

Heft 04/2020

Heft 05/2020

Heft 06/2020

VergabePrax

€ 6,- inkl. MwSt. im Abonnement
€ 9,- inkl. MwSt. im Einzelheft

Herausgeber:
Dr. jur. Thomas Ax

Redaktion:
Claudia Siegel



Ax Rechtsanwälte

Dr. jur. Thomas Ax
Rechtsanwalt
Kanzleininhaber

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

t.ax@ax-rechtsanwaelte.de
T 06223/8688613
F 06223/8688614
M 0151/46197684

www.ax-rechtsanwaelte.de

VergabePrax

Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, *Maîtrise en Droit*

04-05-06/2020

International Public (Paris X-Nanterre) Inscrit au barreau de Paris.

INHALT

VergabePrax Redaktion

Vergaberecht A-Z 5

Fallstudie

Beschaffung von Schotter - auf die Beschreibung kommt es an 12

Blick in die Praxis

Unser neues Beratungsprodukt: Einrichtung einer Zentralen Vergabestelle (ZenVerg) von Thomas Ax 13

Erfolgreiche Projekte

2019

BBF, Freibad Frankfurt-Hausen: Schwimmen in luftiger Halle 17

Projekte 2020

Neustadt: UVgO: Vergabeverfahren Rahmenvereinbarung Umzugsdienstleistung 18

Projekte 1/2020: Beschaffung eines TLF 4000 für eine hessische Kommune 19

Projekt 1/2020: Vergabeverfahren Ingenieurleistung für die Sanierung/Optimierung der Kläranlage eines mittehessischen Abwasserverbandes 20

Projekte 1/2020: VOB-Vergabeverfahren eines südhessischen Abwasserverbandes 21

Aktuelle Rechtsprechung

VK Westfalen: Planungsleistungen sind wertmäßig zu addieren und europaweit auszuschreiben, soweit der sogenannte Schwellenwert für Dienstleistungen überschritten wird. vorgestellt von Thomas Ax 23

VK Bund: Mitarbeiterzahl als unzulässiges Zuschlagskriterium vorgestellt von Thomas Ax 30

VK Lüneburg: Es steht dem Bieter frei, einen angenommenen Wettbewerbsvorteil nicht offenzulegen und auf die Rüge zu verzichten 40

Werbung

Workshop – auch als Inhouse möglich **58**
So sollte man die Klärschlammmentsorgung
vergeben – vermeidbare Fehler vermeiden

Publikation zum Vergaberecht 61

Stellenanzeigen 64

Ausblick / Impressum / Bestellformular 66

VergabePrax-Redaktion

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,
in diesem Heft geht es u.a.um:

VK Westfalen: Planungsleistungen sind wertmäßig zu addieren und europaweit auszu-schreiben, soweit der sogenannte Schwellenwert für Dienstleistungen überschritten wird. vorgestellt von Thomas Ax

Bei Schätzung des Auftragswertes ist gemäß § 3 Abs. 1 VgV vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistungen ohne Umsatzsteuer auszugehen. Die Schätzung des Auftragswertes erfolgt gemäß § 3 Abs.7 VgV, wenn der Gesamtwert sich aus mehreren Losen zusammensetzt. Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses. Gemäß Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 2014/24/EU ist im Falle von Bauvorhaben oder der Erbringung von Dienstleistungen, die zu Aufträgen führen, die in mehreren Losen vergeben werden, der geschätzte Gesamtauftragswert aller dieser Lose zu berücksichtigen. Die Richtlinie gilt beim Erreichen des Schwellenwertes dann für die Vergabe jedes Loses. Legt man den Wert für sämtliche Planungsleistungen, also für die Leistungsphasen 1 bis 9, zugrunde, so wird bei einem Bauprojekt über einen Wert von ca. 3,4 Mio. Euro ein Auftragswert von ca. 340.000 Euro (10 %) für sämtliche Planungsleistungen anzunehmen sein.

Lesen Sie alles Weitere zum Sachverhalt und Zur Entscheidung auf Seite **23** in dieser Ausgabe.

Wir wünschen angenehme Lektüre des aktuellen Hefts.

Ihre VergabePrax Redaktion.

Vergaberecht A-Z

A

Aufhebung des Vergabeverfahrens als einzig verbleibende Entscheidungsoption

Eine Aufhebung des Vergabeverfahrens als einzig verbleibende Entscheidungsoption unter anderem dann geboten, wenn die Angebotspreise der Bieter die vertretbare Kostenschätzung eines Auftraggebers bzw. die zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel deutlich übersteigen und weniger einschneidende Alternativen als die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht erkennbar sind. Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebieten dann eine Aufhebung des Vergabeverfahrens (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2018, Az.: Verg 14/17; OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 189, 192; VK Bund, Beschluss vom 13.02.2019, Az.: VK 1-3/19). VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 - 250-4002-21/2020-E-002-IK

F

Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach Aufhebung

Ein Anspruch auf Fortsetzung des Verfahrens besteht nicht, wenn die Aufhebung nicht aus rechtlich zu missbilligendem Grund erfolgt ist (BGH v.20.02.2014 - X ZB 18/13). Nach der Rechtsprechung des BGH müssen Bieter die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von einem der in der unter § 17 Abs. 1 VOB/A-EU aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht gezwungen, ein Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist (BGH v. 05.11.2002 - X ZR 232/00). Der Auftraggeber unterliegt aus Gründen des allgemeinen Vertragsrechts grundsätzlich keinem Kontrahierungszwang. (BGH, Beschluss vom 20.03.2014, Az.: X ZB 18/13; OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016, Az.: 13 Verg 5/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom

12.01.2015 - Verg 29/14). Dieser Befund findet seine Bestätigung auch im EU-Recht in Artikel 55 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU sowie im Erwägungsgrund (82) der Richtlinie 2014/24/EU, die keine weiteren Voraussetzungen für die Befugnis des Auftraggebers vorsehen, auf die Vergabe eines Auftrags zu verzichten. Insbesondere ist die Ausübung dieser Befugnis nicht vom Vorliegen schwerwiegender Gründe oder außergewöhnlicher Umstände abhängig. Daher können als Begründung einer Aufhebungsentscheidung etwa auch politisch veränderte Konstellationen oder auch reine Zweckmäßigkeitserwägungen dienen (EuGH, Urteil vom 11.12.2014, Az.: Rs. C-440/13 Croce Amica One; Burgi/Dreher, Kommentar zur VgV-SektVO-KonzVgV-VSVgV-VOB/A-EU-VOB/A-VS, 3. Aufl., 2019, § 17 VOB/A, Rn 13; Kurlartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, § 63, Rn 16 ff.).

Sofern die Aufhebung des Vergabeverfahrens aber nicht von den einschlägigen Bestimmungen der jeweils anwendbaren Vergabeverordnung gedeckt ist, ist diese rechtswidrig und kann ggf. Schadensersatzansprüche der sich an der Ausschreibung beteiligenden Unternehmen nach § 181 GWB begründen (BGH, Beschluss vom 20.03.2014, Az.: X ZB 18/13; OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016, Az.: 13 Verg 5/15). Die in § 17 Abs. 1 VOB/A-EU normierten Aufhebungsgründe schränken das Recht des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden, nicht ein. Sie haben vielmehr Bedeutung für die Abgrenzung einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV, Rn 18). Notwendige Voraussetzung für eine wirksame Aufhebung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, sodass eine Diskriminierung ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.01.2020 - 1 VK 69/19; VK Brandenburg, Beschluss vom 11.10.2017 - VK 8/17; VK Bund, Beschluss vom 07.03.2018, VK 2-12/18; VK Nord-

bayern, Beschluss vom 05.07.2019, RMF-SG21-3194-4-23). VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 - 250-4002-21/2020-E-002-IK

L

Losentscheid

Erfüllen mehrere Angebote die Voraussetzungen des wirtschaftlichsten Angebots, weil sie völlig gleichwertig sind, kann die Auswahl unter ihnen naturgemäß nicht mehr nach den Vorschriften erfolgen, nach denen "das" wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln ist (Art. 67 Abs. 2 der Vergaberichtlinie 2014/24), und es muss ein weiteres, zusätzliches Auswahlkriterium herangezogen werden. Für dieses kommt mangels Alternativen lediglich ein Losentscheid in Betracht. Ein Losentscheid - so die wohl herrschende Auffassung (s. nur Schneider, in Beck'scher VergR-Komm., Bd. 2, SektVO § 62 Rdnr. 36; Mestwerdt / Sauer in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bd. 3, VgV § 75 Rdnr. 34; OLG Rostock, Beschl. v. 1. 8. 2003, Az. 17 Verg 7/03, ZfBR 2004, S. 192) - ist vergaberechtlich zulässig. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt zwar, und die in § 75 Abs. 6 VgV 2016 enthaltene Regelung betrifft einen Sonderfall, aus dem sich eine allgemeine Analogie oder ein allgemeiner Umkehrschluss nicht herleiten lassen. Dass ein Losentscheid grundsätzlich zulässig sein muss, folgt indessen aus der Natur der Sache; denn wenn die vollständige Auswertung aller Angebote anhand der in einer Ausschreibung in zulässiger Weise vorgesehenen Kriterien dazu führt, dass zwei Angebote gleichwertig sind, käme als Alternative zu einem Losentscheid nur die Wiederholung der Ausschreibung in der Hoffnung, nunmehr werde es nicht dazu kommen, in Betracht. Das aber widerspräche dem Sinn der Vorschriften über die Vergabe, bei Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften in einem Verfahren zu einem Ergebnis zu gelangen.

Zwingende vergaberechtliche Bestimmungen stehen einem Losentscheid nicht entgegen. Hier ist darauf hinzuweisen, dass die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften dazu führen muss, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln; sind aber die dafür notwendigen

Vorkehrungen getroffen und eingehalten worden, endet der unmittelbare Anwendungsbereich der Vergabevorschriften über die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots. Gerade der Losentscheid entspricht in diesem Fall dem in Erwägungsgrund 1 der Vergaberichtlinie niedergelegten Zweck des europäischen Vergaberichts, die Vergabe öffentlicher Aufträge im Einklang mit den den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz erfolgen zu lassen. Es ist auch nicht erforderlich, einem öffentlichen Auftraggeber abzuverlangen, in eine Leistungsbeschreibung über die für die Beschreibung der nachgefragten Leistung notwendigen Kriterien hinaus weitere Kriterien aufzunehmen, um durch eine solche Vermehrung der Kriterien den Eintritt des Ereignisses, dass mehrere Angebote nach der Auswertung anhand des Kriterienkataloges sich als gleichwertig erweisen, unwahrscheinlicher zu machen. Dem widerspricht schon der Umstand, dass ein reiner Preiswettbewerb, also eine Ausschreibung, die als maßgebliches Kriterium für das wirtschaftlichste Angebot allein auf den Preis abstellt, nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich zulässig ist (s. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 5. 2007 - Verg 1/07, NZBau 2007, S. 600 ff., 607; Seebo/Lehmann, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 4. Bd., § 16d EU VOB/A Rdnr. 30 m.w.N.). Und tatsächlich führt schon das Erfordernis der Preiskalkulation durch die Bieter und die Unterschiedlichkeit der wirtschaftlichen Gegebenheiten bei den verschiedenen Bietern dazu, dass kaum je zwei gleichpreisige Angebote abgegeben werden.

Es ist zudem die öffentliche Stelle, die ihren Bedarf bestimmt. Anhand ihres konkreten Bedarfs hat sie die nachgefragte Leistung zu beschreiben und die Kriterien auszuwählen, anhand deren sie das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Es widerspräche nun - wie sich gerade auch aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urt. v. 26. 3. 2015, C-601/13) ergibt - den Grundsätzen der Trans-

parenz des Verfahrens (s. dazu Dreher in Immenga/Mestmäcker, WettbewR, 5. Aufl., § 97 GWB Rdnrn. 50 ff.) und der Freiheit von Diskriminierung einzelner Bewerber in eklatanter Weise, wenn die öffentliche Stelle außer diesen, ihren konkreten Bedarf erschöpfend beschreibenden Kriterien, weitere - zur Beschreibung und Bewertung an sich nicht notwendige und daher willkürlich ausgewählte - Kriterien allein zu dem Zweck hinzufügen müsste, um das Ergebnis einer Gleichwertigkeit mehrerer Angebote noch unwahrscheinlicher zu machen, als es dies ohnehin schon ist. Dass es selbst bei einer geringen Zahl von notwendigen Kriterien nur selten zu einer Gleichwertigkeit mehrerer Angebote kommt, wird an dem Umstand deutlich, dass Fragen des Losentscheides im Vergabeverfahren die Vergabekammern und Vergabesenate nur sehr selten und den Bundesgerichtshof und den Europäischen Gerichtshof bislang noch überhaupt nicht beschäftigt haben. Eine Gefahr, dass die öffentlichen Auftraggeber durch eine Beschränkung ihrer Bewertungskriterien gleichsam eine "Flucht in den Losentscheid" antreten werden, um sich der Mühen einer Ermittlung des jeweils wirtschaftlichsten Angebots anhand einer Wertungsmatrix nicht unterziehen zu müssen, erscheint daher schon aus tatsächlichen Gründen nicht gegeben.

Bei der Frage, wie das Losverfahren auszugestalten ist, ist eine funktionale Betrachtungsweise angezeigt; denn wenn auch die Vorschriften über die Auswahl des "wirtschaftlichsten Angebots" bei der Entscheidung durch Zufall naturgemäß nicht greifen können, sind doch, wie ausgeführt, die in Erwägungsgrund 1 der Vergaberichtlinie niedergelegten übergeordneten Grundsätze jedes Vergabeverfahrens, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz zu beachten. Eine bestimmte Art der Durchführung des Losentscheides ist damit nicht vorgegeben, so dass hier wie auch sonst, wenn der die Entscheidung treffenden Einrichtung vorbehalten ist, dass Los entscheiden zu lassen, es grundsätzlich ihr überlassen ist zu bestimmen, welche Form des Losentscheides gewählt werden soll. Dieses Verfahren ist allerdings so zu wählen, dass ein

nicht beeinflusstes Zufallsergebnis herbeigeführt wird, für alle Teilnehmer am Losentscheid also die gleichen Chancen bestehen, und ein hinreichender und den Umständen nach angemessener Schutz vor Manipulationen besteht. Um das zu gewährleisten, muss das Verfahren so gestaltet sein, dass es einerseits nicht zu schlicht, andererseits aber doch so übersichtlich ist, dass seine einzelnen Vorgänge ohne besonderen Aufwand erfassbar und überprüfbar sind (so, zum Losentscheid nach Stimmengleichheit bei einer Wahl, BVerwG, Beschl. v. 15. 5. 1991, Az. 6 P 15/89, NJW 1991, 3231 f., 3232). OLG Hamburg, Beschluss vom 20.03.2020 - 1 Verg 1/19

M

Mitwirkung des Planers

Die Vergabeakte muss erkennen lassen, dass die in den einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens zu treffenden Entscheidungen von dem Auftraggeber selbst getroffen sind und nicht etwa von einem mit Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens beauftragten Ingenieurbüro oder einem sonstigen beauftragten Sachverständigen. Die Mitwirkung eines Dritten darf nicht die Grenze zur Mitentscheidung überschreiten, da der Auftraggeber alleine für die Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen verantwortlich ist. Nimmt der Auftraggeber externe Beratung eines Dritten in Anspruch, sollte die Dokumentation daher nicht nur die Übernahme des Entscheidungsvorschlags des Dritten durch den Auftraggeber enthalten. Vielmehr hat sich der Auftraggeber im Rahmen seiner Verantwortung mit dem Entscheidungsvorschlag auseinanderzusetzen (vgl. hierzu näher Kulartz/Kus/ Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, § 8, Rn 13). Die Entscheidungsfindung des AG im Vergabeverfahren darf nicht allein auf den Feststellungen des Planers beruhen. VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 - 250-4002-21/2020-E-002-IK

N

Nebenangebote, nur Preis

Die Festsetzung von ausreichend detaillierten, transparenten und widerspruchsfreien Mindestanforderungen ist aber Voraussetzung für die Zulassung von Nebenangeboten bei einem reinen Preisentscheid. Aus § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 6 VOB/A ist nicht zu folgern, dass nunmehr Nebenangebote stets auch dann zulässig sind, wenn einziges Zuschlagskriterium der Preis ist. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 6 VOB/A (und der inhaltsgleiche § 35 Abs. 2 VgV) stellt den Versuch des Gesetzgebers dar, im Sinne eines von ihm angenommenen Bedarfs an innovativen Nebenangeboten die Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13) zu korrigieren. Die Regelung hat keine Grundlage in den zugrundeliegenden Vergaberichtlinien und steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 45 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und § 127 Abs. 4 Satz 2 GWB. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 6 VOB/A ist daher strikt im Lichte des höherrangigen Rechts auszulegen. Der BGH hat zwar mit Beschluss vom 07.01.2014 - Az.: X ZB 15/13- ausgeführt, dass die für Nebenangebote vorzulegenden Mindestanforderungen im Allgemeinen nicht alle Details der Ausführung zu erfassen brauchen, sondern Spielraum für eine hinreichend große Variationsbreite in der Ausarbeitung von Alternativvorschlägen lassen und sich darauf beschränken dürfen, den Bietern, abgesehen von technischen Spezifikationen, in allgemeinerer Form den Standard und die wesentlichen Merkmale zu vermitteln, die eine Alternativausführung aufweisen muss.

Die Begründung der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung zu § 35 Abs. 2 VgV - nach § 35 Abs. 2 S. 1 VgV sind in Hinblick auf Nebenangebote in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen festzulegen - hat diese Ausführungen wortgleich übernommen (vgl. BT-Drs. 18/7318 S. 147f zu § 35 Abs. 2 VgV). Nach der Begründung der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung soll in solchen Fällen die Festsetzung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener nichtpreislicher Zu-

schlagskriterien durch den öffentlichen Auftraggeber "naheliegen". Auf diese Weise könne eingeschätzt werden, ob ein preislich günstigeres Nebenangebot mit einem solchen Abstand hinter der Qualität eines dem Amtsvorschlag entsprechenden Hauptangebots zurückbleibt, dass es nicht als das wirtschaftlichste Angebot bewertet werden kann (BT-Drs. 18/7318 S. 147f zu § 35 Abs. 2 VgV). In seinem umfangreichen obiter dictum im Beschluss vom 10.05.2016 - X ZR 66/15 - hat der BGH darauf hingewiesen, dass § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 b) S. 2 VOB/A (und entsprechend § 35 Abs. 2 S. 3 VgV) nicht von der Beachtung des gesetzlichen Grundsatzes, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird und sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt (§ 127 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB), entbindet.

Nur wenn dies nach dem Gegenstand des Auftrags und der Gesamtheit der Vergabeunterlagen erreicht werden kann, darf der Preis einziges Zuschlagskriterium sein (vgl. auch BT-Drs. 18/6281 S.111 f. zu § 127 Abs. 1 GWB). Konkret bedeutet dies, dass Nebenangebote nur dann nach dem Preis als einzigem Zuschlagskriterium gewertet werden können, wenn durch eine entsprechende Festlegung von Mindestanforderungen i.S.d. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 b) VOB/A sichergestellt ist, dass die Angebote qualitativ soweit vergleichbar sind, so dass der Zuschlag auf das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis erteilt werden kann. Es ist wäre dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar, wenn wesentlich ungleiche Angebote willkürlich gleich, nämlich nach dem einzigen Kriterium des niedrigsten Preises, dass keine Qualitätsunterschiede abbilden kann, gewertet würden (VK Südbayern, Beschl. v. 06.02.2016, Az.: Z3-3-3194-1-50-12/16). VK Südbayern, Beschluss vom 17.03.2020 - Z3-3-3194-1-47-11/19

N

Nebenangebote, Mindestanforderungen, unzureichende

Ein Nebenangebot umfasst jede Abweichung vom geforderten Angebot. Ein kaufmännisches

Nebenangebot liegt vor, wenn der Bieter in technischer Hinsicht den Vorgaben des Auftraggebers folgt, jedoch in wirtschaftlicher Hinsicht von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweichen. Bei kaufmännischen Nebenangeboten wird in der Regel nicht das Leistungsoll abgeändert, sondern es werden dem Auftraggeber andere wirtschaftliche Modalitäten angeboten. Dies können ein anderes Finanzierungsmodell, eine abweichende Vergütungsstruktur und auch das Angebot von Preisnachlässen unter Bedingungen sein. Eine Pauschalierung eines Einheitspreisangebotes ist damit ein kaufmännisches, die Vergütungsart betreffendes Nebenangebot (vgl. VK Bund, Beschluss vom 26.02.2007 - VK 2-9/07). Bei unzureichenden Mindestanforderungen an zugelassene Nebenangebote darf der Zuschlag nicht auf ein Nebenangebot erteilt werden. Eine Zuschlagserteilung auf ein Hauptangebot ist jedoch ebenfalls zu untersagen, da der Fehler des Auftraggebers bei der Erstellung der Vergabeunterlagen nicht zu Lasten der Bieter gehen darf, solange keine Präklusion diesbezüglich vorliegt. Die Behebung des Vergabeverstößes erfordert daher eine Rückversetzung des Verfahrens in den Zustand vor Veröffentlichung der Vergabeunterlagen, damit der Antragsteller entweder in den Vergabeunterlagen neue Mindestanforderungen für Nebenangebote formulieren kann oder mit einer Änderungsbeachtmachung und einer Umformulierung der Vergabeunterlagen Nebenangebote als nicht zulässig deklarieren kann.

Es kann im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass die Zulassung eines Nebenangebots auf die Erstellung des Hauptangebotes Einfluss ausgeübt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2011, VII-Verg 22/11, BA 16; Thüringer OLG, Beschl. v. 16.09.2013, 9 Verg 3/13). Dies gilt insbesondere, wenn Nebenangebote nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zulässig waren. Durch die ausdrückliche Zulassung von - letztlich vergaberechtlich unzulässigen - Nebenangeboten erweckt der Auftraggeber bei den Bietern den Eindruck, dass der Wettbewerb für Nebenangebote eröffnet ist und darauf auch ein Zuschlag erteilt werden kann. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Bieter das Hauptangebot mit Blick auf das

vermeintlich zulässige Nebenangebot ausgearbeitet und kalkuliert haben. Von einer gegenseitigen Beeinflussung beider Angebote ist vielmehr bereits aus grundsätzlichen Erwägungen auszugehen, weil die Möglichkeit, Nebenangebote einzureichen, Bietern einen auf mehrere Angebote gestützten Wettbewerbsbeitrag eröffnet, der typischerweise aufeinander abgestimmt wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.01.2015 - Verg 31/14). Diese vom OLG Düsseldorf für technische Nebenangebote entwickelten Grundsätze gelten auch bei rein kaufmännischen Nebenangeboten VK Südbayern, Beschluss vom 17.03.2020 - Z3-3-3194-1-47-11/19

U

Unangemessen hoher Preis

Eine Ausschreibung kann gemäß § 17 Abs. 1 VOB/A-EU aufgehoben werden, wenn gemäß § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU keinem Angebot wegen unangemessen hohen Preises der Zuschlag erteilt werden kann. Ob dieser Tatbestand unter § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU - kein Angebot, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht (so Willenbruch/ Wiedekind, Vergaberecht, 4. Aufl., 2017, § 17 VOB/A-EU, Rn 30, vgl. aber Rn 45, 53 ff.) - oder unter § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU - anderer schwerwiegender Grund (so Burgi/Dreher, Vergaberecht, VgV-SektVO-KonzVgV-VSVgV-VOB/A-Eu- 0B/A-VS, 3. Aufl., 2019, § 17 VOB/A-EU, Rn 10) - zu subsumieren ist, kann offenbleiben. Denn wenn nur Angebote - bzw. wie hier nur ein Angebot - mit einem unangemessen hohen Preis vorliegen, kann jedenfalls nach einem der beiden Tatbestände die Ausschreibung aufgehoben werden (OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 189, 190; Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., 2018, § 17 VOB/A-EU, Rn 2). Der Maßstab für die Ermittlung eines angemessenen Preises und damit für die Beurteilung, ob ein Preis unangemessen hoch im Sinne von § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU ist, können Angebote anderer Bieter, Daten aus anderen Ausschreibungen, für vergleichbare Leistungen vom Auftraggeber gezahlte oder ihm angebotene Preise, eigene Kostenschätzungen und Kalkulationen beratender Ingenieurbüros sein. Allerdings müssen

für einen zulässigen Vergleich zwischen der Kostenschätzung des Auftraggebers und dem gebotenen Preis das der Kostenschätzung zu Grunde liegende LV sowie dass LV der Ausschreibung übereinstimmen und die bei der Kostenschätzung gewonnenen Ergebnisse müssen als vertretbar erscheinen. Bei der Frage der Angemessenheit des Preises ist auf den Gesamtpreis abzustellen und nicht auf einzelne Preispositionen (OLG Karlsruhe, NZBau 2014, 189, 190 f.).

Ein Angebotspreis ist dann unangemessen hoch, wenn er die vertretbare Kostenschätzung deutlich übersteigt, wobei die Frage, wann die Kostenschätzung so deutlich überschritten ist, dass eine sanktionslose Aufhebung der Ausschreibung gerechtfertigt ist, nicht durch allgemeinverbindliche Werte nach Höhe oder Prozentsätzen beantwortet werden kann, sondern vielmehr eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende Interessenabwägung vorzunehmen ist (BGH, Urteil vom 20.11.2012, Az.: X ZR 108/10). Der Auftraggeber muss die Kostenschätzung unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeiten. Aus der Sicht der Beteiligten sind die Ergebnisse der Kostenschätzung hinzunehmen, wenn sie aufgrund der bei ihrer Aufstellung objektiv vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheint. Daran wird es regelmäßig fehlen, wenn sie auf erkennbar unrichtigen Daten beruht, insbesondere, wenn sie eine vorhersehbare Kostenentwicklung unberücksichtigt lässt, wichtige Aspekte außer Acht lässt oder ungeprüft und pauschal auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhende Werte übernimmt (BGH, Beschluss vom 20.11.2012, Az.: X ZR 108/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2018 - Verg 14/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.03.2019, Az.: Verg 42/18; Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, § 63 VgV, Rn 62). VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020 - 250-4002-21/2020-E-002-IK

V

Verfehlung, schwere

Öffentliche Auftraggeber können nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird. Die schwere Verfehlung muss dabei durch das Unternehmen begangen worden sein, so dass bei juristischen Personen wie der Antragstellerin, die Handlung von für das Unternehmen tätigen Personen diesem zuzurechnen sein muss. Hierfür wird in § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB explizit auf die Zurechnungsnorm des § 123 Abs. 3 GWB verwiesen, welche entsprechend anzuwenden ist. Demnach ist das Verhalten einer natürlichen Person dem Unternehmen zuzurechnen, wenn diese als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört.

Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281 Seite 103) wurde die Formulierung in Anlehnung an § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG gewählt. Danach gehört zu den für die Leitung des Unternehmens verantwortlich handelnden Personen insbesondere, wer vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder Mitglied eines solchen Organs, Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglied eines solchen Vorstands, vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder Generalbevollmächtigter ist oder wer in leitender Stellung Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins bzw. einer rechtsfähigen Personengesellschaft ist. Diese Auslegung findet auch ihre Grundlage in Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach der Ausschluss eines Unternehmens dann möglich ist, wenn "die rechtskräftig verurteilte Person ein Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Unternehmens ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat". Das Wort "darin" bezieht sich auf das Unternehmen insgesamt und nicht nur ein-

geschränkt auf das Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Unternehmens. Ansonsten würde der zweite Halbsatz weitgehend leerlaufen und insbesondere der Fall eines Prokuristen nicht erfasst werden, der eventuell nur für einen Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens Prokura besitzt und nicht Mitglied eines Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums des Unternehmens ist. Auch Straftaten eines solchen Prokuristen sollten aber dem Unternehmen, für das der Prokurist tätig ist, zugerechnet werden können. VK Südbayern, Beschluss vom 17.03.2020 - Z3-3-3194-1-47-11/19

Fallstudie

Beschaffung von Schotter - auf die Beschreibung kommt es an

Fall:

Der Positionstext 0.1.40.0040 aus dem Langtext enthält den folgenden Text: "Tragschichtschotter liefern, einbauen 2200 m³ Schottertragschicht ZTV-T-STB, Verformungsmodul EV 2 mind. 120 MM/m² aus Schottersplitt-Brechsand-Gemisch, Körnung 0/56, Schichtdicke bis 45 cm, Abrechnungen nach Auftragsprofilen".

Ist hier auch RC-Material zugelassen?

Lösung:

Die Leistung ist im einem Leistungsverzeichnis so eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Dabei hat der Auftraggeber alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Damit ist der Auftraggeber in der Pflicht, eindeutig zu bestimmen, welche Erklärungen und welche Leistungen er für die Angebotswertung fordert. Mit dem vorliegenden Ausschreibungstext hat der Auftraggeber keine hinreichend eindeutige und erschöpfende Beschreibung des geforderten Tragschichtschotters abgegeben. Aus den Verdingungsunterlagen ergibt sich verbindlich lediglich der Hinweis auf die ZTV-T-StB, die unstrittig auch das RC-Material als Schotter zulässt. Für die Eindeutigkeit seiner Forderung nach Natursteinschotter kann nicht auf nicht genannte oder nur mittelbar erkennbare Richtlinien und Erlassen abgestellt werden. Das dsbzgl Bemühen ist nicht zielführend und kann nicht als eindeutige und erschöpfende Beschreibung einer Leistung angesehen werden. Die Mehrdeutigkeit der fraglichen Positionen der Aussage ergibt sich schon aus dem Aufwand, den der Auftraggeber betreiben müsste, um die Forderung nach Natursteinschotter zu

belegen. Die Bestimmung der Leistung, hier des Materials des geforderten Schotters, kann gerade in einer EU-weiten Ausschreibung nicht in einer Form erfolgen, die den Bieter zwingt, umfangreiche Nachforschungen potentiell anwendbarer Erlasse und Regelwerke aus der deutschen Fachwelt zu betreiben und ggf. gutachterlich zu klären, was gemeint sein könnte. Die Beschreibung der Leistung hat vielmehr durch technische Spezifikationen zu bestehen.

Die notwendige Ermittlung der fachlichen Begriffe über Gutachten ist auch als nicht zulässige umfangreiche Vorarbeit anzusehen. Auch der Hinweis auf die Verwendung einer Formulierung aus dem Standardleistungsbuch muss den Auftraggeber dazu anregen, das Einbaumaterial eindeutig zu bestimmen. Die Rückschlüsse, dass damit allein nur ein Natursteinschotter gemeint sein könne, gehen fehl, weil als Schotter grundsätzlich alle Formen zerkleinerten Materials bezeichnet werden können. Der Hinweis auf die fehlende Anforderung einer Genehmigung der Unteren Wasserbehörde muss den Auftraggeber veranlassen, vor Herausgabe des Leistungsverzeichnisses zu prüfen, ob auch wirklich Naturstein erforderlich ist. Die wettbewerbliche Ausschreibung soll der sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln dienen. Der Auftraggeber muss mithin prüfen, ob Recyclingmaterial nicht tatsächlich die Ansprüche auch wasserrechtlich deckt.

Zumeist ist davon auszugehen, dass Recyclingmaterial nicht nur begrifflich unter den verwandten Schotterbegriff fällt, sondern auch für die vorgesehene Baumaßnahme unproblematisch eingebaut werden kann, sofern der notwendige Reinheitsgrad eingehalten wird. Sofern aus anderen Gründen als dem Gewässerschutz der Auftraggeber der Auffassung ist, dennoch nur Naturschotter verwenden zu können, muss der Auftraggeber prüfen, ob der von ihm geforderte Natursteinschotter wirklich erforderlich ist, dieses ist nachvollziehbar zu begründen und entsprechend in hinreichend definierter Form auszuschreiben. Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg Beschluss Az.: VK 20 / 09

Blick in die Praxis

Beiträge

Unser neues Beratungsprodukt: Einrichtung einer Zentralen Vergabestelle (ZenVerg) von Thomas Ax

ZenVerg begleitet für Stadtverwaltungen die Einrichtung einer Zentralen Vergabestelle für die rechtssichere Durchführung von Vergabeverfahren nach nationalem und europäischem Vergaberecht oberhalb einer Wertgrenze von bspw. 15.000 €. Aufgrund der deutlich veränderten vergaberechtlichen Vorgaben, insbesondere auch die Pflicht zur elektronischen Vergabe, wie auch die unmittelbar bevorstehende Verbindlichkeit der Unterschwellenvergabe, besteht die dringende Notwendigkeit, einerseits das Know How innerhalb der betreffenden Stadtverwaltung zu bündeln und andererseits dem Gesichtspunkt der Korruptionsprävention durch organisatorische Vorgaben Rechnung zu tragen. Die Erfahrungen vieler Kommunen verdeutlichen, dass eine Zentrale Vergabestelle, die unabhängig von vergebenden Verwaltungsstellen organisiert ist, am besten dazu geeignet ist, diese Ziele zu erreichen. Bei Umsetzung einer derartigen Grundentscheidung ist es dann weiter folgerichtig, bei der Zentralen Vergabestelle die verwaltungsrechtliche Kompetenz zu bündeln und die Vergabeverfahren grundsätzlich dort durchzuführen. Gleichzeitig muss die inhaltliche bzw. technische Kompetenz vollumfänglich bei den vergebenden Bereichen verbleiben. Dies bedingt bei klarer Zuordnung der Verantwortung (inhaltlich vergebender Bereich, Verfahrensleitung bei der Vergabestelle) eine intensive Zusammenarbeit im Vergabeverfahren. ZenVerg ist in 2019 in 23 Fällen gebucht worden und hat bei der Einrichtung einer Zentralen Vergabestelle für die rechtssichere Durchführung von Vergabeverfahren nach nationalem und europäischem Vergaberecht erfolgreich unterstützt.

Status quo und Ziel:

Die Ausschreibung öffentlicher Aufträge wird dezentral in zahlreichen Bereichen der Stadtverwaltung durchgeführt. Lediglich die Submission erfolgt bereits in einer Zentralen Submissionsstelle. Diese Organisationsform des öffentlichen Auftragswesens birgt zahlreiche Risiken, wird zunehmend ineffizienter und wird mit Einführung weiterer digitaler Vergabeverfahren (E-Vergabe) aufwändiger. Zur Korruptionsprävention empfehlen wir, eine Zentrale Vergabestelle einzurichten oder die Aufgaben der vorhandenen Zentralen Submissionsstelle entsprechend zu erweitern. Hier sollte u. a. der Versand der Angebotsunterlagen, die Sammlung der eingehenden Angebote und die rechnerische Prüfung durchgeführt werden. Auch ist durch die dezentrale Organisation und zunehmende Komplexität des Vergabewesens keine einheitliche Anwendung der relevanten vergaberechtlichen Vorschriften gewährleistet. Aus Gründen der Korruptionsprävention, der zunehmenden Komplexität des Vergaberechts und der bevorstehenden rechtlichen Notwendigkeit der Einführung der E-Vergabe wird die Bündelung vergaberechtlicher Kompetenz in einer Zentralen Vergabestelle für zwingend erforderlich erachtet.

Eine zentrale Organisation des Vergabewesens mindert Risiken bzw. bietet Vorteile in folgenden Bereichen:

Rechtssicherheit

Die fachliche Kompetenz hinsichtlich der auszuschreibenden Leistungen ist in den Fachbereichen unzweifelhaft vorhanden, so dass die Zuständigkeit zur Erstellung von Leistungsbeschreibungen betreffend kein Handlungsbedarf besteht. Allerdings sind vergaberechtlichen Kompetenzen aufgrund der zunehmenden Komplexität des Vergaberechts in den Fachbereichen in unterschiedlichem und teilweise nur rudimentärem Umfang vorhanden.

Die vergaberechtlichen Kompetenzen betreffend besteht dauerhaft hoher Schulungsaufwand und die Notwendigkeit zahlreicher Multiplikatoren. Durch eine zentrale Organisation wird vergaberechtliche Kompetenz an einer zentralen Stelle gebündelt und kann dort wesentlich ausgeprägter als dezentral in den Fachbereichen vorgehalten werden.

Einheitlichkeit

Der Standard hinsichtlich der Gestaltung der Vergabeunterlagen, der Bieterberatung, der Vertragsgestaltung, der Bieterdateien und Dokumentationen ist höchst unterschiedlich. Die Implementierung verwaltungsweiter einheitlicher Standards, z.B. auch die Berücksichtigung des Cradle to Cradle-Prinzips, Dokumentationen und Bieterdateien ist in einer zentralen Organisationseinheit relativ leicht möglich und stellt einen Qualitätsgewinn nicht nur hinsichtlich der internen Abläufe sondern auch in der Außenwirkung auf Bieter dar.

Transparenz

Ein Gesamtüberblick über alle zu vergebenden öffentlichen Aufträge ist kaum bzw. nur mit erheblichem Aufwand möglich. Bündelungen von Beschaffungen sind kaum möglich. Eine Zentrale Vergabestelle hat eine Gesamtübersicht über alle öffentlichen Aufträge. Dies vereinfacht ein Controlling und die Bündelung von Beschaffungen gleicher Gegenstände durch verschiedene Bereiche.

Vertretungsregelungen

Da in den meisten Bereichen nur einzelne Beschäftigte mit der Durchführung von Vergabeverfahren vertraut sind, sind Vertretungsmöglichkeiten erschwert. Bei einer zentralen Aufgabenwahrnehmung sind Vertretungsregelungen gewährleistet.

Korruptionsprävention

Korruptionsgefährdet sind u.a. insbesondere Bereiche, in denen Aufträge vergeben werden. Diese unstrittige Feststellung verpflichtet organisatorische Maßnahmen zur Vorbeugung zu treffen. Ein wirksames Mittel zur Korruptionsprävention ist die grundsätzliche Trennung von Planung und Vergabe öffentlicher Aufträge.

Eine solche Trennung ist praktisch nur durch eine zentrale Organisation des öffentlichen Auftragswesens möglich.

E-Vergabe - Erleichterung bei der Einführung der E-Vergabe (Lizenzen Vergabemanagementsystem (VMS), Vordruckwesen, Kosten)

Behörden, die den Prozess der Einrichtung einer Zentralen Vergabestelle noch nicht abgeschlossen haben, trifft mit der Umsetzung der novellierten EU-Richtlinien und der neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sowie der VOB/A parallel auch die Verpflichtung zum sukzessiven Einstieg in die vollelektronische Kommunikation im Vergabeverfahren. Für die bisher erforderliche elektronische Bereitstellung von Bekanntmachungen und Vergabeunterlagen reichte die Nutzung einer Vergabeplattform aus. Zukünftig sind jedoch auch die Bieterkommunikation, die Angebotsabgabe sowie die Auftragserteilung elektronisch abzuwickeln. Dies ist ohne ein VMS, welches eine E-Vergabeakte führt, praktisch nicht umsetzbar. Der Einsatz eines VMS wiederum erfordert eine Zentrale Vergabestelle um möglichst die Kosten gering zu halten (Lizenzen) und einen ständigen internen Support zu gewährleisten.

Übergeordnete Ziele einer Zentralen Vergabestelle sind:

vollständige und medienbruchfreie Abwicklung des Vergabeprozesses

Rechtssicherheit im Vergabeverfahren (EU-Recht bis zur Dienstanweisung)

ein Baustein zur Korruptionsprävention

Wettbewerbsstärkung durch Neutralität und Wechsel der aufgeförderten Unternehmen (bei freihändigen und beschränkten Ausschreibungen)

Qualitätssicherung und –Steigerung (durch Definition und Einhaltung von einheitlichen Standards)

professionelle Bieterbetreuung

Um diese Ziele zu erreichen und möglichst alle Vorteile nutzbar zu machen, ist eine weitestgehend Zentralisierung des öffentlichen Auftragswesens erforderlich. Lediglich einen Teilbereich, z.B. Vergaben ab einem Auftragswert von 100.000 € auf eine Zentrale Vergabestelle zu übertragen, ist nicht zielführend und würde dazu führen, dass Doppelstrukturen (Vergabewissen, technische Ausstattung (= Lizenzen VMS)) vorgehalten werden müssten.

Aufgabenzuschnitt:

Im Rahmen einer Dienstanweisung sind die Abgrenzungen und Schnittstellen zwischen den Bereichen, welche Leistungen vergeben und der Zentralen Vergabestelle noch abschließend im Detail zu prüfen. Die nachfolgende sehr kleinteilige Aufstellung ist deshalb noch nicht abschließend und enthält zudem auch die Aufgaben, die bereits heute von der Zentralen Submissionstelle erledigt werden.

Bereiche:

- Bedarfsermittlung und deren Dokumentation

- Erstellen der Leistungsbeschreibung

- Nachverhandlungen mit dem Bieter bei freihändiger Vergabe oder im Verhandlungsverfahren im Vieraugenprinzip zusammen mit der Vergabestelle

- Grundsätzliches Vorschlagsrecht des möglichen Bieterkreises bei freihändigen Vergaben und beschränkten Ausschreibungen

- Auftragsabwicklung

Zentrale Vergabestelle:

- Entgegennahme des vom bewirtschaftenden Bereich bzw. der Revision geprüften bzw. selbst erstellten Leistungsverzeichnisses

- Prüfung aller notwendigen Unterlagen, wie z.B. Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen bei Investitionen, Einhaltung Auftraggeber-Auftragnehmer Modell mit Beauftragung, Einhaltung von Mietvereinbarungen

- Prüfung des Budgets bzw. der Finanzierung

- Prüfung der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes gemäß § 3 VgV, § 8 UVgO

- Erstellung des vergaberechtlichen Fristenplanes und Abstimmung mit dem Bereich
- Anlegen der förmlichen Vergabe im elektronischen VMS und Erfassung der lfd. Vergabenummer im Vergabevermerk

- Bekanntmachungen im Vorfeld und im Rahmen von beschränkten/öffentlichen Ausschreibungen sowie im Anschluss an solche Ausschreibungen

- (bei beschränkten Ausschreibungen): formelle Prüfung/Entscheidung der vorgeschlagenen Bieter und ggfs. Ergänzung/Beschränkung Bieterkreis im Rahmen des Korruptionsschutzes (in vorheriger Abstimmung mit vergabebegleitender Rechnungsprüfung)

- Einholung der Zustimmung zum Versand der Vergabeunterlagen bei der vergabebegleitenden Rechnungsprüfung

- Zentrale Zusammenstellung und Versand bzw. Upload der Bieterunterlagen

- Aufforderung zur Angebotsabgabe unter Kenntnisnahme einer evtl. Bieterorschlagsliste

- Bieterauswahl bei nicht öffentlichen Verfahren

- Erster Ansprechpartner für Bieter

- Bearbeitung von Bieterfragen und Bieterkommunikation während der beschränkten bzw. öffentlichen Ausschreibungsverfahren, bei Fragen zum Leistungsverzeichnis durch anonymisierte interne Rückfragen beim Bereich

- Führen des Aufklärungsgespräches zum Angebotsinhalt gemäß § 15 VOB/A, § 9 UVgO, § 15 VgV

- Evtl. Fristverlängerungen (Zuschlag-, Bindefrist, ...)

- Mitteilung des Submissionsergebnisses an anfordernde Bieter (nur VOB/A § 14 Abs. 7 16c Abs. 3)
- Formale und rechnerische Prüfung der Angebote mit Erstellung eines Preisspiegels mit den Einheitspreisen des bepreisten Leistungsverzeichnisses (bei Ing.-Büros Überprüfung der Leistungserbringung Lph 7)
- Durchführung von Eignungsprüfungen
- Einholung fehlender Unterlagen
- Nachverhandlungen mit dem Bieter bei freihändiger Vergabe oder im Verhandlungsverfahren im Vieraugenprinzip zusammen mit dem Fachbereich
- Mitteilung an Bieter, die aus formellen Gründen ausgeschlossen werden müssen
- Anfrage nach § 8 Korruptionsgesetz
- Auswahl eines Angebots durch Prüfung und Wertung
- Durchführung von Verhandlungen sowie deren Dokumentation
- Erstellung eines Vergabevorschlags nach wirtschaftlicher und fachtechnischer Prüfung durch den Fachbereich
- Führen des Vergabevermerkes (Dokumentation)
- Vorab-Information an erfolglose Bieter und Bewerber vor Auftragserteilung bei EU-Ausschreibungen und – mit Fristablauf - Anfrage an Vergabekammer, ob Nachprüfungsanträge vorliegen
- Anschreiben der erfolglosen Bieter
- Mitteilung an bewirtschaftende Stelle über Auftragsvergabe - nach vorheriger Mitzeichnung Revision
- Beschlüsse beim Bereich auf den Weg bringen

- Bekanntmachung von vergebenen Aufträgen
- Einrichtung und Pflege einer Bieterdatenbank

Zentrale Vergabestelle/ zuvor Zentrale Submissionsstelle:

- Entgegennahme der Angebote in verschlossenen Umschlägen
- Kennzeichnung der Angebote mit laufenden Nummern, Eingangsdatum, Uhrzeit, mit Handzeichen versehen und bis zum Eröffnungstermin für nicht Befugte unzugänglich verwahren
- Sammlung und Verwahrung der verschlossenen Angebote bis zur Submission
- Vor Öffnung des ersten Angebots Feststellung des Anwesenheitsrechts von Bietern bzw. deren Bevollmächtigten
- Öffnung der Angebote durch mindestens zwei Bedienstete gemeinsam, wobei 1 Bediensteter die Funktion des Verhandlungsleiters übernimmt. Durchgängige Lochung der Angebote nebst Anlagen, Eignungsnachweisen, Eigenerklärungen etc. mit einem Stanzstempel nach Öffnung der Angebote, Fertigung Protokoll
- Prüfung der Angebote auf Vollständigkeit
- Feststellung und Dokumentation vergaberechtlicher Auffälligkeiten in den Angebotsunterlagen (z.B. vorhandene Doppelblätter, Leerblätter, handschriftliche Streichungen oder Überarbeitung von Preisen, offengelassene Preise, fehlende Unterschriften)
- Fertigung einer Niederschrift über den Eröffnungstermin
- Elektr. Bereitstellung der Niederschrift über den Eröffnungstermin zusammen mit etwaigen Nachträgen, den Vergabeunterlagen und ggf. der Dokumentation über vergaberechtliche Auffälligkeiten
- Elektr. Bereitstellung einer Kopie der Niederschrift über den Eröffnungstermin an die Revision

Erfolgreiche Projekte 2019

BBF, Freibad Frankfurt-Hausen: Schwimmen in luftiger Halle

Von Herbst 2020 an bis voraussichtlich Frühjahr 2024 erhält das Freibad Hausen während der Wintersaison eine Traglufthalle samt Saunaaanlage und eingehauster Umkleideanlage, um so einen ganzjährigen Betrieb zu ermöglichen. Die rechteckige, komplett geschlossene, zwölf bis 15 Meter hohe Traglufthalle wird die gesamte Beckenanlage samt eines Teils der vorderen Liegewiese auf einer Fläche von 50 auf 55 Metern überdecken. Ein geschlossener „Löwengang“ verbindet die Schwimmhalle mit den Umkleiden, die vergrößert werden und eine Hülle aus recycelbarer Mineralwolle erhalten. Von diesem Gang zweigt ein weiterer zur Saunaaanlage ab, die aus Containern errichtet wird.

Die Wiese unter der Halle wird geschottert und jeweils zum Start der Open-Air-Saison mit Fertigrasen hergerichtet. Die Traglufthalle funktioniert mit Stützluft, sodass die Lärmbelästigung für Anwohner gering ist. Demontiert wird die Halle jeweils zum Start der Freiluftsaison und bis zur nächsten Wintersaison im Brentanobad neben dem Volleyballfeld gelagert. Der erstmalige Aufbau ist für Herbst 2020 geplant, einige Monate bevor das Rebstockbad abgerissen wird. Letztmalig werden Halle sowie Saunaaanlage und Umkleiden voraussichtlich im Frühjahr 2024 demontiert. Auf- und Abbau der Halle dauert jeweils nur wenige Tage.

Unsere Aufgaben:

Durchführung der Markterkundung

Durchführung der Vergabe
Verhandlung der abzuschließenden Verträge

Aktuelle Projekte 2020

Neustadt: UVgO: Vergabeverfahren Rahmenvereinbarung Umzugsdienstleistung

Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung erfolgt im Wege einer nach der UVgO anwendbaren Verfahrensart. Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt durch Öffentliche Ausschreibung, durch Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb und durch Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb. Dem Auftraggeber stehen die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies gestattet ist.

Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Eine Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. Auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Einzelaufträge werden entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben. Die Erteilung von Einzelaufträgen ist nur zulässig zwischen den in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannten Auftraggebern und den Unternehmen, mit denen Rahmenvereinbarungen abgeschlossen wurden. Es dürfen keine wesentlichen Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vorgenommen werden. Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf höchstens sechs Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor.

Tanklöschfahrzeug 4000

Tanklöschfahrzeug 4000	
Fahrzeugdaten	
Abkürzung:	TLF 4000
Land:	Deutschland
Besatzung:	0/1/2/3
Feuerlöschpumpe:	FPN 10-2000
Löschwasser:	mind. 4.000 Liter
Schaummittel:	mind. 500 Liter
Löschpulver:	2 x 6 Kilogramm
Rettungssatz:	nicht vorhanden
Zul. Gesamtmasse:	18000 Kilogramm
Antrieb:	Allrad

Das Tanklöschfahrzeug 4000 (kurz: TLF 4000) ist ein genormtes Tanklöschfahrzeug und ersetzt die nicht mehr genormten Tanklöschfahrzeuge TLF 20/40 und TLF 20/40-SL bzw. ist die neue Bezeichnung für diese Fahrzeuge. Das in der DIN 14530 Löschfahrzeuge – Teil 21: Tanklöschfahrzeug TLF 4000 normierte Fahrzeug hat eine vom Fahrzeugmotor angetriebene Feuerlöschkreiselpumpe, eine Schnellangriffseinrichtung, einen Löschwasserbehälter und eine feuerwehrtechnische Beladung. Weiterhin ist das Fahrzeug mit einem Schaummittelbehälter und einem fest montierten Schaumwasserwerfer ausgerüstet. Mit der Besatzung aus einem Trupp (0/1/2/3) erfüllt es die Aufgaben eines TLF 3000 mit dem Zusatz der Bereitstellung einer größeren Wasser- und Schaummittelmengen sowie von Sonderlöschmitteln. Eine ausreichende Gewichtsreserve ermöglicht ferner speziellere Sonderlöschmittelanlagen (z. B. Pulverlöschanlage, CO₂-Löschanlage) oder auch größere Schaummittel- und/oder Löschwasserbehälter mitzuführen.

Mit entsprechendem Pulverbehälter wird das Fahrzeug auch PTLF bzw. genauer PTLF 4000, in Bayern bei der Digitalfunk-Funktionszuordnung auch TLF40P23, genannt. Eine Zusatzbeladung für Waldbrände ist optional. Die Einfüh-

rung des digitalen BOS-Funks zog die Umbenennung des alten Fahrzeugtyps TLF 20/40 bzw. TLF 20/40-SL nach sich, weil eine einheitliche und verbindliche Bezeichnung von Fahrzeugen der Feuerwehren, des Rettungsdienstes und Katastrophenschutzes verlangt wird.

Unsere Aufgabe: Komplette Durchführung des Vergabeverfahrens

Projekte 1/2020: Vergabeverfahren Ingenieurleistung für die Sanierung/Optimierung der Kläranlage eines mitthessischen Abwasserverbandes

Unsere Aufgabe: Komplette rechtliche Begleitung des Vergabeverfahrens Insb.

Überprüfung der vorbereiteten Ausschreibungsunterlagen auf Rechtssicherheit im Hinblick auf das Vergaberecht (vor allem VgV);

Überprüfung des Ablaufs des Vergabeverfahrens im Hinblick auf einzuhaltende Fristen;

Überprüfung der Bewertungskriterien im Hinblick auf Konformität mit dem Vergaberecht. Beratung und Mitwirkung beim Vergabeverfahren im Hinblick:

- auf die Beurteilung der Bieter beim Teilnahmewettbewerb.
- auf die Korrespondenz mit Bietern (Transparenz, Gleichbehandlung, Fristen, rechtssichere Formulierungen),
- auf die Durchführung der Bietergespräche (Präsentation, Fragen),
- auf Beurteilung der zum Angebot aufgeforderten Bieter (vorgelegtes Konzept, Präsentation, Antworten auf Fragen, Angebot),
- auf die erforderliche Dokumentation des Verfahrens,
- auf das Vergabeprozedere und die Vergabebekanntmachung selbst,
- auf ggf. eingereichte Einsprüche.

Projekte 1/2020: VOB-Vergabeverfahren eines südhessischen Abwasserverbandes

Unsere Aufgabe:
Elektronische Abwicklung aller für das Projekt ... notwendigen VOB-Vergabeverfahren an zu

I.

Grundlage ist unser erprobtes und routiniertes Beratungskonzept

VergMan[®] für öffentliche Auftraggeber 2020. Ax Rechtsanwälte setzen aus guten Gründen auf das seit Jahren bewährte Beratungskonzept VergMan[®] Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber (AG – Kunden).

II

1

VergMan[®] Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber stellt die Einhaltung der vergabe- und förderrechtlichen Bestimmungen bei Durchführung der Vergabeverfahren sicher. VergMan[®] Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber stimmt die erforderlichen Termine mit dem AG – Kunden ab und überwacht die innerhalb des Vergabeverfahrens einzuhaltenden Fristen. VergMan[®] Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber wirkt bei der Behandlung von Bewerber- und Bieterfragen, Verfahrensrügen und Nachprüfverfahren mit. VergMan[®] Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber wickelt die Vergabeverfahren elektronisch über die vom AG genutzte Vergabeplattform ab.

2

VergMan[®] Vergabemanagement für öffentliche Auftraggeber beinhaltet insbesondere Folgendes:

2.1

2.1.1

Klärung Grundfragen organisatorisch
Schnittstelle AG – Kunde, IngBüro, VergMan[®]
Ansprechpartner
Kommunikation

2.1.2

Klärung Grundfragen Verfahren

Art des Verfahrens

Lose

Eignungsanforderungen

Klärung mögliche Bewerber

Klärung mögliche Bieter

Kostenschätzung

Notwendige Inhalte Bekanntmachungen

Notwendige Bestandteile Teilnahmeunterlagen

Notwendige Bestandteile Angebotsunterlagen

Abstimmung und Festlegung Zeitplanung

2.2

Überarbeitung der vom IngBüro vorbereiteten Bekanntmachungen

Übermittlung aller notwendigen Bekanntmachungen über einen TED-eSender an das Amt für Veröffentlichungen der EU

2.3

Überarbeitung der vom IngBüro vorbereiteten Vergabeunterlagen

Bereitstellung der Vergabeunterlagen über eine in der Bekanntmachung angegebene Internetadresse zum Herunterladen

2.4

Übernahme Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bewerber

Übernahme Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bieter

2.5

Beantwortung Bewerberfragen

Beantwortung Bieterfragen

2.6

Annahme elektronischer Teilnahmeanträge

Annahme elektronischer Angebote

2.7

Überprüfung der vom IngBüro vorbereiteten Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge

Überprüfung der vom IngBüro vorbereiteten Prüfung und Wertung der Angebote

2.8

Überprüfung des vom IngBüro vorbereiteten Vergabevorschlags

Mit der Ausführung des Auftrages wird innerhalb von 2 Wochen nach Auftragserteilung begonnen. Das gesamte Verfahren wird schnellst möglich, längstens innerhalb von 120 Tagen ab Auftragserteilung durchgeführt und abgeschlossen. Die genaue Zeitplanung wird unverzüglich nach Auftragserteilung mit dem AG – Kunden abgestimmt.

Aktuelle Rechtsprechung

VK Westfalen: Planungsleistungen sind wertmäßig zu addieren und europaweit auszu-schreiben, soweit der sogenannte Schwellenwert für Dienstleistungen überschritten wird.
vorgestellt von Thomas Ax

Bei Schätzung des Auftragswertes ist gemäß § 3 Abs. 1 VgV vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistungen ohne Umsatzsteuer auszugehen. Die Schätzung des Auftragswertes erfolgt gemäß § 3 Abs. 7 VgV, wenn der Gesamtwert sich aus mehreren Losen zusammensetzt. Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses. Gemäß Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 2014/24/EU ist im Falle von Bauvorhaben oder der Erbringung von Dienstleistungen, die zu Aufträgen führen, die in mehreren Losen vergeben werden, der geschätzte Gesamtauftragswert aller dieser Lose zu berücksichtigen. Die Richtlinie gilt beim Erreichen des Schwellenwertes dann für die Vergabe jedes Loses. Legt man den Wert für sämtliche Planungsleistungen, also für die Leistungsphasen 1 bis 9, zugrunde, so wird bei einem Bauprojekt über einen Wert von ca. 3,4 Mio. Euro ein Auftragswert von ca. 340.000 Euro (10 %) für sämtliche Planungsleistungen anzunehmen sein.

Demzufolge hätte die Antragsgegnerin - so wie anfangs auch geplant - eine europaweite Ausschreibung durchführen müssen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Formulierung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV (gleichartige Leistungen). Denn einerseits lässt sich diese Formulierung nicht mit dem EU Recht in Einklang bringen und sie widerspricht auch der Auffassung des EuGH. Nach der Entscheidung des EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 (Autalhalle in

der Gemeinde Niedernhausen) gilt auch für Planungsleistungen, dass die Leistungen, die in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen, nicht in einzelne Abschnitte bei der Schätzung des Schwellenwertes aufgeteilt werden dürfen. Vielmehr sind alle Architektenleistungen in den verschiedenen Abschnitten des Bauvorhabens zusammen zu addieren, um den Auftragswert und damit auch den Schwellenwert zu ermitteln. Auch aus haushaltsrechtlichen Gründen kann eine solche Aufteilung nicht vorgenommen werden, so auch das OLG München, Beschluss vom 13.03.2017, Verg 15/16. Zudem stimmt § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV mit den Vorgaben in Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 2014/24/EU nicht überein, so dass eine Auslegung der Regelung unter Einbeziehung des EU Rechts zu dem Ergebnis kommt, dass auch im Falle von Planungsleistungen diese wertmäßig zu addieren sind. Mittlerweile hat auch die Europäische Kommission am 24.01.2019 u.a. gegen Deutschland wegen dieser Formulierung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Eine Sonderregelung, so die Begründung der Kommission, wie sie im deutschen Recht besteht, sei in der Richtlinie nicht vorgesehen. Im Ergebnis sind somit alle Planungsleistungen für die Ermittlung des Schwellenwertes zu addieren. VK Westfalen, Beschluss vom 18.12.2019 - VK 1-34/19

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, ein Feuerwehrgerätehaus neu zu bauen. Die Baukosten für das Gesamtprojekt schätzt die Antragsgegnerin auf ca. 3.400.000 Euro (ohne MwSt). Ausweislich eines internen Vermerks aus der Vergabeakte der Antragsgegnerin schätzte sie die Planungsleistungen für die Leistungsphasen 1 bis 9 auf einen Wert von ca. 500.000 Euro. Eine europaweite Vergabe war geplant.

Im April 2019 entschied sich die Antragsgegnerin hingegen für eine beschränkte Ausschreibung. Als Begründung führte die Antragsgegnerin aus, dass statt einer Gesamtvergabe auch andere Möglichkeiten in Frage kämen. Man könne entweder ein Architekturbüro für alle 9 Leistungsphasen beauftragen, die Planung und Bauleistung durch einzustellendes städtisches Personal bewerkstelligen oder ein Architekturbüro lediglich mit den Leistungsphasen 1 bis 4 mit weiteren Optionen beauftragen. Die Antragsgegnerin entschied sich für die letzte Möglichkeit und führte dazu aus:

Seitens der Verwaltung wird vorgeschlagen, dass zuerst nur ein Architekturbüro mit den Leistungsphasen 1 - 4 zur Ermittlung der Baukosten und der Herstellung von Baurecht (Bauantrag und Baugenehmigung) beauftragt werden soll. Im Anschluss ist dann zu entscheiden, ob die Umsetzung der Planungen durch das Architekturbüro, einen Dritten oder durch einen Generalunternehmer erfolgen soll.

(...)

Da das zu erwartende Architektur-Honorar bei den in der Finanzplanung angesetzten Kosten für die Leistungsphasen 1 - 4 der HOAI unter 221.000 Euro ohne Mehrwertsteuer (Schwellenwert) liegen wird, kann die Architektenleistung gemäß der Vergabeverordnung beschränkt ausgeschrieben werden. Hier ist eine Bekanntmachung der beabsichtigten Planungsleistungen vorzuschalten. Architekturbüros können ihr Interesse bekunden an der Ausschreibung beteiligt zu werden. Sie haben dafür ihre Erfahrung im Bau von mindestens drei Feuerwehrgebäuden in den letzten fünf Jahren und ihre Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Die Antragsgegnerin schätzte das Honorar für die Leistungsphasen 1 - 4 auf ca. 130.000 Euro (brutto). Die Bekanntmachung erfolgte am 19.07.2019 auf Vergabe.NRW. Dort verlangte die Antragsgegnerin u.a. als Eignungsnachweis:

Mindestens zwei vergleichbare geplante und umgesetzte Bauprojekte im Bereich Feuerwehr /Katastrophenschutz seit 2012. Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 9 Bewerbungen, wobei auch 7 Bewerber Referenzen in Bezug

auf Feuerwehrgerätehäuser nachweisen konnten. Die Antragstellerin hingegen bewarb sich nicht. Sie beanstandete telefonisch am 25.07.2019 und mit einer Email vom 14.08.2019 die geplante Vergabe und rügte nach Erhalt eines Ablehnungsschreibens mit Datum vom 20.08.2019 am 27.08.2019 erneut die Vergabe. Mit Schreiben vom 09.09.2019 beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung. Die Antragstellerin beanstandete gegenüber der Antragsgegnerin, dass die Ausschreibung nach der VgV durchgeführt werden müsste, weil der maßgebliche Schwellenwert überschritten werde. Bei der Höhe des Schwellenwertes sei das gesamte Honorar für das geplante Bauvorhaben zu betrachten, und nicht nur eine Teilleistung des Honorars. Zudem würden Nachweise verlangt, die junge Büros keine Möglichkeit gäben, sich am Verfahren zu beteiligen.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass sie drei Varianten ins Auge gefasst habe und sich letztlich für die Aufteilung der Ausschreibung entschieden habe. Schließlich würde erst auf der Basis der Kostenermittlung in der Leistungsphase 3 eine endgültige Entscheidung möglich sein. Vor diesem Hintergrund würde keine rechtswidrige Splittung zur Umgehung einer VgV-Ausschreibung vorliegen. Vielmehr sei aufgrund der noch offenen Frage zur Form der Umsetzung der Planungen ein objektiver Grund gegeben, der die Teilung der Leistungsphasen zulasse. Eine Umgehung der VgV zur Vereinfachung der Ausschreibung sei nicht gegeben und sei auch nie Bestandteil der Überlegungen bzw. Grund der gewählten Ausschreibungsform gewesen. Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 20.12.2019 verlängert. Am 13.12.2019 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakten und die Akten der Vergabekammer hingewiesen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 2 Abs. 2 VK ZuStV NRW, weil die Vergabestelle ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer hat.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerin ist antragsbefugt iSv § 160 Abs. 2 GWB. Sie betreibt ein Architekturbüro und könnte sich somit an dieser Ausschreibung beteiligen.

a) Ihrer Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass sie sich nicht an der nationalen Ausschreibung beteiligt hat. Nach Auffassung des BGH, Urteil vom 10.11.2009, X ZB 8/09, droht einem Bieter regelmäßig auch dann ein Schaden durch eine Verletzung von Vergabevorschriften, wenn zu Unrecht das Verhandlungsverfahren statt des offenen Verfahrens gewählt worden ist. Denn ein solches Vergabeverfahren kann nicht ohne weiteres durch Zuschlag beendet werden, sondern diesbezüglich muss zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung erfolgen. Das gilt auch, wenn anstatt einem europaweiten Verfahren einfach eine nationale Ausschreibung durchgeführt wird. Auch ein solches Verfahren kann nicht zu Ende geführt werden, weil es an einem schwerwiegenden Mangel leidet. Insofern ist die Antragstellerin antragsbefugt, weil sie im Falle einer neuen Ausschreibung sich mit einem Angebot oder Teilnehmerantrag beteiligen könnte.

b) Ob die Antragstellerin über Referenzen in Bezug auf den Bau von Feuerwehrrätehäusern verfügt, kann im Rahmen der Zulässigkeit dahinstehen. Denn erst im Rahmen der Begründetheit ist zu prüfen, ob diese Forderung der Antragsgegnerin zu Recht erfolgt ist.

1.2 Gemäß § 160 Abs. 3 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit der Bieter den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß nicht rechtzeitig gerügt hat. Die Antragstellerin hat vorliegend sowohl das Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung als auch die geforderten Referenzen als vergaberechtswidrig gerügt. Ob eine solche Rügeobliegenheit auch dann besteht, wenn der Auftraggeber kein den Vorgaben des GWB und der VgV entsprechendes Vergabeverfahren durchführt, sondern nur eine nationale Ausschreibung vornimmt, lässt die Kammer dahinstellen. Entscheidend ist hingegen, dass die Antragstellerin unmittelbar nach Veröffentlichung

der Ausschreibung am 25.07.2019 telefonisch rügte (so die Einlassung der Antragsgegnerin) und am 14.08.2019 nochmals die Beanstandungen in einer Email zusammenfasste.

1.3 Die Antragsgegnerin ist Auftraggeberin iSv § 99 Nr. 1 GWB.

1.4 Die Vergabe von Planungsleistungen, die bestimmte Schwellenwerte überschreiten, hat gemäß §§ 1 Abs.1, 73 Abs. 1 VgV und § 106 Abs. 2 GWB europaweit zu erfolgen. Das gilt auch für Architektenleistungen der Phasen 1 bis 4 der HOAI, die für sich genommen, unterhalb des Schwellenwertes bleiben. Gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ergibt sich der jeweils geltende Schwellenwert für öffentliche Aufträge aus Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU. Über diese dynamische Verweisung in der nationalen Regelung des § 106 GWB auf die jeweilige Vergaberichtlinie entfällt eine Konkretisierung auf der Verordnungsebene. Damit gibt Artikel 4 Richtlinie 2014/24/EU verbindlich auch für Vergaben im nationalen Bereich die Höhe des Schwellenwertes vor. Gemäß Art. 4 lit. c) Richtlinie 2014/24/EU iVm der Verordnung zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU vom 18.12.2017 beträgt der Schwellenwert bei Dienstleistungsaufträgen 221.000 Euro. Dieser Auftragswert wird vorliegend überschritten.

a) Bei Schätzung des Auftragswertes ist gemäß § 3 Abs. 1 VgV vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistungen ohne Umsatzsteuer auszugehen. Die Schätzung des Auftragswertes erfolgt gemäß § 3 Abs.7 VgV, wenn der Gesamtwert sich aus mehreren Losen zusammensetzt. Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses. Gemäß Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 2014/24/EU ist im Falle von Bauvorhaben oder der Erbringung von Dienstleistungen, die zu Aufträgen führen,

die in mehreren Losen vergeben werden, der geschätzte Gesamtauftragswert aller dieser Lose zu berücksichtigen. Die Richtlinie gilt beim Erreichen des Schwellenwertes dann für die Vergabe jedes Loses.

Legt man den Wert für sämtliche Planungsleistungen, also für die Leistungsphasen 1 bis 9, zugrunde, so wird bei einem Bauprojekt über einen Wert von ca. 3,4 Mio. Euro ein Auftragswert von ca. 340.000 Euro (10 %) für sämtliche Planungsleistungen anzunehmen sein. Demzufolge hätte die Antragsgegnerin - so wie anfangs auch geplant - eine europaweite Ausschreibung durchführen müssen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Formulierung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV (gleichartige Leistungen). Denn einerseits lässt sich diese Formulierung nicht mit dem EU Recht in Einklang bringen und sie widerspricht auch der Auffassung des EuGH. Nach der Entscheidung des EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 (Aulhalle in der Gemeinde Niedernhausen) gilt auch für Planungsleistungen, dass die Leistungen, die in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen, nicht in einzelne Abschnitte bei der Schätzung des Schwellenwertes aufgeteilt werden dürfen. Vielmehr sind alle Architektenleistungen in den verschiedenen Abschnitten des Bauvorhabens zusammen zu addieren, um den Auftragswert und damit auch den Schwellenwert zu ermitteln. Auch aus haushaltsrechtlichen Gründen kann eine solche Aufteilung nicht vorgenommen werden, so auch das OLG München, Beschluss vom 13.03.2017, Verg 15/16.

Zudem stimmt § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV mit den Vorgaben in Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 2014/24/EU nicht überein, so dass eine Auslegung der Regelung unter Einbeziehung des EU Rechts zu dem Ergebnis kommt, dass auch im Falle von Planungsleistungen diese wertmäßig zu addieren sind. Mittlerweile hat auch die Europäische Kommission am 24.01.2019 u.a. gegen Deutschland wegen dieser Formulierung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Eine Sonderregelung, so die Begründung der Kommission, wie sie im deutschen Recht besteht, sei in der Richtlinie nicht

vorgesehen. Im Ergebnis sind somit alle Planungsleistungen für die Ermittlung des Schwellenwertes zu addieren. Das führt hier dazu, dass der erforderliche Schwellenwert für Dienstleistungen überschritten wird. Eine beschränkte nationale Ausschreibung war somit vergaberechtswidrig.

b) Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht auf § 3 Abs. 2 VgV berufen. § 3 Abs. 2 VgV bestimmt, dass die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes nicht in der Absicht erfolgen darf, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des GWB über dieser Verordnung zu umgehen, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor. Die Antragsgegnerin hat hier drei Varianten herausgearbeitet und sich letztlich dafür entschieden, zunächst die Leistungsphasen 1 bis 4 auszuschreiben. Als Begründung trägt sie vor, dass noch offen sei, in welcher Form sie die Planungen fortsetzen werde. Man könne entweder einen Architekten für weitere Leistungsphasen beauftragen oder auch einen Generalplaner einsetzen, der diese Aufgaben mitübernehmen würde. Die Entscheidung darüber wolle sie sich offenhalten. Nach dem Ausnahmetatbestand in § 3 Abs. 2 VgV können solche "objektiv" nachvollziehbaren Gründe aber nicht berücksichtigt werden. Denn aus dem Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2014/24/EU, der zur Auslegung herangezogen werden kann, ergibt sich folgendes:

Für die Zwecke der Schätzung des Werts eines bestimmten Auftrags sollte klargestellt werden, dass die Schätzung des Werts auf der Grundlage einer Unterteilung des Auftrags nur dann zulässig sein sollte, wenn dies durch objektive Gründe gerechtfertigt ist. So könnte es beispielsweise gerechtfertigt sein, die Auftragswerte auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit des öffentlichen Auftraggebers, etwa Schulen oder Kindergärten, zu schätzen, sofern die betreffende Einheit unabhängig für ihre Beschaffungsmaßnahmen zuständig ist. Hiervon kann ausgegangen werden, wenn die eigenständige Organisationseinheit unabhängig Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchführt und die Kaufentscheidun-

gen trifft, wenn sie über eine getrennte Haushaltslinie für die betreffenden Auftragsvergaben verfügt, die Aufträge unabhängig vergibt und diese aus ihr zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln finanziert. Eine Aufteilung in Unterteilungen ist nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auftragsvergabe dezentral durchführt. Aus dem vorstehenden Erwägungsgrund ergibt sich, dass eine organisatorische Eigenständigkeit und eine hinreichende Selbständigkeit als objektive Gründe zugelassen werden, aber keine vom Auftraggeber selbst vorgenommenen Überlegungen. Die subjektiven Überlegungen und Vorstellungen eines Auftraggebers - auch wenn sie durchaus objektiv nachvollziehbar sind - können nicht im Rahmen des § 3 Abs. 2 VgV als Begründungen geltend gelassen werden. Die Antragsgegnerin hat Überlegungen angestellt, wie die Vergabe der gesamten Planungsleistungen erfolgen soll und sich deshalb erst mal nur auf die ersten 4 Leistungsphasen festgelegt. Eine solche Einschätzung lässt sich nicht gemäß § 3 Abs. 2 VgV rechtfertigen. Im Ergebnis ist der Auftragswert über sämtliche Leistungsphasen zu schätzen, so dass davon auszugehen ist, dass dieser über dem Schwellenwert von 221.000 Euro liegt. Eine europaweite Ausschreibung ist somit erforderlich, auch wenn nur ein Teil der Leistungen ausgeschrieben werden soll.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Anforderungen an die Fachkunde der Bewerber entspricht nicht den Vorgaben des § 75 Abs. 4 und 5 VgV. Danach müssen Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und in einem angemessenen Verhältnis stehen. Auch kleine Büroorganisationen und Berufsanfänger müssen eine Chance haben. Bei Referenzen soll der öffentliche Auftraggeber geeignete Referenzobjekte zulassen, deren Planungs- oder Beratungsleistung vergleichbar sind. Für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte ist es in der Regel unerheblich, ob der Bewerber bereits Objekte derselben Nutzungsart geplant oder realisiert hat.

Die Antragsgegnerin hat vorliegend mindestens zwei vergleichbar geplante und umgesetzte Bauprojekte im Bereich Feuerwehr/Katastrophenschutzgebäude seit 2012 gefordert. Diese Anforderung ist zu weitgehend und entspricht nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers.

a) Die VK Lüneburg, Beschluss vom 18.11.2011 - VgK-50/2011, hatte bereits im Jahre 2011 entschieden, dass beim Bau einer Feuer- und Rettungswache mit den Leitstellen der Feuerwehr der Region sowie der Polizei grundsätzlich keine Referenzobjekte gefordert werden dürfen, die sich lediglich auf den Bau einer Feuerwache beziehen. Erfahrungen im Feuerwachenbau sind sicherlich ein der Qualifikation förderlicher Nachweis der Fachkunde in Form feuerwehrspezifischer Vorkenntnisse. Die Vergabekammer, so die VK Lüneburg, ist aber nicht davon überzeugt, dass die Planungsaufgabe - fehlerfrei und termingerecht - ausschließlich von Wettbewerbern geleistet werden kann, die bereits eine Feuerwehr/Rettungswache oder eine hauptamtliche Wachbereitschaft verantwortlich geplant haben. Ein solch enger Fachkundenachweis müsse deshalb besonders begründet und dokumentiert werden.

b) Der Gesetzgeber hat mittlerweile diese Rechtsprechung in der VgV umgesetzt. Die Eignungsanforderungen müssen so gesetzt werden, dass sich auch kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger am Wettbewerb beteiligen können. Etwas anderes gilt nur, wenn die Aufgabenstellung derart anspruchsvoll und komplex ist, dass besondere Erfahrungen im Bereich der Fachkunde zwingend erforderlich erscheinen. Bei dieser Vorgabe handelt es sich nicht um einen Programmsatz, sondern um eine zwingende Verfahrensregelung, die der öffentliche Auftraggeber zu beachten hat, so Schneider, in Beck'scher Vergaberechtskommentar Burgi/Dreher, 3. Auflage, § 75 Rn. 81 ff. Solche Gründe sind vorliegend weder ersichtlich noch von der Antragsgegnerin vorgetragen worden. Vielmehr handelt es sich um ein Bau

projekt, das keine besondere Komplexität aufweist.

c) Weiterhin bestimmt § 75 Abs. 5 VgV, dass vergleichbare Referenzobjekte zugelassen werden sollen, wobei es unerheblich sein soll, ob der Bewerber bereits Objekte derselben Nutzungsart geplant oder realisiert hat. Gegen diese Regelung verstößt die Vorgabe der Antragsgegnerin, die mindestens zwei Referenzen konkret aus dem Bereich Feuerwehr oder Katastrophenschutz verlangt. Sie hat zwar diesbezüglich schon einen langen Referenzzeitraum zugelassen, um den Wettbewerb sicherzustellen. Der Gesetzgeber wollte aber mit den §§ 75 Abs. 4 und 5 VgV erreichen, dass angemessene Anforderungen an die Bewerber gestellt werden. Diese Regelungen sind neu. Grund für diese Neuregelung ist, dass nach Auffassung des Verordnungsgebers in der Praxis bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen regelmäßig überzogene Anforderungen an Referenzobjekte gestellt werden, Schneider, in Beck'scher Vergaberechtskommentar Burgi/Dreher, 3. Auflage, § 75 Rn. 98 ff. Insbesondere ist das auch für Berufsanfänger hinderlich, so dass in der Regel lediglich vergleichbare Referenzen gefordert werden sollen. Es soll durch diese Regelung verhindert werden, dass ohne nähere Überlegung oder Sachbezug stets auf das scheinbar einfache und offensichtliche Kriterium der Nutzungsart abgestellt wird, OLG München, Beschluss vom 13.03.2017, Verg 15/16.

Vergleichbar sind Referenzen, wenn sie der ausgeschriebenen Leistung insoweit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers für den ausgeschriebenen Auftrag zulassen, OLG München, Beschluss vom 12.11.2012, Verg 23/12; OLG Celle, Beschluss vom 03.07.2018, 13 Verg 8/17. Das kann in der Regel angenommen werden, wenn neben den Funktionsräumen und den Räumen für die technische Ausstattung auch Aufenthaltsräume und Sanitärbereiche zu planen sind. Diesbezüglich gibt es aber eine Reihe von Gebäuden, wie Krankenhäuser, Polizeiwachen, Schulen, Kindergärten usw., die ohne weiteres vom Grundsatz her vergleichbar sind. Insofern

können auch Referenzen aus diesen Bereichen zugelassen werden. Demgegenüber gibt es besondere Gebäude, wie beispielsweise Labore, bei denen schon bei der Planung mehr Erfahrungen erforderlich sind, weil es diesbezüglich immer auf die einzelfallbezogenen Anforderungen an die Ausstattung ankommt. Weiterhin kann auch die Höhe des Auftragswertes als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Sicherlich gibt es Referenzobjekte, die ein bestimmtes Auftragsvolumen erheblich übersteigen und gegebenenfalls bereits deshalb komplexer sind und mehr Erfahrungen erfordert haben. Derartige Anhaltspunkte liegen hier aber nicht vor und sind auch nicht vorgetragen worden.

d) Eignungskriterien sind grundsätzlich gemäß § 122 Abs. 4 GWB in der Auftragsbekanntmachung anzugeben. Als Beleg für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit kann der Auftraggeber gemäß § 75 Abs. 5 VgV iVm § 46 Abs. 3 Satz 1 VgV geeignete Referenzen über früher ausgeführte Leistungen verlangen und sich entsprechende Referenzen vorlegen lassen. Die Angabe kann sich in der Bekanntmachung darauf beschränken, dass Referenzen über vergleichbare Liefer- und Dienstleistungsaufträge vorzulegen sind, so OLG Celle, Beschluss vom 03.07.2018, 13 Verg 8/17. Nur in den Fällen, die komplexer sind, kann der Auftraggeber seine Anforderungen eingrenzen und konkretisieren. Im Ergebnis sind somit die Planungsleistungen für das neue Feuerwehrgerätehaus - auch dann, wenn nur die ersten 4 Leistungsphasen vergeben werden sollen - europaweit auszu-schreiben. Hinsichtlich der Anforderungen an die Referenzobjekte ist § 75 Abs. 5 VgV zu beachten.

III.

Die Antragstellerin ist gemäß § 168 Abs. 1 GWB auch in ihren Rechten verletzt, weil die Änderung der Eignungsanforderungen einen breiteren Wettbewerb ermöglichen wird. Denn - soweit ersichtlich - hat die Antragstellerin keine Referenzen im Bereich Feuerwehrgerätehaus vorzuweisen. Durch die "Öffnung" der Ausschreibung auf vergleichbare Referenzen erhält auch sie die Chance, sich am erneuten Wettbewerb mit einem Teilnahmeantrag zu beteiligen.

Die Antragsgegnerin hat somit bei Fortbestand ihrer Beschaffungsabsicht, die Planungsleistungen europaweit auszuschreiben und bei der Vorgabe der Eignung den § 75 Abs. 5 VgV hinsichtlich der Referenzen zu beachten.

IV.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden. Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 3 GWB die Kosten zu tragen. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von 130.000 Euro für die Leistungsphasen 1 bis 4 beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxx Euro.

Diese Gebühr ist der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die aber als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Abs. 1 GWB iVm § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes von den Gebühren befreit ist.

Rechtsmittelbelehrung

**VK Bund: Mitarbeiterzahl als unzulässiges Zuschlagskriterium
vorgestellt von Thomas Ax**

Bei der Bewertung der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter eines Bieters handelt es sich um die Bewertung eines Eignungskriteriums. Eignungsanforderungen sind solche, die sicherstellen, dass der Bieter bzw. künftige Auftragnehmer über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten oder personellen und technischen Ressourcen für die Ausführung des Auftrags verfügt (vgl. Art. 58 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 RL 2014/24/EU). Immer also dann, wenn ein Kriterium die generellen Fähigkeiten eines Bieterunternehmens beschreibt, die ausgedrückte Leistung erbringen zu können, handelt es sich um Eignungskriterium (= unternehmensbezogenes Kriterium, vgl. Urteil vom 12. November 2009, Rs. C-199/07 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06 m.w.N.). Eignungskriterien dürfen grundsätzlich nicht zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots herangezogen werden (EuGH, Urteil vom 12. November 2009, Rs. C-199/07 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06 m.w.N.). Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn das betreffende Kriterium nicht der Beurteilung der allgemeinen Ausstattung des Bieterunternehmens dient, sondern der Qualität des auf den konkreten Auftrag abgegebenen Angebots. So ist es gemäß Art. 67 Abs. 2 S. 2 lit b) RL 2014/24/EU, § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A erlaubt, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbeurteilung eines Angebots, also nicht im Rahmen der Eignung des Bieters zu bewerten, "wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann".

Da die entsprechenden Angaben eines Bieters in diesem Fall nicht der generellen Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bieterunternehmens dienen, sondern nur und speziell für den konkreten Auftrag Bedeutung erlangen, weil es erstens um die Bewertung des für die konkrete Auftragsausführung eingesetzten Personals

geht und zweitens die Auftragsausführung von der Qualität dieses Personals in erheblichem Umfang abhängig ist, liegt in diesem Fall der für ein Zuschlagskriterium erforderliche Bezug zur Qualität der von dem Bieter konkret angebotenen Leistung und damit zum wirtschaftlichen Wert seines Angebots vor. Die betreffende Anforderung ist in diesem Fall also nicht mehr bieter-, sondern angebots-/leistungsbezogen und darf als Zuschlagskriterium herangezogen werden (vgl. den 94. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU). Wenn die Wertung der Ag auf rechtswidrigen Zuschlagskriterien beruht, ist anzuordnen, dass auf der Grundlage dieser Wertung kein Zuschlag erteilt werden darf. Die Ag ist frei, wie sie weiter verfährt. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren mindestens in das Stadium vor Angebotsaufforderung zurückzusetzen und nach Überarbeitung der Zuschlagskriterien erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern. Sollte die Ag neue Eignungsanforderungen aufstellen, ist § 122 Abs. 4 S. 2 GWB zu beachten, wonach eine Zurückversetzung in das Stadium vor (hier: EU-weiter) Bekanntmachung erforderlich wäre. In jedem Fall hat die Ag dabei die Vorschriften des Vergaberechts für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte anzuwenden. VK Bund, Beschluss vom 19.11.2019 - VK 1-81/19 (nicht bestandskräftig; Beschwerde: OLG Düsseldorf, Az. Verg 40/19)

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit eine öffentliche Ausschreibung "Rahmenvereinbarung Handwerkerpool Bundesweit" - Vergabenummer: [...], Maler-Tapezierer, in 72 Gebietslosen durch. Der jeweilige Auftragnehmer soll u.a. den Gipsputz ausbessern, Putzrisse an Decken/Wänden schließen, Tapezierung entfernen, Erst- und Überholungsbeschichtungen bei Tapeten und Putz vornehmen, Wände tapezieren und anstreichen sowie Altanstriche entfernen (s. im Einzelnen die Leistungsbeschreibung, im Folgenden: LB). Daneben führt die Ag zehn weitere nationale Ausschreibungen für Handwerkerleistungen in anderen Gewerken durch (u.a. Trockenbau, Schreinerarbeiten, Metallbau, Sanitär). Die Ag will auf diese Weise

für die Durchführung kleinerer Baumaßnahmen sowie von Kleinstaufträgen ein regional zuständiges Handwerksunternehmen finden, um im Bedarfsfall über einen geeigneten Handwerker zu verfügen und den administrativen Aufwand, der mit der Vergabe kleiner Aufträge verbunden ist, zu minimieren (s. Ziffer 2 des Vergabevermerks). Der Auftragswert für alle elf Gewerke beträgt in allen Gebietslosen ca. [...] Mio. Euro, den Wert der verfahrensgegenständlichen Maler- und Tapezierarbeiten hat die Ag in allen Gebietslosen auf [...] Mio. Euro geschätzt.

Das Verfahren wurde national bekannt gemacht. Ein Bieter konnte Angebote für bis zu fünf Lose abgeben, ferner ergibt sich aus den Vergabeunterlagen, dass der Auftragnehmer nach Abschluss des Rahmenvertrags nicht verpflichtet ist, jeden Auftrag anzunehmen. In der LB hatte die Ag unter der Überschrift "Hinweise zur Vergabe nach Losen" Folgendes ausgeführt:

"Gemäß dem Ziel der [Ag] im Einklang mit § 97 Abs. 4 GWB im Zuge der Ausschreibung die Interessen der mittelständischen Unternehmen zu berücksichtigen und zu fördern, erfolgt die Vergabe des Handwerkerpools losweise.

(...)

Ziel der [Ag] ist es, einen Handwerkerpool aufzustellen, um im gesamten Zeitraum des Handwerkerpoolvertrages Bauleistungen abzurufen." (LB, S. 4)

Wie sich aus Anlage A2 der Vergabeunterlagen "Anlage Wertungsmatrix" ergibt, waren die Zuschlagskriterien der Preis sowie die "Verfügbarkeit" und die "Anzahl Mitarbeiter mit entsprechender Ausbildung". Maximal konnten insgesamt 100 Punkte erreicht werden, davon 80 für den Preis und 20 für die o.g. weiteren Kriterien. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl sollte den Zuschlag erhalten. Die für den Angebotspreis zu vergebende Punktzahl errechnete sich aus dem Verhältnis des jeweiligen Angebotspreises zum günstigsten Preis. In dem Kriterium "Verfügbarkeit" wurde die Anfahrtszeit vom

Betrieb des Bieters zur Kernliegenschaft des jeweiligen Loses bewertet; für eine Anfahrtszeit unter einer Stunde konnte die Höchstpunktzahl von (gewichtet) 10 Punkten erzielt werden. Das Kriterium "Anzahl Mitarbeiter" war in drei Unterkriterien gegliedert: "Lehrling/Auszubildende/Hilfsarbeiter", "Gesellen" und "Meister". Die Punkte wurden gestaffelt je nach Anzahl der entsprechenden Mitarbeiter vergeben. So wurden sechs bis sieben Lehrlinge/Auszubildende/Hilfsarbeiter mit 3 Punkten, acht bis neun solcher Mitarbeiter mit 4 Punkten und mehr als zehn mit der Höchstpunktzahl in diesem Kriterium von 5 Punkten bewertet. In den Kriterien "Anzahl Gesellen" konnten maximal 3 und im Kriterium "Anzahl Meister" maximal 2 Punkte erzielt werden. Auch bei diesen beiden Kriterien war das Erreichen bestimmter Punktzahlen an die Anzahl der jeweils zur Verfügung stehenden Mitarbeiter (Gesellen einerseits und Meister andererseits) gekoppelt. Gemäß Ziffer 5.1 der Angebotsaufforderung sollten die Bieter auf der Anlage A2 Wertungsmatrix Angaben zur Verfügbarkeit und Anzahl der Mitarbeiter machen.

Auf die verfahrensgegenständlichen Gebietslose 50 ([...]) und 100 ([...]) gaben u.a. die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) Angebote ab. Die ASt hatte auf der Anlage A2 "Wertungsmatrix" eingetragen, dass ihre Anfahrtszeit zum Leistungsort unter 1 Stunde liege und dass sie vier Lehrlinge/Auszubildende/Hilfsarbeiter, 45 Gesellen und zwei Meister beschäftige. Bei der Bg sind in der Wertungstabelle dieser Anlage je nach Mitarbeiteranzahl Kreuze gesetzt. Auf derselben Seite des Angebots der Bg befindet sich in der Vergabeakte ein gelber Klebezettel (sog. "post it") mit der handschriftlichen Bemerkung "Mitarbeiter telefonisch erfragt" und Eintragungen zur Anzahl der "Azubis", "Gesellen" und "Meister" mit den dafür vergebenen Wertungspunkten. Laut Submissionsergebnis hatte die ASt in den Losen 50 und 100 den niedrigsten Preis angeboten. Im Rahmen der Angebotswertung der Ag erhielten die Angebote der Bg zwar weniger Punkte hinsichtlich ihres Preises als die der ASt, da der Bg jedoch mehr Punkte in den übrigen Zuschlagskriterien zuerkannt wurden, soll die

Bg den Zuschlag erhalten. Mit Schreiben gemäß § 134 GWB vom 27. September 2019 teilte die Ag der Ag mit, dass diese nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, sondern für die Lose 50 und 100 wirtschaftlichere Angebote vorlägen. Am 2. Oktober 2019 rügte die ASt, dass die Wertung fehlerhaft sei, weil sie aufgrund der Wertungsmatrix der Ag und dem Submissionsergebnis davon ausgehe, für ihren Angebotspreis die volle Punktzahl von 80 Punkten und für die weiteren Kriterien ebenfalls die Maximalpunktzahl von 20 erhalten zu haben. Weder dieser noch den späteren Rügen der ASt half die Ag ab.

2. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2019, eingegangen am selben Tag, beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 17. Oktober 2019 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Zur Zulässigkeit trägt die ASt vor, der maßgebliche Schwellenwert sei vorliegend überschritten. Ausgeschrieben worden seien Dienstleistungen, weil der Schwerpunkt dieser Leistungen reine Renovierungsarbeiten ohne Eingriff in die Bausubstanz betreffe und damit im Bereich der Wartung und Instandhaltung liege. Für die Berechnung des Schwellenwerts von 221.000 Euro sei gemäß § 3 Abs. 7 VgV der geschätzte Gesamtwert aller Lose zu addieren, zudem müsse bei Rahmenvereinbarungen gemäß § 3 Abs. 4 VgV der Gesamtwert aller Aufträge während der gesamten Laufzeit berücksichtigt werden. Abgesehen davon sei hier auch der Schwellenwert für Bauaufträge überschritten. Denn alle elf von der Ag ausgeschriebenene Gewerke hätten einen Wert von mehr als [...] Mio. Euro und selbst wenn man nur das Fachlos "Malerarbeiten" betrachte, betrage der Wert dieser

Leistungen ca. [...] Mio. Euro.

Zur Rechtzeitigkeit ihrer die Angebotswertung betreffenden Rüge trägt die ASt vor, für sie sei

es logisch gewesen, dass sie aufgrund der Matrix der Ag in allen Zuschlagskriterien die Höchstpunktzahl erhalten habe (80 + 20 Punkte). Ihre Rüge vom 2. Oktober 2019, dass die Bg nicht bezuschlagt werden dürfe, weil diese nicht der Bieter mit der höchsten Wertungspunktzahl sei, sei rechtzeitig erfolgt, weil sie die Vorabinformation der Ag erst am 1. Oktober 2019 erhalten habe. Des Weiteren führt die ASt näher aus, warum auch ihre weiteren Rügen rechtzeitig gewesen seien.

Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei im Hauptantrag begründet, weil die Ag sich nicht an ihre eigenen Zuschlagskriterien halte, wenn sie die Bg bezuschlagen wolle. Denn da die ASt ausweislich der Submission den niedrigsten Preis angeboten habe, erhalte sie hierfür 80 Punkte und in den weiteren Zuschlagskriterien ausweislich der Wertungsmatrix der Ag 20 Punkte. Diese Höchstpunktzahl von 100 Punkten könne die Bg nicht übertreffen. Denn selbst wenn die Bg in den Kriterien "Verfügbarkeit" und "Anzahl der Mitarbeiter" 20 Punkte erhalten haben sollte, könne diese aufgrund ihres höheren Angebotspreises insgesamt nicht mehr als 98,23 Punkte erreicht haben.

Des Weiteren beanstandet die ASt die Vollständigkeit der Vorabinformation gemäß § 134 GWB, meint hilfsweise, dass die Zuschlagskriterien jedenfalls intransparent und mehrdeutig seien sowie dass die Ag die Rahmenvereinbarungen zu Unrecht national ausgeschrieben habe. Nach der Akteneinsicht macht die ASt als weiteren Vergaberechtsverstoß geltend, dass die Bg auszuschließen sei, weil sie keine Mitarbeiterzahlen angegeben habe. Die Ag hätte diese wertungsrelevanten Angaben nicht telefonisch nachfordern dürfen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Ag wird untersagt, der Bg im vorgenannten Vergabeverfahren bei den Gebietslosen 50 ([...]) und 100 ([...]) den Zuschlag zu erteilen, und ihr aufzugeben, die Wertung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu

wiederholen.

2. Hilfsweise zu 1): Der Ag wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hinsichtlich der Gebietslose 50 ([...]) und 100 ([...]) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu den Zuschlagskriterien zurückzusetzen und den Bietern Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben.

3. Hilfsweise zu 2): Der Ag wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hinsichtlich der Gebietslose 50 ([...]) und 100 ([...]) nach den Vorschriften über Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 GWB zu wiederholen.

4. Der ASt wird Akteneinsicht gewährt.

5. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt.

6. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom 16. Oktober 2019 wird verworfen, hilfsweise zurückgewiesen.

2. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Ag erforderlich gewesen ist.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits mangels Zuständigkeit der Vergabekammer unzulässig, der Schwellenwert für Bauaufträge nach § 106 GWB sei nicht überschritten. Anders als die ASt meine, sei für die Berechnung des Auftragswerts allein schon deshalb nicht auf den für die Vergabe eines in Lose aufgeteilten Auftrags geltenden § 3 Abs. 7 S. 1 VgV abzustellen, weil es sich bei der zu vergebenden

Leistung nicht um ein einziges Bauvorhaben handle, sondern um eine Vielzahl unterschiedlicher Bauvorhaben, die weder in einem örtlichen, technischen, wirtschaftlichen oder sonstigen funktionalen Zusammenhang stünden. So habe die malermäßige Ausbesserung einer Wand in dem Gebäude A in der Stadt B nichts mit dem Anstrich von Wänden in dem Gebäude C in der Stadt D zu tun. Auch § 3 Abs. 4 VgV führe nicht dazu, dass der Schwellenwert überschritten sei. Denn vorliegend gehe es nicht um die Ermittlung des Werts einer einzigen Gesamt Rahmenvereinbarung über 72 Regionen, sondern um den Abschluss einer Vielzahl von Rahmenvereinbarungen. Die ASt wolle demgegenüber unzutreffender Weise den Gesamtwert aller Rahmenvereinbarungen addieren. Außerdem werde die Auftragsgröße durch die Vorgabe limitiert, dass ein Bieter maximal ein Angebot für fünf Regionen abgeben könne. Die Ag führt weiter aus, dass der Gesamtwert aller Einzelaufträge für die Regionen 50 und 100 deutlich unter dem maßgeblichen Schwellenwert liege. So habe das in den Jahren 2016 bis 2019 aus dem Handwerkerpool beauftragte Volumen ca. 451.000 Euro betragen. Zu berücksichtigen sei darüber hinaus, dass die Ag keinen Anspruch darauf habe, dass der Auftragnehmer im Fall des Einzelabrufs den Auftrag tatsächlich auch durchführe. Die Methode der Ag, den Auftragswert zu berechnen, umgehe auch nicht die Bestimmungen des Vierten Teils des GWB, weil der hier zu vergebende Auftrag keinerlei Binnenmarktrelevanz habe. Da der Wert der hier in Frage stehenden Einzelaufträge häufig unter 1.000 Euro liege, könnten solche Kleinstaufträge nur dann kostendeckend und kostengünstig ausgeführt werden, wenn der betreffende Handwerker sehr nah an der von ihm zu betreuenden Liegenschaft ansässig sei.

Zu ihrem Beschaffungsziel führt die Ag aus, dass sie ein Netz von schnell verfügbaren regionalen Handwerkern zur Verfügung haben wolle ("Handwerkerpool"), deren Aufgabe es sei, im Bedarfsfall kleine Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen in den Liegenschaften der Ag auszuführen.

Weiter führt die Ag aus, dass die ASt nicht antragsbefugt sei und ihr mangels Rüge jegliches Rechtsschutzinteresse fehle.

In der Sache, so die Ag, sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil das Vergabeverfahren fehlerfrei durchgeführt worden sei. Auf das schriftliche Aufklärungsersuchen der Vergabekammer zum Hintergrund des Zuschlagskriteriums "Anzahl Mitarbeiter" trägt die Ag vor, dass sie dieses Zuschlagskriterium gewählt habe, um eine möglichst hohe Gewähr dafür zu erhalten, dass die erteilten, wertmäßig oft sehr geringen Einzelaufträge verlässlich ausgeführt werden. Die Ag habe die Erfahrung gemacht, dass es in Zeiten hoher Baukonjunktur und wachsendem Fachkräftemangel fast unmöglich sei, einen Handwerker für die Durchführung von Klein- und Kleinstaufträgen zu gewinnen. Die Anzahl der Mitarbeiter eines Unternehmens sei deshalb von Bedeutung, weil die Anzahl der verfügbaren Arbeitskräfte bei einem größeren Mitarbeiterstamm höher sei, so dass die Gewähr für eine zeitnahe Abarbeitung von erteilten Aufträgen ebenfalls höher sei. Mit der in den einzelnen Unterkriterien vorgesehenen konkreten Bepunktung sollte zuvorderst berücksichtigt werden, ob und in welchem Umfang ein Betrieb neue Arbeitskräfte ausbildet. Eine hohe Ausbildungsquote sei ein Indiz für eine hohe Kontinuität im jeweiligen Betrieb. Die zweithöchste Bepunktung werde an die Anzahl von Gesellen vergeben, weil diese neben den Auszubildenden im Wesentlichen die eigentliche Arbeit ausführen und eine hohe Anzahl ebenfalls für eine entsprechend hohe Verfügbarkeit von Personal spreche.

Des Weiteren tritt die Ag den von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstößen entgegen und meint, dass der ASt die Akteneinsicht zu verweigern sei, weil der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet sei.

c) Durch Beschluss vom 21. Oktober 2019 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese stellt keine Anträge und nimmt auch nicht an der mündlichen Verhandlung teil. Schriftlich führt sie aus, dass sie kein unvollständiges Angebot abgegeben habe und Mitarbeiterzahlen telefonisch von ihr erfragt

wurden. Ihrem Schreiben hat die Bg die Anlage A2 "Wertungsmatrix" beigelegt, wie sie von ihr bei Angebotsabgabe mit eingereicht worden sein solle. Hierin hat sie die Anzahl ihrer Mitarbeiter in der Tabelle der Ag, aus der die in den einzelnen Unterkriterien erzielbaren Punktwerte ersichtlich werden, bei der für sie einschlägigen Zahl angekreuzt. 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 11. November 2019 hatten die Beteiligten Gelegenheiten, 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 statthaft, zulässig (hierzu 1.) und begründet (hierzu 2.); das Zuschlagskriterium der Ag "Anzahl der Mitarbeiter" ist vergaberechtswidrig.

1. Die Voraussetzungen an die Statthaftigkeit und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags sind vorliegend erfüllt. Insbesondere sind die für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens einschlägigen EU-Schwellenwerte überschritten (dazu unter a)) und der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls insoweit aufgrund rechtzeitiger Rüge und Antragsbefugnis der ASt zulässig, so dass die Vergabekammer den Vergaberechtsverstoß, dass die Zuschlagskriterien der Ag jedenfalls teilweise vergabefehlerhaft sind, von Amts wegen aufgreifen darf (dazu unter b)).

a) Unabhängig davon, ob es sich bei den ausgeschriebenen Maler- und Tapezierleistungen um Bau- oder Dienstleistungen handelt, ist der maßgebliche Schwellenwert i.S.d. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU überschritten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Ag (jedenfalls) ihren Bedarf an sämtlichen Maler- und Tapezierleistungen bundesweit in einer einzigen Ausschreibung mit einheitlichen

Vorgaben für das Vergabeverfahren, Vertragsbedingungen etc. zusammengefasst hat. Laut Vergabevermerk hat die Ag die Aufträge für ihre einzelnen Liegenschaften u.a. deshalb in einer einzigen Ausschreibung gebündelt, um ihren administrativen Aufwand zu minimieren. Damit betrachtet die Ag selbst ihren Bedarf als einheitliche Leistung, die sie dementsprechend auch als "Handwerkerpool" bezeichnet. Ausgehend von diesem von ihr selbst so gefassten Bedarf ist gemäß § 3 Abs. 1 VgV bei der Ermittlung des Auftragswerts auf den "voraussichtlichen Gesamtwert der Leistung" abzustellen. Die Werte aller Lose für die einzelnen Liegenschaften der Ag sind daher zu addieren (so auch für dieselbe Antragsgegnerin in einem auch sonst insoweit vergleichbaren Fall) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006 - Verg 35/06).

Der vorgenannte Befund wird auch dadurch bestätigt, dass die Ag die Gesamtleistung "Handwerkerpool" in (Gebiets-)lose aufgeteilt hat, um - wie die Ag selbst auf Seite 4 der LB sagt - den Vorgaben des § 97 Abs. 4 GWB zu genügen. Damit geht sie selbst von einem einheitlich zu betrachtenden Auftrag aus, der lediglich aus mittelstandsfördernden Erwägungen in mehrere Teillose (hier Gebietslose) aufzuteilen war. Denn nur bei einem als Einheit zu betrachtenden Auftrag kommt eine Losaufteilung überhaupt in Betracht; ansonsten handelt es sich schlicht um einzelne Aufträge, die auch als solche vergeben werden dürfen. Dies hat die Ag aber gerade nicht getan, sondern ihren Bedarf vielmehr als einheitlichen Bedarf in den Wettbewerb gestellt, den sie lediglich wegen § 97 Abs. 4 GWB in Gebietslose aufgeteilt hat. Hieran muss sie sich für die Berechnung des maßgeblichen Schwellenwertes festhalten lassen.

Bei der Ermittlung des hier maßgeblichen Auftragswerts kommt es auch nicht darauf an, dass ein Bieter nach den Vergabeunterlagen der Ag Aufträge für höchstens fünf Lose erhalten kann, deren Wert dann ebenfalls unterhalb der maßgeblichen EU-Schwellenwerte liegen dürfte. Denn die Frage, ob der Schwellenwert erreicht/überschritten wird, richtet sich gemäß

§ 3 Abs. 1 VgV nach dem "Gesamtwert der vorgesehenen Leistung" bzw. genauer gesagt gemäß Art. 5 Abs. 1 RL 2014/24/EU nach dem "vom öffentlichen Auftraggeber geschätzten zahlbaren Gesamtbetrag". Entscheidend ist also nicht der Wert des Auftrags, den ein Bieter aufgrund seines Angebots erlangen kann, sondern der Gesamtwert dessen, was der Auftraggeber aufgrund seines Vergabeverfahrens voraussichtlich an finanziellen Mitteln aufwenden muss. Abgesehen davon ist es nicht unüblich, dass der Wert eines Einzelloses bei einem Bauauftrag ggf. sogar deutlich unter 5,5 Mio. Euro liegt; Angebote von Bietern, die sich nur für ein Los bewerben oder nur in einem Los den Zuschlag erhalten, erreichen also häufig nicht den Schwellenwert, ohne dass dies etwas daran ändert, dass der Gesamtauftrag oberhalb der Schwellenwerte liegt. Aus denselben Gründen spielt es hier ebenfalls keine Rolle, dass der spätere Auftragnehmer laut den Vergabeunterlagen im Falle des späteren Einzelabrufs durch die Ag nicht jeden Auftrag annehmen muss. Denn die Schätzung des für die Anwendung des EU-Vergaberechts maßgeblichen Auftragswerts kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob es in der Hand des Bieters liegt, den Auftrag anzunehmen oder abzulehnen.

Entscheidend ist vielmehr, dass der Auftraggeber einen bestimmten Bedarf an Leistungen hat, die er - hier in Gestalt eines Rahmenvertrags - einer Vertragsbindung unterwerfen will. Die Frage, ob der Vertragspartner des Auftraggebers diesen Bedarf für jeden Einzelabruf tatsächlich bedienen will, ist eine dem Abschluss des Rahmenvertrages nachgelagerte Frage und muss für die Schätzung des Auftragswerts unberücksichtigt bleiben, denn entscheidend ist allein der geschätzte Bedarf des Auftraggebers, also das aufgrund der Prognose des Auftraggebers maximal mögliche Auftragsvolumen. Ein Abstellen auf das zukünftige Abrufverhalten des Auftragnehmers ist auch deshalb nicht sinnvoll, weil dann erst im Nachhinein, nämlich je nach Verhalten des betreffenden Auftragnehmers, feststünde, nach welchen Regeln (national oder EU-Vergaberecht) der Auftrag ursprünglich hätte ausgeschrieben werden müssen. Um nicht zuletzt dies zu verhindern, ist in

§ 3 Abs. 3 VgV als maßgeblicher Zeitpunkt für die Auftragswertschätzung, die u.a. über das anzuwendende Vergaberechtsregime entscheidet, die Einleitung des Vergabeverfahrens vorgesehen, jedoch kein späterer Zeitpunkt wie etwa die tatsächliche Durchführung des aufgrund des Vergabeverfahrens zustande gekommenen Vertrags. Dass etwaige Unsicherheiten, in welchem Umfang der ausgeschriebene Vertrag später tatsächlich durchgeführt wird, für die Auftragswertermittlung unerheblich sind, ergibt sich darüber hinaus aus § 3 Abs. 1 S. 2, 3 VgV. Hiernach sind bei der Ermittlung des Auftragswerts auch solche Aspekte zu berücksichtigen, bei denen (noch) nicht sicher ist, ob diese tatsächlich auch eintreten, nämlich sowohl Optionen oder Vertragsverlängerungen als auch etwaige Prämien an den späteren Auftragnehmer.

Unerheblich für die Frage des "Gesamtwerts der vorgesehenen Leistungen" i.S.d. § 3 Abs. 1 VgV ist ebenfalls die Frage, ob die einzelnen Leistungen in einem Zusammenhang zueinander stehen (so aber die Ag). Denn bei Gebietslosen ist es nahezu regelmäßig so, dass die an einem bestimmten Ort erbrachte Leistung abgesehen vom identischen Auftraggeber in funktionaler, wirtschaftlicher, technischer oder sonstiger Hinsicht nie mit derjenigen Leistung zusammenhängt, die an einem anderen Ort erbracht wird, ohne dass dies dazu führt, dass die entsprechenden Werte nicht zu addieren wären. Erst recht wird dies bei Fachlosen deutlich, die zwar wenigstens am selben Ort, z.B. im Rahmen der Errichtung desselben Bauwerks erbracht werden, in inhaltlicher Hinsicht aber vollkommen voneinander abweichen können wie z.B. der Aushub einer Baugrube einerseits und der spätere Einbau von Fenstern in das betreffende Gebäude andererseits.

Die Binnenmarktrelevanz eines Auftrags, die die Ag ferner betont, ist kein weiteres Tatbestandsmerkmal des § 3 VgV. Es ist vielmehr so, dass der EU-Richtliniengeber unterstellt, dass ein Auftrag stets dann binnenmarktrelevant ist, wenn die einschlägigen/maßgeblichen EU-Schwellenwerte erreicht/überschritten werden (Greb in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., zu § 3 VgV, Rn. 29). Den geringen Wert

eines Loses und die damit einhergehende geringere Binnenmarktrelevanz eines Auftrags kann ein Auftraggeber lediglich gemäß § 3 Abs. 9 VgV berücksichtigen. Hiernach brauchen einzelne Lose unter 80.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungen bzw. bei Bauleistungen unter 1 Mio. Euro nicht EU-weit ausgeschrieben zu werden, wenn der Nettowert dieser Lose 20% des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt. Von dieser Möglichkeit hat die Ag hier jedoch keinen Gebrauch gemacht. Da auf den Gesamtwert aller von der Ag bundesweit ausgeschriebenen Leistungen für Maler- und Tapezierarbeiten abzustellen ist und dieser Wert nach der Schätzung der Ag bei ca. [...] Mio. Euro liegt, ist hier nicht nur der maßgebliche Schwellenwert für Dienstleistungs-, sondern auch für Bauaufträge überschritten (vgl. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU), so dass an dieser Stelle nicht zu entscheiden ist, ob es sich um einen Bau- oder Dienstleistungsauftrag handelt.

b) Der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls insoweit zulässig, als die ASt die Fehlerhaftigkeit der Wertung der Ag mit dem Argument beanstandet, die Ag habe sich nicht an ihre Zuschlagskriterien gehalten. Die ASt hat dies am 2. Oktober 2019 gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig innerhalb von zehn Kalendertagen gerügt, nachdem sie aus der Vorabinformation nach § 134 GWB vom 27. September 2019 vom Wertungsergebnis der Ag Kenntnis erlangt hatte. Zu einem früheren Zeitpunkt waren etwaige Wertungsfehler der Ag nicht für die ASt erkennbar, die ASt hätte diese also nicht früher rügen müssen. Denn bis zur anderslautenden Mitteilung der Ag vom 27. September 2019 war die ASt davon ausgegangen, dass sie selbst den Zuschlag erhalten müsse, da sie die Wertungsmatrix der Ag so verstanden hatte, dass sie als Bieter mit dem niedrigsten Angebotspreis und 20 Wertungspunkten in den weiteren Zuschlagskriterien als einzige die Höchstpunktzahl von 100 erreicht habe. Dass ihr eigenes Verständnis der Wertungsvorgaben sich nicht mit der Vorgehensweise der Ag deckt, hat die ASt erst aus dem § 134er GWB-Schreiben erfahren. Insoweit ist die ASt auch antragsbefugt. Ihr Auftragsinteresse hat sie durch Abgabe von Angeboten auf die verfahrens-

rensgegenständlichen Lose 50 und 100 dokumentiert. Des Weiteren droht der Ast - die Richtigkeit ihres Vortrags unterstellt (vgl. zum Maßstab des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB: BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06) - durch die beanstandete Wertung der Ag auch ein Schaden zu entstehen. Denn nach ihrem eigenen Verständnis der Wertungsmatrix der Ag hätte die Ast den Zuschlag erhalten müssen. Ohne den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß hätte sie also bessere Zuschlagschancen als jetzt.

Damit ist der Ast der Zugang zu Nachprüfungsverfahren eröffnet. Ob auch ihre weiteren Beanstandungen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der § 160 Abs. 2, 3, GWB erfüllen, braucht nicht entschieden zu werden. Denn der Nachprüfungsantrag ist bereits aufgrund eines von der Vergabekammer - aufgrund des jedenfalls zum Teil zulässigen Nachprüfungsantrags zu Recht - von Amts wegen aufzugreifenden Vergabefehlers begründet (s. dazu unten unter II.2) (vgl. dazu, dass Vergaberechtsverstöße grds. nur dann von Amts wegen aufgegriffen werden dürfen, wenn der Nachprüfungsantrags zulässig ist, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 - Verg 24/18).

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, da das Kriterium "Anzahl der Mitarbeiter" mit seinen drei Unterkriterien zu Unrecht als Zuschlagskriterium verwendet wurde. Tatsächlich handelt es sich hierbei um ein Eignungskriterium (dazu unter a)) und darf daher nicht als Zuschlagskriterium auf der sog. vierten Wertungsstufe verwendet werden (dazu unter b)). Auch insoweit kommt es nicht darauf an, ob es sich bei dem streitgegenständlichen Auftrag um einen Bau- oder Dienstleistungsauftrag handelt, da die maßgeblichen Vorschriften gleich lauten (siehe hierzu unten b))

a) Bei der Bewertung der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter eines Bieters handelt es sich um die Bewertung eines Eignungskriteriums. Eignungsanforderungen sind solche, die sicherstellen, dass der Bieter bzw. künftige Auftragnehmer über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten oder perso-

nellen und technischen Ressourcen für die Ausführung des Auftrags verfügt (vgl. Art. 58 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 RL 2014/24/EU). Immer also dann, wenn ein Kriterium die generellen Fähigkeiten eines Bieterunternehmens beschreibt, die ausgeschriebene Leistung erbringen zu können, handelt es sich um Eignungskriterium (= unternehmensbezogenes Kriterium, vgl. Urteil vom 12. November 2009, Rs. C-199/07 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06 m.w.N.).

So liegt der Fall auch hier, denn die Ag hat von den Bietern die bloße Anzahl, also das Vorhandensein von Mitarbeitern abgefragt (nach Ausbildungsstand/Qualifikation unterteilt). Damit ging es der Ag allein um die Ermittlung der dem jeweiligen Bieterunternehmen zur Verfügung stehenden Personalkapazitäten. Wie die Ag auf entsprechende Nachfrage der Vergabekammer ausführte, wollte sie aus der Angabe der Mitarbeiteranzahl Rückschlüsse darauf ziehen, ob im Falle des Abrufs eines Einzelauftrags im Rahmen der jetzt ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung ausreichend Personal des Auftragnehmers für sie zur Verfügung steht. Wie die o.g. Legaldefinition zeigt, ist die reine Kapazitäts- und Ressourcenfeststellung jedoch ähnlich wie die Frage der einem Unternehmen generell zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel oder technischen Ressourcen (Geräte, Maschinen etc.) eine Frage der personellen Ausstattung und (hier:) technischen Leistungsfähigkeit der Bieter (ebenso speziell zur Wertung der im Auftragsfall hinreichenden Verfügbarkeit von Personal: OLG Naumburg, Beschluss vom 12. April 2012, 2 Verg 1/12; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 28. Mai 2013, 11 Verg 6/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2012 - Verg 82/11).

b) Eignungskriterien dürfen grundsätzlich nicht zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots herangezogen werden (EuGH, Urteil vom 12. November 2009, Rs. C-199/07 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06 m.w.N.). Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn das betreffende Kriterium nicht der Beurteilung der allgemeinen Ausstattung des Bieterunternehmens dient, sondern der Qualität

des auf den konkreten Auftrag abgegebenen Angebots. So ist es gemäß Art. 67 Abs. 2 S. 2 lit b) RL 2014/24/EU, § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A erlaubt, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbeurteilung eines Angebots, also nicht im Rahmen der Eignung des Bieters zu bewerten, "wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann". Da die entsprechenden Angaben eines Bieters in diesem Fall nicht der generellen Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bieterunternehmens dienen, sondern nur und speziell für den konkreten Auftrag Bedeutung erlangen, weil es erstens um die Bewertung des für die konkrete Auftragsausführung eingesetzten Personals geht und zweitens die Auftragsausführung von der Qualität dieses Personals in erheblichem Umfang abhängig ist, liegt in diesem Fall der für ein Zuschlagskriterium erforderliche Bezug zur Qualität der von dem Bieter konkret angebotenen Leistung und damit zum wirtschaftlichen Wert seines Angebots vor. Die betreffende Anforderung ist in diesem Fall also nicht mehr bieter-, sondern angebots-/leistungsbezogen und darf als Zuschlagskriterium herangezogen werden (vgl. den 94. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU).

Um die Bewertung der Qualität des auf die verfahrensgegenständliche Ausschreibung zugeschnittenen Angebots ging es der Ag mit dem Kriterium "Anzahl der Mitarbeiter" jedoch nicht. Wie bereits oben unter 2a) ausgeführt, wollte die Ag in ihrer Wertung allein auf die beim Bieterunternehmen allgemein vorhandene Anzahl von Mitarbeitern abstellen. Sie hat von den Bietern jedoch z.B. nicht verlangt, dass sich diese etwa im Rahmen eines Konzepts mit der ausgeschriebenen Leistung auseinandersetzen, indem sie darlegen, wie sie die hinreichende Verfügbarkeit ihrer Mitarbeiter für den Einsatz bei der Ag im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags sicherstellen wollen (vgl. zu dieser Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nur: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013 - Verg 35/12; vgl. speziell zur Beurteilung des Personaleinsatzes: OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 28. Mai 2013,

11 Verg 6/13; OLG Naumburg, Beschluss vom 12. April 2012, 2 Verg 1/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2012 - Verg 82/11). Dies wird auch dadurch deutlich, dass die Ag nicht speziell Angaben zu dem für die Ausführung des ausgeschriebenen Rahmenvertrags vorgesehenen Personal verlangt hat, sondern die Angabe der generell im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter. Die von den Bietern getätigten Angaben durften daher nicht zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots, also als Zuschlagskriterium, herangezogen werden.

Abgesehen davon erschließt sich vor dem Hintergrund des mit den Zuschlagskriterien seitens der Ag verfolgten Zieles - nämlich der Sicherstellung einer möglichst hohen Anzahl verfügbarer Arbeitskräfte - nicht, aus welchem Grund eine unterschiedliche Gewichtung zwischen Lehrlingen/Auszubildenden/Hilfsarbeitern einerseits und Gesellen andererseits erfolgt ist. Denn beide Gruppen verrichten die gleiche Arbeit. Soweit sich die Ag insoweit darauf beruft, dass eine hohe Ausbildungsquote (daher die höhere Gewichtung bei Lehrlingen/Auszubildenden/Hilfsarbeitern) eine höhere Kontinuität des jeweiligen Betriebes gewährleiste, ist dies ebenfalls nicht nachvollziehbar, da in die wertungsrelevante Gruppe der Ag neben den Lehrlingen und Auszubildenden auch die Hilfsarbeiter fallen. Da der Nachprüfungsantrag der ASt bereits aus diesem Grund erfolgreich ist, braucht über die weiteren, von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht entschieden zu werden. Da - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht der Ag - zur Beseitigung jedenfalls dieses Vergaberechtsverstößes eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens mindestens in das Stadium vor Angebotsaufforderung erforderlich ist, kommt eine Anordnung "lediglich" die Wertung zu wiederholen, wie sie die ASt mit ihrem Hauptantrag begehrt, jedoch schon aus diesem Grund nicht in Betracht. Eine solche Anordnung würde den Vergaberechtsverstoß wegen des Zuschlagskriteriums nicht beseitigen.

3. Da die Wertung der Ag auf rechtswidrigen Zuschlagskriterien beruht, ist anzuordnen, dass

auf der Grundlage dieser Wertung kein Zuschlag erteilt werden darf. Die Ag ist frei, wie sie weiter verfährt. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren mindestens in das Stadium vor Angebotsaufforderung zurückzusetzen und nach Überarbeitung der Zuschlagskriterien erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern. Sollte die Ag neue Eignungsanforderungen aufstellen, ist § 122 Abs. 4 S. 2 GWB zu beachten, wonach eine Zurücksetzung in das Stadium vor (hier: EU-weiter) Bekanntmachung erforderlich wäre. In jedem Fall hat die Ag dabei die Vorschriften des Vergaberechts für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte anzuwenden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB.

Für die Beurteilung, ob ein Verfahrensbeteiligter vollständig oder nur teilweise obsiegt hat oder unterlegen ist, kommt es darauf an, ob das mit dem jeweiligen Antrag verfolgte Verfahrensziel materiell erreicht worden ist. Dies ist bei der ASt nur teilweise der Fall, denn ihr Nachprüfungsantrag war in erster Linie darauf gerichtet, die Wertung so zu wiederholen, dass auf ihre Angebote, die als einzige angeblich die Höchstpunktzahl erreicht hätten, der Zuschlag zu erteilen wäre. Anzuordnen ist vorliegend jedoch, dass kein Zuschlag erteilt werden darf, was bedeutet, dass die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren (mindestens) in das Stadium vor Angebotsaufforderung zurücksetzen muss. Dies führt dazu, dass sich die ASt anders als bei einer reinen Neuwertung der bestehenden Angebote anhand der jetzigen Kriterien einem neuen Wettbewerb stellen muss, bei dem ihre Chance, den Zuschlag zu erlangen, vollkommen offen ist, da davon auszugehen ist, dass sich nicht nur die ASt mit einem neuen Angebot beteiligen wird. Der Unterliegensanteil der ASt ist mithin mit 50% zu bewerten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 5. März 2012 - Verg 65/11; und vom 22. Februar 2010 - Verg 62/09).

Die Bg ist an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens nicht zu beteiligen, da sie keine Anträge gestellt und das Verfahren auch sonst nicht wesentlich gefördert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014 - Verg 41/13). Die Aufwenderstattung zugunsten der Bg i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB richtet sich nach denselben Voraussetzungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012 - Verg 5/12). Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendigen Aufwendungen findet bei einem jeweils hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen der beiden erstattungsberechtigten bzw. kostenpflichtigen Verfahrensbeteiligten nicht statt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2005 - Verg 59/05).

IV.

(...)

VK Lüneburg: Es steht dem Bieter frei, einen angenommenen Wettbewerbsvorteil nicht offenzulegen und auf die Rüge zu verzichten von Thomas Ax

Erkennt ein Bieter mögliche Fehler in den Vergabeunterlagen, ist er nicht verpflichtet, eine Rüge auszusprechen. Die Rüge ermöglicht es ihm, die Fehleinschätzung des Auftraggebers zu korrigieren und aufgrund der zu ändernden Vergabeunterlagen ein besonders günstiges Angebot abzugeben. Das betrifft beispielsweise die Annahme eines ortskundigen Bieters, der zu verwendende oder zu entsorgende Boden werde sich als weniger belastet als in den Vergabeunterlagen angenommen erweisen. Durch die Änderung der Vergabeunterlagen wird dieser Wettbewerbsvorteil allerdings auch den anderen Bietern offengelegt, kann daher auch von diesen genutzt werden. Es steht dem Bieter frei, einen angenommenen Wettbewerbsvorteil nicht offenzulegen und auf die Rüge zu verzichten. In diesem Fall muss er allerdings sein Angebot so gestalten, dass es den Vorgaben des Auftraggebers vollständig entspricht. Die Antragstellerin kann sich daher im Nachprüfungsverfahren nicht darauf berufen, es bestünde kein Verdacht einer Bodenbelastung. Ihre Folgerung, der gesamte Boden sei entgegen der Aufteilung im Leistungsverzeichnis in 9 Fraktionen tatsächlich vollständig für die landwirtschaftliche Nutzung etwa für Heidelbeer-Kulturen geeignet, widerspricht den für sie verbindlichen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses.

Die Gutachten von LUFA und Landwirtschaftskammer dienen nur der vertiefenden Erläuterung, ändern nicht den Inhalt des Leistungsverzeichnisses. Die Antragstellerin kann sich daher nicht erfolgreich auf die möglicherweise berechnete Annahme berufen, die von ihr zutreffend als bloße Vorbehaltspositionen erkannten Ziffern des Leistungsverzeichnisses würden nicht eintreten und ein konkret abfallrechtlicher zulässiger Entsorgungsweg sei daher nicht mit der gebotenen Präzision zu erstellen. Der Nachprüfungsantrag ist somit nur mit dieser Einschränkung zulässig. VK Lüneburg, Beschluss vom 21.01.2020 - VgK-41/2019

Begründung:

I.

Die Antragsgegnerin hat mit EU-Vergabebekanntmachung vom ###.2019 die Abfuhr und die Bodenentsorgung bzw. Bodenweiterverwendung von im Zuge der Erschließung des Neubaugebietes ### durch Bodenaustauschmaßnahmen anfallenden Bodens europaweit als Bauauftrag nach der VOB/A-EU im offenen Verfahren ausgeschrieben. Nach Ziffer 11.1.4) der Bekanntmachung war der innerhalb des Erschließungsgebietes zwischengelagerte Boden vom Auftragnehmer zu laden und von dort zum vom Auftragnehmer vorgesehenen Entsorgungs- bzw. Weiterverwendungsort zu transportieren. Einziges Zuschlagskriterium war nach Ziffer 11.2.5) der Bekanntmachung i. V. m. Nr. 6 der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Preis. Nebenangebote waren nach Ziffer 11.2.10) der Bekanntmachung nicht zulässig. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war nach Ziffer IV.2.2) der Bekanntmachung der ###.2019. Unter Ziffer 11.2.4) der Bekanntmachung wurden die zu erwartenden Mengen an Boden getrennt nach Mutterboden mit Grasnarbe und Torfboden, Torfboden und Übergangsschicht vom Torfboden zum darunterliegenden Sand bekannt gegeben. Zusätzlich wurden dort die für die Entscheidung über die Aufbereitung, Verwertung oder Beseitigung maßgeblichen Einstufungen nach BBodSchV und der LAGA (Länderarbeitsgemeinschaft Abfall, Anforderungen an die stoffliche Verwertung von mineralischen Abfällen, Teil 11, Technische Regeln für die Verwertung) aus den Voruntersuchungen der Antragsgegnerin bekannt gegeben. Abschließend wurde dort Folgendes festgelegt:

"Ein Entsorgungskonzept entsprechend den abfallrechtlichen Vorschriften und/oder ein Weiterverwendungskonzept gemäß den aktuellen Vorschriften ist mit dem Angebot einzureichen. Bei einer Entsorgung sind zusätzlich die Genehmigungsunterlagen der Annahmestelle mit dem Angebot einzureichen."

Die zu den Vergabeunterlagen gehörige Baubeschreibung enthielt im Abschnitt 1.1.2 "Aushubmaterial" eine gleichlautende Formulierung. In dem zu den Vergabeunterlagen gehörenden Leistungsverzeichnis wurden im Abschnitt 02 "Transport und Entsorgung" nochmals die Ergebnisse der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Voruntersuchungen nach der BBodSchV und der LAGA wiedergegeben. Im Weiteren wurde in diesem Abschnitt in Bezug auf Aufbereitung, Verwertung oder Beseitigung des Aushubbodens u. a. Folgendes festgelegt:

"Das zu entnehmende Material wird entsprechend den drei Materialarten tiefendifferenziert entnommen. Auszuschließen ist nicht, dass im Übergangsbereich Torf-Sand ein Torf-Sand-Gemisch anfällt, für das keine schadstoffbezogene Voreinstufung vorliegt. Die entnommenen Materialien werden zu einer Bereitstellungsfläche (BE-Fläche) transportiert und dort getrennt aufgehaldet. Das Aushubmaterial wurde vom AG bisher nicht abfallrechtlich deklariert. Das Material wird deshalb auf einer Bereitstellungsfläche für den Abtransport und die Entsorgung bereitgestellt, vom AN beprobt und deklariert. Die Beprobung des Materials erfolgt durch den AN im Beisein des AG. Vom AN sind Doppelproben zu entnehmen und eine Probe dem AG zu übergeben. Der Analyseumfang ist im Vorwege mit dem AG abzustimmen. Anhand der Analytik erfolgt durch den AG die Deklaration des Materials. Der Abtransport des Materials erfolgt erst nach Freigabe durch den AG.

(...)

Der Ort der Verwiegung inkl. der Verwiegetechnik, der Ort der Aufbereitung bzw. Verwertung oder Deponierung und die genehmigten Schadstoffkonzentrationen der Eingangsmaterialien für die jeweiligen Entsorgungs- bzw. Verwertungsanlagen sind dem AG zu benennen. Bei der Wahl der Entsorgungs- bzw. Verwertungswege sind die derzeit gültigen Gesetze und Verordnungen einzuhalten. Die Abrechnung erfolgt bei der externen Entsorgung (hier Transport und Entsorgung) nach Masse (Tonnen). Vom AN ist zu berücksichtigen, dass

es zu Massenverschiebungen hinsichtlich der LAGA- und BBodSchV-Einstufung des Aushubmaterials kommen kann, da die bisherigen Abschätzungen auf den Ergebnissen von Voruntersuchungen beruhen.

(...)

Sollten von Seiten des AN Einwände bzw. Bedenken gegen die Art der Ausschreibung der Leistungen bestehen, so hat der AN diese spätestens bei Abgabe des Angebotes schriftlich mitzuteilen."

Im Folgenden enthielt das Leistungsverzeichnis einzelne Positionen, die von der Antragsgegnerin nach den Ergebnissen ihrer Voruntersuchungen und den von ihr eingeschätzten zugehörigen Massen (in Tonnen) gebildet wurden (von der Antragsgegnerin als "vordeklariertes Material" bezeichnet). Die einzelnen Positionen waren von den Bietern nach Einheits- und Gesamtpreis zu bepreisen. Im Weiteren war dort der Ort der Aufbereitung/Verwertung/Beseitigung positionsbezogen von den Bietern anzugeben. Bis zum Ende der Angebotsfrist gaben fünf Bieter fristgerecht ein Angebot ab. Nach dem Submissionsergebnis, das den Bietern mitgeteilt wurde, gab die Antragstellerin das preisgünstigste Angebot ab, das Angebot der Beigeladenen lag mit einem Abstand von rd. 3 % auf Rang 2. Ihrem Angebot hatte die Antragstellerin ein eine DIN-A4-Seite umfassendes "Weiterverwendungskonzept für den Moorboden aus dem Baugebiet ####" beigefügt. In den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses verwies sie zu der geforderten Angabe des Ortes der Aufbereitung/der Verwertung/der Beseitigung jeweils auf dieses Konzept. In diesem Konzept benannte die Antragstellerin drei Entsorgungswege. Erstens die Aufbringung landwirtschaftlich verwertbarer Böden auf eigenen (4,2 und 4 ha) sowie fremden (bis zu 25 ha) landwirtschaftlich genutzten Flächen. Zweitens die Verwertung von Böden bis zu einem Zuordnungswert Z 1.2 der LAGA in einer Bodenaufbereitungsanlage in ####, die die erforderliche BImSchG-Genehmigung besitze. Und drittens die Zwischenlagerung von Böden in einem Bodenschuttlager in #### zur späteren Verwendung als Andeckboden im Rahmen des Neubaus der

BAB ###. Im Rahmen der Angebotswertung forderte das von der Antragsgegnerin mit der Durchführung der Ausschreibung beauftragte Ingenieurbüro ### GmbH mit E-Mail vom 29.10.2019 die Antragstellerin auf, ihr Verwertungskonzept zu erläutern bzw. zu ergänzen.

Hinsichtlich der beabsichtigten Aufbringung auf landwirtschaftlich genutzte Flächen fordert das Ingenieurbüro eine nach Mengen und Parametern aufgeschlüsselte Genehmigung an ("Welcher Boden ist hierfür vorgesehen und in welcher Menge?"). Hinsichtlich des Bodens in ### die Genehmigung, aufgeschlüsselt nach Mengen und Parametern. Und hinsichtlich der Bodenaufbereitungsanlage ### verlangte das Ingenieurbüro die Vorlage der BImSchG-Genehmigung und die Angabe, wieviel Boden dort noch angenommen werden könne. Hinsichtlich der geplanten Ausbringung auf landwirtschaftliche Flächen übersandte die Antragstellerin fristgerecht ein Flächenverzeichnis über insgesamt ca. 35 ha beabsichtigter Aufbringungsfläche mit Flurstücksangaben und den Einverständniserklärungen der jeweiligen Grundstückseigentümer, "unbelasteten Torfboden" entgegenzunehmen. Im Weiteren teilte sie dazu mit, dass aus ihrer Sicht die landwirtschaftliche Verwertung gemäß § 12 Abs. 2 BBodSchV unter den dortigen Bedingungen genehmigungsfrei sei. Hinsichtlich des Bodens in ### teilte sie mit, dass ein Bauantrag zurzeit gestellt und mit einer Genehmigung Anfang 2020 gerechnet werde. Und schließlich legte sie in Bezug auf die Bodenaufbereitungsanlage ### eine Änderungsgenehmigung nach dem BImSchG des Staatlichen Gewerbeaufsichtsamtes ### vom 26.04.2017 vor. Diese umfasst die Erhöhung der Durchsatz- und Lagermengen an ungebrochenen und gebrochenem Material. In dem abschließenden Vermerk über die Wertung der Angebote vom 21.11.2019 empfahl das Ingenieurbüro der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin von der weiteren Wertung auszuschließen. In Bezug auf die beabsichtigte Aufbringung des Bodens auf landwirtschaftliche Flächen habe der Bieter zwar Absichtserklärungen der Eigentümer vorgelegt "unbelasteten Boden" aufzunehmen. Eine Aufbringung auf landwirtschaftliche Flä-

chen sollte jedoch gemäß ursprünglicher Bieterangabe gemäß einer Dünge- und Mengempfehlung erfolgen. Diese sei für keine der Flächen vorgelegt worden. Zudem seien gemäß Anhang zu § 60 Abs. 1 NBauO lediglich Aufschüttungen bis zu 300 m² genehmigungsfrei. Ein Bauantrag mit einer entsprechenden Beteiligung der unteren Bodenschutzbehörde des Landkreises ### als Träger öffentlicher Belange liege jedoch nicht vor. Hinsichtlich des Bodens in ###, das ursprünglich zumindest teilweise als Transportziel des abzufahrenden Bodens benannt wurde, liege keine Baugenehmigung vor, so dass es für weitere Betrachtungen entfalle. Und schließlich habe der Bieter hinsichtlich der Bodenaufbereitungsanlage ### eine Änderungsgenehmigung nach dem BImSchG vorgelegt. Die wesentliche Änderung umfasse eine Erhöhung der Lagermengen an ungebrochenem Bauschutt. Mineralische Abfälle dürften dort nur bis zu einem Zuordnungswert Z 1.1 der LAGA M 20 angenommen werden. Die geplante Annahme von 680 t Z 1.2-Boden in ### sei derzeit nicht zulässig. Hierfür liege auch kein anderer genehmigter Entsorgungsweg nach dem Konzept des Bieters vor. Eine Weiterverwendung/Entsorgung gemäß den gültigen Gesetzen und Vorschriften, wie in der Baubeschreibung gefordert, könne vom Bieter auch mit der teilweisen Vorlage nachgeforderter Unterlagen nicht dargestellt werden.

Mit Bieterinformationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 28.11.2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird. Die Antragsgegnerin beabsichtige, den Zuschlag am 13.12.2019 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Zur Begründung des Ausschlusses teilte sie mit, dass keine prüffähigen Nachweise eingereicht worden seien, ob die angebotene Weiterverwertung des Bodens zulässig sei. Die erforderlichen Genehmigungen lägen nicht vor. Somit sei das Angebot unvollständig. Am 29.11.2019 rügte die Antragstellerin ihren Angebotsausschluss. Die Rüge erfolgte als Einschreiben mit Rückschein und ging nach dem dortigen Eingangstempel am 02.12.2019 bei der Antragsgegnerin ein. Ein Zugang auf elektronischem Weg wurde nicht belegt. Die Rüge

trug den Zusatz "Mit anliegendem Schreiben habe ich die Vergabekammer informiert." Inhaltlich rügte die Antragstellerin, dass ihr Angebot unrechtmäßig und fehlerhaft von der Wertung ausgeschlossen worden sei. Die Auswertung der Vergabestelle sei auf Grundlage des Abfallrechts erfolgt, was bei ihrem Angebot gemäß § 12 Abs. 2 BBodSchV i. V. mit § 5 KrWG und dem Erlass des Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt, Energie und Klimaschutz (MU) vom 08.05.2013 nicht greife. Der Abfallbegriff würde nicht erfüllt und das Abfallrecht könne nicht als Ausschlussgrund herangezogen werden. Es würden vorliegend ausschließlich das BBodSchG, die BBodSchV und zugehörige Verwaltungsvorschriften gelten. Es sei lediglich das Einverständnis der Grundstückseigentümer nach Privatrecht erforderlich und dieses auch vorgelegt worden. Gemäß dieser rechtlichen Vorgaben sei auch die LAGA-Einstufung nach Z-Stufen nicht anwendbar, sondern es sei ausschließlich die Verwendung auf geeigneten Flächen maßgebend. Sogar der niedrige pH-Wert und der hohe TOC-Wert seien bei Naturboden dann auch nicht maßgebend. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin (LUFA-Gutachten, LWK-Gutachten) sei der zu übernehmende Boden für die landwirtschaftliche Verwertung geeignet, insbesondere auch auf Heidelbeerkulturen. Dies sei für wesentliche Mengen Gegenstand des Angebotes der Antragstellerin. Noch am Tag der Rüge, den 29.11.2019, beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, ebenfalls per Einschreiben mit Rückschein.

Der Nachprüfungsantrag ging am 02.12.2019 bei der Poststelle der Vergabekammer ein und wurde der Antragsgegnerin noch am gleichen Tag zunächst per E-Mail um 13:31 Uhr übermittelt. Inhaltlich trug die Antragstellerin wie in ihrer Rüge vor und ergänzte ihren Vortrag mit anwaltlichem Schriftsatz vom 05.12.2019. Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Alle formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Insbesondere habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 29.11.2019 die Entscheidung über den Angebotsausschluss nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig gerügt. Dem

stehe auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin zeitgleich mit der Rüge auch die Vergabekammer über den unrechtmäßigen Ausschluss ihres Angebotes informiert habe. Das GWB sehe eine Wartefrist zwischen der Erklärung der Rüge und der Einreichung des Nachprüfungsantrages nicht vor, so dass, u. a. nach dem Beschluss des OLG Naumburg vom 25.10.2005 - Az: 1 Verg 5/05 -, die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages von der Beachtung einer solchen Wartefrist nicht abhängig gemacht werden könne. Soweit die angerufene Vergabekammer dies anders sehen solle, behalte sie sich vor, den Nachprüfungsantrag zurückzunehmen und ihn nach abschlägiger Entscheidung der Vergabestelle unmittelbar vor Zuschlagserteilung erneut zu stellen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Antragsgegnerin verkenne in ihrer Begründung über den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin die Rechtslage. Die Zulässigkeit der von der Antragstellerin angebotenen Verwertung ergäbe sich aus dem Gesetz, einer gesonderten "Genehmigung" bedürfe es für die angebotene landwirtschaftliche Verwertung nicht. Gemäß der zum Bestandteil der Vergabeunterlagen gehörenden Baubeschreibung sei vom Bieter ein den aktuellen Gesetzen und Vorschriften entsprechendes Weiterverwendungs- und/oder Entsorgungskonzept mit Angebotsabgabe einzureichen gewesen. Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen sei außerdem die Stellungnahme der ### GmbH vom 12.09.2019 gewesen. Diese habe im Jahr 2019 insgesamt 15 Rammkernsondierungen vorgenommen und komme zu dem Schluss, dass pflanzenschädigende Wirkungen des untersuchten Torfmaterials nicht zu erwarten seien. Nach dem hierzu von der ### GmbH in Bezug genommenen Schreiben der Landwirtschaftskammer Niedersachsen vom 11.09.2019 spreche aus gartenbaulicher Sicht nichts dagegen, das Torfmaterial als Bodenhilfsstoff zur Verbesserung von landwirtschaftlichen bzw. gartenbaulichen Kulturflächen zu verwenden. Insbesondere sei der Boden für die Neuanlage von Kulturheidelbeeren gut geeignet. Die von der LUFA Nord-West durchgeführten Keimpflanzentests würden zeigen, dass eine pflanzen-

schädigende Wirkung des Bodens nicht zu erwarten sei. Bereits in ihrer Stellungnahme vom 10.12.2018 habe die ### GmbH die Untersuchungsergebnisse dergestalt zusammengefasst, dass eine externe Verwendung des humosen Materials u. a. im Gartenbau und der Landwirtschaft sowie in sensiblen Nutzungsbereichen aufgrund der eingehaltenen Vorsorge- und Prüfwerte der BBodSchV denkbar sei. Auf der Basis dieser Informationen habe die Antragstellerin ihr Angebot vom 22.10.2019 erstellt und wie gefordert ein Verwertungskonzept für den abzufahrenden Boden erstellt. Dies sehe angesichts der aus den Vergabeunterlagen ersichtlichen Qualität des Bodens ganz überwiegend eine landwirtschaftliche Verwertung des Bodens vor. Hierzu stünden zum einen eigene Grundstücke zur Verfügung. Zum anderen habe sie die Zustimmung von Eigentümern fremder (landwirtschaftlich genutzter) Grundstücke eingeholt und vorgelegt, wovon ein Grundstück eines Landwirts bereits 25 ha umfasse, welches für Heidelbeerkulturen genutzt würde. Die Verwertungsflächen stünden auch ab sofort zur Verfügung.

Eine Genehmigungspflicht ergebe sich damit weder aus der BBodSchV noch aus der NBauO wie die Antragsgegnerin meine. Nach § 60 Abs. 1 NBauO i. V. m. dem Anhang 1 Nr. 7 seien Aufschüttungen mit nicht mehr als 3 m Höhe und 300 m² Fläche genehmigungsfrei. Im Verwertungskonzept der Antragstellerin würde zwar mehr als 300 m² im Hinblick auf einzelne Grundstücke beansprucht; es würden jedoch keine Aufschüttungen im Sinne der NBauO vorgenommen. Die Bodenverwertung sei mit einer Gabe von max. 5 cm geplant, was im Wesentlichen einer üblichen Festmist- oder Klärschlammaufbringung ähnele und in der Praxis der ordnungsgemäßen Landwirtschaft üblich sei, um eine Verbesserung der Humusschicht und der Wasserspeicherung zu erzielen. Eine Baugenehmigung sei hierfür nicht erforderlich. Auch sei in diesem Zusammenhang die Düngemittelverordnung von der Antragstellerin nicht angeführt worden, da es sich bei dem zu verwertenden Boden keinesfalls um ein Düngemittel handele. Vielmehr erfolge eine Boden- bzw. Strukturverbesserung. Hinsichtlich der zu-

nächst angegebenen Verwertung über das Bodenschicht ### sei auszuführen, dass dieses tatsächlich noch nicht zur Verfügung stehe, dementsprechend sei es von der Antragstellerin auch nicht weiter als Verwertungsweg vorgesehen. Die Nutzung dieses früher vorgesehenen Bodenschicht ### sei aber ansonsten auch entbehrlich, da genügend Flächen für die angebotene landwirtschaftliche Verwertung zur Verfügung stünden.

Der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Bewertung der Bodenaufbereitungsanlage ### werde zudem ausdrücklich widersprochen, weil diese in Bezug auf den hier zu verwendenden Boden schlicht falsch sei. Der streitgegenständliche Moorboden sei für die dortige Erstellung von Lärm-/Staub-/Sichtschutzwällen entlang der Bundesstraße ### nach § 12 Abs. 2 BBodSchV sehr wohl geeignet. Hier würde eine durchwurzelbare Bodenschicht hergestellt, um die geforderte Schutzbepflanzung vornehmen zu können. Die Verwendung in diesen Wällen sei - außerhalb des Abfallrechts - grundsätzlich nach § 12 Abs. 2 BBodSchV zu bewerten und hiernach zulässig und genehmigungsfrei. Im Ergebnis erfülle der zur Verwertung abzufahrende Boden die Voraussetzungen aus § 12 Abs. 4 BBodSchV, wonach die im Oberboden und Torf nachgewiesenen Schadstoffgehalte unterhalb von 70 % der Vorsorgewerte nach Anhang 2 Nr. 4 liegen würden, wie sich aus der Stellungnahme der ### GmbH vom 10.12.2018 ergeben würde. Die geplante Verwertung des Bodens unterfalle vor diesem Hintergrund nicht dem Abfallrecht, sondern dem Bodenrecht, so dass die Aufbringung des Bodens keiner gesonderten Genehmigung bedürfe. Dies entspräche auch dem Erlass des MU vom 08.05.2013. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin aufgrund vermeintlich fehlender abfallrechtlicher Genehmigungen sei deshalb vergaberechtswidrig erfolgt. Anders als die Antragsgegnerin meine, sei durch die Beantwortung der von der ### GmbH mit E-Mail vom 29.10.2019 gestellten Fragen auch keine nachträgliche Änderung des Angebotes i. S. v. § 15 EU Abs. 3 VOB/A erfolgt. Die Antragstellerin habe vorliegend eine direkte Verwendung des Bodens gemäß BBodSchV angeboten, was

nicht nur aus dem Text hervorgehe, sondern bereits durch den Titel "Weiterverwendungskonzept" deutlich werde, der die Formulierungen der BBodSchV aufgreife und nicht die Textbausteine des LAGA M 20 benutze. Die Antworten der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 04.11. und 07.11.2019 hätten der Erläuterung des angebotenen Verwendungskonzepts gedient. Eine inhaltliche oder gar preisliche Änderung des Konzepts sei dadurch nicht erfolgt. Die Antragstellerin habe dabei stets auf die Verwendung nach BBodSchV hingewiesen. Diese zulässige Verwendung würde insbesondere durch die Formulierungen in der Ausschreibung, den vorgenommenen Untersuchungen der Antragsgegnerin und den gutachterlichen Aussagen, die Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen seien, aufgezeigt. Die Antragstellerin habe die Unterlagen ausgewertet und habe durch die gegebene Flächenverfügbarkeit - spiegelbildlich zur Ausschreibung - eine direkte Bodenverwendung ohne weitere Arbeitsschritte angeboten.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vom 22.10.2019 zurückzunehmen und die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin vom 22.10.2019 zu wiederholen.
2. **Hilfsweise:** Der Antragsgegnerin wird untersagt, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen.
3. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin gewährt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin.
5. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
6. **Äußerst hilfsweise:** Das Nachprüfungsverfahren im Falle des Unterliegens als für die Antragsgegnerin kostenpflichtig, weil mangels

ausreichender Bieterinformation provoziert, zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen; hilfsweise: als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Einsichtnahme in die Vergabeakte zu versagen; hilfsweise: über die Gewährung der Akteneinsicht im Wege einer rechtsmittelfähigen Zwischenentscheidung zu entscheiden,
3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
4. auszusprechen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig.

Die Antragstellerin habe die von ihr jetzt behaupteten Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig gerügt. Die Antragstellerin mache geltend, dass die Antragsgegnerin in unzulässiger Weise im Rahmen der fachlichen Prüfung der Angebote sowie der geforderten Unterlagen auf abfallrechtliche Vorschriften und Genehmigungen abgestellt habe, in dem sie behauptete, dass das Abfallrecht auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar sei. Es sei aber von Anfang an für jeden Bieter erkennbar gewesen, dass die Antragsgegnerin das abzufahrende Material dem Abfallrechtsregime unterwerfe und an den Nachweis der Entsorgungswege abfallrechtliche Maßstäbe anlegen wolle. So habe sie bereits in der Vergabebekanntmachung die auftragsgegenständlichen Böden ausdrücklich als - nicht gefährliche - Abfälle bezeichnet sowie ein den abfallrechtlichen Vorschriften entsprechendes Entsorgungs- und/oder Verwertungskonzept gefordert. Soweit die Antragstellerin der Meinung war, diese Anfor-

derungen seien unzulässig, hätte sie dies gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist am ###.2019 rügen müssen. Dies habe sie jedoch erst nach Erhalt des Bieterinformationsschreibens vom 28.11.2019 getan. Es sei Bieterinnen jedoch verwehrt, aus ihrer Sicht bestehende und erkennbare Rechtsverstöße zu "sammeln" und abzuwarten, ob sich diese zu ihren Lasten auswirken würden. Zudem sei die Einreichung des Nachprüfungsantrages vermutlich vor der Rüge erfolgt. Darauf deute bereits der Wortlaut des Rügeschreibens hin, in welchem die Antragstellerin abschließend ausgeführt habe: "Mit anliegendem Schreiben habe ich die Vergabekammer informiert."

Aus der Verwendung der Vergangenheitsform ("habe ich") lasse sich darauf schließen, dass der Nachprüfungsantrag bereits vor Absendung des Rügeschreibens versandt wurde. Bei der Frage, ob die von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr.1 GWB gewollte Reihenfolge - zuerst Rüge, dann Nachprüfungsantrag - eingehalten wurde, komme es nach der Rechtsprechung nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung des Nachprüfungsantrages durch die Vergabekammer bei dem Auftraggeber an, sondern auf den Zeitpunkt der Antragstellung bei der Vergabekammer. Dieser Zeitpunkt sei der Antragsgegnerin jedoch nicht bekannt. Die Vergabekammer werde daher gebeten, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Stelle sich die geäußerte Vermutung als zutreffend heraus, sei der Nachprüfungsantrag bereits aus diesem Grund als offensichtlich unzulässig anzusehen. Soweit die Bevollmächtigte der Antragstellerin diesbezüglich in ihrem Schriftsatz vom 05.12.2019 vorgetragen habe, dass Rüge und Nachprüfungsantrag zeitgleich erfolgt seien, würde vorliegend nichts anderes gelten. Würde man eine zeitgleich mit dem Nachprüfungsantrag erhobene Rüge als zulässig erachten, verkäme die Rügeobliegenheit zu einer reinen Förmelerei:

Von einer Chance für den Auftraggeber, mögliche Verstöße zu korrigieren, könne dann keine Rede mehr sein. Hinzu komme vorliegend, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der Bieterinformation vom 28.11.2019 mitgeteilt habe, den Zuschlag frühestens am 13.12.2019 auf das

Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen. Es wäre für die Antragstellerin also ohne weiteres möglich gewesen, zunächst die Reaktion der Antragsgegnerin auf das Rügeschreiben abzuwarten und erst dann ggf. den Nachprüfungsantrag zu stellen. Dies sei insoweit relevant, als genau dieser Umstand - nämlich eine nur sehr kurze verbleibende Zeit bis zur Zuschlagserteilung - von der Rechtsprechung regelmäßig zur Begründung herangezogen würde, warum es gerade keiner Wartefrist zwischen Rüge und Antragstellung bedürfe. Eine solche Konstellation liege hier aber gerade nicht vor, der Nachprüfungsantrag sei auch im Falle einer gleichzeitigen Erhebung der Rüge unzulässig. Unabhängig von der Unzulässigkeit sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet.

Die Antragsgegnerin habe in der Bekanntmachung und in den von der ### GmbH erstellten Vergabeunterlagen allen Bieterinnen die Pflicht auferlegt, mit dem Angebot ein den abfallrechtlichen Vorschriften entsprechendes Entsorgungsbzw. Verwendungskonzept sowie die Genehmigungen für die jeweils vorgesehenen Abnahmestellen vorzulegen. Diese Vorgabe sei folgerichtig und sachgerecht gewesen, da der vorliegende Auftrag zweifellos in den Anwendungsbereich des Abfallrechts falle. Nach dem bundeseinheitlichen Abfallbegriff gemäß § 3 Abs. 1 KrWG seien Abfälle alle Stoffe oder Gegenstände, derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Die Antragsgegnerin als Bauherrin der Erschließungsmaßnahme sei zwanglos Abfallbesitzerin gemäß § 3 Abs. 9 KrWG, weil sie die Sachherrschaft über den Boden ausübe. Sie habe im Rahmen der Beschreibung des Auftragsgegenstandes zum Ausdruck gebracht, dass sie sich der Böden entledigen und mit dieser Entledigung den Zuschlagsempfänger des vorliegenden Vergabeverfahrens beauftragen wolle.

Jeder weitere Schritt wie Lagerung, Transport, Sortierung, Behandlung und Verwertung müsse sich daher zunächst an abfallrechtlichen Maßstäben messen lassen. Nichts anderes ergäbe sich aus dem von der Antragstellerin angesprochenen Erlass des MU vom 08.05.2013. Dieser Erlass beschäftige sich allein mit der

Frage, unter welchen Voraussetzungen Bodenaushub seine Eigenschaft als Abfall wieder verliere und konkretisiere insoweit die Regelung in § 5 KrWG. Auch dieser Erlass gehe aber davon aus, dass ausgehobener Boden zunächst Abfall im Sinne des gesetzlichen Abfallbegriffs darstelle. Da die Antragsgegnerin als zur Entsorgung der Böden verpflichteter Abfallbesitzer auch bei Einbindung eines Dritten bis zum endgültigen und ordnungsgemäßen Abschluss der Entsorgung nach § 22 S. 2 KrWG in der Verantwortung bleibe, sei es sachgerecht und zulässig gewesen, von den Bietern die Darlegung eines abfallrechtlich ordnungsgemäßen Entsorgungsweges zu verlangen.

Die Antragstellerin habe aber für keinen der von ihr im Wesentlichen benannten drei Entsorgungswege in ihrem Angebot die abfallrechtliche Zulässigkeit substantiiert dargelegt. So stehe der von ihr ursprünglich angegebene Entsorgungsweg in das Bodenlager in ### nach den eigenen Ausführungen der Antragstellerin nicht mehr zur Verfügung. Es liege noch keine Genehmigung vor. Insoweit sei überhaupt nicht erkennbar, inwieweit dieser Entsorgungsweg innerhalb des hier gegenständlichen Leistungszeitraums überhaupt genutzt werden könne. Hinsichtlich der von der Antragstellerin benannten Bodenaufbereitungsanlage in ### habe die Antragstellerin nicht die Genehmigung der Anlage selbst, sondern eine Änderungsgenehmigung der Ursprungsgenehmigung des Staatlichen Gewerbeaufsichtsamtes vom 26.04.2017 vorgelegt. Aus dieser gehe aber bereits hervor, dass die Lagermenge - anders als von der Antragstellerin behauptet - begrenzt sei, und zwar auf 10.000 t ungebrochenes Material und 8.000 t gebrochenes Material. Ferner sei ersichtlich, dass - ebenfalls in Abweichung von den Angaben der Antragstellerin - Material mit einem Zuordnungswert von Z 1.2 nach der LAGA-Mitteilung 20 dort gar nicht angenommen werden dürfe. Für Material mit diesem Zuordnungswert sei die Entsorgung damit nicht gesichert. Und schließlich habe die Antragstellerin für die Aufbringung auf landwirtschaftlich genutzte Flächen alleine privatrechtliche Annahmeerklärungen der jeweiligen Flächeninhaber vorgelegt. Eine Abstimmung

mit der zuständigen unteren Abfall- bzw. Bodenschutzbehörde über die Zulässigkeit der Aufbringung der anzufahrenden Böden sei nach den eigenen Angaben der Antragstellerin in ihrem Schreiben auf die Nachforderung vom 07.11.2019 überhaupt noch nicht erfolgt. Aus dem von ihr angesprochen § 12 BBodSchV würden sich lediglich die Voraussetzungen der Zulässigkeit ergeben, nicht jedoch deren Genehmigungsfreiheit.

Hieran ändere auch der nunmehrige Verweis auf den Erlass des MU vom 08.05.2013 nichts. Der Erlass unterscheide hier zwischen Mutterboden und anderem Bodenaushub. Die für Mutterboden geltenden Anforderungen gemäß Ziffer 1.b) mögen vorliegend erfüllt sein, Mutterboden sei jedoch nur ein kleinerer Teil der Gesamtmenge. Die überwiegende Menge bestehe aus Torfböden, für welche die Anforderungen nach Ziffer 1.c) des Erlasses gelten würden. Die hier formulierte Voraussetzung der Einhaltung des Zuordnungswertes Z 0 nach der LAGA-Mitteilung sei aber vorliegend nicht gegeben. Die Antragstellerin beabsichtige aber auch für diese Mengen die landwirtschaftliche Verwendung. Unabhängig davon sei aber auch für diese Maßnahmen eine Baugenehmigung erforderlich. Denn auch bei den geplanten Aufschüttungen handele es sich gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 NBauO um baulichen Anlagen, die grundsätzlich nach § 59 Abs. 1 NBauO einer Baugenehmigung bedürfen würden. Baugenehmigungsfrei seien im Außenbereich gemäß § 60 Abs. 1 NBauO i. V. m. Ziffer 7.1 des Anhangs lediglich Aufschüttungen bis zu einer Fläche von 300 m². Die Antragstellerin beabsichtige aber Aufschüttungen auf Flächen von mehreren Hektar vorzunehmen. Baugenehmigungen habe sie hierfür nicht vorgelegt. Dieser Entsorgungsweg sei damit nicht entsprechend den Anforderungen der Antragsgegnerin dargelegt. Nachdem die Antragstellerin auch im Rahmen ihrer Beantwortung der Nachforderung die von der Antragsgegnerin geforderten Unterlagen nicht beigebracht habe, musste ihr Angebot mit Blick auf die Regelung in § 16 EU VOB/A vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Eine "Nachforderung der Nachforderung" sei vergaberechtlich unzulässig. Die Antragsgegnerin

habe insoweit kein Ermessen gehabt. Der Ausschluss des Angebotes sei zwingend vorzunehmen gewesen.

Zudem sei das Angebot der Antragstellerin wegen nachträglicher Änderungen der Angebotsinhalte auszuschließen. So habe die Antragstellerin in ihrem ursprünglichen "Weiterverwendungskonzept" erklärt, u. a. das Bodenschichtlager in ### als Zwischenlager für den Boden bis zum Einbau in die Lärmschutzwälle an der BAB ### nutzen zu wollen. Nach dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 16.12.2019 sei eine Nutzung dieses Zwischenlagers nunmehr überhaupt nicht mehr beabsichtigt. Die Antragstellerin habe damit den Inhalt ihres Angebotes, namentlich den Entsorgungsweg, nachträglich geändert, was, jedenfalls im offenen Verfahren nicht zulässig sei und einen zwingenden Ausschlussgrund darstelle. Im Weiteren habe die Antragstellerin in ihrem ursprünglichen Konzept hinsichtlich der Bodenaufbereitungsanlage ### erklärt, Teilmengen des Bodens bis zur Deklarierungsstufe Z 1.2 dorthin zur Verwertung, d. h. zur Aufbereitung zu fahren. Nach dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 16.12.2019 solle der Boden aber nunmehr ohne Durchlaufen der Anlage selbst in die dortigen Schutzwälle eingebaut werden. Auch diese Änderung führe zum Ausschluss des Angebotes. Und schließlich habe die Antragstellerin auch den von ihr beabsichtigten Hauptentsorgungsweg, die landwirtschaftliche Verwertung der Böden, nach Angebotsabgabe nachträglich inhaltlich geändert. Zusammengefasst habe die Antragstellerin in ihrem ursprünglichen Konzept eine Ausbringung des Bodens mittels Streugeräten auf 8,2 ha eigenen Flächen und 25 ha Flächen eines Landwirts in ### angeboten. In ihrem Antwortschreiben auf die Nachforderung der Antragsgegnerin vom 07.11.2019 habe sie in der Anlage 1 eine tabellarische Übersicht der Aufbringungsflächen beigefügt. Die dortige Aufstellung weiche eklatant von den Angaben im Angebot ab. Hinzu komme der Umstand, dass im Falle der Flächen des Herrn ### vor Aufbringung offenbar noch eine Behandlung der Böden stattfinden solle. Die Antragstellerin habe diesbezüglich ausgeführt, dass die Firma ### den angelieferten Boden nach eigener Rezeptur mische und diesen

Mischboden auf ihre Heidelbeerkulturen aufbringe. Es handele sich insoweit, anders als im Angebot aufgeführt, gerade nicht um eine reine Aufbringung des Bodens auf landwirtschaftliche Flächen, sondern es erfolge zunächst eine Vorbehandlung.

Auch diese inhaltlichen Änderungen würden zwingend zu einem Angebotsausschluss führen. Am 08.01.2020 hat die Vergabekammer das Amt für regionale Landesentwicklung um Amtshilfe bei der Beantwortung folgender Fragen:

1. Soweit es sich um Boden der Zuordnungs-kategorie Z 0 nach LAGA 20 handelt: Ist das Aufbringen von Boden genehmigungsfrei?

Diskutiert wird zum einen eine Baugenehmigung; zwar wird die Fläche von 300 m² nach Anlage 1 der NBauO deutlich überschritten, ich halte es allerdings auch für möglich, dass es sich bei dem großvolumigen Einbringen von Bodenmaterial nicht nur um eine reine Meliorationsmaßnahme handelt.

2. Eine weitere Frage stellt sich hinsichtlich der Differenzierung nach den Vorsorgewerten der Bundesbodenschutzverordnung. Teilweise handelt es sich um Oberboden, der weniger als 70 % der Vorsorgewerte nach Bundesbodenschutzverordnung erfüllt, teilweise liegt eine Belastung gemäß den Vorsorgewerten nach der Bundesbodenschutzverordnung vor. Bis zu welcher Belastung ist die Aufbringung auf Felder ohne Vorbehandlung möglich?

3. Daneben gibt es als keimfähig beprobten weiteren Boden bis hin zur Zuordnungs-kategorie Z 2, für den nach bisheriger Auffassung eine Aufbringung auf landwirtschaftlichen Flächen ohne Vorbehandlung nicht als zulässig erscheint. Falls das bei Ihnen anders gesehen wird, wäre ich für einen Hinweis dankbar. Das Amt für regionale Landesentwicklung antwortete am 10.01.2020 unter Rückgriff auf eine Stellungnahme der Landwirtschaftskammer ### wie folgt:

Grundsätzlich ist anhand von Materialeigenschaften, Nähr- und Schadstoffgehalten sowie

der geplanten Aufbringungsmenge zu prüfen, ob eine Verwertung gemäß Düngemittelrecht oder Bodenschutzrecht möglich ist. Bei einer Aufbringung von 5 cm wird die "düngewirtschaftliche Aufbringungsmenge" von max. 20 - 30 t/ha deutlich überschritten (vgl. NMU-Erlass vom 23.11.2013). Es handelt sich somit um eine Auf-/Einbringung von Bodenmaterial auf/in die durchwurzelbare Bodenschicht und daher um eine Verwertung gemäß § 12 BBodSchV. Für die fachliche Bewertung findet hier die LABO - Vollzugshilfe zu § 12 BBodSchV Anwendung und nicht die LAGA M 20.

Zu 1. Bei der Aufbringung von Bodenmaterial ist, wie Sie schon vermuten, ein Bauantrag zu stellen, wenn eine Fläche von 300 m² überschritten wird. Für eine fachliche Bewertung wird bei der Bearbeitung des Bauantrags normalerweise die untere Bodenschutzbehörde beteiligt.

Zu 2. Bei einer Überschreitung der Vorsorgewerte ist i. d. R. das Entstehen einer schädlichen Bodenveränderung zu befürchten. Ausnahmen von dieser Regelannahme sind im Einzelfall zu belegen (vgl. LABO-Vollzugshilfe). Auf landwirtschaftlichen Flächen sollen die Schadstoffgehalte in der entstandenen durchwurzelbaren Bodenschicht grundsätzlich 70 % der Vorsorgewerte nicht überschreiten (vgl. §12 BBodSchV). Insgesamt ist die Schadlosigkeit und Nützlichkeit der Aufbringung darzulegen, da es sich ansonsten nicht um eine ordnungsgemäße Verwertung handelt.

Zu 3. Hier sollte differenziert betrachtet werden, welcher Parameter zu dieser Zuordnung geführt hat. In organoreichen Böden erfolgt diese Einordnung vielfach aufgrund des erhöhten Humusgehalts. Dies ist zunächst kein grundsätzlicher Ausschluss für eine Auf-/Einbringung gemäß § 12 BBodSchV.

In der mündlichen Verhandlung vom 09.01.2020 beantragte die Beigeladene,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen gemäß § 182 Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 S. 2 VwVfG für notwendig zu erklären.

Auch die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass die angegebene Fläche nicht ausreiche, die zu entsorgende Bodenmenge aufzunehmen. Überdies sei nicht erkennbar, ob die Antragstellerin die Einwilligung aller Grundeigentümer vorgelegt habe. Die Antragstellerin verfüge auch nicht über das erforderliche Gerät, um den Auftrag auszuführen. Der zur Aufnahme von Boden vorgesehene Wall an der Bodenaufbereitungsanlage ### sei bereits fertiggestellt. Wegen des übrigen Sachverhalts wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeakte und das Protokoll der mündlichen Verhandlung am 09.01.2020 Bezug genommen.

II.

Der teilweise zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Das Angebot der Antragstellerin war gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der weiteren Wertung auszuschließen. Die Antragstellerin hat den Inhalt der Vergabeunterlagen nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt. Sie ist daher verpflichtet, ihr Angebot vollständig am Inhalt des Leistungsverzeichnisses auszurichten, selbst wenn sie aufgrund ihrer Ortskenntnis und aufgrund der Voruntersuchungen meint, die Leistungen gemäß bestimmter Ziffern des Leistungsverzeichnisses würden vermutlich nicht zu erbringen sein. Sie darf nicht annehmen, bestimmte Schadstoffbelastungen würden nicht auftreten, im Leistungsverzeichnis vorgegebene Entsorgungswege seien deshalb nicht erforderlich. Sie darf ihr Angebot auch nicht nach Abgabe ändern. Eine Änderung liegt nicht nur vor, wenn die Antragstellerin Preise ändert, sondern auch, wenn sie das geforderte Verwertungskonzept für die zu beseitigenden Böden ändert. Es steht ihr lediglich frei, nach entsprechender Aufforderung des Auftraggebers ergänzende Unterlagen nachzureichen, die die bereits abgegebenen Erklärungen des Verwertungskonzeptes konkretisieren. Die Prüfung des strukturierten und mit konkreten Zahlen zu den Mengen, den Verwendungsorten und den

Verwendungs- oder Entsorgungsarten unterlegten Konzeptes verschafft dem Auftraggeber die Sicherheit, dass der zu entsorgende Boden tatsächlich ordnungsgemäß verwendet, verwertet oder beseitigt wird. Fehlt es daran, weicht das Verwendungskonzept vom verbindlichen Inhalt der Vergabeunterlagen ab, das Angebot ist daher auszuschließen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB. Der streitbefangene Auftrag übersteigt den für die Zuständigkeit der Vergabekammer maßgeblichen Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 1 GWB. Der 4. Teil des GWB gilt nur für Aufträge, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die jeweiligen Schwellenwerte erreicht oder überschreitet, die nach den EU-Richtlinien zum Zeitpunkt der Bekanntmachung festgelegt sind. Auch wenn die Vergabekammer hier erst im Jahr 2020 entscheidet, ist daher der zum Zeitpunkt der Bekanntmachung am ###.2019 geltende Schwellenwert heranzuziehen. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Bauauftrag i. S. des § 103 Abs. 3 GWB, für den gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der seit 01.01.2018 geltenden Fassung zum Zeitpunkt der hier streitbefangenen Auftragsvergabe ein Schwellenwert von 5.548.000 Euro gilt. Die vom Antragsgegner gemäß Vermerk des RPA vom 08.08.2019 geschätzten Kosten (netto) für den hier streitigen Auftrag unterschreiten zwar den Schwellenwert, allerdings handelt es sich bei der Bodenentsorgung/Bodenweiterverwendung nur um einen Teilauftrag des Gesamtauftrages Erschließung des Baugebietes ###. Die Vergabekammer hat keinen Zweifel daran, dass der Gesamtwert den Schwellenwert übersteigt. Der geschätzte Wert des hier streitbefangenen Teilauftrags übersteigt den Teilschwellenwert von 1 Mio. Euro (netto) gemäß § 3 Abs. 9 VgV. Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie ein Interesse am Auftrag hat und die Verletzung von Rechten durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, indem sie die unter I. dargestellten Beanstandungen erhebt. Sie behauptet mit ihren Verwendungs-

/Entsorgungsnachweisen ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben zu haben. Voraussetzung für die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB ist, dass das Antrag stellende Unternehmen einen durch die behauptete Rechtsverletzung entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Der Antragsteller muss daher diejenigen Umstände aufzeigen, aus denen sich schlüssig die Möglichkeit eines solchen Schadens ergibt. An diese Voraussetzungen sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags, wenn der Bieter schlüssig einen durch die behauptete Rechtsverletzung drohenden oder eingetretenen Schaden behauptet, also darlegt, dass durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß seine Chancen auf den Zuschlag zumindest verschlechtert seien. Ob tatsächlich der vom Bieter behauptete Schaden droht, ist eine Frage der Begründetheit (vgl. BGH, Beschluss vom 29.06.2006 - X ZB 14/06). Die Antragstellerin hat eine mögliche Beeinträchtigung ihrer Chancen auf den Zuschlag und damit einen möglichen Schaden schlüssig dargelegt.

Die Vergabekammer nimmt an, die Antragstellerin habe ihre Pflicht erfüllt, die geltend gemachten Verstöße gegen die Vergaberechtsvorschriften gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 GWB vor Einreichen des Nachprüfungsantrags rechtzeitig zu rügen. Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen gerügt hat. Bei der Vorschrift des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB handelt es sich um eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Der Bieter soll Vergabefehler nicht auf Vorrat sammeln. Die Rügepflicht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entsteht, sobald ein Bieter oder Bewerber im Vergabeverfahren einen vermeintlichen Fehler erkennt. Vorausgesetzt ist die positive Kenntnis des Bieters von den Tatsachen. Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin am 28.11.2019 gemäß § 134 GWB mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen werde. Die Antragstellerin rügte am 29.11.2019 eingehend bei

der Antragsgegnerin am 02.12.2019 ihren Angebotsausschluss, hielt damit die 10-Tagesfrist ein.

Hier ist allerdings problematisch, ob die Antragstellerin das Erfordernis der Rüge vor Erhebung des Nachprüfungsantrags einhielt. Sie gab Rüge und Nachprüfungsantrag zeitgleich analog bei der Post jeweils als Einschreiben auf. Sie nutzte nicht die vom der Antragsgegnerin eingerichtete elektronische Vergabeplattform, obwohl die Antragsgegnerin im Formblatt 211 EU Ziffer 2 auch abseits der in Ziffer 7 geregelten Angebotsabgabe vorgegeben hatte, dass die Kommunikation elektronisch über die Vergabeplattform erfolgen solle. Bereits vor dem Hinweis der Vergabekammer auf die Un erreichbarkeit der Vergabeplattform trug sie vor, sie habe vor dem analogen Versand versucht, die Rüge per E-Mail an die Antragsgegnerin zu senden. Die Antragsgegnerin ist diesem Vortrag nicht entgegengetreten. Nach VK Westfalen (VK Westfalen, Beschluss vom 20.02.2019, VK 1-40/18) hat der Auftraggeber trotz der Beweislastumkehr in § 57 Nr. 1 VgV zu prüfen, ob der Upload aufgrund seines Organisationsverschuldens unmöglich war. Zur fehlenden Entsprechung einer dem § 57 VgV ähnlichen Regelung in der VOB/A-EU vgl. VK Niedersachsen, Beschluss vom 11.12.2018, VgK-50/2018. Es ist unklar und für die Vergabekammer auch nicht mehr aufklärbar, ob die Antragstellerin zuerst den Umschlag mit der Rüge über den Postschalter reichte oder zuerst das Einschreiben mit dem Nachprüfungsantrag mit beigefügter Rüge. Formal hätte sie nur im ersten Fall die Rüge vor dem Nachprüfungsantrag abgegeben. Da die Vergabekammer jedoch am 02.12.2019 den Nachprüfungsantrag der Antragsgegnerin nicht elektronisch zusenden konnte, da die Antragsgegnerin die im verfahrens begleitenden Schreiben vom 13.12.2019 eröffnete Möglichkeit, zu den Kommunikationswegen vorzutragen nicht nutzte, geht die Vergabekammer davon aus, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin jedenfalls um den 29.11.2019 herum keine Möglichkeit zur elektronischen Kommunikation gab. Zugunsten der Antragstellerin nimmt die Vergabekammer daher an, sie habe zuerst die Rüge erhoben und

erst unmittelbar danach den Nachprüfungsantrag abgegeben. An der gesetzlichen Reihenfolge, dass die Rüge vor dem Nachprüfungsantrag erhoben werden muss, hält die Vergabekammer fest. Eine zeitgleiche Erhebung genügt nicht. Da der Gesetzgeber jedoch keine Wartepflicht eingeführt hat, genügt schon die unmittelbar vor Abgabe des Nachprüfungsantrags erhobene Rüge formal den Anforderungen des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Dass der Antragsgegnerin in diesem Fall die Möglichkeit zur Abhilfe verwehrt wird, die Rüge also ihre Befriedigungsfunktion nicht mehr zu erfüllen vermag, ist richtig, kann im Fall der Abhilfe über eine Kostenentscheidung nach § 182 GWB angemessen gewürdigt werden. Die Antragstellerin hat keine Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 3 GWB erhoben. Sie ist daher an den Inhalt der Vergabeunterlagen gebunden. Nach dieser Vorschrift ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung (Nr. 2) bzw. den Vergabeunterlagen (Nr. 3) erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Hier genügt schon die objektive Erkennbarkeit des angeblichen Vergabefehlers. Es ist unerheblich, ob der Antragsteller den Verstoß tatsächlich erkannt hat.

Maßstab für diese objektive Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstößes ist die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlich fachkundig handelnden Bieters bei Anwendung üblicher Sorgfalt (vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08.07.2019 - 1 VK LSA 01/19). Die Antragstellerin ist eine fachkundige Bieterin, betreibt selbst eine Bodenaufbereitungsanlage und führt im Verfahren zunächst auch ohne anwaltliche Begleitung eine fachlich versierte Diskussion darüber, wie die Verwendung bzw. Entsorgung des Bodens im Spannungsfeld zwischen Bundesbodenschutzverordnung, Kreislaufwirtschaftsgesetz und der technischen Regel Boden der LAGA M 20 zulässig ist. Die Vergabekammer nimmt daher an, dass für die Antragstellerin etwaige Fehler in den Vergabeunterlagen hinsichtlich abfallrechtlicher Fehleinschätzungen objektiv erkennbar waren. Somit hätte sie etwaige Fehler bis zum Ablauf der Angebotsab-

gabefrist rügen müssen, wenn sie sich im Vergabenaachprüfungsverfahren darauf berufen möchte. Erkennt ein Bieter mögliche Fehler in den Vergabeunterlagen, ist er nicht verpflichtet, eine Rüge auszusprechen. Die Rüge ermöglicht es ihm, die Fehleinschätzung des Auftraggebers zu korrigieren und aufgrund der zu ändernden Vergabeunterlagen ein besonders günstiges Angebot abzugeben. Das betrifft beispielsweise die von der Antragstellerin vorgetragene Annahme eines ortskundigen Bieters, der zu verwendende oder zu entsorgende Boden werde sich als weniger belastet als in den Vergabeunterlagen angenommen erweisen. Durch die Änderung der Vergabeunterlagen wird dieser Wettbewerbsvorteil allerdings auch den anderen Bietern offengelegt, kann daher auch von diesen genutzt werden. Es steht dem Bieter frei, einen angenommenen Wettbewerbsvorteil nicht offenzulegen und auf die Rüge zu verzichten.

In diesem Fall muss er allerdings sein Angebot so gestalten, dass es den Vorgaben des Auftraggebers vollständig entspricht. Die Antragstellerin kann sich daher im Nachprüfungsverfahren nicht darauf berufen, es bestünde kein Verdacht einer Bodenbelastung. Ihre Folgerung, der gesamte Boden sei entgegen der Aufteilung im Leistungsverzeichnis in 9 Fraktionen tatsächlich vollständig für die landwirtschaftliche Nutzung etwa für Heidelbeer-Kulturen geeignet, widerspricht den für sie verbindlichen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Die Gutachten von LUFA und Landwirtschaftskammer dienen nur der vertiefenden Erläuterung, ändern nicht den Inhalt des Leistungsverzeichnisses. Die Antragstellerin kann sich daher nicht erfolgreich auf die möglicherweise berechnete Annahme berufen, die von ihr zutreffend als bloße Vorbehaltspositionen erkannten Ziffern des Leistungsverzeichnisses würden nicht eintreten und ein konkret abfallrechtlicher zulässiger Entsorgungsweg sei daher nicht mit der gebotenen Präzision zu erstellen. Der Nachprüfungsantrag ist somit nur mit dieser Einschränkung zulässig.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Antragsgegnerin war gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin auszuschließen. Dabei stand ihr kein

eigenes Ermessen zu. Nach dieser Vorschrift sind Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 EU Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 VOB/A nicht entsprechen. Gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A ist das Angebot auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. Die Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin verlangten nicht in jedem Fall eine Entsorgung nach Abfallrecht. In der Baubeschreibung heißt es unter Ziffer 1.1.2, dass der Bieter mit Angebotsabgabe ein den aktuellen Gesetzen und Vorschriften entsprechendes Weiterverwendungs- und/ oder Entsorgungskonzept einzureichen hat. Bei der Entsorgung sind zusätzlich die Genehmigungsunterlagen der Annahmestelle einzureichen. Nur der am Ursprungsort nicht ausgehobene unveränderte Boden unterliegt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 10 KrWG nicht dem KrWG. Bodenaushub, der vom Ursprungsort wegbewegt werden soll, wird grundsätzlich dem Abfallrecht unterworfen. Der vom Ursprungsort bewegte Bodenaushub kann je nach bestehender oder durch Abfallbehandlung erworbener Qualität im Rahmen der Abfallhierarchie nach § 6 KrWG weiter verwendet werden und gegebenenfalls gemäß § 5 KrWG die Abfalleigenschaft wieder verlieren.

Allerdings tritt neben den abfallrechtlichen Begriff des Bodens der ältere baurechtliche Begriff des Mutterbodens gemäß § 202 BauGB. Als Mutterboden wird die von Luft, Wasser und Humus durchsetzte, von Klein- und Kleinstorganismen belebte, meist dunkler gefärbte und durchwurzelte obere Schicht des Bodens bezeichnet (vgl. hierzu die DIN-Normen, VOB, DIN 18 320 Nr. 3.2 der allgemeinen technischen Vorschriften für landschaftsgärtnerische Arbeiten und VOB DIN 18300, Erdarbeiten) [zit nach: Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 202 BauGB]. Mutterboden nach § 202 BauGB erfasst also nur den organischen Erdboden, während Bodenaushub im Sinne des KWG als Boden und Steine auch rein mineralisches Material umfasst. § 2 Abs. 1 BBodSchG bezieht sich auf den oberen Teil der Erdkruste, meint daher im Wesentlichen dessen mineralische Anteile (vgl. Beckmann in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, § 2 KrWG, Rz. 97 mit Verweis auf § 2 Abs. 1 BBodSchG; Nies in: Landmann/Rohmer

Umweltrecht, § 2 BBodSchG, Rz. 7 ff.). Das Aufbringen nicht schadstoffbelasteten Mutterbodens richtet sich ausschließlich nach § 6 BBodSchG, der aufgrund dieser Ermächtigungsgrundlage erlassenen BBodSchV und der aufgrund des § 12 BBodSchV von der Bund-Länderarbeitsgemeinschaft Bodenschutz (LABO) unter Einbeziehung der Länderarbeitsgemeinschaften Abfall (LAGA) und Wasser (LAWA) sowie des Länderausschusses Bergbau (LAB) erlassenen Vollzugshilfe zu § 12 BBodSchV. Diese verweist unter Nr. 4.1 für die Herstellung einer durchwurzelbaren Bodenschicht auf einen einzuhaltenden Wert von 70 % der im Anhang 2 Nr. 4 der BBodSchV genannten Vorsorgewerte in Bezug auf die Schadstoffgehalte.

Die Bieter hatten in 2 Teilabschnitten des Leistungsverzeichnisses jeweils 9 Positionen unterschiedliche Bodenqualitäten mit den jeweils vorgegebenen zu kalkulierenden Mengen zu bepreisen und jeweils getrennt konkrete Verwendungs- bzw. Entsorgungswege anzugeben. Es stand den Bietern also für jede der insgesamt 9 zu bepreisenden Ziffern frei, entweder einen konkreten Verwendungsweg oder einen Entsorgungsweg zu bezeichnen. Die Antragstellerin hat dabei ihre Verwendungswege über Landwirte und als Betreiberin einer Bodenaufbereitungsanlage zu nutzen versucht. Sie hat nicht auf einen Entsorger verwiesen. Sie hatte den Hinweis in den Vergabeunterlagen auf die Keimfähigkeit des Bodens zutreffend erfasst und daraus gefolgert, dass der Boden grundsätzlich für die Aufbringung auf landwirtschaftlich genutzten Flächen geeignet sei. Das setzt aber voraus, dass jede der 9 von der Antragsgegnerin differenzierten Teilmengen des Bodens jeweils alle hierfür notwendigen Anforderungen erfüllt. Davon durfte die Antragstellerin nach den verbindlichen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses für die Kalkulation nicht ausgehen. Das OLG Naumburg (Urteil vom 27.06.2019 - 2 U 11/18) hat jüngst wegen der Zahlungsklage hinsichtlich einer Nachtragsposition entschieden: "Ein Bieter darf bei einem erkennbar lückenhaften Leistungsverzeichnis nicht einfach von einer ihm günstigen Preisermittlungsgrundlage ausgehen, sondern muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots zu klären versuchen."

Das gilt erst recht in einem Fall wie hier, in dem das Leistungsverzeichnis nicht lückenhaft erscheint, sondern nach möglicherweise zutreffender Einschätzung der Antragstellerin mehr Positionen aufweist, als tatsächlich anfallen werden. Die Notwendigkeit von Bieterfragen wurde auch in der mündlichen Verhandlung erörtert.

a) Die von der Antragstellerin vorgesehenen Verwendungs- bzw. Verwertungswege des Aufbringens auf Felder sind nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung für die Bodenqualitäten der Positionen 02.01.0001 und 02.01.0002 sowie 02.02.0001 und 02.02.0002 des Leistungsverzeichnisses richtig, weil es sich jeweils hier um humosen Mutterboden gemäß § 202 BauGB handelt, der überdies weniger als 70 % der Vorsorgewerte nach BBodSchV (0001) bzw. maximal mit einer Belastung gemäß den Vorsorgewerten nach der BBodSchV (0002) belastet ist. Diese Einschätzung wird gestützt durch die im Wege der Amtshilfe eingeholte Stellungnahme der Landwirtschaftskammer ###. Diese hat unter Ziffer 3 der Antwort festgestellt, dass ein erhöhter Humusgehalt eines Bodens kein grundsätzlicher Ausschluss für eine Auf- oder Einbringung gemäß § 12 BBodSchV ist. Dies betrifft allerdings nur Teilmengen von 9.900 t bzw. 420 t. Die Antragstellerin hat die Flächen in der Antwort auf die Nachforderung erstmals konkret dargestellt, auf denen sie den Boden aufbringen will. Die Vergabekammer nimmt zugunsten der Antragstellerin an, sie könne den Wert von 70 % der Vorsorgewerte auch dann erreichen, wenn sie Bodenaushub nach Ziffer 2 einbringt, der diese Werte übersteigt. Eine solche Senkung der Schadstoffgehalte erscheint möglich, wenn die Antragstellerin den vorhandenen Boden mit dem aufzubringenden Bodenaushub durch Einpflügen mischt.

b) In der mündlichen Verhandlung ergab sich, dass auch die in den Positionen 02.01.0003 und 02.01.0004 sowie 02.02.0003 und 02.02.0004 des Leistungsverzeichnisses enthalten Torfe ausschließlich wegen des organischen Anteils (TOC = total organic carbon) der Einbauklasse 2 gemäß LAGA M 20 (Zuordnungswert Z 2) oder höher zugeordnet wurden. Die LAGA bezieht

sich auf die Verwendung in technischen Bauwerken. Humoser Boden verrottet und verändert damit Volumen und Konsistenz. Torf hat einen niedrigen/sauren pH-Wert. Beides erschwert eine technische Verwertung. Eine landwirtschaftliche Verwendung bleibt dennoch möglich. Teilweise enthalten die Fraktionen gemäß Ziffern 3 bis 4 Holzreste mit einer Kantenlänge von 1,5 m bzw. 1 m. Die Antragsgegnerin hat der Verwendung nicht widersprochen, weil diese Holzreste aus historischen, vertorften Waldrelikten bestehen, nach ihrer Einschätzung eher selten vorkommen und abgesammelt werden können.

c) Nicht konform zu den Vergabeunterlagen ist dagegen die Darstellung zu den Positionen 02.01.0005 und 02.02.0005 des Leistungsverzeichnisses. Dies ist zwar jeweils ebenfalls Torf, aber eine Fraktion mit erhöhten Schadstoffgehalten. Die Antragstellerin beabsichtigt, Material nach den vorgenannten Positionen des Leistungsverzeichnisses, also Material, welches nicht aufgrund der pH-Werte und der Zuordnung als organisches Material der LAGA Z 1.2 bis Z 2 zugeordnet wird, entsprechend den Positionen 02.01.0003 und 02.01.0004 sowie 02.02.0003 und 02.02.0004 des Leistungsverzeichnisses wie gemäß den Ziffern 3 und 4 auf Feldern auszubringen. Dies ist wegen Überschreitung der Schadstoffbelastung gemäß der Vollzugshilfe zu § 12 BBodSchVO unzulässig.

d) Bei den Fraktionen der Positionen 02.01.0006 und 02.01.0007 sowie 02.02.0006 und 02.02.0007 des Leistungsverzeichnisses handelt es sich um Torfsandgemische, bei denen die Antragsgegnerin im LV darauf hingewiesen hat, dass variierende Mengenanteile zu kalkulieren sind. Schon die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung zugestanden, dass sie nicht abschließend beurteilen könne, ob dieses Material auf landwirtschaftlichen Flächen aufgebracht werden kann. Allenfalls der Torfanteil könne die für die Aufbringung erforderliche Bodenverbesserung erzielen. Nach Auffassung der Vergabekammer hängt daher die von der Antragstellerin in Anspruch genommene Möglichkeit, dieses Gemisch zu verwenden, zum einen davon ab, ob die Fraktionen

überwiegend Torf enthalten; zum anderen enthält das Leistungsverzeichnis den Hinweis, dass auch unabhängig von der Zuordnung aufgrund des TOC und pH-Wertes die LAGA-Einstufung nach Z 1 und Z 2 erfolgt (.0006) bzw. die Schadstoffgehalte der Gesamtfraktion eine Einstufung nach LAGA Z 1.2 bis Z 2 erfordern (.0007). Aufgrund dieser weiteren Einschränkungen geht die Vergabekammer trotz der bestehenden fachlichen Unsicherheiten davon aus, dass die Aufbringung derart zusammengesetzter Fraktionen auf Feldern unzulässig ist. Dabei stützt sie sich auch auf die fachliche Stellungnahme der Landwirtschaftskammer ###. Diese bezieht sich auf mineralische Böden ohne die Berücksichtigung des TOC-Anteils und stellt für diese Böden fest, dass ein Aufbringen in einer Stärke von 5 cm die dungeübliche Aufbringungsmenge überschreite, überdies die sonstige Einbringung von Boden, soweit eine Fläche von 300 m² überschritten werde, einer Baugenehmigung bedürfe.

e) Unzulässig ist die Absicht der Antragstellerin, das Torfsandgemisch gemäß den Positionen 02.01.0008 und 02.01.0009 sowie 02.02.0008 und 02.02.0009 des Leistungsverzeichnisses mit den Zuordnungswerten LAGA Z 1.1 bis Z 1.2 (.0008) bzw. LAGA Z 0 bis Z 1.1. (.0009) in ihre Bodenaufbereitungsanlage in ### einzubringen. Der von der Antragstellerin vorgelegte Genehmigungsbescheid des Staatlichen Gewerbeaufsichtsamtes ### vom 18.04.2011 bezieht sich nach Nebenbestimmung Nr. 18 auf Seite 5 nur auf mineralische Abfälle grundsätzlich bis zu den Zuordnungswerten Z 1.1 der LAGA Mitteilung 20. Diese Beschränkung ist in Ziffer 7 der Änderungsgenehmigung vom 26.04.2017 bestätigt worden. Die Antragstellerin hätte im Angebot oder auf Nachforderung fristgerecht darstellen müssen, ob, warum und in welchem Umfang der wenig klare Begriff "grundsätzlich bis zu einem Zuordnungswert Z 1.1" es ihr erlaube, Material der Zuordnungsklasse Z 1.2 einzubringen. Daher scheidet die Einlagerung des Materials nach Ziffer 8 des Leistungsverzeichnisses. Überdies enthält der Planfeststellungsbeschluss unter Ziffer 1.4.6 die Auflage: "in das Abbaugelände darf kein Boden, eingebracht werden."

Die Antragstellerin hätte spätestens aufgrund der Nachforderung darlegen müssen, für welche Mengen eine Annahme in der Bodenaufbereitungsanlage ### noch zulässig ist. Die Lagermenge der Anlage ist auch nach dem Änderungsbescheid vom 26.04.2017 auf 10.000 t ungebrochenes Material und 8.000 t gebrochenes Material begrenzt. Da die Erschöpfung der Kapazität der Anlage nicht bekannt ist, hätte die Antragstellerin in Beantwortung der Aufklärung Ziffer 3 (wie viel Boden kann hier noch angenommen werden?) mitteilen müssen, welche Kapazität ihre Anlage noch hat. Das Volumen der von ihr beabsichtigten Einbringung ergibt sich aus der Beschränkung auf die Ziffern 8 und 9 des Leistungsverzeichnisses.

f) Unzutreffend ist die später vorgetragene Annahme der Antragstellerin, sie könne Boden gemäß den Positionen 02.01.0008 und 02.01.0009 sowie 02.02.0008 und 02.02.0009 des Leistungsverzeichnisses aus diesem Auftrag ohne weiteres in der durchwurzelbaren Bodenschicht eines nach ihrer Auffassung herzustellenden Sicht- oder Lärmschutzwalls für die Bodenaufbereitungsanlage ### verwenden. Die von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 16.12.2019 dargestellte Verwendung zur Erstellung der durchwurzelbaren Bodenschicht ist nur für Boden zulässig, der die bodenschutzrechtlichen Werte einhält, wie in der Vollzugshilfe zu § 12 BBodSchV dargestellt. Der Vortrag der Antragstellerin, sie wolle einen Wall aufgrund des Planfeststellungsbeschlusses errichten, hat sich bestätigt. Allerdings dient der Wall nicht technischen Notwendigkeiten wie dem Lärmschutz, sondern nach Nr. 1.2.3 nur der Unterbringung des dort ohnehin vorhandenen Bodenmaterials. Nr. 1.4.11 des Planfeststellungsbeschlusses lautet:

"Der anfallende Oberboden ist für die vorgesehenen Verwallungen zu verwenden bzw. abzufahren".

Primär ist der herzustellende und nach Nr. 1.4.13 tatsächlich langfristig zu erhaltende Wall daher mit dem eigenen Oberboden herzustellen. Daher fehlt die für die Bodeneinbringung erforderliche Nützlichkeit nach § 7 Abs. 3, § 2 Abs. 23 KrWG, § 2 BBodSchG.

g) Soweit die Antragstellerin auf ein Bodenzwischenlager in ### hätte zurückgreifen wollen, hätte es ihr obliegen, den notwendigen Genehmigungsbescheid des Lagers vorzulegen. Die bloße Absicht, das künftige Bodenlager zu nutzen, bis der dort eingelagerte Boden im Rahmen des Ausbaus der A ### als Lärmschutzwall verwendet werden könne, stellt keinen geeigneten Entsorgungsweg dar. Dieser Entsorgungsweg steht zwar dann grundsätzlich auch für stärker belastete Böden der Einbauklasse 2 offen, weil Böden dieser Qualität mit den notwendigen technischen Einrichtungen in einen Lärmschutzwall als technischem Bauwerken eingebaut werden können (vgl. Nr. I. 4.3.3.2 LAGA). Dieser Entsorgungsweg setzt jedoch voraus, dass die Antragstellerin den Zuschlag in dem künftigen Vergabeverfahren zur Errichtung der Lärmschutzwälle erhalten wird. Es ist daher zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe kein gesicherter Entsorgungsweg. Auch für das Bodenzwischenlager fehlt es an einer Eignung als Entsorgungsweg. Der Auftrag ist von Januar bis Mai 2020 abzuschließen, es sind also 40.040 t Bodenmaterial abzufahren. Wenn im November 2019 der Genehmigungsantrag für ein notwendiges Bodenzwischenlager noch nicht eingereicht worden ist, besteht keine realistische Erwartung, dass das Bodenlager rechtzeitig für eine Inbetriebnahme ab dem 13.01.2020 genehmigt werden könnte.

h) Die Antragsgegnerin musste das Angebot der Antragstellerin darüber hinaus ausschließen, weil die Antragstellerin ihr Angebot nach Angebotsabgabe geändert hat. Dies ist gemäß § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A unzulässig und führt zum Angebotsausschluss (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017 - Verg 54/16). Die Antragstellerin hat einen Entsorgungsweg geändert. Im Angebot hatte sie dargestellt, ein Teil des Bodenaushubs werde in der Bodenaufbereitungsanlage ### verwertet. Das meint eindeutig die technische Verwertung im Rahmen der für die Bodenaufbereitungsanlage zugelassenen Kapazitätsmengen. Deshalb ging die Antragstellerin im Schriftsatz vom 05.12.2019 noch davon aus, es genüge, den Änderungsbescheid der Bodenaufbereitungsanlage ### vorzulegen. Der Planfeststellungsbeschluss zum Bodenabbau, der auch die

Errichtung der Wälle umfasst, sei nicht erforderlich. Ab dem 16.12.2019 hat sie dagegen vorgetragen, der streitgegenständliche Moorboden sei für die Erstellung von Lärm-, Staub- oder Sichtschutzwällen nach dem Planfeststellungsbeschluss zur Herstellung einer Durchwurzelungsschicht vorgesehen. Das ist etwas anderes, weil letzteres der Herstellung der Bodenaufbereitungsanlage zum bestimmungsgemäßen Betrieb dient, nicht aber einer Nutzung innerhalb des bestimmungsgemäßen Betriebes. Die Voraussetzungen sind andere. Maßgebliche Unterlage wäre kein Genehmigungsbescheid nach BImSchG, sondern der Planfeststellungsbeschluss. Die Antragstellerin hat die von ihr vorgesehenen Rächen im Angebot zwar nur allgemein umschrieben, aber immerhin auf eine Ortsbezeichnung begrenzt. In der Antwort auf die Nachforderung hat sie andere Flächen benannt. Auch insoweit hat sie den Entsorgungsweg und damit ihr Angebot geändert.

III. Kosten

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 GWB. Die in Ziffer 2 des Tenors festgesetzte Gebühr ergibt sich aus einer Interpolation des Auftragswertes innerhalb des Gebührenrahmens nach § 182 Abs. 2 GWB. Die von der Vergabekammer festzusetzende regelmäßige Mindestgebühr beträgt 2.500 Euro, die Höchstgebühr 50.000 Euro und die Höchstgebühr in Ausnahmefällen 100.000 Euro. Die Gebührenermittlung erfolgt anhand einer Gebührentabelle des Bundeskartellamtes in der zzt. gültigen Fassung vom Dezember 2009. Hiernach wird der Mindestgebühr von 2.500 Euro (§ 182 Abs. 2 GWB) eine Ausschreibungssumme von bis zu 80.000 Euro zugeordnet und dem regelmäßigen Höchstwert von 50.000 Euro (§ 182 Abs. 2 GWB) eine Ausschreibungssumme von 70 Mio. Euro (höchste Summe der Nachprüfungsfälle 1996 - 1998) gegenübergestellt. Dazwischen wird interpoliert. Der zu Grunde zu legende Auftragswert beträgt nach dem Angebot der Antragstellerin, hier der ungeprüften Gesamtsumme von ### Euro brutto. Dieser Betrag entspricht dem Interesse der Antragstellerin am Auftrag. Bei einer Ausschreibungssumme von ### Euro brutto ergibt sich eine Gebühr in Höhe von ###

Euro. Diese Gebühr schließt einen durchschnittlichen sachlichen und personellen Aufwand ein. Gutachterkosten oder Kosten durch Zeugenvernehmungen in der mündlichen Verhandlung sind nicht angefallen. Die in Ziffer 3 des Tenors verfügte Kostenlast folgt aus § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach hat ein Beteiligter, soweit er im Nachprüfungsverfahren unterliegt, die Kosten zu tragen. Der Begriff der Kosten umfasst die Gebühren und Auslagen der Vergabekammer. Für die Ermittlung des Unterliegens ist nicht auf einen etwaigen Antrag abzustellen. Gemäß § 168 GWB ist die Vergabekammer an Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Da die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen. Gemäß Ziffer 4 des Tenors hat die Antragstellerin der Auftraggeberin als Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen gemäß § 182 Abs. 4 GWB zu erstatten.

Die anwaltliche Vertretung der Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren gehört nicht grundsätzlich zu den notwendigen Aufwendungen der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung. Grundsätzlich ist der Auftraggeber gehalten, im Rahmen seiner Möglichkeiten vorhandenes juristisch geschultes Personal auch im Nachprüfungsverfahren einzusetzen. Auftragsbezogene Rechtsfragen aus dem Bereich der VgV oder EU-VOB/A wird regelmäßig das mit der Vergabe betraute Personal sachkundig beantworten können. Daher wird die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes regelmäßig nicht notwendig sein, wenn der öffentliche Auftraggeber in einer ex ante zu Beginn eines Nachprüfungsverfahrens (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.07.2013 - 11 Verg 7/13) zu erstellenden Prognose zu dem Ergebnis gelangt, dass auftragsbezogene Fragen Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.01.2011, Verg 60/10; OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011, 13 Verg 17/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.06.2010, 15 Verg 4/10; OLG München, Beschluss vom 11.06.2008, Verg 6/08, und vom 28.02.2011, Verg 23/10;

OLG Dresden, Beschluss vom 14.11.2012 - Verg 8/11). Andererseits ist das Vergaberecht eine komplexe Rechtsmaterie mit Vorschriften aus sowohl nationalem Recht als auch dem Europarecht, die nicht immer im Gleichklang stehen. Soweit der Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens daher hauptsächlich rechtliche Probleme des GWB umfasst, ist im Einzelfall die anwaltliche Vertretung des Antragsgegners durchaus angemessen. Hier ist die Antragsgegnerin eine eher kleine Kommune, die kein eigenes Personal für Vergaberecht vorhält. Überdies waren hier schwierige Fragen des Abfallrechts im Zusammenhang zum Vergaberecht zu erörtern. Die anwaltliche Vertretung der Antragsgegnerin war daher in diesem Fall zur Waffengleichheit geboten. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war daher für die Auftraggeberin als notwendig anzuerkennen.

Gemäß Ziffer 5 des Tenors sind die Kosten der Beigeladenen erstattungsfähig. Nach § 182 Abs. 4 S. 2 GWB sind Aufwendungen des Beigeladenen nur erstattungsfähig, wenn die Vergabekammer sie aus Billigkeitsgründen der unterlegenen Partei auferlegt. Dabei setzt die Erstattungsfähigkeit voraus, dass der Beigeladene sich mit demselben Rechtsschutzziel wie der obsiegende Verfahrensbeteiligte aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.02.2010 - Verg W 10/09; OLG Celle, Beschluss vom 29.06.2010, 13 Verg 4/10, zit. nach ibr-online) Die aktive Beteiligung sah die Rechtsprechung (BGH NZBau 2001, 151) ursprünglich erst dann als gegeben an, wenn der Beigeladene sich - entsprechend § 154 Abs. 3 VwGO - umgekehrt auch selbst einem Kostenrisiko ausgesetzt hatte, indem er selbst eigene Sachanträge gestellt hatte. Inzwischen muss lediglich eine dem Beitritt eines Streithelfers der ZPO vergleichbare Unterstützungshandlung erkennbar sein, an Hand derer festzustellen ist, welches (Rechtsschutz-)Ziel ein Beigeladener in der Sache verfolgt (OLG Celle, Beschluss vom 27.08.2008 - 13 Verg 2/08). Ist eine solche nicht

ersichtlich, handelt es sich bei den entstandenen Aufwendungen des Beigeladenen nicht um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (OLG Celle, Beschluss vom 29.06.2010, 13 Verg 4/10, zit. nach ibr-online). Hat sich die Beigeladene in einen bewussten Interessengegensatz zu der unterlegenen Partei gestellt und sich dadurch aktiv am Verfahren beteiligt, dass sie eigene Anträge gestellt und diese begründet oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat, entspricht die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen billigem Ermessen (vgl. Wiese in: Kurlartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Auflage, § 182, Rdnr. 40; OLG Celle Beschluss vom 12.01.2012, 13 Verg 9/11). Hier hat die Beigeladene zwar nur kurz, aber hinreichend das Verfahren gefördert, indem sie in der mündlichen Verhandlung Sachkenntnis beitrug. Vor allem hat sie in der mündlichen Verhandlung einen Antrag gestellt, sich damit einem Kostenrisiko ausgesetzt.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Nachprüfungsverfahren war gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG für die Beigeladene antragsgemäß als notwendig anzuerkennen. Obwohl das GWB für das Nachprüfungsverfahren 1. Instanz vor der Vergabekammer keine rechtsanwaltliche Vertretung vorschreibt, ist wegen der Komplexität des Vergaberechts, des Verfahrensrechts im Nachprüfungsverfahren sowie der Komplexität des konkreten streitbefangenen Vergabeverfahrens rechtsanwaltliche Beratung und Begleitung für die Beigeladene erforderlich. Die Antragstellerin wird aufgefordert, innerhalb einer Frist von einem Monat nach Rechtskraft dieses Beschlusses den Betrag von #### Euro unter Angabe des Kassenzeichens #### auf folgendes Konto zu überweisen: ####

IV. Rechtsbehelf

(...)

Werbung

Workshop – auch als Inhouse möglich

So sollte man die Klärschlamm Entsorgung vergeben – vermeidbare Fehler vermeiden

Problemlage: Die Beschaffung der notwendigen Leistungen ist mehr als anspruchsvoll: Vielfach umfasst die benötigte Klärschlamm Entsorgung die Übernahme, den Transport und die Entsorgung der Klärschlämme aus Kläranlagen in einer beachtlichen Größenordnung.

Problem 1: Der Auftragnehmer hat die Klärschlämme in bestimmter Art und Menge an den Kläranlagen zu übernehmen, zu wiegen und zu der von ihm benannten Entsorgungsanlage bzw. zum benannten Zwischenlager/Behandlungsanlage und von dort zur Entsorgungsanlage zu transportieren. Es sind Entsorgungskonzepte zu erarbeiten und zu bewerten.

Problem 2: Es ergeben sich Mengenschwankungen. Diese Mengenschwankung soll möglichst Vertragsgegenstand und durch den Auftragnehmer in jedem Fall sichergestellt werden.

Problem 3: Manche der Klärschlämme halten derzeit die Qualitätsanforderungen für eine bodenbezogene Klärschlammverwertung ein. Manche Klärschlämme überschreiten regelmäßig den Grenzwert der Klärschlammverordnung für bestimmte Parameter. Der Auftragnehmer hat den Klärschlamm über den gesamten Vertragszeitraum grundsätzlich thermisch zu entsorgen. Dem Auftragnehmer steht es falls möglich und zulässig frei, die Klärschlämme bodenbezogen oder thermisch zu entsorgen. Für den Fall einer temporären Grenzwertüberschreitung der Klärschlämme der Kläranlagen muss der Auftragnehmer mindestens eine bestimmte Jahreskapazität für die thermische Entsorgung dieser Klärschlämme vorsehen. Eine geordnete Entsorgung ist sicherzustellen und vertraglich zu vereinbaren.

Problem 4: Der Auftragnehmer hat die konkrete Umsetzung der Entsorgung in einem von ihm einzureichenden Entsorgungskonzept festzulegen. Die Transportkosten (von Kläranlage zu Verbrennungsanlage/Entsorgungsort), Entsorgungskosten für Klärschlamm (differenziert nach Entsorgungsweg), Kosten ggf. beteiligter Partner, Kosten für Zwischenlager und den Anteil der Verwaltungskosten und des Gewinns sind zu kalkulieren. Die Wirtschaftlichkeit und Auskömmlichkeit ist sicherzustellen.

Lösung: Wir geben einen Überblick über die GWB/VgV-Neuerungen (1 Stunde). Wir erarbeiten mit den Teilnehmerinnen und Teilnehmern das rechte Maß an anzuwendendem Vergaberecht (1 Stunde). Wir geben Erläuterungen zur Bewältigung der neuralgischen Punkte und zur Vermeidung vermeidbarer Fehler (1 Stunde).

I
Es sind Vorüberlegungen anzustellen.

1
Vor der Einleitung des Vergabeverfahrens ist der Markt zu erkunden.
Der Auftragsgegenstand ist festzulegen.

2
Der Auftragswert ist zu schätzen: Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Zudem sind etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter vor, sind auch diese zu berücksichtigen. Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in

den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet wird oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird.

3

Die statthafte Vergabeverfahrensart ist festzulegen: Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt nach § 119 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren, im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft. Dem öffentlichen Auftraggeber stehen das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, nach seiner Wahl zur Verfügung. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies gestattet ist.

4

Der Ablauf des Verfahrens ist zu strukturieren insb. in zeitlicher Hinsicht festzulegen.

II

1

Die Vergabeunterlagen sind zu erstellen: Die Vergabeunterlagen umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Sie bestehen in der Regel aus 1. dem Anschreiben, insbesondere der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen oder Angeboten oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen, 2. der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung genannt, und 3. den Vertragsunterlagen, die aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen bestehen.

59

2

Die Leistungsbeschreibung ist zu erstellen: Der öffentliche Auftraggeber fasst die Leistungsbeschreibung (§ 121 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) in einer Weise, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert. In der Leistungsbeschreibung sind die Merkmale des Auftragsgegenstands zu beschreiben: 1. in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, die so genau wie möglich zu fassen sind, dass sie ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen, die dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen.

3

Die Eignungskriterien sind festzulegen: Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, technische und berufliche Leistungsfähigkeit

4

Die Zuschlagskriterien sind festzulegen: Der Zuschlag wird nach Maßgabe des § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden.

III

Die Vergabeunterlagen sind bereitzustellen.

IV

1

Angebote sind zu prüfen.

2

Angebote sind zu werten.

3

Die Auskömmlichkeit der Angebotspreise ist sicherzustellen.

V

Das Verfahren ist zu dokumentieren
usw.

Termine:

11.5. 2020 Heidelberg
12.5. 2020 München
13.5. 2020 Hamburg
14.5. 2020 Berlin
15.5. 2020 Erfurt

jeweils 9 bis 12 Uhr

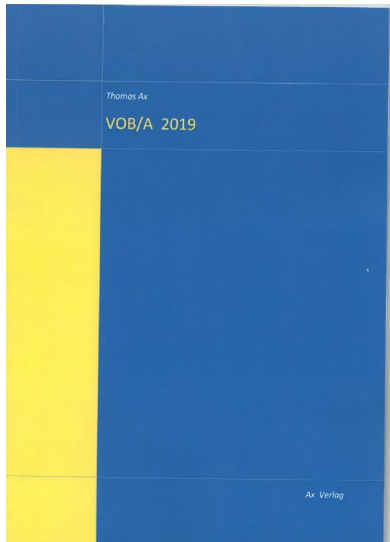
Kosten: jeweils 299,- Euro plus MwSt.

Interesse? Sprechen Sie uns gerne an:

Anmeldung einfach per Email bei:

Ax Akademie
Uferstr. 16
69151 Neckargemünd
Telefon: 06223 8662260
Telefax: 06223 8688614
E-Mail: anmeldung@ax-akademie.de

Publikationen zum Vergaberecht



Ab sofort lieferbar ! VOB/A 2019 alle Texte – Neuerscheinung im Ax Verlag

Sehr geehrte Damen und Herren,

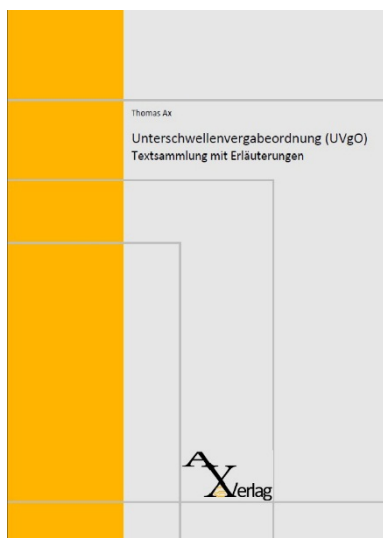
die neue VOB/A 2019 jetzt übersichtlich für Sie zusammengestellt.

Das verständliche Handbuch können Sie unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Buch-1.pdf oder per E-Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Umfang: 114 Seiten

Preis: 9,90 €

Ab sofort lieferbar ! UVgO – Neuerscheinung im Ax Verlag



Sehr geehrte Damen und Herren,

die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) jetzt übersichtlich für Sie zusammengestellt und erläutert von Thomas Ax.

Lesen Sie doch gleich mal rein – unter <http://www.ax-verlag.de/uvgo-neuerscheinung-im-ax-verlag/> gelangen Sie zur Leseprobe.

Das verständliche Handbuch können Sie unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Buch-1.pdf oder per E-

Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Umfang: 164 Seiten

Preis: € 19,90

Leasing-Leitfaden – JETZT im Ax Verlag!



Druckfrisch und aktuell!

ÖPP-Projekte sind in aller Munde – ihre Bedeutung bei Vergaben nimmt stetig zu! Informieren Sie sich jetzt über den Bereich Leasing durch öffentliche Auftraggeber. Die wesentlichen Gesetzestexte sowie Verwaltungsvorschriften und weitere Erklärungen rund um das Thema Leasing durch die öffentliche Hand haben wir für Sie zusammengestellt. Ob Wirtschaftlichkeit, kreditähnliche Rechtsgeschäfte oder Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen, ob im Bund, in den Bundesländern oder den Kommunen – Verschaffen Sie sich Durchblick mit unserer übersichtlich und ansprechend gestalteten Textsammlung.

Umfang: 272 Seiten

Preis: € 24,90

Lesen Sie doch gleich mal rein unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Inhalt_Leasing-Leitfaden.pdf gelangen Sie zur Leseprobe.

Jetzt unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Leasing-Leitfaden.pdf oder per E-Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Stellenanzeigen

Ax Rechtsanwälte eröffnet Ihnen Perspektiven: Rechtsanwalt (m/w/d) Tätigkeitsschwerpunkt öffentliches Vergaberecht VergMan® für öffentliche Auftraggeber

Wir suchen in

Mannheim, Berlin, Hamburg, Münster, Erfurt, Trier, München

Rechtsanwälte (m/w/d) Tätigkeitsschwerpunkt öffentliches Vergaberecht VergMan® für öffentliche Auftraggeber

Das erwartet Sie

- **Vergaberecht:** Durchführung oder Begleitung von anspruchsvollen Beschaffungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber, Verfahrensvertretung vor Vergabekammern sowie deutschen und europäischen Gerichten

Sie bringen mit

- Berufseinsteiger (w/m/d) oder erste praktische Erfahrung als Anwalt
- Juristische Qualifikation mit zwei erfolgreich abgeschlossenen Staatsexamina, idealerweise abgeschlossenes oder laufendes Promotionsvorhaben
- Gute Englischkenntnisse wünschenswert, weitere Fremdsprachenkenntnisse sind ein Plus
- Dokumentiertes Interesse an öffentlich-rechtlichen (insbesondere vergaberechtlichen) Fragestellungen
- Verständnis für wirtschaftliche Interessenlagen
- Sehr gute Kommunikationsfähigkeit, hohe Team- und Serviceorientierung, ausgeprägtes Organisationsvermögen auch in Zeiten hoher Arbeitsbelastung

Unser Versprechen

- Nicht nur mitarbeiten, sondern mitgestalten und sich weiterentwickeln – dafür bieten wir die notwendigen Gestaltungsfreiräume, Fortbildungskonzepte und einen interdisziplinären Erfahrungsaustausch.
- Wir schätzen Ihre Leistung – hier macht der Einzelne mit seinem Können den Unterschied. Und das Gehalt für diese Leistung stimmt natürlich auch.
- Eine Umgebung, die Spaß macht – sympathische und kompetente Kollegen, moderner Arbeitsplatz im Herzen Hamburgs und flexible Arbeitszeitmodelle.

Interessiert?

Ihre Bewerbung senden Sie uns vorzugsweise per E-Mail an

Ax Rechtsanwälte

Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

Tel.: 06223-8688613

Fax.: 06223-8688614

m.schmitt@ax-rechtsanwaelte.de

Im ersten Schritt reicht uns Ihr Lebenslauf als Kurzbewerbung!

Ausblick

Heft 07/2020 der Zeitschrift VergabePrax wird voraussichtlich folgende Blöcke enthalten:

- Blick in die Praxis
- Aktuelle Rechtsprechung
- Nachrichten

Impressum

Herausgeber: Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre) Redaktionsteam: Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre)

Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre)

des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden

Redaktion:

Claudia Siegel

ISSN 1862-9458

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen

Erscheinungsweise:

Monatlich in elektronischer Form

Bezugpreis:

€ 6,- inkl. MwSt. pro Ausgabe



Bestellformular

JA, ich bestelle das kostenlose Schnupper-Abo der VergabePrax.

- zwei elektronische Monatsausgaben der VergabePrax kostenlos!

Ich gehe keinerlei Verpflichtungen ein. Das Schnupper-Abo endet automatisch ohne Kündigung. Sollte ich weiterhin Interesse an einem Bezug der Zeitschrift haben, werde ich ein entsprechendes Abonnement bestellen.

Jede weitere Ausgabe der VergabePrax kostet dann nur € 6,- inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jederzeit möglich.

Meine Daten (bitte ausfüllen)

Name:

Adresse:

Institution:

E-Mail:

Datum, Unterschrift

Bitte senden Sie Ihre Bestellung an:

AX Verlag

Uferstr. 16, 69151 Neckargemünd

Fax: 06223 / 8688614

E-Mail: mail@ax-verlag.de

