



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 28/06

Halle, 15.09.2006

§ 97 Abs. 7 GWB

§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB

- Rechtzeitigkeit der Rüge

- mündlicher Rügevortrag

- Gleichwertigkeit eines Nebenangebotes

Eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Informationsschreibens gemäß § 13 VgV kann nicht mehr stattfinden, wenn dieses erst nach dem regelmäßigen Geschäftsschluss beim Bieter eingeht.

Auch eine mündliche Äußerung kann als Rüge gewertet werden, vor allem wenn der Vertrag des Bieters vom Auftraggeber unwidersprochen bleibt. Dem Nebenangebot sind die in den Mindestbedingungen formulierten Angaben zur Prüfung der Gleichwertigkeit beizufügen. Der Auftraggeber darf sich auf die bloßen Beteuerungen des Bieters hinsichtlich der nach dessen Meinung gegebener Gleichwertigkeit nicht verlassen, vielmehr hat er die Pflicht zur eigenständigen Prüfung der Gleichwertigkeit.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

.....

Antragstellerin

gegen

den

Niederlassung

.....

Antragsgegner

unter Beiladung

der GmbH

Verfahrensbevollmächtigte

RA

.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes im Offenen Verfahren zum Ausbau der Bundesautobahn (BAB) ..., 6-spuriger Ausbau zwischen und Anschlussstelle (AS), Ersatzneubau Brückenbauwerk (BW) im Zuge der Kreisstraße (K) über die BAB hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 11.09.2006 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrenskosten beziffern sich auf insgesamt EUR.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am2006 schrieb der Antragsgegner auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) im Wege eines Offenen Verfahrens den Ersatzneubau des BW im Zuge der K über die BAB innerhalb des 6-spurigen Ausbaus der BAB zwischen dem und der AS aus.

Entsprechend Punkt 7 des mit den Vergabeunterlagen herausgegebenen Formblattes HVA B-StB-EG-Aufforderung zur Angebotsabgabe (03/06) waren die beigefügten Bewerbungsbedingungen durch die Bieter zu beachten und Nebenangebote gemäß Punkt 11.1 ausdrücklich zugelassen.

Zu den Nebenangeboten enthalten die Bewerbungsbedingungen unter Punkt 5 besondere Anforderungen. Demnach müssen die Bieter mit Angebotsabgabe nachweisen, dass die geforderten Mindestanforderungen an Nebenangebote erfüllt sind. Ferner sind die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Darüber hinaus müssen Nebenangebote alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind. Soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen, sind Nebenangebote nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Nebenangebote die den vorgenannten Anforderungen nicht entsprechen, von der Wertung ausgeschlossen werden. Ergänzend dazu verweist der Auftraggeber auf die Mindestanforderungen gemäß Abschnitt 6 der Baubeschreibung. Demnach setzt ein zuschlagsfähiges Nebenangebot zur Dokumentation der Gleichwertigkeit ausführliche Angaben über die vorgesehene Art der Ausführung sowie die dafür geforderten Preise voraus. Gleiches gilt für die technisch und preislich bedeutsamen Abmessungen und benötigten Baustoffmengen. Ebenso sind im Nebenangebot die zeichnerischen Änderungen zum Verwaltungsentwurf zu belegen sowie die daraus resultierenden Auswirkungen und Konsequenzen darzustellen, die Gleichwertigkeit zu erklären bzw. zu erläutern.

Aus dem Formblatt Angebotsschreiben geht weiterhin hervor, dass u. a. die Leistungsbeschreibung Vertragsbestandteil wird. Auf Seite 3, Positionsnummer 00.00.0006 des Leistungsverzeichnisses ist als Bestandteil der Leistungsbeschreibung Nachstehendes aufgeführt:

StL-Nr. 118/338.22.10.10
unbewehrter Beton herstellen als Bodenersatz C12/15 XO ohne Schalung
unbewehrter Beton nach Unterlagen des AG herstellen
Beton als Bodenersatz
Druckfestigkeitsklasse C12/15
Expositionsklasse XO
Beton ohne Schalung herstellen
Menge 870 m³

Darüber hinaus war den Verdingungsunterlagen ein Baugrundgutachten des Baugrundbüros, vom 15.06.2005 beigefügt, dem unter Punkt 6.2 Gründungsvorschlag, tiefe Flächen-gründung nachfolgende Formulierungen zu entnehmen sind:

„Ein eventueller Differenzbetrag zwischen der o.g. Gründungskote und einer planungsseitig höher geplanten Fundamentunterkante kann dabei in Magerbeton oder als Polster aus einem gut verdichtbaren, scherfesten Mineralstoffgemisch ausgebildet werden. Die Polster sind dabei mit einem seitlichen Überstand über die Konturen des Bauwerkes hinaus herzustellen, wobei der Überstand mindestens der Einbaudicke entsprechen soll. Ist das geometrisch nicht möglich, ist das Polster dauerhaft einzuspannen (verbleibender Verbau als verlorene Schalung, Geogitter).“

„Infolge der Witterungsempfindlichkeit der anstehenden bindigen Böden sind die Aushubsohlen nach dem Aushub umgehend mit Magerbeton (d=10...15 cm) zu versiegeln, um ein Aufweichen des Planums zu vermeiden. Diese Aussage gilt sinngemäß auch für ein Gründungspolster, um Wassersackbildungen zu verhindern. Die erste Schüttlage soll dann auf den noch nicht abgebundenen Beton aufgebracht werden, um eine gute Verzahnung Beton/Polster zu erreichen.“

Hinsichtlich der Materialwahl und der Erfordernisse an die Dichte des Gemisches wird ferner ausgeführt:

„Für die Herstellung von Gründungspolstern werden vorzugsweise gut kornabgestufte grob bis gemischtkörnige Mineralgemische mit $\leq 15\%$ Feinkornanteil (Korndurchmesser $\leq 0,063$ mm) empfohlen. Geeignete Erdstoffe sind Kies-Sand-Gemische oder Schotter aus Hartgestein in Anlehnung an die Regelsieblinien nach den zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen und Richtlinien für Tragschichten im Straßenbau. Schottergemische lassen in der Regel aufgrund ihrer kantigen Kornform eine bessere Verzahnung und Verspannung im Polster erwarten als rundkörnige Kiessandgemische.

Der Einbau und die Verdichtung sind generell lagenweise vorzunehmen. Die Schüttlagendicke sollte $d = 0,30$ m nicht überschreiten und muss sich an den konkreten Mineralstoffgemischen bzw. dem Verdichtungsgerät orientieren. Die Verdichtung ist auf $D_{Pr} \geq 100\%$ vorzunehmen. Für Lastplattenprüfungen werden orientierende Prüfziele von $E_{v2} \geq 80-100$ MN/m² und $E_{v2}/E_{v1} \leq 2,3$ auf der Polsteroberkante für Einbaudicken $\geq 1,0$ m empfohlen. Die Prüfziele sind letztendlich nach Probeverdichtungen zu Baubeginn in Abhängigkeit vom verwendeten Material vom Bodengutachter festzulegen.“

Zum Eröffnungstermin am 06.07.2006 lagen 11 Hauptangebote, fünf Nebenangebote und zwei Nachlassgebote vor.

Aus den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk geht hervor, dass zwei Angebote aus formellen Gründen ausgeschlossen wurden.

Im Rahmen der Wertung der Nebenangebote wurde durch den Antragsgegner festgestellt, dass das abgegebene Nebenangebot der Antragstellerin hinsichtlich des angebotenen Mineralgemisches an Stelle von Magerbeton als Bodenersatz nicht gleichwertig sei und daher nicht gewertet werde. Zur Begründung führt der Antragsgegner aus, dass das Nebenangebot der Antragstellerin den Empfehlungen des Baugrundgutachtens zuwiderlaufe. Bei dem an-

gebotenen Bodenaustausch durch die Verfüllung mit einem Mineralgemisch seien die für unabdingbar erachteten seitlichen Polster aus einem gut verdichtbaren, scherfesten Mineralgemisch nicht berücksichtigt worden. Weiterhin fehle im Nebenangebot die Leistungsposition der sofortigen Versiegelung der Baugrundsohle mit einer 10-15 cm dicken Magerbetonschicht, die im Amtsentwurf mengenmäßig unter der Position 00.00.0006 enthalten sei. Mittels Informationsschreiben gemäß § 13 der Vergabeverordnung (VgV) vom 18.07.2006, welches ausweislich des Posteingangsstempels am 21.07.2006 bei der Antragstellerin einging, teilte der Antragsgegner mit, dass er beabsichtige den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht das Wirtschaftlichste gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A. Das Nebenangebot sei wegen nicht nachgewiesener Gleichwertigkeit nicht gewertet worden. Am 24.07.2006 nahm die Antragstellerin mit dem Antragsgegner telefonischen Kontakt auf und bat um einen Gesprächstermin. Dabei brachte die Antragstellerin ihr Unverständnis gegenüber dem Wertungsergebnis zum Ausdruck. In den übergebenen Unterlagen findet sich ferner ein Rüge-Fax der Antragstellerin vom 27.07.2006. Es wird rügeseitig die Auffassung vertreten, dass das Nebenangebot gleichwertig sei, da man mit dem Mineralgemisch eine durch das Baugrundgutachten akzeptierte Variante zum Magerbeton angeboten habe. Der Antragsgegner reagierte auf die schriftliche Rüge am selben Tage, entsprach dem Vorbringen jedoch nicht. Stattdessen präzisierte er seine Ablehnungsgründe entsprechend seinen internen Aufzeichnungen nunmehr auch gegenüber der Antragstellerin.

Da der Antragsgegner dem Begehren der Antragstellerin nicht abhalf, hat diese mit Fax-Schreiben vom 31.07.2006 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom 31.07.2006 zugestellt worden. Gleichzeitig wurde er über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) belehrt und aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen sowie eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass die Antragstellerin ein Nebenangebot mit folgendem Wortlaut abgegeben hat:

„Alternativ zum unbewehrten Beton der Leistungsposition als Bodenersatz bieten wir Ihnen die Ausführung des Bodenersatzes mit Mineralgemisch, wie im Baugrundgutachten als Alternative vermerkt, an. Der Aushub und der Einbau erfolgt ebenso wie bei Beton auch im eventuellen Grundwasserbereich. Mineralgemisch ist als Vorbelastung für den Baugrund besonders gut geeignet.“

Pos. 00.00.0006.N 870 m³ Mineralgemisch als Bodenersatz

Dafür entfällt folgende Position:

Pos. 00.00.0006 -870 m³ Beton als Bodenersatz“

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung,

dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei.

In Bezug auf die Zulässigkeit geht die Antragstellerin davon aus, dass sie den vermeintlichen Vergabeverstöß unverzüglich im Sinne des Gesetzes gegenüber dem Antragsgegner gerügt habe. Am 21.07.2006 ging die Eingangspost erst gegen 16.00 Uhr bei der Antragstellerin ein. Da die Arbeitszeit in der Firma regelmäßig freitags 15.30 Uhr endet, stand kein Personal zur Überprüfung des Rügeerfordernisses zur Verfügung, so dass zu diesem Zeitpunkt die Rügefrist noch nicht in Lauf gesetzt worden sein könne. Im Übrigen mangle es dem Informationsschreiben im Hinblick auf die Erkennbarkeit eines Vergabeverstößes an der erforderlichen Eindeutigkeit, so dass eine Rügeverpflichtung auch aus diesem Gesichtspunkt heraus nicht anzunehmen sei. Denn die Verpflichtung zur Rüge könne nur aus einem ausreichend gesicherten Erkenntnisstand heraus erwachsen, so dass es auch unter diesem Gesichtspunkt erforderlich gewesen sei, am 24.07.2006 Rücksprache mit der zuständigen Fachabtei-

lung zu nehmen, um die Beweggründe der Auftraggeberseite im Einzelnen nachvollziehen zu können. Erst im Ergebnis dieses Gespräches konnte dann mit hinreichender Sicherheit ein Vergabeverstoß auf Seiten des Antragsgegners angenommen werden, so dass daraus folgend nunmehr auch schriftlich per Fax am gleichen Tage gerügt würde.

Ferner sei der Nachprüfungsantrag auch begründet, da die Antragstellerin durch die rechtswidrige Nichtwertung ihres Nebenangebotes durch den Antragsgegner in ihren Rechten nach § 97 Abs. 1 GWB verletzt werde.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners seien dem Baugrundgutachten keinerlei Aussagen zu entnehmen, wonach der Einbau von Magerbeton als optimale Gründungsvariante bezeichnet werde. Des Weiteren sei der gemäß Gutachten angegebene seitliche Überstand über die Konturen des Bauwerkes hinaus generell bei der Herstellung der Gründungspolster zu berücksichtigen. Dies gelte unabhängig davon, ob der Bodenaustausch mit Magerbeton oder mittels Mineralgemisch ausgeführt werde. Die Antragstellerin habe bei der Erarbeitung des Nebenangebotes zu Recht davon ausgehen dürfen, dass die Angaben im Amtsentwurf bezüglich des seitlichen Überstandes des Gründungspolsters entsprechend dem Gutachten berücksichtigt worden seien und der vorgesehene Magerbeton in der gleichen Kubatur durch Schotter habe ersetzt werden können. Eine Mengenmehrung wäre folglich auszuschließen gewesen.

Hinsichtlich der Versiegelung der Aushubsohle mit Magerbeton durch eine 10-15 cm dicke Schutzschicht müsse festgehalten werden, dass weder in der Baubeschreibung noch im Leistungsverzeichnis eine Position dafür vorgesehen sei. Auch aus der Position 00.00.0006 könne kein diesbezüglicher Hinweis entnommen werden. Halte die Auftraggeberseite jedoch an ihrer Rechtsauffassung fest, so müsse diese auch den Hinweis der Antragstellerin genügen lassen, dass die entsprechende Leistung im streitbefangenen Nebenangebot in der angebotenen Position ebenfalls bereits berücksichtigt worden sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, unter Einbeziehung und Wertung des Nebenangebotes der Antragstellerin den Zuschlag auf ihr Angebot vom 06.07.2006 zu erteilen,
2. die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen und
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin notwendig war.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. hilfsweise und rein vorsorglich festzustellen, dass die Antragstellerin den Vergabeverstoß nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt hat und der Antrag somit als unzulässig zurückzuweisen ist sowie
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Zur Begründung führt der Antragsgegner aus,

dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, da die Antragstellerin aufgrund des Zuganges des Informationsschreibens am 21.07.2006 vor dem 27.07.2006 hätte rügen müssen. Darüber hinaus sei der Antrag auch unbegründet, da das Nebenangebot der Antragstellerin gegenüber dem Amtsentwurf keine Gleichwertigkeit aufweise. Das Nebenangebot sei somit zu Recht von der Wertung ausgeschlossen worden.

Ergänzend zu den im Zusammenhang mit dem Rügevortrag gemachten Ausführungen könne festgehalten werden, dass bereits die erforderlichen Parameter für die genaue Bestim-

mung des Mineralgemisches im Nebenangebot fehlen würden. Daher habe der Antragsgegner die Eignung des Mineralgemisches hinsichtlich des Setzungsverhaltens und der Standisicherheit nicht beurteilen können.

Hinsichtlich der Positionierung des Überstandes der Polster wird ausgeführt, dass sich diese auf die Gründungssohle beziehe, da die Krafteinleitung in das Polster nach den Regeln der Bodenmechanik, ausgehend von der Außenkante des Fundaments, in einem Winkel von ca. 45 ° verlaufe. Die oberen Abmessungen würden sich aus der Böschungsneigung der Baugrube ergeben, so dass die Kubatur des Mineralstoffgemisches größer sei, als die des Magerbetons. Daraus würden Mehrmengen nach überschlägiger Berechnung von ca. 670 m³ folgen. Das Nebenangebot sieht mit 870 m³ keine Mengenerhöhung vor. Der im Amtsentwurf dargestellte Überstand des Magerbetons an der Oberseite habe nur technologische Gründe und sei in statischer Hinsicht nicht wirksam. Der tatsächlich statisch wirksame Überstand des Magerbetons im Amtsentwurf sei in diesem Fall gleich Null. Mehrmengen würden sich ebenfalls auch hinsichtlich des Baugrubenaushubes in Höhe von ca. 726 m³ ergeben.

Im Übrigen habe die Antragstellerin mit dem Wegfall des Magerbetons im Nebenangebot keine Position im Leistungsverzeichnis mehr zur Verfügung, in der die 10-15 cm dicke Magerbetonschutzschicht abrechenbar wäre. Diese Position mit ca. 69 m³ hätte die Antragstellerin im Nebenangebot separat anbieten müssen.

Die GmbH ist mit Beschluss vom 05.09.2006 beigeladen worden, da sie in ihren Interessen durch den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens schwerwiegend betroffen sein könnte.

Sie schließt sich inhaltlich den Ausführungen des Antragsgegners an. Hinsichtlich der detaillierten Begründung wird auf den anwaltlichen Schriftsatz vom 08.09.2006 verwiesen.

Der Vertreter der Beigeladenen beantragt,

1. den Antrag der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen,
2. hilfsweise, den Antrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen sowie
4. auszusprechen, dass die Hinzuziehung des Prozessbevollmächtigten der Beigeladenen erforderlich war.

Den Beteiligten wurde in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu vertiefen bzw. zu ergänzen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird neben den ausgetauschten Schriftsätzen auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin erfüllt die Erfordernisse der Zulässigkeit, ist jedoch unbegründet.

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, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03. Der Nachprüfungsantrag wird im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Bauauftrag i. S. von § 99 Abs. 1 und 3 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung - Ersatzneubau des BW im Zuge der K über die BAB innerhalb des 6-spurigen Ausbaus der BAB zwischen dem und der AS - handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne § 1a VOB/A, Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 5 Millionen Europäische Währungseinheiten überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I Abs. 2 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 22.01.2004 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen der Stadt hat.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB ebenfalls antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am 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, durch die behauptete unsachgemäße Nichtwertung ihres Nebenangebotes in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie bei rechtskonformer Berücksichtigung des Nebenangebotes das annehmbarste Angebot abgegeben habe. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Die Antragstellerin hat auch den Erfordernissen des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB i. V. m. § 121 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) entsprochen. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners wurde ihm gegenüber unverzüglich und damit rechtzeitig gerügt.

Der schriftsätzliche Vortrag der Antragstellerseite, diese habe bereits am 24.07.2006 telefonisch die beabsichtigte Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen gegenüber dem Antragsgegner gerügt, blieb unwidersprochen. Auch in der mündlichen Verhandlung konnte der Vertreter des Antragsgegners keine näheren Angaben zum gegnerischen Vortrag machen. Die erkennende Kammer geht daher hier davon aus, dass mit der Bitte um ein klärendes Gespräch gegenüber dem Auftraggeber auch eine hinreichend deutliche Kritik hinsichtlich einer vermeintlichen Unvereinbarkeit des erzielten Wertungsergebnissen mit den hier einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen verbunden wurde.

Ob die Rüge vom 24.07.2006 gegenüber dem Antragsgegner rechtzeitig erfolgte, bestimmt sich danach, wann die Antragstellerseite den Rückschluss der vermeintlichen Rechtswidrigkeit tatsächlich gezogen hat. Da für die erkennende Kammer keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, die darauf hindeuten, dass der Vortrag der Antragstellerin hinsichtlich der Uhrzeit des Zugangs des Informationsschreibens sowie des regelmäßigen Geschäftsschlusses nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, konnte am 21.07.2006 keine Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Informationsschreibens mehr stattfinden. Der Rückschluss der vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit konnte somit erst im Rahmen der bieterinternen Besprechung am 24.07.2006 gezogen werden. Die Verpflichtung zum Tätigwerden gegenüber dem Antragsgegner konnte somit erst ab diesem Zeitpunkt entstehen. Ausweislich der Rechtsprechung des OLG Naumburg sowie der Spruchpraxis der erkennenden Kammer trifft den Rü-

geverpflichteten im Regelfall die Obliegenheit, innerhalb von drei bis fünf Tagen gegenüber der Auftraggeberseite zu rügen. Diesem Erfordernis wurde hier demnach entsprochen. In diesem Zusammenhang sei der Hinweis erlaubt, dass selbst die schriftliche Rüge vom 27.07.2006 nach diesen Gesichtspunkten nicht als verspätet erachtet werden könnte.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist jedoch unbegründet.

Die Antragstellerin hat ihrem Nebenangebot nicht die in den Mindestbedingungen formulierten Angaben zur Prüfung der Gleichwertigkeit desselben beigefügt. Das Nebenangebot wurde somit zu Recht als nicht zuschlagsfähig eingeordnet. Ein Verstoß gegen eine die Antragstellerin schützende vergaberechtliche Bestimmung im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB ist nicht erkennbar.

Im Einzelnen ist festzustellen, dass ein Anspruch auf inhaltliche Bewertung eines Nebenangebotes grundsätzlich nur dann bestehen kann, wenn Nebenangebote zugelassen sind und diese die durch den Auftraggeber festgelegten Mindestbedingungen erfüllen, um somit erst den Boden für eine Prüfung der Gleichwertigkeit zu bereiten. Den Bietern obliegt insofern generell die Verpflichtung, die in ihren Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.

Im konkreten Fall erwuchs daraus laut der Baubeschreibung, Abschnitt 6 die weitere Obliegenheit zur zeichnerischen Dokumentation der Änderungen gegenüber dem Amtsentwurf. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe des Auftraggebers ist, eventuelle Defizite des Bieters durch eigene ergänzende Untersuchungen auszugleichen. Ebenso wenig darf sich der Auftraggeber auf die bloßen Beteuerungen des Bieters hinsichtlich der nach dessen Meinung gegebenen Gleichwertigkeit verlassen. Den Auftraggeber trifft vielmehr die Pflicht zur eigenständigen Prüfung der Gleichwertigkeit.

Im vorliegenden Fall bietet die Antragstellerin in ihrem Nebenangebot als Bodenersatz alternativ zum unbewehrten Beton der Leistungsposition 00.00.0006 mengengleich ein Mineralgemisch an. Weitere Spezifizierungen zum angebotenen Material, der Körnung und der erreichbaren Verdichtung macht sie selbst jedoch nicht. Sie nimmt lediglich Bezug auf das den Ausschreibungsunterlagen beiliegende Baugrundgutachten des Büros und stellt fest, dass man diese Bedingungen einhalte. Dieses Handeln entspricht jedoch nicht dem durch den Antragsgegner festgelegten Anforderungsprofil. Ausweislich der entsprechenden Leistungsposition im Leistungsverzeichnis bestimmte der Auftraggeber, dass der Bodenaustausch mittels unbewehrten Betons der Druckfestigkeitsklasse C 12/15 und der Expositionsklasse XO erfolgen soll. Die Antragstellerin hätte demnach in ihrem Nebenangebot detaillierte Ausführungen zur konkreten Stofflichkeit des Mineralgemisches und zu dem damit zu erreichenden Verdichtungsgrad machen müssen.

Soweit die Antragstellerin ihre fehlenden Ausführungen dazu durch die bloße Bezugnahme auf den Inhalt des Baugrundgutachtens ersetzt sieht, kann die erkennende Kammer dieser Sichtweise aus grundlegenden Erwägungen nicht folgen, da eine derartige Haltung die essenziellen Pflichten der Beteiligten an einem Vergabeverfahren verkennt. Dies betrifft sowohl die Verpflichtung des Anbietenden zur Darlegung aller Umstände, die eine Gleichwertigkeit mit dem jeweiligen Amtsentwurf deutlich machen könnten, als auch die Verpflichtung des Annehmenden zur Ausübung seines Ermessens im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung. Würde man die Verpflichtungen der Bieterseite durch die bloße Bezugnahme auf das Bodengrundgutachten als erfüllt ansehen, so hieße dies, den Darlegungen der Bieterseite ohne Überprüfung durch den Auftraggeber Glauben zu schenken. Dies käme einer Entmündigung des Auftraggebers gleich und wäre das Ende jeden geordneten Wettbewerbs.

Eine Zuschlagsfähigkeit des Nebenangebotes scheitert aus diesen Erwägungen auch angesichts des Fehlens der ausdrücklich abverlangten zeichnerischen Dokumentation der Abweichungen zum Amtsentwurf.

Trotz der fehlenden Entscheidungsrelevanz erlaubt sich die erkennende Kammer zur Klärstellung abschließend den Hinweis, dass für sie schon aus dem eindeutigen Wortlaut des den Ausschreibungsunterlagen beigefügten Gutachtens auf Seite 15 „Bodenaustausch in Magerbeton oder als Polster aus einem gut verdichtbaren, scherfesten Mineralstoffgemisch“ unzweifelhaft folgt, dass das Erfordernis seitlicher Polster nur die Variante der Verwendung von Mineralgemisch betrifft. Somit kann sich der nächste Satz mit der Formulierung „die Polster sind dabei mit einem seitlichen Überstand über die Konturen des Bauwerkes hinaus herzustellen, wobei der Überstand mindestens der Einbaudicke entsprechen soll“ ebenfalls nur auf das Mineralgemisch beziehen. Dies hat wiederum denknötwendig zur Folge, dass bei dieser Variante ein vermehrter Bodenaushub sowie eine Erhöhung des zum Ausgleich benötigten Füllmaterials anfallen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Verfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. In diesem Verfahren wird dem Antrag der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen, so dass sie die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Die Höhe der Gebühren (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund des Angebotes der Antragstellerin Euro.

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf **Euro**, § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,- Euro hat sie nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses unter Verwendung des Kassenzzeichens **3300**-..... den Betrag in Höhe von **Euro** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

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 Beschwerdebe-
gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer ange-
fochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Be-
weismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unter-
schrieben 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.

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Foerster