen. In diesem Beschluss hatte die Vergabekammer die Antragsgegnerin dazu verpflichtet, entsprechend der Rechtsauffassung der Kammer die Wertung zu wiederholen und zu Mengenänderungen Erklärungen und Nachweise von der damaligen Antragstellerin nachzufordern. Das OLG Naumburg hatte zur Begründung seiner Entscheidung ausdrücklich ausgeführt, dass die Nachforderung der Erklärungen sich auf Informationen beziehe, die nicht geeignet seien, der Antragstellerin (im gegenwärtigen Verfahren der Beigeladenen) eine inhaltliche Änderung ihres Nebenangebotes zu eröffnen (vgl. Beschluss des OLG Naumburg 2 Verg 15/11 vom 23.02.2012, Seite 13). Vielmehr stehe das Leistungssoll des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen von Anfang an fest. Nachgefordert würden lediglich kalkulatorische Erläuterungen, die keine inhaltlichen Änderungen des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen darstellen würden. Damit hat das OLG Naumburg diesbezüglich abschließend über das Begehren der Antragstellerin entschieden. Dies gilt auch, soweit die Antragstellerin geltend gemacht hat, dass sich der Rügevortrag nur auf die Wertung und nicht auf die Nachforderung von Unterlagen beziehe. Sie hat gleichzeitig vorgebracht, dass die Nachreichung der Unterlagen bedinge, dass das Angebot nicht wertbar sei. Dem ist das OLG Naumburg in der vorgenannten Entscheidung entgegen getreten.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB im Übrigen größtenteils antragsbefugt. Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an einem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die Antragsgegnerin auf das Nebenangebot 1 der Beigeladenen vergaberechtswidrig den Zuschlag erteilen wolle. Dies verletze sie in ihren Rechten. Hierdurch seien auch ihre Chancen, auf ihr eigenes Angebot den Zuschlag zu erhalten, geschmälert. Hiermit im Zusammenhang steht, dass die Antragstellerin auch beanstandet, dass die diesbezügliche Dokumentation der Antragsgegnerin unzureichend sei. Sie hat damit auch geltend gemacht, dass sich die vorgebrachten Dokumentationsmängel auf ihre Rechtsstellung im Vergabeverfahren negativ ausgewirkt hätten. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Soweit die Antragstellerin sich allerdings dagegen wendet, dass das Informationsschreiben im Sinne des § 101a Abs. 1 GWB unzureichend sei, fehlt es an einer entsprechenden Antragsbefugnis. Durch ein entsprechendes Informationsschreiben sollen die Bieter in die Lage versetzt werden, die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrages abzuschätzen und ggf. ein solches einzuleiten. Diese Möglichkeit hat die Antragstellerin wahrgenommen. Durch das angeblich fehlerhafte Informationsschreiben ist ihr somit kein Nachteil entstanden und damit auch kein Schaden (vgl. VK Bund, Beschluss vom 11.07.2012, VK 1-67/12).

Sofern der Nachprüfungsantrag nach den vorgenannten Ausführungen nicht unzulässig ist, ist die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nachgekommen. Nach dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit die Antragstellerin den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Die Rüge erfolgte mittels anwaltlichen Schriftsatzes vom 26.09.2012 (Eingang bei der Antragsgegnerin am 27.09.2012) auf das Informationsschreiben des Auftraggebers hinsichtlich der geplanten Vergabeentscheidung vom 25.09.2012 und damit rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Anders als die Antragsgegnerin und die Beigeladene meinen, war es der Antragstellerin nicht möglich, die von ihr beanstandete inhaltliche Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen zu einem früheren Zeitpunkt zu rügen. Sie hat erst durch das Informationsschreiben erfahren, dass die Antragsgegnerin dieses Nebenangebot inhaltlich als wertbar und sogar als zuschlagsfähig ansieht. Damit wurde ihr dieser von ihr geltend gemachte Vergabeverstoß erst zu diesem Zeitpunkt bekannt. Sie hat sowohl im Rügeschreiben als auch im Nachprüfungsantrag in Zweifel gezogen, dass das Nebenangebot 1 der Beigeladenen den Mindestanforderungen der Antragsgegnerin entspricht und gleichwertig zum Amtsentwurf ist. Diese Fragestellung war nicht Gegenstand des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens. Vielmehr bezog sich der diesbezügliche Nachprüfungsantrag allein auf die Frage, ob das Nebenangebot 1 der Beigeladenen wegen des Fehlens von Erklärungen und Nachweisen zum Mengengerüst zu Recht ausgeschlossen wurde.

Die Antragstellerin hat die Vergabeverstöße auch nicht auf Grundlage reiner Spekulation „ins Blaue hinein“ geltend gemacht. Vielmehr vermutete die Antragstellerin, auf Grund von Informationen aus dem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren und auf Grund ihres technischen Verständnisses, dass die Erfüllung der auftraggeberseitig definierten Mindestbedingungen nicht eingehalten werden könne. So zieht sie beispielsweise entsprechende Schlüsse aus den Mengenermittlungen der Leistungspositionen (z. B.: 2.1.10.8, 2.1.10.17 und 2.1.10.19). Damit könne das geforderte Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit nicht erreicht werden. Weiterhin ergebe sich aus dem Mengengerüst, dass die Ausführung des Überbaus unter Beibehaltung der vorgegebenen Querschnittsbreite nicht möglich sei. Insbesondere durch ein Abweichen von festgelegten Standards bei der Verlegung der Leerrohre könne es zu Problemen und Mehrkosten kommen. Die Antragstellerin hatte damit für ihr Vorbringen hinreichende Anhaltspunkte dargelegt.

Die Antragstellerin hat die unzureichende Dokumentation der inhaltlichen Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen erst im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht. Eine Obliegenheit zur vorherigen Rüge gegenüber der Antragsgegnerin wurde nicht begründet, weil die Antragstellerin vom Inhalt und Umfang der Dokumentation vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens keine Kenntnis hatte (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB). Sie hat erst im Rahmen der Akteneinsicht aus der Dokumentation der Wertung ihres eigenen Nebenangebotes entsprechende Rückschlüsse in Bezug auf die Wertung des Nebenange-

bots 1 der Beigeladenen ziehen können. Auch dieses Vorbringen war damit nicht unsubstantiiert. Die Antragstellerin konnte auch hierzu keine Rüge im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren anbringen, da zu diesem Zeitpunkt die inhaltliche Wertung des Nebenangebots 1 der Beigeladenen nicht vorlag. Vielmehr hatte die Antragsgegnerin seiner Zeit hiervon abgesehen, da sie das Angebot bereits wegen des Fehlens von Nachweisen zum Mengengerüst ohne weitere Prüfung ausgeschlossen hatte.

Zudem wurde dem Erfordernis des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB durch die Antragstellerin entsprochen. Die auf das Rügeschreiben vom 26.09.2012 auftraggeberseitig folgende Nichtabhilfeerklärung ging bei der Antragstellerin am 01.10.2012 ein. Dem ergänzenden Rügevortrag vom 02.10.2012 wurde durch eine weitere Nichtabhilfeentscheidung durch die Antragstellerin mit Faxschreiben vom 04.10.2012 zur Kenntnis gegeben. Der mittels Faxschreiben am 05.10.2012 bei der erkennenden Kammer eingegangene Nachprüfungsantrag erfolgte somit innerhalb der vorgeschriebenen Antragsfrist von 15 Tagen entsprechend § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB.

Den Anforderungen des § 108 GWB wurde durch das Abfassen des Nachprüfungsantrages genügt.

Soweit er zulässig ist, ist der Nachprüfungsantrag teilweise begründet.

Die Antragstellerin hat gemäß § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin die Wertung hinsichtlich der Frage, ob das Nebenangebot 1 der Beigeladenen inhaltlich wertbar ist, wiederholt. Die bisherige Dokumentation der Antragsgegnerin hierzu ist nicht hinreichend transparent im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB. Diese genügt nicht den Anforderungen des § 20 Abs. 1 VOB/A.

Dagegen kann die Antragstellerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht verlangen, dass die Vergabekammer die Antragsgegnerin verpflichtet, das Nebenangebot 1 der Beigeladenen nicht zu berücksichtigen.

Hierzu im Einzelnen:

Um einen effektiven Rechtsschutz der Bieter zu gewährleisten, müssen zumindest die wesentlichen Zwischenentscheidungen (hierzu zählt auch die Frage, ob konkurrierende Angebote in der Wertung belassen werden) auf diese Art bereits vor Vertragsschluss laufend und nachvollziehbar dokumentiert sein, damit der Weg zur Vergabeentscheidung vom einzelnen Bieter und von den Nachprüfungsinstanzen nachvollzogen und damit kontrolliert werden kann. Die Bieter sollen in nachvollziehbarer Weise nicht nur erfahren, aus welchen Gründen sie für die Auftragsvergabe nicht vorgesehen sind, sondern sollen sich auch im laufenden Vergabeverfahren davon überzeugen können, dass der für den Vertragsschluss in Betracht kommende Bewerber auf Grund sachgerechter und ermessenfehlerfreier Entscheidungen bestimmt worden ist (Vergabekammer Brandenburg, Beschluss vom 17.07.2001, 2. VK 56/01; Vergabekammer Arnsberg, Beschluss vom 29.11.2002, VK 1-25/2002; Vergabekammer Hessen, Beschluss vom 29.05.2002, 69 d VK-15/2002; OLG Bremen, Beschluss vom 14.04.2005, Verg 1/2005 in VergabeR 2005, Seite 537, OLG Celle v. 12.05.2010 13 Verg 3/10, OLG Karlsruhe v. 21.07.2010 15 Verg 6/10). Hierbei müssen alle Entscheidungen des Auftraggebers so begründet sein, dass sie für einen mit der Sachlage des Verfahrens vertrauten Lesers ohne weiteres nachvollziehbar und verständlich sind. Bei der Entscheidung über den Zuschlag ist an die Darlegung der zu Grunde liegenden Tatsachen sowie ihrer Beurteilung ein hoher Maßstab anzulegen (vgl. Kulartz/Marx/Portz/Prieß, zu § 20 RdNr. 13 VOB/A, 2. Auflage 2010). Soweit dem Auftraggeber – wie beispielsweise bei der Wertung der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten Beurteilungs- und Ermessensspielräume zustehen, verlangt die Dokumentationspflicht über eine bloße Notiz hinaus eine besonders detaillierte Begründung.

Diesen Anforderungen wird die Vergabedokumentation der Antragsgegnerin nicht gerecht. Die Vergabekammer ist außerstande, die Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen anhand der vorliegenden Vergabedokumentation zu überprüfen und die Entscheidung der Antragsgegnerin nachzuvollziehen. Die Ausführungen in dem Vergabevermerk beschränken

sich auf die Aussage, dass dieses Nebenangebot 1 der Beigeladenen alle Kriterien erfülle und wertbar sei. Die Antragsgegnerin wäre jedoch aufgrund des § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 VOB/A und des Transparenzgebotes gehalten gewesen, im Rahmen der Angebotsprüfung dies plausibel darzulegen und zu begründen.

Die Antragsgegnerin hatte unter Ziffer 1.5 der Baubeschreibung zunächst vorgegeben, dass die Nebenangebote in technischer Hinsicht der HVA B-StB-Mindestanforderungen entsprechen müssen. Sie hat außerdem dort eine Vielzahl weiterer Mindestanforderungen definiert (siehe jeweils unter den Überschriften: Bei Nebenangeboten/ Änderungsvorschlägen gilt, Flutbrücke, Strecke, Überbau und Unterbauten, Herstellung und Brückenausstattung). Zusätzliche Mindestbedingungen für die Nebenangebote enthalten die Punkte 7.3 und 7.4 der EU-Aufforderung zur Angebotsabgabe. Es wäre geboten gewesen, dass die Antragsgegnerin die Einhaltung aller vorgenannten Mindestbedingungen im Einzelnen überprüft und das Ergebnis schlüssig dokumentiert. Gleiches gilt für die von der Antragsgegnerin aufgestellten Bewerbungsbedingungen unter Ziffer 5 zu Nebenangeboten. Die Antragsgegnerin ist bei der Wertung der Angebote an die von ihr selbst aufgestellten Vorgaben gebunden. Der Vergabevermerk lässt hierzu jedoch jegliche Aussage vermissen. Damit sind die entsprechenden Erwägungen der Antragsgegnerin nicht erkennbar und einer Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen nicht zugänglich. Dies ist durch die pauschale und nicht näher begründete Aussage, dass die Mindestbedingungen erfüllt seien, nicht gewährleistet. Auch die übrigen Unterlagen aus dem Vergabevorgang enthalten hierzu keine weitergehenden Ausführungen. Vielmehr entspricht die Stellungnahme der zur Prüfung und Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen nahezu mit identischem Wortlaut dem Inhalt der Vergabedokumentation.

Die Beigeladene hat hierzu die Auffassung vertreten, dass nähere Darlegungen entbehrlich gewesen wären, da es sich bei den Mindestbedingungen um technische Vorgaben gehandelt habe und der Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin daher von vornherein eingeschränkt wäre. Jedoch ist auch hinsichtlich der Prüfung, ob technische Vorgaben eingehalten wurden, die Entscheidung des Auftraggebers nachvollziehbar zu dokumentieren. Im Übrigen enthielten die Mindestbedingungen sehr wohl auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe, die einer eigenen Wertung durch die Antragsgegnerin zugänglich waren. So mussten z. B. Mengenänderungen plausibel und nachvollziehbar dargelegt werden. Außerdem musste die Brückenausstattung dem Amtsentwurf gleichwertig sein. Schließlich hat die Antragsgegnerin beispielsweise auch bei der Beurteilung der statischen Machbarkeit einen eigenen Entscheidungsspielraum.

Soweit die Beigeladene weiterhin die Auffassung vertritt, dass die Mindestkriterien bauteilbezogen aufgestellt worden seien und für ihr Nebenangebot nur teilweise gelten würden, trifft dies nicht zu. Die Antragsgegnerin hat eine entsprechende Einschränkung in ihrer Baubeschreibung nicht vorgenommen. Dem steht im Übrigen entgegen, dass die verschiedenen Bauteile wie Überbau und Unterbauten, Brückenausstattung und Strecke technisch nicht losgelöst voneinander zu betrachten sind.

Schließlich hatte die Antragsgegnerin auch zu prüfen, ob das Nebenangebot der Beigeladenen zum Amtsentwurf gleichwertig ist. Anders als die Beigeladene meint, stellt die Erfüllung der Mindestbedingungen schon begrifflich kein Äquivalent für eine Gleichwertigkeit dar, sondern das Minimum dessen, was die Antragsgegnerin vorgibt, um überhaupt im Übrigen in die Gleichwertigkeitsprüfung eintreten zu können. (OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008, Verg W 10/08; OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.05.2011, Verg W 16/10; OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.06.2012, 11 Verg 12/11).

Das Merkmal der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten ist in der VOB/A nicht näher definiert. Lediglich in § 13 Abs. 2 VOB/A findet sich eine Regelung bei der Abweichung von technischen Spezifikationen in Bezug auf Hauptangebote. Es ist jedoch gerechtfertigt, dass für den Vergleich des Nebenangebots mit dem Leistungsverzeichnis dieselben Kriterien herangezogen werden, die für Abweichungen von den technischen Spezifikationen innerhalb des Hauptangebots gelten (BGH, Beschluss vom 23.03.2011, X ZR 92/09; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 21.02.2012, 1 VK 07 / 11). Maßgeblich ist somit, ob die Leistung dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Ge-

brauchstauglichkeit mindestens gleich kommt. Insoweit steht der Antragsgegnerin ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Diesbezüglich finden sich ebenfalls keine Ausführungen in der Vergabedokumentation der Antragsgegnerin wieder. Damit ist auch insoweit die Entscheidung der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar.

Anders als die Beigeladene meint, konnte die unzureichende Dokumentation auch nicht im laufenden Nachprüfungsverfahren nachgebessert werden. Hierbei ist von Bedeutung, dass die Dokumentationsmängel von erheblichem Gewicht waren. Die Antragsgegnerin hatte ihre Entscheidung, das Nebenangebot 1 der Beigeladenen als wertbar einzustufen, auch nicht ansatzweise begründet. Es ist bei dieser Sachlage nicht gerechtfertigt, der Antragsgegnerin zu ermöglichen, die Begründung in ihrer Gesamtheit im laufenden Nachprüfungsverfahren nachzuschieben. Hierdurch könnte nicht ausgeschlossen werden, dass es im Vergabeverfahren zu einer nicht wettbewerbskonformen Auftragserteilung kommt (im Sinne des BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4 / 10).

Durch die Dokumentationsmängel werden Rechte der Antragstellerin berührt. Sie hat sich gerade gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Nebenangebots 1 der Beigeladenen als zuschlagsfähig zu werten, gewandt. Hierauf bezog sich die unzureichende Dokumentation der Antragsgegnerin. Es ist weder für die Antragstellerin noch für die Vergabekammer nachprüfbar, ob die Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin rechtmäßig war. Damit kann ebenso nicht beurteilt werden, ob die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Ermessens zu Recht zu dem Schluss gelangte, dass das Nebenangebot 1 der Beigeladenen zuschlagsfähig ist. Dies ist vielmehr zum gegenwärtigen Zeitpunkt offen.

Somit kann entgegen der Auffassung der Antragstellerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt andererseits auch nicht ausgesprochen werden, dass das Nebenangebot 1 der Beigeladenen nicht zu berücksichtigen ist. Die Ausführungen im Leistungsverzeichnis zum Einsatz des Kabelschutzrohres stehen im Übrigen in keinem Widerspruch zu den Maßangaben in dem Regelquerschnitt im Nebenangebot 1 der Beigeladenen. Die differenten Angaben im den Durchschnittsbemaßungen beziehen sich im Leistungsverzeichnis auf den Außendurchmesser und in der Zeichnung auf den Durchfluss des Innendurchmessers. Dieser scheinbare Widerspruch konnte in der mündlichen Verhandlung geklärt werden.

Schließlich ist das Vergabeverfahren ab dem Stadium zu wiederholen, in dem es fehlerhaft ist. Dies ist vorliegend die Wertung des Nebenangebotes 1 der Beigeladenen, da die diesbezügliche Dokumentation – wie erwähnt – unzureichend ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V. Abs. 3 und Abs. 4 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten einschließlich der zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragsgegnerin als Unterliegende anzusehen, da sie mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen ist. Es kommt dabei nicht entscheidend darauf an, dass auch die Antragstellerin mit ihrem Begehren nicht in vollem Umfang durchgedrungen ist. Dies tritt zurück, da die Antragsgegnerin gehalten ist, die Wertung hinsichtlich des Nebenangebots 1 der Beigeladenen zu wiederholen. Dies ist von außerordentlich großem Gewicht.

Die Antragsgegnerin ist auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG LSA vom 27.06.1991) von der Entrichtung der Kosten befreit. Nach dieser Vorschrift werden Gebühren im Verwaltungsverfahren nicht erhoben für Amtshandlungen, zu denen eine Landes- oder gleichgestellte Behörde Anlass gegeben hat. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VwKostG LSA ist diese Regelung jedoch nicht anzuwenden bei Entscheidungen über förmliche Rechtsbehelfe, z. B. über einen Widerspruch. Das Vergabenaachprüfungsverfahren ist in diesem Zusammenhang mit einem Widerspruchsverfahren vergleichbar (vgl.

OLG Naumburg v. 17.09.2002, Az.: 1 Verg 8/02; OLG Naumburg v. 20.09.2012, Az.: 2 Verg 4/12).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin unter Berücksichtigung des Nebenangebotes 1 hier Euro.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen nach § 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG-LSA) in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Antragsgegnerin hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses den Betrag in Höhe von Euro unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

Der Antragstellerin wird nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses der geleistete Vorschuss zurückerstattet.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.