

## **Leitsätze Vergabekammer Hessen:**

**Spruchkörper:** 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

**Aktenzeichen:** 69 d – VK 21/ 2010

**Entscheidungsdatum:** 23.08.2010

**Sofortige Beschwerde zum OLG Frankfurt:** Nein !

**Gegenstand der Entscheidung:** Bauleistungen – Erweiterung und Sanierung einer Abwasserreinigungsanlage

**Art des Vergabeverfahrens:** Offenes Verfahren nach VOB/A (2006)

**Stichworte:** Eventual-/ Alternativpositionen, Leitfabrikate, produktneutrale Ausschreibung, Aufhebung der Ausschreibung

**Entscheidungserhebliche Normen:** GWB §§ 110 Abs.1, 114 Abs.1 S.2; VOB/A (2006) § 9 Nr.1 S.2, Nr.10.

### **Leitsätze:**

1. Eine Ausschreibung ist vergaberechtswidrig und aufzuheben, wenn in der Leistungsbeschreibung bei zahlreichen Positionen Leitfabrikate genannt sind, für deren Notwendigkeit keine Gründe angegeben wurden (wie OLG Düsseldorf, B.v. 23.03.2010 – Verg 61/ 09).
2. Entsprechendes gilt, wenn im Leistungsverzeichnis nahezu die Hälfte der Positionen als Eventual- bzw. Alternativpositionen benannt sind.
3. Haben die Bieter gravierende Vergaberechtsverstöße nicht erkannt und infolgedessen nicht gerügt, kann die Vergabekammer gleichwohl die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverstöße (hier: Aufhebung der Ausschreibung) treffen (wie OLG Naumburg, B. v. 27.05.2010 – 1 Verg 1/10).



## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

der \_\_\_\_\_, vertreten durch die Geschäftsführer \_\_\_\_\_,

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte:

RA

gegen

Magistrat der \_\_\_\_\_ - vertreten durch den

**- Antragsgegner und Vergabestelle -**

Weitere Beteiligte:

**- Beigeladene -**

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen

Bauleistungen für KaBüdBau 10 2. Bauabschnitt- Erweiterung und Sanierung der Abwasserreinigungsanlage- Ingenieurbauwerke: Neubau, Erweiterung und Modernisierung  
(Offenes Verfahren nach VOB/A/2)

hat die 1. Vergabekammer des Landes bei dem  
durch den , die hauptamtliche Beisitzerin  
und den ehrenamtlichen Beisitzer die mündliche Verhandlung vom  
10. August 2010 am 23. August 2010 beschlossen:

- I. Die Ausschreibung „ BAU10 2BA“- Erweiterung und Sanierung der Abwasserreinigungsanlage- Ingenieurbauwerke: Neubau, Erweiterung und Modernisierung (Offenes Verfahren nach VOB/A/2) wird aufgehoben.
- II. Die Kosten für das Verfahren vor der Vergabekammer werden auf 3.800 Euro festgesetzt, die von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu gleichen Teilen gesamtschuldnerisch zu tragen sind.
- III. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin sind von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen je zur Hälfte zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb die Bauleistungen für den 2. Bauabschnitt- Erweiterung und Sanierung der Abwasserreinigungsanlage : Neubau, Erweiterung und Modernisierung- im Offenen Verfahren nach VOB/A/2 europaweit aus, das bereits Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens vor der 1. Vergabekammer des Landes Hessen mit dem Az.: 69d VK 05/2010 war. Im Zusammenhang mit der Einstellung dieses Nachprüfungsverfahrens hatte sich die Antragsgegnerin verpflichtet, die eingegangenen Angebote im Rahmen des § 25 a VOB/A (2. Abschnitt) vollumfänglich in allen vier Wertungsschritten neu zu werten und die Wertung gemäß § 30 a VOB/A (2. Abschnitt) in allen Facetten zu dokumentieren.

Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens ist die von der Antragsgegnerin vorgenommene Neubewertung der Angebote.

Am 05.01.2010 hatte die Antragsgegnerin im Supplement zum Amtsblatt der EU eine Bekanntmachung für ein offenes Verfahren zur Vergabe dieser Bauleistungen veröffentlicht.

Nach Ziffer Nr. 1.9. der Bekanntmachung war die Abgabe von "Varianten: Alternativangeboten" zugelassen worden. Die für die Abgabe der Nebenangebote geltenden formalen Anforderungen hatte die Antragsgegnerin unter Ziffer 5. (Ziffer 5.1 - 5.5) ihrer Bewerbungsbedingungen definiert und hierzu das Formblatt 212 EG des VHB 2008 verwendet.

Die von den Nebenangeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen hatte die Antragsgegnerin im Formblatt 226 EG definiert und vorgegeben, dass Nebenangebote *"den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen müssen. Eine Minderung der im LV ausgeschriebenen Qualität sei nicht zulässig.*

Pauschalierungen seien nicht zugelassen".

Ferner enthielt das zur Angebotsabgabe überreichte Leistungsverzeichnis mehrere Alternativpositionen. Es handelt sich um die Positionen 2.4.1.3, 2.4.1.5, 2.4.2.11, 2.4.2.18, 2.5.1.3, 2.5.2.8, 2.5.2.14,

3.4.2.7, 3.4.2.14, 3.5.1.3, 3.5.2.10, 3.5.2.17, 3.5.2.26, 4.5.8, 5.3.17,

5.3.19, 5.3.21 und 5.3.23. Diese Positionen waren jeweils mit der Formulierung "Alternativposition" überschrieben. Die dazugehörige Grundposition war jeweils im Leistungsverzeichnis vorangestellt und mit der Formulierung "Grundposition" überschrieben.

Alle Alternativpositionen enthielten eine von den Bietern auszufüllende Fabrikatsabfrage (Hersteller und Typ). Zu dem jeweils anzubietenden Fabrikat enthielten die Positionstexte der Alternativpositionen zusätzlich noch jeweils folgende identisch formulierte Vorgabe:

„( ... )

*zur Bewertung der alternativ angebotenen Komponenten sind bei Angebotsabgabe dem Angebot ebenfalls separat beizufügen:*

*Angabe von mindestens 5 Stück vergleichbare Referenzanlagen einschließlich Ansprechpartner (Kontaktdaten)*

*Technische Beschreibung*

*Funktionsbeschreibung*

*Einzelkosten aller angebotenen Komponenten*

*Aufzählung aller Mess-, Steuer- und Regelgeräte*

*Zeichnungen der Komponenten mit Details*

*Einbauzeichnungen aller Komponenten*

*Elektrische Schalt- und Steuerpläne, Stromlaufpläne*

*Bauwerksabmessungen bei Änderungen des Bauwerkes gegenüber der Ausführungsplanung einschließlich geprüfter Statik“*

Die Antragstellerin hat ein Hauptangebot und 15 unterschiedliche technische Nebenangebote (Nebenangebot 1 - Nebenangebot 15) abgegeben.

Sie hat bei allen Alternativpositionen jeweils die geforderten Fabrikatsangaben (Hersteller und Typ) getätigt und ihrem Angebot die zusätzlich geforderten Angaben/Erklärungen in Anlage beigefügt.

Bei den Alternativpositionen 2.4.2.18, 2.5.2.14, 3.4.2.14, 3.5.2.17 und 3.5.2.26 hat sie jeweils das identische Fabrikat (Hersteller: Z Typ: MD) angeboten und ihrem Angebot die zusätzlich geforderten Angaben zu dem Fabrikat Zemdrain MD in Anlage einmal beigefügt.

Diese Anlage enthielt keine unterschiedlichen Nachweise für diese verschiedenen Alternativpositionen, sondern galt einheitlich für alle Alternativpositionen, bei denen sie das Fabrikat Z MD angeboten hat. Die Antragstellerin hat daher auf der Anlage vermerkt, dass diese für die Alternativpositionen 2.4.2.18, 2.5.2.14, 3.4.2.14 und 3.5.2.17 gelten sollte. Die Alternativposition 3.5.2.26 wurde dabei auf der Anlage nicht nochmals ausdrücklich benannt. Da die Antragstellerin jedoch auch bei dieser Alternativpositionen das identische Fabrikat Z MD angeboten hat, sollten die in Anlage überreichten Nachweise auch für diese Position gelten.

Ausweislich der rechnerischen Prüfung der Angebote hatte der für die Zuschlagserteilung vorgesehene Bieter, die Beigeladene, das günstigste Hauptangebot in Höhe von 1.579.017,21 € brutto abgegeben. Das Hauptangebot der Antragstellerin beläuft sich auf 1.796.931,64 € brutto.

Im Rahmen des ersten Vergabenachprüfungsverfahrens hatte sich die Antragstellerin unter anderem gegen die Wertung ihrer Nebenangebote und die Wertung der Hauptangebote der übrigen Bieter gewendet. Im Rahmen der seinerzeitigen mündlichen Verhandlung hatte sich die Antragsgegnerin verpflichtet, die eingegangenen Angebote im Rahmen des § 25 a VOB/A (2. Abschnitt) vollumfänglich in allen vier Wertungsschritten neu zu werten und diese Wertung gemäß § 30 VOB/A (2. Abschnitt) in allen Facetten zu dokumentieren. Auf Grund dieser Verpflichtung der Antragsgegnerin hatte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen.

Die Antragsgegnerin hat diese Neuwertung vorgenommen und sich die von ihrem beauftragten Planungsbüro im „Vergabevermerk über die Wertung der Angebote (entsprechend § 25 VOB/A)“ vorgenommene Wertung vom 23. Juni 2010 zu Eigen gemacht.

Die Antragstellerin wurde von ihr per Telefax vom 29.06.2010 gemäß § 101 a GWB darüber informiert, dass unverändert vorgesehen ist, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Zum einen wurde dies damit begründet, dass *„die Nebenangebote aus den bekannten Gründen nicht gewertet werden konnten“*.

Zum anderen wurde die vorgesehene Zuschlagserteilung damit begründet, dass ein niedrigeres Hauptangebot vorliegt. Als Erläuterung hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass *„die Alternativpositionen insgesamt auf Grund der fehlenden Wirtschaftlichkeit unberücksichtigt geblieben sind. Beim Angebot der Antragstellerin zu der Position 3.5.2.25 würden die Nachweise fehlen.“*

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 01.07.2010, dass der Antragsgegnerin vorab per Telefax zugestellt wurde, die vorgesehene Zuschlagserteilung und Wertung der Haupt- und Nebenangebote als vergaberechtswidrig gerügt.

Nach ihrer Ansicht sei nunmehr kein einziges Nebenangebot der Antragstellerin gewertet und bezüglich der Hauptangebote auf der ersten Wertungsstufe im Rahmen der formalen Prüfung die Alternativpositionen und die bei diesen gestellten Anforderungen an die Hauptangebote außen vorgelassen worden.

Ferner sei der Verzicht auf die Einbeziehung der Alternativpositionen in die formale Prüfung auch dann vergaberechtswidrig, wenn die Alternativpositionen auf der 3. bzw. 4. Wertungsstufe nicht in die preisliche Bewertung einfließen würden. Ebenso wurde die pauschale Nichtberücksichtigung aller Nebenangebote ohne die weitergehende Angabe von Gründen als vergaberechtswidrig beanstandet.

Mit E-Mail vom 05.07.2010 hat die Antragsgegnerin der Rüge nicht abgeholfen und dies damit begründet, dass die bei den Alternativpositionen geforderten Nachweise kein Bieter vollständig vorgelegt habe, dass aber trotz dieser Unvollständigkeit die Angebote in der Wertung verblieben seien, bis die Antragsgegnerin eine Entscheidung über die Relevanz der Alternativpositionen getroffen habe.

Auf der 4. Wertungsstufe habe sich die Antragsgegnerin dann entschieden, die Alternativpositionen nicht zu berücksichtigen und daher kein Angebot auszuschließen.

Da sie sich im 1. Vergabenachprüfungsverfahren verpflichtet habe, die Wertung vollständig neu zu wiederholen, sei es auch rechtmäßig gewesen, eine neue Entscheidung über die Wertung der Alternativpositionen zu treffen.

Die nicht erfolgte Wertung der Nebenangebote der Antragstellerin ergebe sich aus den Darlegungen des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 13.04.2010 aus dem 1. Nachprüfungsverfahren.

Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 08. Juli 2010 erneut einen Nachprüfungsantrag gem. § 107 GWB gestellt.

Sie sieht sich durch die unvollständige und deshalb rechtswidrige Prüfung der Hauptangebote und den Verzicht auf die Alternativpositionen in ihren subjektiven Bieterrechten verletzt.

Die formale Prüfung auf der 1. Wertungsstufe schließe auch die erst auf einer späteren Wertungsstufe preislich nicht mehr berücksichtigten Alternativpositionen ein. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Grundpositionen und nicht die Alternativpositionen preislich zu werten sei erst auf der 3. Wertungsstufe und damit in Ansehung der Ergebnisse der 1. Wertungsstufe zu treffen gewesen.

Die erst auf der 3. bzw. 4. Wertungsstufe getroffene Entscheidung, die Grund- und nicht die Alternativpositionen preislich zu bewerten, könne daher nicht die bereits auf der 1. Wertungsstufe vorzunehmende Prüfung der Vollständigkeit der Angebote rückwirkend und inhaltlich beeinflussen. Die Antragsgegnerin habe mit ihrem Vorgehen eine vergaberechtswidrige inhaltliche Vermischung der Wertungsstufen vorgenommen, in dem sie den Umfang der formalen Prüfung auf der 1. Wertungsstufe von dem Ergebnis ihrer preislichen bzw. wirtschaftlichen Prüfung auf der 3. und 4. Wertungsstufe abhängig macht habe.

Ausweislich des im 1. Vergabenachprüfungsverfahrens vorgelegten Vergabevermerkes habe sich die Antragsgegnerin für eine Wertung der Alternativpositionen entschieden. An dieser Entscheidung müsse sie sich nunmehr auch bei einer Neubewertung der Angebote festhalten lassen.

Das Angebot der Antragstellerin sei zudem vollständig und wertungsfähig. Auch für die betreffende Alternativposition 3.5.2.26 seien die geforderten Nachweise vorgelegt worden.

Die Wertung der Nebenangebote sei vergaberechtswidrig erfolgt. Soweit die Antragsgegnerin im Rahmen der Nichtabhilfe der Rüge ausführe, dass mit Ausnahme des Nebenangebotes 15 die übrigen Nebenangebote hätten ausgeschlossen werden müssen und hierzu auf den Schriftsatz vom 13.04.2010 verwiesen wird, sei dies widersprüchlich.

Dem Schriftsatz vom 13.04.2010 könne gerade nicht entnommen werden, warum nunmehr die Nebenangebote 6, 13 und 15 entgegen der dortigen Ausführungen nicht mehr wertungsfähig sein sollen. Gründe hierfür habe die Antragsgegnerin auch im Rahmen der Nichtabhilfe der Rüge im vorliegenden Verfahren nicht genannt.

Die Antragstellerin beantragt daher zuletzt:

1. Der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen  
hilfsweise: geeignete Maßnahmen zu treffen( Aufhebung), um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Antragstellerin der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. die Abweisung des Nachprüfungsantrags
2. hilfsweise die Aufhebung der Ausschreibung.

Sie ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag keinen Erfolg haben könne, weil die von ihr vorgenommene Neubewertung der Angebote korrekt erfolgt sei.

Zwar hätten alle Bieter bei den Alternativpositionen die zwingend erforderlichen Angaben im Angebot eingetragen, keiner habe aber für sämtliche Alternativpositionen sämtliche weiteren Unterlagen beigefügt.

Sie habe daraufhin entschieden, nicht an dieser Stelle bereits alle Bieter auszuschließen, sondern sie weiterhin im Verfahren zu belassen und gleich zu behandeln. Aus wirtschaftlichen Erwägungen gegenüber den Bietern sei die Frage des Ausschlusses "übersprungen" beziehungsweise zurückgestellt worden, damit sich in einem späteren Prüfungsschritt



hätte zeigen können, ob die gemachten Angaben für eine Auftragsvergabe überhaupt erforderlich seien. Es habe sich dann gezeigt, dass diese Angaben nicht erforderlich gewesen seien, weil die die Alternativpositionen überhaupt nicht wertungsrelevant geworden seien und nicht auf sie hätte zurückgegriffen werden müssen.

Die Ansicht der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin bei der neuen Wertung der Angebote an Entscheidungen aus dem ersten Verfahren gebunden sei, sei unzutreffend. Es sei ausdrücklich vor der Vergabekammer erklärt worden, dass das Verfahren in den Zustand nach der Eröffnung der Angebote zurückversetzt und sämtliche Wertungsschritte neu vorgenommen werden sollten.

Sich für die Antragstellerin vorteilhafte Einzelentscheidungen im neuen Verfahren sichern zu wollen, sei mit dem Charakter einer vollständig neu vorzunehmenden Bewertung nicht vereinbar.

Hinsichtlich der Wertung der Nebenangebote habe sich bei einer genaueren Prüfung im neuen Wertungsverfahren gezeigt, dass nur ein einziges der Nebenangebote nicht habe wegen zu hoher technischer Risiken oder ungenügender Angaben habe ausgeschieden werden müssen. Dies werde aus dem Vergabevermerk auch ersichtlich.

Die mit Beschluss vom 14. Juli 2010 Beigeladene beantragt:

Die Abweisung des Hauptantrags der Antragstellerin.

Sie vertritt insbesondere die Auffassung, dass es keine Übernahme von Entscheidungen aus dem vorangegangenen Wertungsverfahren geben könne, sondern die Vergabekammer gerade keine inhaltlichen Vorgaben für eine Neubewertung gemacht habe und es von daher eine vollständig wiederholte Wertung ohne irgendwelche Beschränkungen geben müsse.

In der mündlichen Verhandlung, in deren Verlauf auch die neueste obergerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Leitfabrikaten diskutiert wurde, erhielten die Parteien Gelegenheit, sich zu der Sach- und Rechtslage zu äußern.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet, die Antragstellerin ist im Sinne der §§ 97 Abs.7, 114 Abs.1. in ihren Rechten verletzt

1. Weder gegen die örtliche noch gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen Bedenken, insbesondere belaufen sich alle funktionalen notwendigen Bauleistungen für die gesamte bauliche Anlage auf einen Auftragswert, der deutlich über dem Schwellenwert von 4.845.000 Euro netto liegt.

Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen,

dass sie durch die Verletzung von bieterschützenden Vorschriften des Vergaberechts in eigenen Rechten verletzt ist. Die Möglichkeit infolge fehlerhafter Wertung ihres Angebotes nicht zum Zuge zu kommen, führt dazu, dass ihr ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

Die Antragstellerin hat die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Allerdings wurde bezüglich des vorliegend zum Tragen kommenden Vergabeverstößes keine Rüge erhoben, was aber - wie noch auszuführen sein wird - unschädlich gewesen ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache auch begründet; die streitgegenständliche Ausschreibung war vergaberechtswidrig und ist daher aufzuheben.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Leistungsbeschreibung an zahlreichen Positionen, beispielhaft seien hier nur die Positionen 3.5.2.16, 3.5.2.25. oder auch 5.3.22 genannt, Leitfabrikate genannt, für deren Notwendigkeit keine Gründe vorgetragen wurden.

Nach § 9 Nr.10 S.1 VOB/A a.F. war u.a. die Nennung von Marken eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion zur Beschreibung technischer Spezifikationen nicht gestattet, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen wurden, es sei denn, es war durch den Auftragsgegenstand

gerechtfertigt. Nach Satz 2 durften Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse etwa Markennamen dann verwendet werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnung nicht möglich war, dann war der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ hinzuzufügen. Durch diese Vermeidung einer zu engen Detaillierung der Leistungsbeschreibung auf bestimmte Erzeugnisse oder Hersteller sollte eine zu große Einengung des Bieters in seiner Dispositionsfreiheit hinsichtlich dessen, was er anbieten wollte vermieden werden, denn dies bedeutet eine Verletzung des Kernbereichs des Vergaberechts, des Wettbewerbsgrundsatz' (vgl. Kapellmann in Kapellmann/ Messerschmitt, Kommentar zur VOB/A (2006), §9 Rdnr. 54 m.w.N.).

Die Antragsgegnerin hat in der Leistungsbeschreibung neben der Nennung von Leitfabrikaten z.B. Z oder L eine äußerst detaillierte Beschreibung dessen geliefert, was sie angeboten bekommen wollte. Dies lässt den Schluss zu, dass es gerade keine Schwierigkeiten bereitet hat, den Auftragsgegenstand hinreichend genau und allgemein verständlich zu beschreiben. Unter diesen Voraussetzungen war deshalb kein Raum für die unzulässige Bevorzugung von Leitfabrikaten. Aus dem Vergabevermerk lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, weshalb es die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt hätte, vom Gebot der Produktneutralität abzuweichen und der Nennung von Leitfabrikaten bedurft.

Dies führt letztendlich dazu, dass das Vergabeverfahren wegen der Verletzung des Grundsatzes produktneutraler Ausschreibung und unzulässiger Bevorzugung der Leitprodukte zu wiederholen ist (so zuletzt OLG Düsseldorf, Beschl. vom 23.03. 2010, Verg 61/09 m.w.N.). Die Rechtsverletzung kann nur durch die Aufhebung der Ausschreibung beseitigt werden.

Allerdings wurde die unzulässige Nennung von Leitfabrikaten von keiner Seite gerügt. Gleichwohl liegt hierin keine Verletzung der Rügeobliegenheit, da keiner Seite der Rechtsverstoß gegen das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung bewusst geworden ist, da davon ausgegangen wurde, dass der Verweis auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft durch die geforderten Alternativpositionen gewissermaßen „geheilt“ worden ist. Diese Einschätzung, die sich letztlich als fehlerhaft erwiesen hat,

wurde auch durch das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung zur Überzeugung der Kammer deutlich.

Angesichts dessen bedeutet die Entscheidung, das Vergabeverfahren aufzuheben, auch keinen Verstoß der Vergabekammer gegen den Untersuchungsgrundsatz. Bei Rügen, die der Antragsteller zwar nicht vorgebracht hat, aber auch nicht i.S.v. § 107 Abs.3 GWB rügen konnte, ist es der Vergabekammer unbenommen, von sich aus auf Grund des § 110 Abs.1 GWB Feststellungen zu treffen (vgl. OLG Naumburg , Beschl. v. 27. 05.2010, 1 Verg 1/10 m.w.N.). Zumal der seitens der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung hilfsweise gestellte Antrag, die Vergabekammer möge „geeignete Maßnahmen treffen (Aufhebung), um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen“ ohne weiteres gem. § 114 Abs.1 S.2 GWB so interpretiert werden kann, dass er alle Vergabeverstöße umfassen soll, die der von der Antragsgegnerin beabsichtigten Entscheidung entgegenstehen ( vgl. OLG Naumburg a.a.O.). Die Aufhebung des Vergabeverfahrens infolge unzulässiger Nennung von Leitfabrikaten ist davon in jedem Fall mit umfasst.

Da diese Konstellation bereits nach oben gesagtem in jedem Fall zu einer Aufhebung des Verfahrens führen muss, soll ein weiterer Aspekt, der letztendlich zur gleichen Konsequenz führen würde, nur noch exemplarisch Erwähnung finden.

Die Durchsicht des Leistungsverzeichnisses zeigt, dass es sich bei nahezu der Hälfte der Positionen um Eventualpositionen bzw. Alternativpositionen handelt und die Hauptpositionen in der Minderheit sind. Dem in den Akten befindlichen Vergabevermerk lassen sich hierzu keine stichhaltigen Gründe entnehmen. Gem. § 9 Nr.1 Satz 2 VOB/A (2006) sind Eventualpositionen aber nur ausnahmsweise in eine Leistungsbeschreibung aufzunehmen und dies auch nur bei Vorliegen objektiver Gründe dafür.

Nach dem Vergabehandbuch des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen 2002 Fassung Februar 2006 Erläuterung 4.2 zu §9 VOB/A ist vorgesehen, dass in der Regel maximal 10% des geschätzten Auftragswertes über Eventualpositionen ausgeschrieben werden dürfen. Allerdings wird diese Grenze von zahlreichen Vergabekammern als zu hoch beurteilt und bereits bei 5% eine kritische

Grenze gezogen(vgl. Kapellmann in Kapellmann/ Messerschmitt, Kommentar zur VOB/A (2006), §9 Rdnr.14 ff. m.w.N.), Die vorliegende Menge an Eventual- und Alternativpositionen überschreitet diese Grenzen bei Weitem und liefert einen weiteren Anhaltspunkt für die gebotene Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Das Vergabeverfahren war daher nach alledem aufzuheben.

### III.

1. Gemäß § 128 Abs.1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben. Kostenpflichtig sind nach § 128 Abs. 3 Satz.1 und 2 GWB die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte als Gesamtschuldner. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens.  
Aus der Höhe des Angebotes der Antragstellerin ergibt sich bei Zugrundelegung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von 3.800,00 Euro.
2. Antragsgegnerin und Beigeladene haben die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.