



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 11/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...]

- Antragsgegnerin zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Antragsgegnerin zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Umgestaltung ZOB und [...]“ (EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]), hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Reinders auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 2017 am 23. Februar 2017 beschlossen:

1. Den Antragsgegnerinnen zu 1) und 2) wird untersagt, einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) tragen die Antragstellerin zu 50% sowie die Antragsgegnerin zu 1) und die Antragsgegnerin zu 2) als Gesamtschuldner zu weiteren 50 %.
3. Ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen tragen die Verfahrensbeteiligten selbst.

**Gründe:**

I.

1. Die Antragsgegnerinnen zu 1) und 2) (Ag) führen derzeit ein europaweites offenes Verfahren zur Umgestaltung des Zentralen Omnibusbahnhofs in [...] einschließlich des Neubaus eines Service-Gebäudes und der Umgestaltung des Bahnhofvorplatzes durch. Einziges Zuschlagskriterium ist der Angebotspreis (s. Ziffer II.2.5 der Auftragsbekanntmachung).

Die ausgeschriebenen Hochbaumaßnahmen und deren Überdachung werden in der Baubeschreibung auf Seite 12 f. auszugsweise wie folgt beschrieben:

„(...)

Das Servicegebäude soll gestalterisch als pavillonartiger, amorpher Baukörper unter die Gesamtdachanlage geschoben werden. Hierzu wird das Dach der Kombisteiganlage entsprechend über das Servicegebäude weitergeführt. Um den Pavilloncharakter zu verstärken, wird das mit goldenem Kupferblech bekleidete Gebäude mit einer anthrazitfarbenen Schattenfuge an das Betondach angebunden. Die Grundform des Servicegebäudes folgt der amorphen Formensprache, die aus den Dächern und der Platzanlage abgeleitet wird. (...)

Des Weiteren sind „alle Stahlbetonkonstruktionen (...) schalungsglatt mit geordneten Stößen herzustellen. (...) Sichtbeton ist mit dichtem Gefüge und gleichmäßiger Farbgebung herzustellen.“ (S. 27 der Baubeschreibung).

Unter Ziffer 3.16.10 der Baubeschreibung heißt es:

„Bedarfspositionen sind im Leistungsverzeichnis nicht vorhanden.“

Unter OZ 1.6.6.5.10 enthält die Leistungsbeschreibung eine Position über die Leichtbetondecke der Wetterschutzdächer, in der OZ 1.6.6.9.70 wird die Schalung der Deckenplatten dieser Wetterschutzdächer beschrieben. Als „Zulage zur vorg. Deckenschalung der Wetterschutzdächer“ enthalten die OZ 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 Bestimmungen über die Ausbildung der Oberfläche dieser Wetterschutzdächer in Sichtbetonqualität. Die OZ 1.6.6.9.90 betrifft die Ausführung in Sichtbetonqualität „SB 4“, die OZ 1.6.6.9.100 die Ausführung in Sichtbetonqualität „SB 1“. Beide Positionen werden ausdrücklich als „Bedarfsposition“ bezeichnet, wobei in der OZ 1.6.6.9.90 ausweislich der Leistungsbeschreibung neben dem Einheitspreis auch der Gesamtpreis anzugeben ist, bei OZ 1.6.6.9.100 genügt die Angabe des Einheitspreises. Die in beiden Leistungspositionen zu bearbeitende Fläche ist identisch.

Des Weiteren sind in OZ 1.6.6.11 (Betonoberflächenbehandlung) weitere jeweils als „Bedarfsposition“ bezeichnete Leistungen enthalten, die bei der Ausführungsart SB 1 anfallen. In OZ 1.6.6.9.140 wird die Herstellung von Musterflächen für Deckenuntersichten der Wetterschutzdächer in der Ausführungsart SB 4 ausgeschrieben.

Die Ag stellten die Vergabeunterlagen auf der Vergabeplattform [www.deutsche-evergabe.de](http://www.deutsche-evergabe.de) zum Download zur Verfügung. Über die Vergabeplattform wurde auch die Bieterkorrespondenz geführt. Diese enthält folgende Bieterfrage der ASt vom 2. Dezember 2016:

„(...) bei der Bearbeitung der o.g. Ausschreibung sind Positionen zu kalkulieren, die der Klarstellung bedürfen.

(...)

4. in Position 1.6.6.10.10 soll der Betonstahl BST 500 A kalkuliert werden. Dieser Stahl ist jedoch für die Herstellung des Wetterschutzdaches der Pos. 1.6.6.5.10 nicht geeignet, da durch Regen, Flugrost, Verlegedauer der Bewehrung und der Einbaudauer des Ortbetons nicht gewährleistet werden kann, dass Verfärbungen und Verschmutzungen entstehen.

Das Dach soll in Sichtbetonklasse S 4 mit weißen Zuschlagstoffen erstellt werden.

Für das Kombidach muss hier eine verzinkte bzw. Edelstahl-Bewehrung vorgesehen werden. Wir bitten um Aufklärung, ob dieser Mehrpreis eingerechnet werden soll bzw. evtl. Ergänzung von entsprechenden Positionen.

(...)“

Die Ag beantworteten die Bieterfrage am 8. Dezember 2016 wie folgt:

„(...)“

Zum Erreichen der gemäß Position 1.6.6.5.10 zusammen mit der als Bedarfsposition ausgeschrieben Position 1.6.6.9.90 geforderten Sichtbetonklasse SB4 ist die Verwendung von verzinktem bzw. nicht rostendem Betonstahl nicht erforderlich und daher auch nicht ausgeschrieben. Die Vergütung der Bewehrung erfolgt über die Position 1.6.6.10.10 unabhängig davon ob die Position 1.6.6.9.90 zur Ausführung kommt.

(...)“

Laut der Submission vom 14. Dezember 2016 lag das Angebot der ASt auf dem zweiten Platz hinter dem Angebot der Beigeladenen (Bg), insgesamt wurden zwei Angebote abgegeben. Wenn man nur die Preise für die Leistungspositionen berücksichtigen würde, die die Ausführungsart „SB 1“ betreffen (OZ 1.6.6.9.100, 1.6.6.9.110 und 1.6.6.11), wäre das Angebot der ASt das preislich günstigste; submittiert wurde nur der jeweilige Angebotspreis für die Ausführungsart „SB 4“. Am 10. Januar 2017 teilten die Ag der ASt gemäß § 134 GWB mit, ihr

Angebot sei nicht das wirtschaftlichste, weshalb sie beabsichtigten, der Bg den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben vom 11. Januar 2017 rügte die ASt gegenüber den Ag die Entscheidung, dass die Ag anstelle der Bedarfsposition OZ 1.6.6.9.90 (SB 4) die Bedarfsposition OZ 1.6.6.9.100 (SB 1) hätten werten müssen, mit dem Ergebnis, dass die ASt aufgrund ihres niedrigeren Angebotspreises zu bezuschlagen wäre. Die Ag halfen der Rüge nicht ab.

2. Mit Schriftsatz vom 19. Januar 2017 hat die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag den Ag am selben Tag übermittelt.

a) Die ASt ist der Ansicht, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig. Insbesondere habe sie die Vergaberechtsverstöße rechtzeitig im Sinne des § 160 Abs. 3 GWB gerügt. Dies gelte auch für die beanstandeten Verstöße in Bezug auf die Aufnahme von Bedarfspositionen in das Leistungsverzeichnis und die Transparenz der Inanspruchnahme dieser Bedarfspositionen. Die Aufnahme von Bedarfspositionen und die Wertungsgrundlagen dieser Positionen seien nämlich weder für einen verständigen Bieter noch für sie erkennbar gewesen. Hierbei handele es sich ohnehin um eine schwierige Materie, die der ständigen Konkretisierung und Modifizierung durch die Rechtsprechung unterliege, weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie die betreffenden Vergaberechtsverstöße schon während des Laufs der Angebotsfrist in rechtlicher Hinsicht hätte erkennen können.

Die ASt meint in der Sache, die Angebotswertung sei im Hinblick auf die Bedarfspositionen 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 fehlerhaft erfolgt. Die Inanspruchnahme einer der beiden, zueinander in einem Alternativverhältnis stehenden Positionen habe mangels anderweitiger Angaben anhand des Kriteriums des niedrigsten Preises erfolgen müssen. In die Wertung hätte deshalb die OZ 1.6.6.9.100 samt der Position 1.6.6.11 anstelle der OZ 1.6.6.9.90 einfließen müssen. In diesem Fall sei ihr Angebot das preislich niedrigste und somit wirtschaftlichste. Ferner sei die Aufnahme von Bedarfspositionen im vorliegenden Fall unzulässig, da es an objektiven Gründen für ein Offenhalten der Leistungsbeschreibung fehle.

Die ASt ist ferner der Ansicht, die Ausgestaltung der OZ 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 als Kombinationen aus Bedarfs- und Alternativpositionen sei auch im Hinblick auf das

Alternativverhältnis unzulässig. Alternativpositionen dürften wie Bedarfspositionen nur ausnahmsweise und nur in untergeordnetem Umfang in eine Ausschreibung aufgenommen werden. Sie meint, die von der Rechtsprechung aufgestellten engen Voraussetzungen unter denen Alternativpositionen zulässig seien, lägen hier nicht vor. Es fehle nämlich nicht nur an einem berechtigten Bedürfnis der Ag, sondern es seien auch aus der Leistungsbeschreibung mit Ausnahme des niedrigsten Preises keinerlei Kriterien für die Inanspruchnahme der einen oder anderen Alternative ersichtlich. Soweit die Ag für die Bewertung unterschiedlicher Ausführungsvarianten – wie im vorliegenden Fall geschehen – andere Umstände (das Budget, das ihnen insgesamt für das Bauvorhaben zur Verfügung steht, den im Wettbewerb insgesamt erzielten Preisstand oder bestimmte Zielpreise bei den Alternativpositionen) heranzögen, hätten sie zur Gewährleistung eines transparenten Vergabeverfahrens vorab auf diese Umstände als entscheidenden Maßstab der Bewertung hinweisen müssen. Ein solcher Hinweis sei nicht erfolgt, die Vergabeunterlagen genügten daher nicht dem Transparenzgebot. Die ASt habe vorliegend nicht einmal gewusst, wann über die Ausführung der betreffenden Leistungspositionen entschieden werde; bei Alternativpositionen wäre dies der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung gewesen und bei Bedarfspositionen ein Zeitpunkt während der Auftragsdurchführung.

Weiterhin habe die ASt in ihrer Bieterfrage vom 2. Dezember 2016 auch nicht klargestellt, dass die OZ 1.6.6.9.90 nicht nur im Bedarfsfall, sondern sicher beauftragt werde. Denn die Bieterfrage habe nur die Ausführungsart, mithin das „wie“ der Auftragsausführung betroffen, nicht aber das „was“, sprich ob die Position 1.6.6.9.90 beauftragt werde oder nicht. Auch hätten die Ag mit der Beantwortung dieser Bieterfrage am 8. Dezember 2016 keine Klärung dahingehend vorgenommen, dass die Wetterschutzdächer in Sichtbetonqualität SB 4 auszuführen seien, vielmehr sei gerade die Bedingtheit dieser Position ausdrücklich hervorgehoben worden. Für die ASt sei daher zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ungewiss gewesen, ob überhaupt eine der Ausführungsalternativen (SB 1 oder SB 4) beauftragt werden würde. Nach verständiger Auslegung der Vergabeunterlagen sei es vielmehr so, dass die OZ 1.6.6.5.10 die Grundposition für die Leichtbetondecken der Wetterschutzdächer sei, die gemäß OZ 1.6.6.9.70 und S. 12, 27 der Baubeschreibung in jedem Fall „schalungsglatt“ herzustellen seien. Soweit die Bezeichnung „Bedarfspositionen“ ein Schreibfehler seitens der Ag gewesen sein sollte, sei dieser für die ASt nicht offensichtlich gewesen. Eine entsprechende Auslegung könne von ihr nicht erwartet werden.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag zu verpflichten, die Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten,  
hilfsweise: Die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen, die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben,
2. ihr umfassende Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.
3. den Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen.
4. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

b) Die Ag haben getrennt voneinander zum Nachprüfungsantrag Stellung genommen.

aa) Die Ag zu 1) beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Antrag abzuweisen,
2. festzustellen, dass die ASt durch das Vergabeverfahren in ihren Rechten nicht verletzt und die Ag zu 1) nicht verpflichtet ist, die Angebote neu zu werten;  
hilfsweise festzustellen, dass die Ag zu 1) nicht verpflichtet ist, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen zu überarbeiten sowie den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben,
3. die [...], gemäß § 162 GWB beizuladen,
4. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag zu 1) für notwendig zu erklären.

Die Ag zu 1) ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Die ASt sei schon nicht antragsbefugt, da ihr kein Schaden entstanden sei und ein solcher ihr auch nicht drohe. Jedenfalls sei der Antrag aber gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB unzulässig. Die Leistungspositionen sowie deren Bewertungsgrundlagen seien bereits

in den Vergabeunterlagen enthalten gewesen, weshalb die etwaigen Vergaberechtsverstöße in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bereits vor Angebotsabgabe bekannt bzw. erkennbar gewesen seien. Die Rüge am 11. Januar 2017 sei daher zu spät erfolgt.

Die Ag zu 1) meint ferner, der Nachprüfungsantrag habe auch in der Sache keinen Erfolg. Sie behauptet, sie habe primär die hochwertigere Sichtbetonqualität SB 4 beauftragen wollen, habe sich aber alternativ dazu auch die Sichtbetonqualität SB 1 anbieten lassen, da bei vergangenen Ausschreibungen gerade die anspruchsvolle Ausführungsalternative SB 4 zu einer geringen Bieterbeteiligung und zu hohen Angebotspreisen geführt hätte, die das Budget der Ag überschritten hätten. Um eine zeit- und kostenintensive erneute Ausschreibung zu vermeiden, hätten die Ag die Sichtbetonqualität SB 4 als Grundposition (OZ 1.6.6.9.90) und die Qualität SB 1 als Alternativposition (OZ 1.6.6.9.100) ausgeschrieben. Soweit die besagten Positionen in der Leistungsbeschreibung als Bedarfspositionen ausgewiesen worden seien, handele es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler. Dass die Alternative SB 4 von den Ag bevorzugt werde, sei aus der Gesamtschau der Vergabeunterlagen für einen fachkundigen Bieter wie die ASt auch ersichtlich gewesen. Zum einen ergebe sich aus der Baubeschreibung, dass die Ag hohe qualitative, optische und gestalterische Anforderungen an die Dachkonstruktion stelle, des Weiteren müsse der Auftragnehmer gemäß OZ 1.6.6.9.140 eine Musterfläche in der Qualität SB 4 erstellen, außerdem sei bei OZ 1.6.6.9.90 (SB 4) im Gegensatz zu OZ 1.6.6.9.100 (SB 1) nicht nur ein Einheitspreis, sondern auch der Gesamtbetrag anzugeben gewesen. Zum anderen habe die ASt in ihrer Bieteranfrage vom 2. Dezember 2016 selbst klargestellt, dass SB 4 beauftragt werden solle. Da es in der Stadt [...] allgemein bekannt sei und auch die ASt gewusst habe, dass die Ag die qualitativ hochwertigere Ausführungsart „SB 4“ präferierten, hätten sie der ASt dieses Entscheidungskriterium auch nicht mitzuteilen brauchen.

Da das Angebot der Bg das Budget der Ag nicht überschreite, hätten die Ag die Angebote anhand der Position 1.6.6.9.90 (SB 4) bewerten und dabei die nicht beanspruchte OZ 1.6.6.9.100 (SB 1) unberücksichtigt lassen dürfen. Es sei nicht erkennbar, dass die ASt ein günstigeres Preisangebot abgegeben hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die OZ 1.6.6.9.90 (SB 4) nur dann nicht beauftragt werden würde, wenn das verfügbare Budget der Ag überschritten worden wäre.



bb) Die Ag zu 2) beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. den Antrag der ASt auf Akteneinsicht zurückzuweisen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Ag zu 2) zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und
4. der ASt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag zu 2) aufzuerlegen.

Die Ag zu 2) trägt ergänzend vor, der ASt sei spätestens seit der Bieterauskunft vom 8. Dezember 2016 bekannt, dass die Ausführung in Sichtbetonklasse SB 4 vorgesehen sei, weshalb ihr Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 GWB aufgrund verspäteter Rüge unzulässig sei.

Die Ag hätten sich zudem in ihrer Antwort auf diese Bieteranfrage am 8. Dezember 2016 auf eine Ausführung gemäß der OZ 1.6.6.9.90, also SB 4, festgelegt. Da allen Beteiligten offensichtlich klar gewesen sei, dass es sich bei den beiden Sichtbetonklassen um Ausführungsvarianten für die Wetterschutzdächer handele, sei es unschädlich, dass die OZ 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 fälschlicherweise als „Bedarfspositionen“ bezeichnet worden seien.

Des Weiteren stelle das Begehren der ASt eine unzulässige Rechtsausübung dar, weil sie die Ag wider besseren Wissens zur Auswahl einer Ausführungsvariante bewegen wolle, von der diese bereits vor Vertragsschluss Abstand genommen hätten.

Abgesehen davon stelle sich die Frage, ob die Bieter überhaupt anders kalkuliert hätten, wenn sie gewusst hätten, anhand welcher Kriterien sich die Ag für die eine oder andere Ausführungsvariante entscheiden wollten. Es sei daher unverhältnismäßig, eine Wiederholung des Vergabeverfahrens anzuordnen.

c) Mit Beschluss vom 25. Januar 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese hat an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, jedoch keine Anträge gestellt und sich auch sonst nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

Die Vergabekammer hat der ASt nach vorheriger Zustimmung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 13. Februar 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nur in seinem Hilfsantrag begründet.

### 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ergibt sich vorliegend aus § 159 Abs. 1 Nr. 6 GWB. Gemäß § 159 Abs. 3 S. 1 GWB wäre für die Ag zu 1) (Stadt [...]) zwar eine Ländervergabekammer zuständig. Da die Vergabekammer des Bundes aber gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 3 GWB i.V.m. § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB für durch die Ag zu 2) [...] geführte Vergabeverfahren zuständig ist, sind hier die Voraussetzungen des § 159 Abs. 1 Nr. 6 GWB für die ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes gegeben.

Des Weiteren ist die ASt antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Denn durch die Abgabe eines Angebots hat sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Zudem macht sie, indem sie sich gegen die Wertung ihres Angebots und gegen die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung wendet, geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Durch die behauptete Rechtsverletzung droht ihr auch ein Schaden zu entstehen. Die ASt liegt mit ihrem Angebot zwar auf dem zweiten Rang. Sie beruft sich jedoch gerade darauf, dass ihr Angebot bei vergaberechtskonformer Wertung das wirtschaftlichste wäre, sodass nicht auszuschließen ist, dass ihre schlechte Rangstelle gerade durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß verursacht worden ist (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juni 2004, VII-Verg 20/04).

Die ASt hat den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß am 11. Januar 2017 rechtzeitig gerügt. Denn erst am 10. Januar 2017 hatte sie aus dem Schreiben der Ag gemäß § 134 GWB

erfahren, dass das Angebot der Bg aufgrund des niedrigeren Angebotspreises bezuschlagt werden solle. Dass ihr eigenes Angebot unter Berücksichtigung der Ausführungsvariante „SB 1“ das preisgünstigere gewesen wäre, hat die ASt zu diesem Zeitpunkt lediglich vermutet und darauf ihre Argumentation, dass die Wertung der Bedarfs- bzw. Alternativpositionen fehlerhaft gewesen sei, gestützt. Positive Kenntnis davon, wie die Ag die verfahrensgegenständlichen Leistungspositionen tatsächlich gewertet hat, hat die ASt erst durch die Mitteilung der Ag, ihrer Rüge nicht abzuweichen, erhalten. Solche reinen Mutmaßungen lösen noch keine Rügeobliegenheit aus (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Februar 2008, VII-Verg 41/07); eine weitere Rüge auf die Nichtabhilfemitteilung hin war entbehrlich, da die Ag hierin bereits zu erkennen gegeben hatten, der Auffassung der ASt nicht zu folgen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 67/11). Dass die beanstandeten Vergaberechtsverstöße für die ASt zu einem früheren Zeitpunkt erkennbar gewesen wären, so dass sie diese gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bereits bis zum Angebotsabgabebeschluss hätte rügen müssen, ist nicht ersichtlich. Zu einer solchen, die Rügeobliegenheit auslösenden Erkennbarkeit gehört u.a., dass der Antragsteller aus den erkannten Tatsachen zumindest laienhaft die rechtliche Wertung zieht, dass das betreffende Verhalten des öffentlichen Auftraggebers vergaberechtswidrig ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Verg 5/15). Dies ist hier nicht der Fall. Denn die vergaberechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit von Alternativ- oder Bedarfspositionen zählt nicht zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise (vgl. hierzu OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Verg 5/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10). Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit solcher Alternativ- oder Bedarfspositionen basiert, nicht zuletzt aufgrund ihres Ausnahmecharakters, auf nur wenigen Gerichtsentscheidungen. Diese Rechtsprechung zu kennen, ist auch von einem sorgfältig handelnden Bieter, der mit den grundlegenden Regeln der Auftragsvergabe vertraut ist, nicht zu erwarten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet. Die Ag verstoßen gegen das allgemeine Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) sowie gegen § 121 Abs. 1 GWB, da sie Wahl- bzw. Bedarfspositionen in das Leistungsverzeichnis aufgenommen haben, ohne deren rechtlichen Charakter eindeutig zu benennen (dazu unter a)) und weil sie nicht die Kriterien angegeben haben, anhand denen sie sich für die Ausführung einer bestimmten Position entscheiden (dazu unter b)). Beides führt dazu, dass aufgrund der derzeitigen Vergabeunterlagen kein Zuschlag ergehen darf, sondern das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen ist, diese Unterlagen zu

überarbeiten sind und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben ist; der Nachprüfungsantrag hat also nur in seinem Hilfsantrag Erfolg und ist in der Hauptsache zurückzuweisen.

- a) Bereits die rechtliche Qualifizierung der Leistungspositionen 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 ist nicht eindeutig und transparent i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 1, § 121 Abs. 1 GWB.

Sog. „Bedarfs-“, bzw. „Eventualpositionen“ sind Leistungen, bei denen zum Zeitpunkt der Erstellung der Leistungsbeschreibung noch nicht feststeht, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie überhaupt zur Ausführung kommen sollen. Solche Positionen enthalten nur eine im Bedarfsfall erforderliche Leistung, über deren Ausführung erst nach Auftragserteilung und nicht bereits bei Erteilung des Zuschlags entschieden wird. Sinn und Zweck der Ausschreibung dieser Positionen ist es, für den Fall nicht vorhersehbarer Eventualitäten eine abrufbare Angebotslage zu erhalten, auf deren Basis im laufenden Projekt zügig reagiert werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10; Zimmermann, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Auflage 2016, zu § 121 GWB, Rn 46 ff.).

Demgegenüber handelt es sich bei sog. „Alternativ-“, bzw. „Wahlpositionen“ um Leistungspositionen, bei denen sich der Auftraggeber noch nicht auf eine bestimmte Art der Leistungserbringung festgelegt hat, sondern mehrere Alternativen ausschreibt, von denen er nach Kenntnisnahme der Angebotsinhalte eine Alternative für den Zuschlag auswählt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10; Zimmermann, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Auflage 2016, zu § 121 GWB, Rn 46 ff.).

Bedarfspositionen und Alternativpositionen unterscheiden sich damit u.a. hinsichtlich des Zeitpunkts, wann über den Abruf einer Leistung entschieden wird. Während über die Beauftragung einer bestimmten Alternativposition regelmäßig beim Zuschlag entschieden wird, wird über den Abruf von Bedarfspositionen erst im Laufe der Projektabwicklung entschieden. Zum anderen herrscht bei Alternativpositionen die Gewissheit darüber, dass es auf jeden Fall zur Ausführung einer der Alternativen kommt, bei Bedarfspositionen hingegen kann ein Abruf ggf. gänzlich unterbleiben. Da sich diese Unterschiede insbesondere auf die Kalkulation der Angebote auswirken können, gebietet es der Grundsatz der Transparenz und der Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung, dass der

öffentliche Auftraggeber den Bietern eindeutig mitteilt, was für Positionen er ausschreibt (Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Februar 2010, VII-Verg 36/09).

Daran fehlt es hier. Ein branchenkundiger objektiver Empfänger konnte den Vergabeunterlagen nicht eindeutig entnehmen, um was für Positionen es sich insbesondere bei den OZ 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 handelt (s. zum Auslegungsmaßstab BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07). Während die Ag in Ziffer 3.16.10 der Baubeschreibung ausdrücklich darauf hingewiesen haben, dass das Leistungsverzeichnis keine Bedarfspositionen enthalte, sind u.a. die beiden o.g. Leistungspositionen mit „Bedarfsposition“ überschrieben. Nicht einmal die beiden Ag sind sich darüber einig, welchen Charakter diese Positionen tatsächlich haben sollten. Nach Auffassung der Ag zu 1) soll es sich bei OZ 1.6.6.9.90 (Sichtbeton Klasse 4) um die Grundposition und bei OZ 1.6.6.9.100 (SB 1) um die Alternative hierzu handeln; welche Alternative sie beauftragt, wolle sie mit Zuschlagserteilung entscheiden. Die Ag zu 2) meint, sie habe sich auf die Bieterfrage der ASt am 8. Dezember 2016 bereits festgelegt, nur Sichtbeton der Klasse 4 beauftragen zu wollen; allerdings sieht auch die Ag zu 2) beide Ausführungsarten in einem Alternativverhältnis zueinander. Auch wenn viel dafür spricht, dass jedenfalls die OZ 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 in einem Alternativverhältnis zueinander stehen (beide betreffen dieselbe Leistung „Deckenschalung Wetterschutzdächer“ mit derselben Fläche) und dass die Ag jedenfalls eine Präferenz für die Ausführungsart „Sichtbeton Klasse 4“ hatten (gestalterisches und optisches Erscheinungsbild, Angabe eines Gesamtpreises nur in OZ 1.6.6.9.90 gefordert, Anlegen einer Musterfläche in SB 4, dazu unter b)), lassen die Vergabeunterlagen eine weitere Auslegung zu: Hiernach ist die Schalung der Deckenplatten der Wetterschutzdächer in OZ 1.6.6.9.70 beschrieben, als „Zulage“ hierzu sehen die OZ 1.6.6.9.90 bzw. 1.6.6.9.100 vor, dass diese „vorg. Deckenschalung der Wetterschutzdächer“ in Sichtbeton der Klasse 4 bzw. der Klasse 1 ausgeführt werden könnte – was dafür spräche, dass es sich diesbezüglich (der tatsächlichen Kennzeichnung entsprechend) um Bedarfspositionen (zur Grundposition 1.6.6.9.70) handelt, die beide wiederum in einem Alternativverhältnis zueinander stehen. Denklogisch könnte auch die OZ 1.6.6.5.10 die Grundposition sein; diese Leistungsposition betrifft die Errichtung der Leichtbetondecke der Wetterschutzdächer. Auch die beiden letztgenannten Auslegungsvarianten sind objektiv jedoch angesichts der Vorgabe, dass im Leistungsverzeichnis keine Bedarfspositionen enthalten seien, nicht eindeutig i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 1, § 121 Abs. 1 GWB.

Anders als die Ag meinen, hat auch die ASt die Leistungsbeschreibung nicht so verstanden, dass es sich entgegen der Überschrift „Bedarfspositionen“ ausschließlich um Alternativpositionen handelt. Die Bieterfrage der ASt vom 2. Dezember 2016 bezog sich ausschließlich auf die Ausführung und Kalkulation der OZ 1.6.6.10.10, jedoch nicht auf das Verhältnis zwischen den OZ 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 oder 1.6.6.9.70/1.6.6.5.10.

- b) Selbst wenn die OZ 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 in einem Alternativverhältnis zueinander stehen sollten (so die Ag), sind diese nicht vergaberechtskonform als Alternativpositionen ausgeschrieben worden. Hierzu hätte es neben einem berechtigten Interesse des Auftraggebers – was hier vorliegt – insbesondere einer für die Bieter transparenten Festlegung dahingehend bedurft, wie die Ag gedenken, diese Positionen im Rahmen der Angebotswertung zu berücksichtigen.

Die Aufnahme von Alternativpositionen in ein Leistungsverzeichnis beeinträchtigt die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung (§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB) und tangiert die Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB), weil sie den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzt, in Ansehung der Angebote durch seine Entscheidung für oder gegen eine Alternativposition das Wertungsergebnis manipulativ zu beeinflussen. Die Ausschreibung von Alternativpositionen ist daher nur dann zulässig, wenn dem öffentlichen Auftraggeber ein berechtigtes Bedürfnis zukommt, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offenzuhalten, außerdem muss den Bietern zur Gewährleistung eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens vorab bekannt sein, welche Kriterien für die Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Alternativ-/Wahlposition maßgebend sein sollen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10 m.w.N.).

Ein berechtigtes Interesse der Ag im o.g. Sinne liegt hier zwar vor. Denn die Ag haben vorgetragen, sie hätten mit der Aufnahme der beiden Sichtbetonalternativen der Gefahr entgegenwirken wollen, bei alleiniger Ausschreibung der wohl präferierten Sichtbetonqualität SB 4 ausschließlich Angebote oberhalb ihrer Budgetgrenze zu erhalten und deshalb ggf. ein erneutes zeit- und kostenintensives Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Ein solches Interesse, mit Hilfe einer Ausschreibung und entsprechender Wahlpositionen die Kosten für verschiedene Ausführungsvarianten zu erfahren, ist vor dem Hintergrund, dass öffentliche Auftraggeber effizient und sparsam mit Haushaltsmitteln

umzugehen haben, anzuerkennen(vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. März 2004, VII-Verg 7/04).

Die Ag haben es aber zur Gewährleistung eines transparenten Vergabeverfahrens versäumt, dem Bieterkreis vorab die Kriterien bekannt zu geben, die für die Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Wahlpositionen maßgebend sein sollen. Sie hätten dazu in ihren Vergabeunterlagen auf das begrenzte Budget als Maßstab für die Inanspruchnahme einer der beiden Ausführungsalternativen hinweisen sowie festlegen müssen, dass sie die Ausführungsalternative in Sichtbetonqualität SB 4 gegenüber der Ausführungsalternative Sichtbetonqualität SB 1 bevorzugen, selbst wenn diese teurer ist, aber innerhalb ihres Budgets liegt (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. März 2004, VII-Verg 7/04).

Ein solcher Hinweis ergibt sich weder aus der Leistungsbeschreibung noch aus den sonstigen Vergabeunterlagen.

Auch aus der Gesamtschau der Vergabeunterlagen ergeben sich diese Kriterien für die Inanspruchnahme der Alternativen nicht mit der wegen des Transparenzgrundsatzes gebotenen Klarheit. Das Argument der Ag, ihnen sei es bei dem verfahrensgegenständlichen Bauprojekt besonders auf ein optisch ansprechendes Erscheinungsbild angekommen, weshalb es den Bietern hätte klar sein müssen, dass prioritär Sichtbetonqualität SB 4 beauftragt werden solle, verfängt eben so wenig, wie der Hinweis darauf, dass bei der OZ 1.6.6.9.100 im Gegensatz zur OZ 1.6.6.9.90 nur der Einheitspreis und nicht der Gesamtbetrag anzugeben war oder die Tatsache, dass mit der OZ 1.6.6.9.140 die Herstellung von Musterflächen mit ausgeschrieben war, die in der Sichtbetonqualität 4 herzustellen waren. Diese Punkte sind lediglich Indizien für den Vergabewillen der Ag und daher nicht geeignet, dem engen vergaberechtlichen Maßstab, an dem Alternativpositionen zu beurteilen sind, Rechnung zu tragen.

Ferner ergibt sich die Festlegung auf die OZ 1.6.6.9.90 entgegen der Auffassung der Ag auch nicht aus der Bieterauskunft vom 8. Dezember 2016. Zum einen geht es in der Bieterauskunft hauptsächlich um den Betonstahl i.S.d. OZ 1.6.6.10.10 und die Erstellung der Wetterschutzdächer wird nur am Rande behandelt. Abgesehen davon lässt diese Bieterauskunft die Ausführung in SB 4 ausdrücklich offen. So heißt es: „Die Vergütung der

Bewehrung erfolgt über die Position 1.6.6.10.10 unabhängig davon ob die Position 1.6.6.9.90 zur Ausführung kommt.“

Doch selbst wenn jedenfalls eine gewisse Tendenz der Ag für die Ausführung der Wetterschutzdächer in Sichtbetonklasse 4 deutlich werden sollte, lässt sich hieraus nicht das letztendlich entscheidende Kriterium entnehmen, nach dem die Ag über die Beauftragung der bestimmten Ausführungsart entscheiden wollen. Dies sollte hier das Budget sein, konkret ob der für die bevorzugte Ausführungsart in SB 4 angebotene Preis von den für dieses Projekt bereitgestellten Mitteln gedeckt ist. Das einzige, was sich hierzu aus den Vergabeunterlagen ergibt, spricht eher für die gegenteilige Vorgehensweise. Denn wenn der niedrigste Preis zuschlagsentscheidend sein soll (s. Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung), liegt es jedenfalls nicht fern, auch im Zusammenhang mit den Alternativpositionen die kostengünstigere Variante zu bezuschlagen (so wie möglicherweise in Fällen wie hier mit begrenzten Budget auch üblich, vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. März 2004, VII-Verg 7/04) und nicht wie hier von den Ag gewollt, ggf. sogar die teurere Variante, wenn sie innerhalb ihres Budgetrahmens liegt.

3. Anders als die Ag meinen, ist die ASt durch diese Vergaberechtsverstöße auch in ihren Rechten verletzt. Dass feststeht, dass die ASt ihr Angebot anders kalkuliert hätte, ist diesbezüglich nicht entscheidend. Vielmehr kommt es für die Begründetheit eines Nachprüfungsantrags lediglich darauf an, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Auftragschancen des Antragstellers durch den Vergaberechtsverstoß beeinträchtigt wurden (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 28. Januar 2015, VII-Verg 31/14; und vom 15. Juni 2010, VII-Verg 10/10). So verhält es sich auch hier. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich insbesondere die fehlende Mitteilung, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses um Alternativ- und/oder Bedarfspositionen gehandelt hat, über deren Beauftragung also entweder bereits mit Zuschlag oder erst bei Auftragsdurchführung entschieden wird, auf die Kalkulation der Angebotspreise ausgewirkt hat. Denn im Falle von Bedarfspositionen hätte der Bieter das Risiko berücksichtigen müssen, dass ggf. überhaupt keine Bedarfsposition „zum Zuge kommt“. Ebenso wenig kann ausgeschlossen werden, dass die ASt ihren Angebotspreis anders kalkuliert hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Ag über die konkrete Ausführung des Auftrags in der Qualität SB 1 oder 4 nicht – wie von der ASt aufgrund des bekannt gemachten Zuschlagskriteriums „niedrigster Preis“ nachvollziehbar angenommen – danach entscheiden,



welches die preisgünstigere Alternative ist, sondern danach, ob die Ausführung in SB 4 noch von ihrem Budget gedeckt ist, auch wenn dies die teurere Angebotsvariante sein sollte.

Es ist daher anzuordnen, dass auf der Grundlage der derzeitigen Vergabeunterlagen kein Zuschlag ergehen darf. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsaufforderung zurückzusetzen. Die Ag müssen die Vergabeunterlagen so überarbeiten, dass sie den Bietern darin eindeutig mitteilen, ob und inwieweit darin Bedarfs- und/oder Alternativpositionen enthalten sind. Außerdem müssen die Ag die Kriterien angeben, unter denen sie die Alternativpositionen 1.6.6.9.90 und 1.6.6.9.100 in Anspruch nehmen wollen. Sodann ist den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.

Hieraus ergibt sich, dass die ASt hinsichtlich ihres Antrags zu 1., der darauf gerichtet ist, dass die Ag die Angebote auf der Grundlage der derzeitigen Vergabeunterlagen neu werten, unterliegt und nur mit ihrem Hilfsantrag durchdringt, der die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens im hier genannten Umfang betrifft. Ein Obsiegen im Hauptantrag scheidet allein deshalb aus, weil die Anordnung, einen Zuschlag auf der Grundlage intransparenter und damit rechtswidriger Vergabeunterlagen zu erteilen, schlechterdings nicht in Betracht kommt.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 2, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die ASt nur mit ihrem Hilfsantrag – Zurückversetzung des Vergabeverfahrens – durchgedrungen ist, jedoch nicht mit ihrem Hauptantrag. Das Interesse der Verfahrensbeteiligten ist insoweit hälftig zu bewerten, weil die Zuschlagschancen der ASt in einem neuen Vergabeverfahren ungewiss sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Dezember 2006, VII-Verg 43/06).

Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen findet bei einem hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen beider erstattungsberechtigter Verfahrensbeteiligter nicht statt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2005, VII- Verg 59/05).

Da sich die Bg nicht aktiv durch die Stellung von Anträgen oder in sonstiger Weise am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen hat, entspricht es nicht der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der (jedenfalls teilweise) unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen; aus denselben Gründen ist die Bg auch nicht an den Verfahrenskosten zu beteiligen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

**Die hauptamtliche Beisitzerin Dr. Dittmann  
ist wegen Ortsabwesenheit an der  
Unterschriftsleistung gehindert.**