



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 68/20

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Instandsetzungsmaßnahme Schiebetor [...]“, EU-Bekanntmachungs.-Nr. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim

Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Löser aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. September 2020 am 7. September 2020 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren 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) werden zur Hälfte der Antragstellerin sowie zur weiteren Hälfte der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldner auferlegt.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen jeweils zur Hälfte zu tragen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu jeweils einem Viertel. Im Übrigen tragen die Verfahrensbeteiligten ihre notwendigen Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Beigeladene war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt gegenwärtig ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe „Instandsetzungsmaßnahme Schiebetor [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr. [...], durch. Auftragsgegenstand ist die Instandsetzung des Schiebetors einer Schleusenanlage, darunter ca. 16.700 m<sup>2</sup> Korrosionsschutzarbeiten. In der EU-Bekanntmachung sind die Arbeiten unter Ziffer II.2.4) beschrieben:

„-- Korrosionsschutzarbeiten:

Reinigung der Stahlflächen einschl. Rohrleitungen vom Riegel „A“ bis Riegel „F“ vom Bewuchs, Entfernen der PAK-haltigen Beschichtung (2k-Teerepoxid) im Schwarzbereich, Strahlen aller Stahlflächen einschl. Rohrleitungen nach Sa 2½, Stahlflächen, Rohrleitungen und Armaturen grund- und deckbeschichten.“

Nach Ziffer II.2.10) der EU-Bekanntmachung hieß es:

„Angaben über Varianten/Alternativangebote:  
Varianten/Alternativangebote sind zulässig: nein.

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Formblatt 312-B) war unter „Anlagen zu diesem Formblatt A) die beim Bieter verbleiben und im Vergabeverfahren zu beachten sind“ die Zeile „Mindestanforderungen an Nebenangebote“ angekreuzt. Unter Ziffer 6. des Formblatts (S. 4) „Nebenangebote“ war in Ziffer 6.2 angekreuzt:

„Nebenangebote sind zugelassen (s. auch Nr. 4 der Teilnahmebedingungen [...])“

Weiter war dort angekreuzt:

„nur für nachfolgend genannte Bereiche: [Anmerkung Vergabekammer: ohne weitere Eintragung]“

In den Teilnahmebedingungen hieß es:

„4 Nebenangebote

4.1 Nebenangebote müssen die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.

4.2 Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.

Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

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

4.3 Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengenanätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).

4.4 Nebenangebote, die den Nummern 4.1 bis 4.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen.“

Die Baubeschreibung enthielt unter Ziffer 3.2 Bauablauf folgende Ausführungen (Seite 13):

#### „Strahlarbeiten, Strahlschuttentsorgung

Auf der Baustelle dürfen nur nichtsilikogene Strahlmittel nach TRgA 503 verwendet werden. Auf der Baustelle darf nur gestrahlt werden, wenn die erforderlichen Umwelt-, Arbeits- und Gesundheitsschutzmaßnahmen veranlasst sind. Strahlschutt darf grundsätzlich nicht ins Wasser gelangen. Durch Strahlschutt verunreinigte Flächen sind sofort zu reinigen.

Für die Ballast- Luft- und Maschinenkammern im Bereich C-D sowie innerhalb der Torkonstruktion im Bereich D-F ist die Alternative zu prüfen und zu bewerten, die Vorbereitungsarbeiten mit Mehrwegstrahlmittel durchzuführen.

Diese Vorbereitungsart ist gesondert in Form eines Nebenangebots einzureichen.“

Im Rahmen der „1. Ergänzung zu den Ausschreibungsunterlagen“ vom 7. April 2020 äußerte sich die Ag zu Nebenangeboten. Auf die Bieterfrage Nr. 4 zur Instandsetzung der in der Schleuse enthaltenen nicht mehr gebauten Pumpentypen teilte die Ag mit, dass im Hauptangebot die Teilzerlegung und die Instandsetzung der Pumpen entsprechend der Leistungsposition anzubieten sei. Ein Austausch der Pumpen könne in Form eines Nebenangebots abgegeben werden.

Die Antragstellerin (ASt) gab am 27. Mai 2020 ein Hauptangebot sowie ein Nebenangebot zu den Korrosionsschutzarbeiten ab.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2020 teilte die Ag der ASt mit, dass auf ihr Angebot unter Berücksichtigung des Nebenangebots Nr. 1 der Zuschlag erteilt werden solle. In der Zwischenzeit rügte ein konkurrierender Bieter (die Beigeladene) die Vergabeentscheidung. Mit weiterem Schreiben vom 3. August 2020 informierte die Ag die ASt sodann darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da Varianten/Alternativangebote nicht zulässig seien. Der Zuschlag solle frühestens am 14. August 2020 auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) erteilt werden.

Mit Schreiben vom 10. August 2020 rügte die ASt gegenüber der Ag die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig, da Nebenangebote in den Vergabeunterlagen zugelassen worden seien. Die Ag half der Rüge nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 13. August 2020 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

- a) Der Antrag ist nach Auffassung der ASt zulässig, eine Rügeverfristung liege nicht vor, Der einzig relevante Verstoß gegen Vergaberecht liege im Ausschluss des Nebenangebots der ASt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch in der Sache begründet. Ein Ausschluss des Nebenangebots der ASt könne nicht auf § 16 EU Nr. 5 Alt. 1 VOB/A gestützt werden. Die Ag habe Nebenangebote in den Vergabeunterlagen ausdrücklich zugelassen. Zwar sei zunächst von der in § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 1 VOB/A eröffneten Möglichkeit, in der Bekanntmachung Nebenangebote zuzulassen kein Gebrauch gemacht worden. Dies sei jedoch angesichts der eindeutigen Zulassung von Nebenangeboten in den Vergabeunterlagen offensichtlich versehentlich erfolgt. Die Ag habe gegenüber der Angabe in der Auftragsbekanntmachung eine abweichende Entscheidung getroffen. Dies sei vergaberechtlich zulässig. Eine Korrektur der Auftragsbekanntmachung sei nicht notwendig. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A enthalte eine reine Zweifelsregel, von der auch abgewichen werden dürfe. Dies ergebe sich schon aus der Entstehungsgeschichte der Norm. Bereits seit 2004 entspreche die EU-Richtlinie dem aktuellen Wortlaut. Änderungen einer einmal getroffenen Vorgabe seien möglich, soweit das Gebot der Gleichbehandlung der Bieter und die sich daraus ergebende Verpflichtung zur Transparenz beachtet würden. Die nachträgliche Zulassung sei nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf unter Beachtung des Gebots der Gleichbehandlung und Transparenz zulässig, wenn sie schriftlich vorgenommen werde und in den Vergabeunterlagen an Nebenangebote gestellte Mindestanforderungen festgelegt würden. Beide Anforderungen seien hier erfüllt. Mindestanforderungen seien hier klar festgelegt worden. Aus der Baubeschreibung sei ersichtlich, dass für die Strahlarbeiten und die Strahlschuttentsorgung die Vorbereitungsarbeiten mit Mehrwegstrahlmittel geprüft und ggf. angeboten werden sollten. Dies gelte auch für den Austausch der Pumpe (Antwort zu Bieterfrage Nr. 4). Die wesentlichen Merkmale der Alternativlösung seien klar bezeichnet und der Standard gesetzt worden. Die Ag sei auch nicht verpflichtet, die Mindestbedingungen noch detaillierter zu beschreiben, da ansonsten das Innovationspotenzial der Bieter beschränkt würde. Es gebe keinerlei Vorgabe, die Mindestanforderungen in einem separaten Dokument anzugeben.

Die abweichende Zulassung von Nebenangeboten habe auch keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Anders als etwa bei der Änderung von in der Auftragsbekanntmachung niedergelegten Eignungskriterien habe die nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Hier könne man nicht argumentieren, dass sich potentielle Bieter von der Nichtzulassung der Nebenangebote abschrecken ließen. Ein Bieter könne sich ohne Kenntnis der Vergabeunterlagen noch keine Vorstellungen davon machen, ob er das, was der Auftraggeber verlange, auch ohne Einreichung eines Nebenangebots anbieten könne.

Die Ag habe die Zulassung von Nebenangeboten auch nicht zurückgenommen. Zur Erfüllung des Gebots der Gleichbehandlung sei es für den Fall, dass bereits Haupt- und Nebenangebote abgegeben wurden, notwendig, die Zurücknahme der Zulassung von Nebenangeboten in transparenter Form mitzuteilen und allen Bietern die Möglichkeit zu geben, die maßgeblichen Preispositionen erneut anzubieten. Daran fehle es hier. Die Ag habe lediglich die Nebenangebote nicht gewertet. Dies entspreche nicht dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, den Zuschlag nicht auf das Hauptangebot der Bg zu erteilen und bei fortbestehender Vergabeabsicht Nebenangebote zuzulassen,
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
3. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

die Anträge zurückzuweisen, und der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Zum Sachverhalt stellt die Ag klar, dass in den Vergabeunterlagen keine Mindestanforderungen aufgestellt seien. Es sei lediglich auf eine Anlage verwiesen worden, die Mindestbedingungen darstellen sollte. Diese habe es nicht gegeben.

Zur Zulässigkeit trägt sie vor, die ASt hätte nach Einsichtnahme in die Vergabeunterlagen sehen können, dass Nebenangebote entgegen der Vergabebekanntmachung zugelassen waren. Sie hätte dies rügen müssen. Im Übrigen sei ihr kein Schaden entstanden.

Die Ag sei gemäß § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A verpflichtet gewesen, das Nebenangebot der ASt nicht zu werten, weil Nebenangebote in der EU-

Bekanntmachung nicht zugelassen waren. Die in Bezug genommene Rechtsprechung des OLG Düsseldorf sei deutlich älter als die zum 31. Januar 2019 eingeführte VOB/A, die auf die Richtlinie 2014/24/EU zurückgehe. Sie greife hier nicht. Zudem halte das OLG in seinem Beschluss nicht nur eine nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten für zulässig, sondern auch die Korrektur einer fehlerhaften nachträglichen Zulassung von Nebenangeboten. So habe es sich auch hier verhalten. Die nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten erfordere die Mitteilung und Erläuterung der Mindestanforderungen an die Nebenangebote. Vorliegend könnten die fehlenden Mindestanforderungen nicht im Wege der Auslegung aus den Vergabeunterlagen hergeleitet werden. Es komme daher nicht darauf an, ob die Vergabeunterlagen Vorrang vor der Bekanntmachung haben. Eine wirksame nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten könne nicht angenommen werden.

- c) Mit Beschluss vom 18. August 2020 ist die Bg zu dem Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt,

den Nachprüfungsantrag – unter Auferlegung der Kosten an die ASt – zurückzuweisen.

Die Bg schließt sich den Ausführungen der Ag an. Ob ein Auftraggeber Nebenangebote zulasse, habe er für Bauaufträge im Anwendungsbereich des GWB in der Bekanntmachung bekannt zu geben. Eine Angabe zur Zulassung oder Nichtzulassung erst in den Vergabeunterlagen sei nicht ausreichend. Die Angabe in der Bekanntmachung zur Berücksichtigung von Nebenangeboten sei die allein maßgebliche. Für eine spätere Zulassung bedürfe es zumindest einer Änderungsbekanntmachung.

Der Auftraggeber habe die Mindestanforderungen, die Nebenangebote erfüllen müssten, um gewertet werden zu dürfen, vorab in den Vergabeunterlagen zu benennen. Fehle die Angabe, dürften Nebenangebote ebenfalls nicht in die Wertung einbezogen werden.

Die Vergabekammer hat ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielten.

In der mündlichen Verhandlung am 3. September 2020 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 zulässige Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

### 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die ASt ist antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Sie hat Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt haben können.

Ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB vor Einreichen des Nachprüfungsantrags ist die ASt nachgekommen. Sie hat nach Erhalt des Absageschreibens gemäß § 134 GWB mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 10. August 2020 die Nichtberücksichtigung ihres Nebenangebots gerügt. Eine Rügepräklusion gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB hinsichtlich der (Nicht)Zulassung von Nebenangeboten in der Vergabebekanntmachung liegt hingegen nicht vor. Die ASt ging nach ihrem Vortrag davon aus, dass Nebenangebote zugelassen waren. Ein Verstoß gegen Vergaberecht war aus ihrer Sicht gerade nicht gegeben. Die ASt beanstandet vielmehr, dass ihr Nebenangebot zu Unrecht nicht gewertet wurde. Diesen Verstoß hat sie rechtzeitig gerügt.

### 2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet. Die Ag hat zu Recht Abstand davon genommen, Nebenangebote in die Wertung einzubeziehen und den Zuschlag auf ein solches zu erteilen (unter lit. a). Ein Zuschlag auf ein Hauptangebot darf hier allerdings nicht ohne vorherige Rückversetzung des Vergabeverfahrens ergehen (lit. b).

a) Die Ag hat zu Recht Abstand davon genommen, Nebenangebote in die Wertung einzubeziehen und den Zuschlag auf ein solches zu erteilen.

aa) Nebenangebote waren nach der EU-Bekanntmachung Ziffer II.2.10) vom 19. März 2020 im vorliegenden Vergabeverfahren nicht zugelassen. Grundsätzlich gilt, dass



Nebenangebote vom öffentlichen Auftraggeber gemäß § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 1 VOB/A in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung zugelassen oder vorgeschrieben werden können. Fehlt eine entsprechende Angabe, sind Nebenangebote gemäß § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A nicht zugelassen. Entsprechendes gilt nach Art. 45 Abs. 1 der zugrunde liegenden EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Danach haben öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung darauf hinzuweisen, ob sie Varianten „zulassen oder verlangen oder nicht“ (Abs. 1 S. 2). Fehlt eine entsprechende Angabe, so sind gem. Art. 45 Abs. 1 S. 3 „keine Varianten zugelassen“. Nach § 16 EU Nr. 5 1. Alt. VOB/A und Art. 56 Abs. 1 lit a) EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU sind nicht zugelassene Nebenangebote auszuschließen bzw. darf der Zuschlag nicht auf sie ergehen. So stellt sich der Sachverhalt hier dar: Die im vorliegenden Verfahren abgegebenen Nebenangebote durften – nachdem in der EU-Bekanntmachung Nebenangebote nicht zugelassen waren – nicht in die Wertung einbezogen werden; sie sind auszuschließen.

- bb) Wenn die ASt meint, die nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten habe unter Einhaltung der Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb und sei daher im laufenden Vergabeverfahren ohne Korrektur der EU-Bekanntmachung statthaft, spricht schon der eindeutige Wortlaut der anzuwendenden Normen (§ 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A, Art. 45 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU) dagegen. Der Wortlaut stellt nach der klassischen Auslegungslehre die absolute Grenze der Normauslegung dar. Spielraum für eine „Zweifelsregel“ – wie die ASt meint – gibt die Formulierung gerade nicht. Bereits in Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG war geregelt, dass Auftraggeber in der Bekanntmachung angeben, ob Varianten zulässig sind. Ausdrücklich hieß es auch dort: „fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Varianten zugelassen“. Allerdings hat erst die VOB/A 2019 (zuvor: § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 VOB/A) die vergleichbare Regelung in Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU nunmehr eindeutig umgesetzt. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus dem von der ASt angeführten Beschluss des OLG Düsseldorf (vom 28. Januar 2015, VII-Verg 31/14) ableiten. Dort war zwar eine nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten im Wege einer teilweisen Zurückversetzung des Vergabeverfahrens (noch nach alter – nicht eindeutiger – Regelung in § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 VOB/A) erwogen worden. Aus

der Entscheidung selbst – es fehlte an der Einhaltung der vergaberechtlichen Voraussetzungen für die Wertung von Nebenangeboten – ist nicht ableitbar, wie weit eine nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten im Wege der Rückversetzung des Vergabeverfahrens statthaft ist. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist im Vergabeverfahren in jedem Fall das Gebot der Gleichbehandlung der Bieter und die sich daraus ergebende Verpflichtung zur Transparenz zu beachten. Hieraus folgt nach den Ausführungen des Beschlusses, dass die Vergabeunterlagen alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig einhalten müssen. Nur dann ist gewährleistet, dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben und bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und in gleicher Weise auslegen können (vgl. OLG Düsseldorf, aaO.). Zu den vom öffentlichen Auftraggeber einzuhaltenden Bedingungen des Vergabeverfahrens gehören jedenfalls auch die vergaberechtlichen Regelungen der § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A, Art. 45 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU zur EU-weiten Bekanntmachung der Zulassung von Nebenangeboten.

- cc) Weil das Nebenangebot der ASt bereits aus den vorgenannten Gründen mangels einer vergaberechtskonformen Zulassung von Nebenangeboten nicht gewertet werden kann, ist nicht zu entscheiden, ob das Nebenangebot der ASt auch deshalb nicht zu werten ist, weil es an einer Festlegung der gemäß § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 lit. b VOB/A, Art 45 Abs. 2 S. 1 Richtlinie 2014/24/EU erforderlichen Mindestanforderungen fehlt. Es kommt also insbesondere nicht darauf an, ob die in der Baubeschreibung (dort Ziffer 3.2 Bauablauf, Seite 13) für Strahlarbeiten/ Strahlschuttentsorgung erfolgten Angaben, bereits ausreichende Mindestanforderungen darstellen oder ob weitere Angaben erforderlich sind, die dann gegebenenfalls in einem gesonderten Dokument aufzustellen wären.
  
- b) Allerdings darf vorliegend kein Zuschlag auf ein eingereichtes Hauptangebot (das Hauptangebot der Bg) ergehen. Die bloße Nichtberücksichtigung von eingereichten Nebenangeboten im Rahmen der Wertung ist vergaberechtswidrig. Das Vergabeverfahren ist bei fortbestehender Vergabeabsicht der Ag vielmehr zurückzusetzen.

Der ASt kann nicht vorgehalten werden, sie hätte schon aufgrund des Inhalts der Vergabeunterlagen nicht von der Zulassung von Nebenangeboten ausgehen dürfen. Denn der Inhalt der Vergabeunterlagen war insoweit widersprüchlich und durfte die ASt zu der Annahme verleiten, Nebenangebote seien zugelassen (hierzu aa)). Des Weiteren muss davon ausgegangen werden, dass die die ASt ihr Hauptangebot in der Annahme einer Zulassung von Nebenangeboten erstellt hat und somit ihr Hauptangebot durch das nach ihrer Auffassung zulässige Nebenangebot beeinflusst wurde (hierzu bb)). Der vorgenannte Vergabeverstoß - die Widersprüchlichkeit der Vergabeunterlagen und die damit einhergehende Beeinflussung des Hauptangebots der ASt - kann nur durch eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens beseitigt werden (hierzu cc)).

- aa) Die Vergabeunterlagen waren widersprüchlich und aus Bietersicht jedenfalls nicht eindeutig so zu verstehen, dass nur Hauptangebote eingereicht werden durften. Dies ergibt sich zunächst aus den Angaben in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots. Dort waren gemäß Ziffer 6.2 Nebenangebote zugelassen, allerdings waren Mindestanforderungen nicht beigefügt. Des Weiteren gab es eine Baubeschreibung mit dem Hinweis auf ein mögliches Nebenangebot bei Korrosionsschutzarbeiten sowie die Antwort auf Bieterfrage Nr. 4 (Austausch der Pumpen anstelle Sanierung als Nebenangebot), die ebenfalls dafür sprachen, dass die Ag Nebenangebote zulassen wollte. Die vorgenannten Umstände waren geeignet, die Bieter – trotz gegenteiliger Angabe in der Bekanntmachung – zu der Annahme zu verleiten, dass Nebenangebote dennoch zugelassen seien. Hierfür spricht auch, dass tatsächlich die Hälfte der Bieter ein zusätzliches Nebenangebot eingereicht hat.
  
- bb) Werden Hauptangebote in der Annahme erstellt, Nebenangebote seien zugelassen, kann im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass die Zulassung eines Nebenangebots auf die Erstellung des Hauptangebotes Einfluss ausgeübt hat (vgl. OLG Düsseldorf, aaO.). Von einer gegenseitigen Beeinflussung beider Angebote ist bereits aus grundsätzlichen Erwägungen auszugehen, weil die Möglichkeit, Nebenangebote einzureichen, Bieter einen auf mehrere Angebote gestützten Wettbewerbsbeitrag eröffnet, der typischerweise aufeinander abgestimmt wird (vgl. zuletzt VK Südbayern, Beschluss vom 17. März 2020, Z3-3-3194-1-47-11/19 mit weiteren Nachweisen). Andere Anhaltspunkte, die im streitgegenständlichen Fall

dafür sprechen, dass Hauptangebote und Nebenangebote hier kalkulatorisch gänzlich unabhängig und unbeeinflusst voneinander waren, sind aus Sicht der Vergabekammer nicht offenkundig. Es ist demnach davon auszugehen, dass jedenfalls die ASt ihr Hauptangebot mit Blick auf das vermeintlich zulässige Nebenangebot ausgearbeitet und kalkuliert hat.

- cc) Der Rechtsverstoß kann nur beseitigt werden, indem das Verfahren mindestens in den Stand vor Abgabe der Hauptangebote zurückversetzt wird. Hierbei sind die Bieter ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass Nebenangebote nicht zugelassen sind. Sollte die Ag darüber hinaus an der Abgabe von Nebenangeboten Interesse haben, hat sie das Verfahren in den Stand vor Bekanntmachung zurückzusetzen.

### 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, 3 S. 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die ASt mit ihrem Begehren – Zulassung und Wertung des Nebenangebots und damit praktisch Zuschlagserteilung an die ASt – nicht in vollem Umfang durchgedrungen ist. Denn die Ag muss das Vergabeverfahren mindestens in den Stand vor Abgabe neuer Hauptangebote zurückversetzen. Sie kann sich möglicherweise aber auch für eine neue Bekanntmachung unter Zulassung von Nebenangeboten entscheiden. Die ASt erhält dadurch lediglich eine neue Chance auf Erhalt des Zuschlags. Aufgrund dieser Ungewissheit ist das Unterliegen der ASt hier mit 50% zu bewerten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 25. Juni 2008, VII-Verg 22/08, und vom 16. November 2005, VII-Verg 59/05).

Die Bg ist als zum Teil mit der Ag unterlegene Partei an den Kosten des Verfahrens und der Erstattung der außergerichtlichen Aufwendungen der ASt zu beteiligen, da der Nachprüfungsantrag zwischen ihr und der ASt einen Interessengegensatz erzeugt hat und die Bg das Verfahren durch Anträge sowie schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag gefördert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13, und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Da § 182 Abs. 4 GWB anders als § 182 Abs. 3 S. 1 und 2 GWB keine

gesamtschuldnerische Haftung der unterliegenden Beteiligten vorsieht, haften die Ag und die Bg insoweit nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. September 2007, VII-Verg 28/07).

Soweit sie obsiegt, sind der Bg aus denselben Gründen ihre außergerichtlichen Aufwendungen gemäß § 182 Abs. 4 S. 2 GWB zu erstatten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, aaO.).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt und die Bg war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen zur vergaberechtskonformen Zulassung und anschließenden Wertung von Nebenangeboten aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

#### 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.

Behrens

Brauer