

**Leitsätze zu 32/2009:**

1. Das Vergaberecht kennt keine Unterscheidung zwischen Nebenangeboten und Alternativvorschlägen und Varianten, diese Begriffe werden vielmehr in der Rechtsprechung der Vergabekammern und -senate nahezu gleichwertig verwandt (vgl. z.B. VK Hessen 69 d 84/2004 - Beschl. vom 20.01.2005; VK Nordbayern 320.VK-3194-08/04 - Beschl. vom 06.04.2004; VK Sachsen 1/SVK/028-09 - Beschl. vom 07.07.2009). Mit der Formulierung „Varianten / Alternativen sind unzulässig“ sind Nebenangebote ausgeschlossen. (ebenso KG Berlin, Beschluss vom 13.03. 2008; 2 Verg 18/07) Dies entspricht auch der in der Sektorenrichtlinie gebrauchten Formulierung, nach welcher jede Abweichung von den Vorgaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen als „Änderungsvorschlag“ oder „Nebenangebot“ subsumiert werden muss, also ebenfalls nicht zwischen diesen Begriffen unterschieden wird.
2. Die Vorschrift des § 25 Nr. 1 Abs. 1 g) ist gegenüber anderen Bietern bieterschützend, denn der Verstoß hiergegen berührt deren subjektive Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften. Der Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergaberecht führt jedoch nicht dazu, dass der Auftraggeber zur Zuschlagserteilung auf ein bestimmtes Angebot zu verpflichten ist. Eine solche Entscheidung würde ihrerseits Rechte anderer Bieter beeinträchtigen, die möglicherweise aufgrund des Fehlens des Ausschlusses isolierter Nebenangebote in einer den Vorgaben des § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A entsprechenden Angebotsaufforderung von deren Zulässigkeit ausgingen.
3. Der Ausschluss „isolierter“ Nebenangebote kann Rechte anderer Bieter nach § 97 Abs. 7 GWB beeinträchtigen, wenn insoweit eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung fehlt, (§ 8 Nr. 1 VOL/A), auf welche die Bieter einen Anspruch haben. Falls der Auftraggeber nicht Haupt- und Nebenangebot einholen sondern drei „Preisvarianten“ abfragen wollte, muss aus den Unterlagen zumindest hervorgehen, ob diese Varianten gleichwertig nebeneinander stehen oder eine von diesen favorisiert werden sollte. Im zuletzt genannten Fall musste auch die bevorzugte Variante genannt werden (vgl. OLG Düsseldorf- Verg 25/2; Beschl. vom 02.08.2002).
4. Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er nach § 128 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu

tragen. Aus der Verweisung in § 128 Abs. 4 Satz 4 auf § 80 Abs. 1 des Hess. Verwaltungsverfahrensgesetzes ergibt sich, dass entsprechend dem Obsiegen im Nachprüfungsverfahren auch dem Antragsteller anteilmäßig die Kosten zu erstatten sind. Im Falle des Obsiegens zu Hälfte sind die notwendigen Kosten gegeneinander aufzuheben mit der Folge, dass jede Partei die ihr zur Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Kosten selbst zu tragen hat.

## **Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Erdgaslieferung an 2 Abnahmestellen der xxx GmbH in xxx

(Offenes Verfahren nach VOL/A/2, Amtsblatt der EG 2009/S xxx)

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende RD'in Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR'in Jensen-Löbl und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Theil am 30. September 2009 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2009 beschlossen:

- I. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren, soweit an der Auftragsvergabe festgehalten wird, in den Stand vor Versendung der Angebotsaufforderung und der Verdingungsunterlagen zurückzusetzen, das Leistungsverzeichnis unter Beachtung der in den nachfolgenden Gründen niedergelegten Auffassung der Kammer neu zu formulieren und unter neuer Wertung der daraufhin eingegangenen Angebote fortzuführen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin haben die Gebühren des Verfahrens vor der Vergabekammer jeweils zur Hälfte zu tragen. Die Gebühr beträgt 3.434,40 EUR, somit entfällt auf jede Partei eine Gebühr i. H. v. 1.717,20 EUR.
- III. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin und der Antragsgegnerin notwendigen Aufwendungen werden gegeneinander auf-

gehoben. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Antragstellerin war erforderlich.

## Gründe:

### I.

Mit Bekanntmachung vom 24.04.2009 hat die Antragsgegnerin den Auftrag „Erdgaslieferung an 2 Abnahmestellen der XXX GmbH in Xxx“ (Offenes Verfahren nach VOL/A) für eine Laufzeit von zwei Jahren europaweit ausgeschrieben. Der geschätzte Gesamtauftragswert beträgt 3.200.000 EUR bis 4.200.000 EUR.

In Ziffer VI. 3) der Vergabebekanntmachung heißt es: „Nebenangebote sind nur bei Abgabe eines gültigen Hauptangebotes zulässig“. Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem *niedrigsten Preis* erteilt werden.

Auf der Grundlage der Vergabebekanntmachung wandte sich die Antragstellerin per E-Mail vom 30. April 2009 an die Xxx - Ingenieurgesellschaft für Wärme- und Energietechnik mbH, die im Auftrag der das Vergabeverfahren durchführt, mit der Bitte um Zusendung der Verdingungsunterlagen. Diese wurden ihr am 6. Mai - ebenfalls per E-Mail - durch die Fa. Xxx (Ingenieurgesellschaft) übersandt. In dem Begleitschreiben wurde der Termin genannt, bis zu welchem die Angebote bei der Antragsgegnerin abzugeben waren und darauf hingewiesen, dass die „Bedingungen zur Aufforderung zur Angebotsabgabe (Vergabebekanntmachung“) gelten sollten. Die Verdingungsunterlagen wurden insgesamt an sieben Bieter versandt.

Diese Verdingungsunterlagen enthielten auf Seite 5 der Leistungsbeschreibung sowohl eine Definition des Hauptangebotes als auch der Anforderungen an die Nebenangebote. Im Einzelnen hieß es:

***„Lieferprodukt und Preisregelung:***

*Hauptangebot:*

*Vollversorgung*

*HEL-xxxschiene, 6/1/3-Regelung für beide GWJ.*

*Nebenangebot 1:*

*Vollversorgung GO-xxx, 6/1/3 und FO-xxx 3/1/3.*

*Die prozentualen Anteile sind frei wählbar.*

*Nebenangebot 2:*

*Vollversorgung zum Festpreis".*

Die Antragstellerin hat am 17.06.2009 ein schriftliches Angebot eingereicht. Es enthält ein Hauptangebot und darüber das Nebenangebot 2 für jede Abnahmestelle. Insgesamt gingen von vier Bietern Angebote ein, darunter von zweien Haupt- und Nebenangebote, von den beiden anderen, auch von der Beigeladenen, lediglich Nebenangebote.

Mit Schreiben vom 14.07.2009 teilte die Xxx (Ingenieurgesellschaft) im Auftrag der Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass diese beabsichtige, den Zuschlag nicht auf ihr Angebot erteilen. Beabsichtigt sei die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen, da diese den niedrigsten Angebotspreis geboten habe.

Die Antragstellerin äußerte mit Schreiben vom 17.07.2009 Zweifel an der korrekten Angebotswertung und rügte ausdrücklich die geplante Zuschlagserteilung auf das Nebenangebot der Beigeladenen. Sie führte aus, ihr sei bekannt geworden, dass der Zuschlag auf ein Nebenangebot erteilt werden solle, obwohl die Beigeladene kein Hauptangebot abgegeben habe.

Mit Schreiben vom 20.07.2009 und E-Mail vom 21.07.2009 lehnte die Antragsgegnerin eine Korrektur ihrer Entscheidung ab. Sie begründete dies damit, dass der Ausschluss von Nebenangeboten ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes gem. § 17 Abs. 5 VOL/A durch den Auftraggeber im Bieteranschreiben anzugeben sei. Da sich im Bieteranschreiben ein solcher Hinweis nicht finde, könne ein Nebenangebot auch ohne Abgabe eines Hauptangebotes gewertet werden, die Vergabebekanntmachung sei insoweit unbeachtlich. Aufgrund der Aufforderung in der Leistungsbeschreibung zur Abgabe solcher Nebenangebote hätten Nebenangebote wie Hauptangebote gewertet werden können. Zu dem Vorbringen dass die Beigeladene kein Hauptangebot abgegeben habe, äußerte sich die Antragsgegnerin in diesem Schreiben nicht.

Die Antragstellerin legte daraufhin per E-Mail vom 20. Juli 2009 noch einmal der Antragsgegnerin gegenüber ihre Rechtsauffassung dar, dass deren Begründung nicht plausibel und mit dem Vergaberecht unvereinbar sei. Da hierauf keine

Antwort erfolgte, stellte sie mit Schreiben vom 23. Juli 2009 den vorliegenden Nachprüfungsantrag.

Zur Begründung trägt sie vor, die durch die Antragsgegnerin vorgenommene Angebotswertung verletze den Anspruch der Antragstellerin aus § 97 Abs. 7 GWB auf Einhaltung der Vorschriften des Vergaberechts. Die Wertung eines Nebenangebots der Beigeladene sei mit dem Transparenzgrundsatz und den Vorgaben eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens unvereinbar. Das Nebenangebot der Beigeladene hätte von der Wertung gemäß § 25 Nr. 1 lit. g) VOL/A ausgeschlossen werden müssen, da diese kein Hauptangebot abgegeben habe.

Nach der Vergabebekanntmachung sei die Abgabe von Nebenangeboten ausdrücklich nur dann zugelassen gewesen, wenn gleichzeitig ein Hauptangebot abgegeben werde. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin sei die Abgabe eines Nebenangebots ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots auch nicht deshalb zulässig, weil zwar in der Vergabebekanntmachung, nicht aber noch einmal ausdrücklich in der Begleit-E-Mail zur Übersendung der Verdingungsunterlagen ein entsprechender Hinweis erfolgt sei. Die fehlende Wiederholung der Kopplung von Haupt- und Nebenangebot könne nicht dazu führen, dass die bereits in der Vergabebekanntmachung aufgestellte Angebotsbedingung ihre Wirkung verlöre. Aus diesem Grund sei in der Vergaberechtspraxis auch anerkannt, dass die Angaben zur Zulässigkeit von Nebenangeboten entweder in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erfolgen müsse, also insoweit im Nachhinein nicht nur auf die Verdingungsunterlagen unter Verdrängung der Angaben in der Vergabebekanntmachung verwiesen werden könne.

Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn die Vergabebekanntmachung und das Bieteranschreiben widersprüchliche Angaben enthielten. Das Gegenteil sei jedoch der Fall. Der ausdrückliche Hinweis in der Begleit-E-Mail zu den Verdingungsunterlagen *"Es gelten die Bedingungen der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Vergabebekanntmachung)"* habe durch die Bieter nur dahingehend verstanden werden können, dass die in der Vergabebekanntmachung aufgelisteten Bedingungen uneingeschränkt gelten sollten. Dies habe sich zweifellos auch auf die Anforderung, dass Nebenangebote nur bei gleichzeitiger Abgabe eines Hauptangebots zulässig sein sollten, bezogen. Aus diesen Gründen sei davon auszugehen, dass die in der Vergabebekanntmachung aufgestellte Bedingung der Kopplung eines Nebenangebots an die Abgabe eines Hauptangebots bei der

Angebotswertung hätte berücksichtigt werden müssen. Es liege die Vermutung nahe, dass die Antragsgegnerin erst in Kenntnis der Angebote von diesem von ihr selbst aufgestellten Kriterium, Nebenangebote nur bei gleichzeitiger Abgabe eines Hauptangebotes werten zu wollen, abgerückt sei.

Ein solches Vorgehen sei diskriminierend und vergaberechtlich nicht zulässig. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin nach Öffnung der Angebote - um den Zuschlag auf das Nebenangebot der Beigeladenen erteilen zu können - ihre Bewertungsgrundlage geändert habe und sich nunmehr auf den Standpunkt stelle, Nebenangebote könnten auch ohne Vorliegen eines wirksamen Hauptangebotes gewertet werden.

Eine Änderung der Bewertungsmaßstäbe erst nach Kenntnis der Angebote stelle jedoch einen schwerwiegenden Vergaberechtsverstoß dar, da in einem solchen Fall nicht überprüfbar sei, ob ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB vorliege, indem nämlich die Bewertung in Kenntnis der eingegangenen Bewerbungen erstellt und auf Grundlage dieser Kenntnis zugunsten oder zulasten einzelner Bewerber und Bieter gestaltet worden wäre.

Da die Beigeladene kein Hauptangebot abgegeben habe, habe ihr Nebenangebot aufgrund der ausdrücklichen Vorgaben in der Vergabebekanntmachung nicht gewertet werden dürfen, sondern hätte gemäß § 25 Nr. 1 lit. g) VOL/ A ausgeschlossen werden müssen. Der Erklärungsversuch der Antragsgegnerin, es handle sich bei den Bezeichnungen als „Nebenangebote“ 1 und 2 in Wahrheit um Hauptangebote, die nicht der Bedingung in Ziffer VI. 3 der Vergabebekanntmachung unterliegen sollten, könne nicht akzeptiert werden. Aus den Verdingungsunterlagen ergebe sich vielmehr ausdrücklich, dass zur Abgabe eines Hauptangebots aufgefordert worden und die Abgabe von Nebenangeboten freigestellt gewesen sei. So jedenfalls habe es die Antragstellerin verstanden und deshalb ein Hauptangebot und darüber hinaus ein Nebenangebot abgegeben, das den inhaltlichen Anforderungen des Nebenangebots 2 entsprochen habe.

Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren "Erdgaslieferung an zwei Abnahmestellen der XXX GmbH in Xxx", veröffent-

licht im Amtsblatt der EG 2009/S xxx, auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen;

hilfsweise,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren "Erdgaslieferung an zwei Abnahmestellen der XXX GmbH in Xxx", veröffentlicht im Amtsblatt der EG 2009/S xxx, in den Stand vor der Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;

weiterhin hilfsweise,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsbeeinträchtigung zu beseitigen;

2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt zuletzt,

1. den Nachprüfungsantrag und alle weiteren Anträge kostenpflichtig zurückzuweisen und
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Antraggegnerin notwendig war.

Sie hält ihre Entscheidung, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladene zu erteilen, für richtig, dies verletze die Antragstellerin nicht in ihren Rechten. Nicht diese habe das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, sondern die Beigeladene.

Das Angebot der Beigeladenen sei auch nicht von der Wertung auszuschließen gewesen. Es habe sich nicht um ein - auszuschließendes - unaufgefordertes Nebenangebot sondern um ein in den Vergabeunterlagen ausdrücklich geforder-tes (Neben-) Angebot zum Festpreis gehandelt. Die Entscheidung für das Festpreis-Angebot der Beigeladenen benachteilige die Antragstellerin auch nicht. Die Antragsgegnerin habe sich - wie aus den Vergabeunterlagen ersichtlich- dafür

entschieden, einen für die Bezugsdauer festen Preis für den Erdgasbezug zu wählen, weil ein nach dem Preis für Heizöl schwankender Preis über die Bezugsdauer zu erheblich höheren Bezugskosten führen können als ein Festpreis. Da die Antragstellerin ebenfalls ein Festpreisangebot abgegeben habe, habe die Antragsgegnerin dieses ebenso gewertet wie dasjenige der Beigeladene. Sie habe die Antragstellerin daher mit den anderen Bietern gleichbehandelt und es liege keine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten vor.

Aus Ziffer VI.3 der Bekanntmachung habe sich zwar ergeben, dass Nebenangebote zur Erdgasbelieferung an zwei Abnahmestellen (Ziffer 11.1.5) *nur bei Abgabe eines gültigen Hauptangebotes* zulässig sein sollten. Damit habe die Antragsgegnerin vermeiden wollen, dass Bieter ausschließlich eigene Änderungsvorschläge zu der eigentlich geforderten Leistung anbieten würden und die Antragsgegnerin, falls sie auf die eingereichten Vorschläge nicht hätte eingehen wollen, ohne wertbare Angebote zur geforderten Leistung dagestanden hätte. D.h., sie habe durch die in Ziffer VI.3 der Vergabebekanntmachung aufgestellte Bedingung verhindern wollen, dass ihr die Bieter z. B. ausschließlich Leistungen des Wärmecontracting oder andere Änderungsvorschläge zu ihrer Ausschreibung angeboten hätten und ihre Ausschreibung am Ende kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hätte.

Die Antragsgegnerin habe frühzeitig das für ihre Kliniken in Xxx benötigte Erdgas ausschreiben wollen, um ggf. von einer günstigen Marktentwicklung profitieren und so die ihr zur Verfügung stehenden öffentlichen Mittel sparsam verwenden zu können. Um dies zu erreichen, hätten die potentiellen Bieter drei verschiedene Preise - zu ansonsten gleichen Konditionen- für die zu liefernde Menge Erdgas anbieten sollen:

- einen an den Preis für extra leichtes Heizöl (= Heizöl extra leicht = HEL), gebildet über die xxschiene (= xxx, xxx, xxx) gekoppelten Preis  
*(Variante 1),*
- einen an den Preis für einen Mix aus leichtem (= Gas Oil = GO) und schweren Heizöl (= Fuel Oil = FO), gebildet über den Markt in xxx, gekoppelten Preis *(Variante 2)* sowie
- einen über die Bezugsdauer gleichbleibenden Festpreis *(Variante 3).*



Dies habe zu den auf Seite 5 der Leistungsbeschreibung (bereits zitiert) niedergelegten Formulierungen geführt. Die Antragsgegnerin habe also Angebote erhalten wollen, in denen der Preis für das zu liefernde Erdgas entweder an den Preis für leichtes Heizöl nach der Xxx schiene [Variante 1] oder an den am xxx Markt zu zahlenden Preis [Variante 2] gekoppelt oder aber für die Bezugsdauer fest [Variante 3] angeboten worden wäre. Zwar habe sie diese nach ihren Vorstellungen möglichen Varianten nicht also solche bezeichnet, sondern als "Hauptangebot" bzw. als „Nebenangebot“ 1 oder 2. Sie habe aber lediglich drei verschiedene Preise für dieselbe Leistung erfahren wollen. Dies hätten alle Bieter - auch die Antragstellerin - so verstanden.

Die Antragsgegnerin habe sich schließlich für die aus ihrer Sicht auf die Dauer der Laufzeit betrachtet günstigste Variante - einen Festpreis - entschieden. Sie habe daher alle Festpreis-Angebote miteinander verglichen. Hierbei habe sie auch das entsprechende Angebot der Antragstellerin gewertet - ebenso wie die Angebote der anderen Bieter. Das Festpreis-Angebot der Antragstellerin sei allerdings teurer als das Angebot der Beigeladenen gewesen und da sie in Ziffer IV.2.1 der Bekanntmachung festgelegt gehabt hatte, dass sie den Zuschlag auf das Angebot mit dem *niedrigsten Preis* erteilen werde, habe sie diesen nicht auf das Angebot der Antragstellerin erteilen können. Da die Beigeladene den niedrigsten Festpreis angeboten habe, habe auf ihr Angebot der Zuschlag erteilt werden müssen.

Weder das Festpreis-Angebot der Beigeladenen noch die "Nebenangebote" der anderen Bieter seien nach § 25 Nr.1 lit. g) VOL/A auszuschließen gewesen. Die als solche bezeichneten Angebote seien inhaltlich keine Nebenangebote i. S. d. § 17 Nr. 3 VOL/A gewesen. Es habe sich um (Haupt-) Angebote mit den nach den Vergabeunterlagen geforderten Angebotsvarianten gehandelt.

Die in den Vergabeunterlagen vorgegebene Bezeichnung als "Hauptangebot" und "Nebenangebot 1 und 2" ändere hieran nichts. Die Antragsgegnerin habe also nicht zur Abgabe von Haupt- und Nebenangeboten sondern - zulässig - von preislichen **Alternativangeboten** aufgefordert. Die von ihr als "Nebenangebote" bezeichneten Varianten seien vergaberechtlich demnach keine Nebenangebote i. S. d. § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A sondern alternative (Haupt-)Angebote.

Die Entscheidung für das Angebot der Beigeladenen zum Festpreis bedeute keine Diskriminierung der Antragstellerin auch im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB. Die Antragsgegnerin habe zu allen Varianten Angebote erhalten - auch von der Antragstellerin. Sie habe sich - wie vorgesehen - anschließend für die aus ihrer Sicht auf die Dauer der Laufzeit betrachtet günstigste Variante - einen Festpreis - entschieden und daher alle Festpreis-Angebote miteinander verglichen und hierbei auch das entsprechende Angebot der Antragstellerin gewertet. Damit habe sie diese mit den anderen Bietern gleichbehandelt.

Mit der Entscheidung für das Festpreisangebot der Beigeladenen werde auch nicht gegen den in § 97 Abs. 2 GWB niedergelegten Gleichheitsgrundsatz durch eine nachträgliche Änderung der Wertungskriterien zuungunsten der Antragstellerin verstoßen. Die Antragsgegnerin habe sich nicht zu Lasten der Antragstellerin für einen Festpreis entschieden, sondern zugunsten der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel. Sie habe auch von Anfang an vorgesehen gehabt, sowohl Angebote mit flexiblem Preis als auch mit Festpreis abzufordern. Lediglich unaufgeforderte und nicht den von ihr vorgegebenen Varianten entsprechende Angebote habe sie ausschließen wollen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Die Antragstellerin hat am 14. August 2008 durch Übersendung einer teilweisen geschwärzten Fassung der Vergabeakte Akteneinsicht erhalten.

Mit Beschluss vom 28. August 2009 wurde die Frist zur Entscheidung nach § 113 GWB bis zum 30. September 2009 verlängert.

Am 16. September 2009 fand die mündliche Verhandlung statt, in welcher die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

## **II.**

### **I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.**

Der Schwellenwert §§ 100 Abs. 1 GWB, 2 Nr. 3 VgV ist überschritten, so dass das Vergaberechtsregime der §§ 97 ff. GWB Anwendung findet. Die Antragsgegnerin ist Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB. Die Voraussetzungen i. S. d. § 99 Abs. 4 GWB liegen vor. Die Vergabekammer Hessen ist für das Verfahren örtlich

und sachlich zuständig (§ 104 Abs. 1, § 98 Nr. 1, § 99 Abs. 1, 2 und 4, § 2 Nr. 2 VgV).

Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat die im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts rechtzeitig gerügt (§ 107 Abs. 3 Satz 1) und sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB.

Nach ihrem Vortrag ist es auch nicht von vornherein völlig ausgeschlossen, dass sie durch die Verletzung bieterschützender Vorschriften des Vergaberechts in eigenen Rechten verletzt ist. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

**II.** Der Nachprüfungsantrag ist auch in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang begründet.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus den § 97 Abs. 1, 2 und 7 GWB verletzt, da der Zuschlag auf ein Angebot erteilt werden soll, das nicht den Anforderungen der Verdingungsunterlagen entsprach.

1. Die Beigeladene hat ein nach den Verdingungsunterlagen unzulässiges Nebenangebot abgegeben. Die Vergabebekanntmachung enthielt in Ziff. II.1.9 unter „Varianten / Alternativen sind zulässig“ die Angabe „Ja“ und unter Ziff. VI.3 die Vorgabe, dass Nebenangebote nur bei Abgabe eines gültigen Hauptangebotes zulässig sein sollten. Grundsätzlich muss nach § 17 Nr. 3 Abs. 1 in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angegeben werden, ob der Auftraggeber Nebenangebote wünscht, ausdrücklich zulassen oder ausschließen will. Weiterhin ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausnahmsweise ausgeschlossen sein sollen. Im Fall der hier zu beurteilenden Ausschreibung enthielt die als Begleit E-Mail zu den Verdingungsunterlagen übersandte Angebotsaufforderung keine Hinweise zu den Nebenangeboten - ebenso fehlten zahlreiche der übrigen in § 17 Nr. 5 aufgezählten Angaben. Am Schluss der E-Mail war lediglich der Hinweis enthalten: *„Es gelten die Bedingungen der Aufforderung zur Angebotsabgabe („Vergabebekanntmachung“).*

Diese Formulierung ist insoweit missverständlich, als – außer der besagten E-Mail – gar keine Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegt, auf welche sich der Hinweis beziehen könnte. Bei verständiger Würdigung kann mit diesem Zusatz nur die in Klammer gesetzte Vergabebekanntmachung gemeint sein, die u. a. Angaben zu Vertragslaufzeit, Teilnahmebedingungen, die Verfahrensart und eben auch zu Nebenangeboten enthielt. Damit ist deutlich, dass trotz Fehlens eines den Anforderungen des § 17 Nr. 3 VOL/A entsprechenden Anforderungsschreibens Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausgeschlossen sein sollten.

Dieser Auslegung hat die Antragsgegnerin auch nicht widersprochen, denn sie hat zur Intention des Ausschlusses vorgetragen, hiermit habe sie vermeiden wollen, dass Bieter ausschließlich eigene Änderungsvorschläge (z. B. Wärmecontracting) zu der eigentlich geforderten Leistung anbieten würden.

Ohne den Ausschluss isolierter Nebenangebote habe die Antragsgegnerin, falls sie auf die eingereichten Vorschläge nicht hätte eingehen wollen, möglicherweise keine wertbaren Angebote zur geforderten Leistung erhalten. Es war also auf Seiten der Antragsgegnerin bewusst und gewollt, dass „isolierte“ Nebenangebote nicht gewertet werden sollten.

2. Die von der Antragsgegnerin dargestellte Unterscheidung zwischen „echten“ Nebenangeboten, „Alternativangeboten“ oder „Hauptangeboten mit Preisvarianten“ ist dagegen nicht geeignet, ihre Auffassung zu stützen, es handele sich bei den von den Bietern als Nebenangeboten bezeichneten Angeboten tatsächlich um Hauptangebote. Zum einen kennt das Vergaberecht keine Unterscheidung zwischen Nebenangeboten und Alternativvorschlägen und Varianten, diese Begriffe werden vielmehr in der Rechtsprechung der Vergabekammern und -senate nahezu gleichwertig verwandt (vgl. z.B. VK Hessen 69 d 84/2004 – Beschl. vom 20.01.2005; VK Nordbayern 320.VK-3194-08/04 – Beschl. vom 06.04.2004; VK Sachsen 1/SVK/028-09 – Beschl. vom 07.07.2009).

Auch das KG Berlin stellt im Beschluss vom 13.03. 2008 (2 Verg 18/07) fest, mit der Formulierung „Varianten / Alternativen sind unzulässig“ seien Nebenangebote ausgeschlossen. Dies entspricht auch der in der Sektorenrichtlinie gebrauchten Formulierung, nach welcher jede Abweichung von den Vorgaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen als „Änderungsvorschlag“ oder

„Nebenangebot“ subsumiert werden muss (s. Müller-Wrede, Komm. zur VOL/A, § 9 b Rdnr. 12), also ebenfalls nicht zwischen diesen Begriffen unterschieden wird.

3. Bei den von Bietern eingereichten und entsprechend den Vorgaben im Leistungsverzeichnis auch so bezeichneten „Nebenangeboten“ handelt es sich daher auch um solche. Zwar enthielt weder die Vergabebekanntmachung noch die mit den Verdingungsunterlagen übersandte Begleit-E-Mail Angaben darüber, was als „Hauptangebot“ gefordert war. Das Leistungsverzeichnis bezeichnete jedoch ohne jede Einschränkung die Vollversorgung über die „Xxx schiene“ als Hauptangebot, die hier geforderte Preisangabe ist daher als Hauptangebot anzusehen. In diesem Zusammenhang ist auch unbeachtlich, ob diese - nach Auffassung der Kammer zutreffende - Interpretation der Verdingungsunterlagen durch die Antragstellerin auch von anderen Bietern geteilt wurde.

Aus der Tatsache, dass drei Bieter, die die Verdingungsunterlagen angefordert und erhalten hatten, kein Angebot abgaben, könnte geschlossen werden, dass für sie die Abgabe des Hauptangebotes („Xxx schiene“) aus irgendeinem Grund nicht in Betracht kam und sie deshalb - wegen Unzulässigkeit eines isolierten Nebenangebotes - von der Beteiligung an der Ausschreibung absahen.

4. Die Nebenangebote der Beigeladenen waren bei Anwendung der von der Antragsgegnerin genannten Vorgaben nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. g) zwingend von der Wertung auszuschließen, da sie kein Hauptangebot abgegeben hatte. Dies gilt auch für das Nebenangebot eines weiteren Bieters, das allerdings teurer war als dasjenige der Beigeladenen.

Die Vorschrift des § 25 Nr. 1 Abs. 1 ist auch gegenüber der Antragstellerin bieterschützend (vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VOL, § 25 Rdnr. 129), denn der Verstoß hiergegen berührt subjektive Rechte anderer Bieter auf Einhaltung der Vergabevorschriften. Der Verstoß gegen diese Vorschrift verletzt daher den Anspruch der Antragstellerin auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergaberecht (§ 97 Abs. 7 GWB).

Der Vortrag der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin wäre auch dann nicht zum Zuge gekommen, wenn die Beigeladene ebenfalls ein „Haupt-

angebot“ abgegeben hätte, da auch im diesem Fall das Festpreisangebot der Beigeladenen das günstigste Angebot gewesen wäre, ist dagegen unbeachtlich. Diese Argumentation übersieht, dass derzeit nicht mit einer für die Kammer ausreichenden Sicherheit festgestellt werden kann, welche Angebote im Einzelnen durch die anderen Bieter bei Einhaltung der Vorgaben der Vergabebekanntmachung eingegangen wären.

5. Der Anspruch der Antragstellerin auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergaberecht führt jedoch nicht dazu, wie von der Antragstellerin angestrebt, dass die Antragsgegnerin zur Zuschlagserteilung auf ein Angebot der Antragstellerin zu verpflichten ist. Eine solche Entscheidung würde ihrerseits Rechte anderer Bieter beeinträchtigen, die möglicherweise aufgrund des Fehlens des Ausschlusses isolierter Nebenangebote in einer den Vorgaben des § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A entsprechenden Angebotsaufforderung von deren Zulässigkeit ausgingen. Wie bereits ausgeführt (s. o. S. 9, Mitte), ist auch die Bezugnahme auf die Vergabebekanntmachung in der zu den Verdingungsunterlagen übersandten E-Mail so missverständlich formuliert, dass die Unzulässigkeit isolierter Nebenangebote für Bieter nicht ohne weiteres mit der für einen Ausschluss erforderlichen Sicherheit erkennbar war.

Der Ausschluss „isolierter“ Nebenangebote würde ebenfalls deren Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB beeinträchtigen, da insoweit eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung fehlt, (§ 8 Nr. 1 VOL/A), auf welche die Bieter einen Anspruch haben. Falls die Antragsgegnerin, wie von ihr im Verfahren vorgetragen, nicht Haupt- und Nebenangebot einholen sondern drei „Preisvarianten“ abfragen wollte, musste aus den Unterlagen zumindest hervorgehen, ob diese Varianten gleichwertig nebeneinander stehen oder eine von diesen favorisiert werden sollte. Im zuletzt genannten Fall musste auch die bevorzugte Variante genannt werden (vgl. OLG Düsseldorf- Verg 25/2; Beschl. vom 02.08.2002).

Insbesondere in der Diskussion während der mündlichen Verhandlung wurde deutlich, dass das die Antragsgegnerin beratende Büro die Ausschreibung mit der Anforderung eines Festpreises favorisierte, jedoch eine andere Formulierung wählte, um unterschiedliche Preisvarianten zu erhalten. Dagegen wird in der Antragserwiderung vom 5. August 2009 (S. 4) ausgeführt, die potentiellen Bieter sollten „drei verschiedene Preise anbieten“. Schließlich vermittelte die

Formulierung eines „Hauptangebotes“ und zweier „Nebenangebote“ den Eindruck, dass in erster Linie ein Angebot mit variablem Preis über die „HEL-Xxx schiene“ abgefragt werden sollte. Angesichts dieser Widersprüche hinsichtlich einer möglichen Priorität der angeforderten Angebote genügen die Verdingungsunterlagen nicht den Anforderungen an eine eindeutige Leistungsbeschreibung. Die dargestellte Unklarheit geht zu Lasten der Antragsgegnerin mit der Folge, dass der Ausschluss „isolierter“ Nebenangebote nicht auf diese Leistungsbeschreibung und die unzureichende Angebotsaufforderung gestützt werden kann.

6. Auch der Hilfsantrag, die Antragsgegnerin zur Wiederholung der Angebotswertung unter Berücksichtigung der Auffassung der Kammer zu verpflichten, verhilft der Antragstellerin nicht zu dem gewünschten Erfolg. Eine erneute Wertung unter Beibehaltung der vorliegenden Wertungskriterien könnte nur dann dazu führen, dass dem Angebot der Antragstellerin vor dem Nebenangebot der Beigeladenen der Vorzug gegeben werden müsste, wenn dieses ausgeschlossen werden müsste. Wie ausgeführt, würde ein solcher Ausschluss jedoch seinerseits die Rechte der Beigeladenen auf ein diskriminierungsfreies und transparentes Vergabeverfahren verletzen. Aus diesem Grund ist auch diesem Hilfsantrag nicht zu entsprechen
7. Dagegen ist dem weiteren Hilfsantrag, geeignete Maßnahme zur Beseitigung der Rechtsbeeinträchtigung der Antragstellerin zu treffen, gem. § 114 Abs. 1 GWB zu entsprechen. Als derartige Maßnahme kommt die Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor der Versendung der Verdingungsunterlagen an diejenigen Bieter, die diese angefordert hatten, in Betracht. Hierbei ist von der Antragsgegnerin dafür Sorge zu tragen, dass den Bietern ein den Vorgaben des § 17 Nr. 3 VOL/A entsprechendes Aufforderungsschreiben zugeht, das insbesondere die in § 17 Nr. 3 Abs. 5 genannten Angaben zur Abgabe von Nebenangeboten enthält. Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin gehalten, in dem Anschreiben oder im Leistungsverzeichnis klarzustellen, ob, welche und ggf. wie viele Preisalternativen von den Bietern im Einzelnen erwartet werden. Nur im Falle dieser Klarstellungen kann vermieden werden, dass Missverständnisse über die erwarteten Angebote mit der Gefahr einer intransparenten Vergabeentscheidung entstehen.

### III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Im Ergebnis ist die Antragstellerin lediglich mit ihrem hilfsweise gestellten Antrag auf Verpflichtung zur Einleitung der erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung einer Rechtsbeeinträchtigung erfolgreich. Dagegen konnte sie das in erster Linie verfolgte Ziel, den Zuschlag zu erhalten, nicht erreichen. Darüber hinaus waren die teilweise unklaren und auslegungsbedürftigen Ausschreibungsunterlagen ursächlich für das vorliegende Verfahren war (§ 128 Abs. 3 S.3 GWB). Unter diesen Umständen ist es sachgerecht, die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer der Antragstellerin und der Antragsgegnerin je zur Hälfte aufzuerlegen.
2. 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 Gesamtangebotes der Antragstellerin von rund 3.000.000,00 EUR ergibt sich bei Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von 3.434,40 EUR, davon die Hälfte sind 1.717,20 EUR.
3. Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er nach § 128 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, im vorliegenden Fall ist also die Hälfte der notwendigen Kosten der Antragsgegnerin zu erstatten. Aus der Verweisung in § 128 Abs. 4 Satz 4 auf § 80 Abs. 1 des Hess. Verwaltungsverfahrensgesetzes ergibt sich, dass entsprechend dem Obsiegen im Nachprüfungsverfahren auch der Antragstellerin die Kosten zu erstatten sind. Die notwendigen Kosten waren daher gegeneinander aufzuheben mit der Folge, dass jede Partei die ihr zur Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Kosten selbst zu tragen hat.
4. Aufwendungen der Beigeladenen sind dagegen der Antragstellerin nicht aufzuerlegen, da diese sich am Verfahren nicht beteiligt hat (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).



5. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin und der Antragsgegnerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.