



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

AZ: 1 VK LVwA 02/05

Halle, 17.03.2005

§ 9 VOL/A i.V.m. § 309 Nr. 5 b) BGB i.V.m. § 97 Abs. 7 GWB

§ 15 VOL/A i.V. m. § 97 Abs. 7 GWB

§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB

§ 5 Abs. 1 BImSchG, TA Siedlungsabfall

- Umgang des Betreibers einer Umschlagstation mit ungeeigneten Abfällen
- Selbstkostenerstattungspreis
- Rügeverpflichtung

Ein pauschalierter Schadenersatz ist zwar möglich, dem Verpflichteten muss jedoch stets die Möglichkeit offen bleiben, den Nachweis eines tatsächlich geringeren Schadens zu führen. Der durch den Auftraggeber als Grenze der Preisanpassung vorgesehene Selbstkostenerstattungspreis steht als nicht im Wettbewerb ermittelter Preis im Widerspruch zur Grundregel des Vergaberechts, die auch im Rahmen der Preisanpassung ihre uneingeschränkte Geltung behalten muss.

Der Wettbewerbspreis wird als fester Preis über den Zeitraum von drei Jahren vereinbart und muss insoweit die zu erwartende Preisentwicklung in diesem Zeitraum widerspiegeln. Diese Regelung ist für die Bieter zumutbar und daher bedarf daher im Rahmen einer gesunden Interessenabwägung zwischen den Beteiligten eines Vergabeverfahrens keiner Beanstandung.

Die Verpflichtung zur Rüge entsteht ab dem Zeitpunkt des tatsächlichen Erkennens bzw. ab dem Moment, wo der Bieter sich einer sich aufdrängenden Erkenntnis verschließt.

Wenn aus den Vergabeunterlagen hinsichtlich einzelner Paragraphen des Dienstleistungsvertrages keine Anhaltspunkte erkennbar sind, die einen Rückschluss auf den Zeitpunkt des aufkommenden Zweifels zulassen, kann durch die Kammer eine frühere Kenntnis gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB von vermeintlichen Vergabeverstößen nicht unterstellt werden.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....GmbH & Co. Transporte

.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....

.....

Antragstellerin

gegen

den Landkreis.....

.....  
.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Offenen Verfahren zur Maßnahme „Umschlag und Ferntransport von Restabfällen ab dem ..... für den Landkreis.....“, hat die Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 09.03.2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Bauamtfrau Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird angewiesen, die unter § 4 Abs. 4 des Dienstleistungsvertrages formulierte Vertragsregelung zum pauschalierten Schadenersatz ohne Nachweismöglichkeit eines tatsächlich geringeren Schadens aufzuheben.
2. Der Antragsgegner wird angewiesen, die Regelung zur Preisanpassung aus § 12 des Dienstleistungsvertrages aufzuheben, soweit eine Anpassung nicht über den Selbstkostenerstattungspreis hinaus erfolgen könne. Im Übrigen wird der Antrag auf Aufhebung zurückgewiesen.
3. Der Antrag auf Klarstellung der Verdingungsunterlagen, ob es sich um den gesamten im Landkreis ..... anfallenden Siedlungsabfall handelt, wird zurückgewiesen.
4. Der Antrag auf Klarstellung, ob im Ergebnis der Eingangskontrolle die Annahme ungeeigneter Abfälle abzulehnen ist bzw. wie mit diesen zu verfahren sei, wird zurückgewiesen.
5. Der Antrag auf Aufhebung der Regelungen des § 3 Abs. 2 und 3 des Dienstleistungsvertrages wird zurückgewiesen.
6. Im Übrigen werden die Anträge verworfen.
7. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
8. Die Antragstellerin trägt die Kosten vor der Vergabekammer zu  $\frac{4}{5}$ , der Antragsgegner zu  $\frac{1}{5}$ .
9. Diese Kosten beziffern sich insgesamt auf ..... Euro.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am ..... schrieb der Antragsgegner im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) die Vergabe der Leistung „Umschlag und Ferntransport von Restabfällen ab dem ..... für den Landkreis .....“ aus. In dieser Bekanntmachung wurde der 13.01.2005 als Schlusstermin für den Eingang der Angebote angegeben.

Darüber hinaus machte der Antragsgegner unter Abschnitt VI.4) deutlich, dass Nebenangebote für den Zeitraum vom 01.06.2005 bis 30.04.2011 erwünscht seien. Entsprechend Ziffer III.2) -Bedingungen für die Teilnahme forderte der Auftraggeber, dass bei den Bietern eine Referenzanlage vorhanden sein müsse. Ferner wurden als Zuschlagskriterien im Punkt IV.2) das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Zugrundelegung der Aspekte Wirtschaftlichkeit und Entsorgungssicherheit angegeben.

Am 01.12.2004 übersandte der Projektsteuerer des Antragsgegners der Antragstellerin die abgeforderten Verdingungsunterlagen per Post. Im Ergebnis von Bieteranfragen informierte der Auftraggeber alle Bieter mit Schreiben vom 23.12.2004, dass das Wort „verschuldensunabhängig“ in § 4 Abs. 4 Satz 1 des Dienstleistungsvertrages (DLV) gestrichen wird.

Am Tag der Mandatierung durch die Antragstellerin rügte ihr Verfahrensbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 23.12.2004 Mängel bezüglich der Verdingungsunterlagen gegenüber dem Auftraggeber und übersandte die Rüge mittels einfacher Post. Ausweislich des Posteingangsstempels ging diese am 27.12.2004 beim Auftraggeber ein.

Der Antragsgegner wies die vorgebrachten Rügen der Antragstellerin ohne inhaltliche Bewertung zurück, da diese nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) erhoben worden seien.

In Erwiderung darauf widersprach die Antragstellerin mittels anwaltlichem Schreiben vom 05.01.2005 dieser vertretenen Rechtsauffassung und ersuchte um nochmalige Überprüfung. Als Anlage wurde erstmalig das Gutachten vom 21.12.2004 des Dipl.-Ing. .... über die wirtschaftliche Angemessenheit der Festsetzung eines Abfallschwerpunktes in den Verdingungsunterlagen beigefügt. Auch auf diese Erwiderung half der Antragsgegner ausweislich seines Schreibens vom 10.01.2005 der Rüge nicht ab.

Daraufhin hat die Antragstellerin am 11.01.2005 per Fax einen Nachprüfungsantrag gestellt, der inhaltlich dem Rügeschreiben vom 23.12.2004 entspricht. Dieser Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner am 12.01.2005 zugestellt worden. Gleichzeitig wurde er über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 GWB belehrt. Darüber hinaus wurde er aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Auf Nachfrage der erkennenden Kammer übergab der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin den geführten Schriftverkehr zwischen ihr und dem Sachverständigen Dipl.- Ing. .... Im Schreiben vom 15.12.2004, das mit „persönlich“ überschrieben ist, bot der Sachverständige der Antragstellerin an, den Nachweis zu führen, dass der Abfallschwerpunkt in ..... willkürlich festgelegt worden sei und demzufolge offensichtlich von sachfremden Erwägungen getragen werde. Außerdem werde nachgewiesen, dass durch diese willkürliche Festsetzung deutlich höhere Kosten für die Haushaltssammlung von Restabfällen sowie höhere Kosten für die Anlieferung zur ..... entstehen würden. Darüber hinaus würde sein Gutachten eine Zuarbeit an Herrn RA ..... umfassen, so dass dieser die rechtlichen Bedenken vortragen könne. Der Sachverständige führt weiterhin aus, dass er „heute“ mit Herrn ..... gesprochen habe, da aufgrund der unverschiebbaren Terminsetzung eine schnellstmögliche anwaltliche Vertretung notwendig sei. Abschließend weist der Sachverständige darauf hin, dass er zur Auftragserteilung die Rücksendung eines gegengezeichneten Vertragsexemplars benötige.

Mit Fax-Schreiben vom 17.12.2004 bezog sich der Sachverständige auf das am 15.12.2004 gegenüber der Antragstellerin unterbreitete Angebot zur Erstellung eines Gutachtens. Ergänzend informierte er darüber, dass er nunmehr eine weitere Variante erarbeitet habe.

Die Auftragserteilung gegenüber dem Sachverständigen erfolgte ausweislich der Faxzeile in Verbindung mit der handschriftlichen Willensbekundung der Antragstellerin auf dem Schreiben vom 17.12.2004 durch Rückübermittlung desselben am 21.12.2004 per Fax.

In der mündlichen Verhandlung legte der Verfahrensbevollmächtigte dar, dass bereits am 10.12.2004 erste Gespräche zwischen ihm und der Antragstellerin stattfanden.

Die Antragstellerin vertritt im Hinblick auf das Erfordernis einer rechtzeitigen qualifizierten Rüge die Auffassung, dass diese unverzüglich nach Kenntniserlangung erfolgt und somit keine Präklusion eingetreten sei. Die Antragstellerin habe nach dem Erhalt der Verdingungsunterlagen am 06.12.2004 und nach Erstbefassung keine sofort sichtbaren bzw. erkennbaren Zweifel und Unrichtigkeiten festgestellt, so dass sie mit der Erarbeitung der Kalkulation zur Erstellung des Angebotes begonnen habe. Dabei sei für die Antragstellerin deutlich geworden, dass auf der Grundlage des vom Auftraggeber als ideal festgesetzten Abfallschwerpunktes eine Kalkulation auskömmlicher Preise ausgeschlossen sei. Diese Auffassung sei durch die Prüfung des Sachverständigen Dipl.- Ing. .... sowie durch die Einbeziehung des Rechtsbeistandes bestätigt worden. Der Sachverständige habe sein Gutachten am 21.12.2004 vorgelegt, auf dessen Grundlage die Antragstellerin rechtlichen Rat eingeholt und mit Schreiben vom 23.12.2004 gegenüber dem Antragsgegner rechtzeitig entsprechende Rügen erhoben habe. Die Notwendigkeit einer vorherigen Rüge sei nicht gegeben, da vage Zweifel nicht genügen würden, um eine Rügepflicht auslösen zu können. Zudem geht die Antragstellerin auch aufgrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 11.01.2005, Rechtssache C-26/03, davon aus, dass der gerügte Verstoß einer Nachprüfung nicht entzogen sei. Der EuGH führe in seiner Entscheidung aus, dass ein Nachprüfungsverfahren nicht davon abhängig gemacht werden könne, ob das fragliche Verfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht habe. Es gehe insoweit auch dort um die Frage der Auslegung des Begriffes unverzüglich im Sinne der Obliegenheit des Bieters bei Verfahrensverstößen zu rügen.

Das vorliegende Vergabeverfahren habe ebenfalls ein bestimmtes Stadium noch nicht erreicht, denn sogar die Angebotsfrist sei noch nicht abgelaufen.

Außerdem habe das Oberlandesgericht Celle im Beschluss vom 02.09.2004, AZ:

13 VerG 11/04, entschieden, dass ein Bieter vor Angebotsabgabe entsprechende Rügen innerhalb der Angebotsfrist zu erheben habe, wenn unklar bleibt, wie er genau seine vertraglichen Pflichten erfüllen solle.

Ebenso wenig folge die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages daraus, dass die Antragstellerin das Rügeschreiben vom 23.12.2004 nicht vorab per Fax, sondern ausschließlich auf dem Postweg übermittelt habe. Selbst eine Übermittlung nach Fertigstellung der Rüge per Fax am frühen Abend des 23.12.2004 hätte wegen des Heiligen Abends nicht zu einem unmittelbaren Befassen auf Antragsgegnerseite geführt. Zudem sei festzuhalten, dass selbst am 27.12.2004 in Anbetracht des Ablaufes der Angebotsfrist noch ausreichend Zeit gewesen sei, um die gerügten Gesichtspunkte zu korrigieren.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da die vom Auftraggeber herausgegebenen Verdingungsunterlagen erhebliche Unstimmigkeiten sowie Fehler beinhalten, die einer Kalkulation entgegenstünden.

Im Einzelnen vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass

1. die Annahmebedingungen der ..... nicht Bestandteil der Verdingungsunterlagen seien,
2. die Festsetzung des Abfallschwerpunktes willkürlich anmüte und die Bieter bevorteile, die ihre Umschlagstation in die Nähe dieses fiktiven Abfallschwerpunktes legen würden,
3. die ausschließliche Zulassung eines Nebenangebotes mit einem zum Hauptangebot verkürzten Zeitraum gegen vergaberechtliche Regelungen verstoße,
4. es an den notwendigen Darlegungen wie Haupt- und Nebenangebote im direkten Vergleich zueinander bewertet würden, fehle,

5. das Fordern einer Referenzanlage mit ausreichender Betriebserfahrung im Hinblick auf die angebotene Umschlagstechnologie, den Wettbewerb unzulässig einschränke,
6. unklar sei, ob es sich bei den Abfallmengen um alle im Landkreis ..... anfallenden Siedlungsabfälle oder nur um eine Teilmenge handele,
7. unklar sei, was mit den Abfallmengen geschehe, deren Annahme zunächst als ungeeignet verweigert werde,
8. die vertraglichen Regelungen des § 3 Abs. 3 DLV mit seinem Gewährleistungsausschluss hinsichtlich der Beschaffenheit des Abfalls (Abfallgüte) im Widerspruch zur Eigentümerstellung des Antragsgegners an den gesammelten Abfällen stehe,
9. die unter § 4 Abs. 4 DLV enthaltene Vertragsstrafenregelung den Nachweis des tatsächlich geringeren Schadens vergaberechtswidrig ausschließe und
10. die Preis Anpassungsregelung des § 12 DLV, insbesondere in Absatz 8 eine unbillige Regelung darstelle. Zum einen seien die Wagniskosten nach Nr. 47 Abs. 2 der Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) nicht zulässig, zum anderen sei eine Anpassungsmöglichkeit um 5% erst nach dem 01.06.2008 unbillig. So müsse ein Unternehmen bei steigenden Kosten z. B. erhöhter Mineralölsteuern, Autobahnbenutzungsgebühren, neuer Gebührentatbestände usw. dieses Risiko tragen, ohne dass er sich in angemessener Weise befreien könne.

Der Vertreter der Antragstellerin beantragt daher,

1. die Annahmebedingungen der ..... anzugeben,
2. die Verdingung bezüglich des festgesetzten idealen Abfallschwerpunktes aufzuheben,
3. die Verdingung bezüglich der Zulassung eines Nebenangebotes nur für den Zeitraum 01.06.2005 bis 30.04.2011 aufzuheben,
4. zu spezifizieren, nach welchen Kriterien Haupt- und Nebenangebote gegeneinander abgewogen werden, auch im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlichsten Gebotes,
5. die Verdingung bezüglich der zwingenden Vorgabe von Referenzobjekten aufzuheben,
6. zu spezifizieren, ob es sich bei der Ausschreibung um alle im Landkreis ..... anfallenden Siedlungsabfälle oder nur um eine Teilmenge handelt,
7. zu spezifizieren, ob im Ergebnis der Eingangskontrolle ungeeignete Abfälle zurückzuweisen sind bzw. wie diesen zu verfahren ist,
8. die Verdingung bezüglich der Regelungen im § 3 Abs. 2 und 3 DLV aufzuheben,
9. die Verdingung bezüglich der Vertragsstrafe in § 4 Abs. 4 DLV aufzuheben,
10. die Verdingung in § 12 DLV aufzuheben,
11. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und
12. die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen.

Der Vertreter des Antragsgegners beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Der Antragsgegner vertritt hingegen die Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, zumindest aber unbegründet sei.

Die Unzulässigkeit ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt habe.

Die Verdingungsunterlagen seien der Antragstellerin nachweislich per Post am 01.12.2004 durch den Projektsteuerer zugesandt worden, so dass der Vortrag der Antragstellerin, sie habe diese erst am 06.12.2004 erhalten, schon angezweifelt werde. Ungeachtet dessen habe sie ab diesem Tag die Möglichkeit und die Pflicht, die Unterlagen - möglicherweise mit Hilfe Dritter - auf Unstimmigkeiten und Verstöße zu untersuchen.

Zwar komme es allgemein für den Fristbeginn des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB nicht auf die objektive Erkennbarkeit möglicher Vergabeverstöße, sondern auf das tatsächliche Erkennen an. Die Antragstellerin habe jedoch im Nachprüfungsantrag geäußert, dass sie sich nach Erhalt der Unterlagen mit den rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen vertraut gemacht habe und bereits bei einer ersten Befassung feststellen habe müssen, dass eine ordnungsgemäße Kalkulation wegen des fiktiven Abfallschwerpunktes nicht möglich sei, so dass die Rügefrist damit bereits angelaufen sei.

Gemäß dem OLG Düsseldorf (Beschluss vom 22.08.2000, AZ: Verg 9/00) bestehe die Rügeobliegenheit nicht erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Antragsteller Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung nachweisbaren Vergabefehler erlange, ausreichend sei vielmehr das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaube und der es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lasse, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden. Nach diesem Maßstab und nach ihrem eigenen Vortrag habe die Antragstellerin weit vor der Beauftragung des Sachverständigen ..... ausreichende positive Kenntnis von einem möglichen Vergabeverstoß gehabt. Sie hätte somit bereits in diesem Zusammenhang vorsorglich die Rüge erheben müssen und ggf. im Nachgang gutachterlich untersetzen können. Da die Antragstellerin darüber hinaus noch weitere Vergaberechtsverstöße bemerkt haben will, hätte sie diese ebenfalls kurzfristig, ggf. mit sachkundiger Hilfe aufklären oder rügen müssen. Tatsächlich habe die Antragstellerin lange Zeit nichts dementsprechendes unternommen.

Das anwaltliche Rügeschreiben der Antragstellerin sei ebenso wie die entsprechende Vollmacht auf den 23.12.2004 datiert, so dass davon ausgegangen werde, dass die Antragstellerin erst zu diesem Zeitpunkt Rechtsrat eingeholt habe.

Ebenso wird bemängelt, dass das auf den 23.12.2004 datierte Rügeschreiben nicht per Telefax übersandt worden sei. Mit dem Eingang der Rüge am 27.12.2004 sei die anerkannte maximale Grenze bei tatsächlich und rechtlich schwierigen Ausschreibungen von zwei Wochen, auch wenn man den Eingang der Verdingungsunterlagen erst am 06.12.2004 unterstelle, eindeutig überschritten. Vorsorglich werde bestritten, dass es sich um eine rechtlich oder tatsächlich schwierige Ausschreibung handele. Weder erfordere der Leistungsgegenstand besonderen technischen Sachverstand, noch sind die rechtlichen oder kommerziellen Bedingungen sonderlich kompliziert. Anzumerken sei, dass das besagte Gutachten weder als Anlage dem Rügeschreiben beigelegt habe, noch sei eine entsprechende Bezugnahme aus der Rüge erkennbar gewesen. Erst mit dem am 07.01.2005 eingegangenen Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten sei das Gutachten übersandt worden. In diesem Zusammenhang falle auf, dass das Gutachten auf den 21.12.2004 datiert ist, obwohl der Sachverständige erst an diesem Tag den Auftrag erhalten haben soll.

Auch sei die durch die Antragstellerin zitierte Entscheidung des EuGH vom 11.01.2005 auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. In dem zu entscheidenden Sachverhalt sei es u.a. um die Frage gegangen, ob die Entscheidung der Vergabestelle kein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, mit vergaberechtlichen Mitteln angreifbar sei. Der EuGH habe dies im Ergebnis bejaht. Unstreitig habe der Antragsgegner bei dieser beabsichtigten Vergabe der Leistung ein förmliches Vergabeverfahren begonnen.

Darüber hinaus sei der Antrag auch unbegründet, da die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt werde.

Unrichtig sei die Aussage der Antragstellerin, dass die Annahmebedingungen der ..... nicht Bestandteil der Verdingungsunterlagen seien. Die ausführliche Spezifikation der Leistung und damit auch die für den Bieter entscheidenden Bedingungen für eine Anlieferung der Restabfälle per Straße und per Schiene seien im Kap. 6 des Teiles B enthalten. Weitere Fragestellungen zur Annahme wie z.B. bzgl. der Abfallarten, Abfallzusammensetzung, Abfallmenge und Kosten seien vertraglich zwischen dem Landkreis..... und dem Anlagenbetreiber ..... geregelt und, soweit erforderlich, als abfallwirtschaftliche Rahmenbedingungen im Teil A, Kap. 4.2 enthalten. Für den Fall, dass sich die Annahmebedingungen und -kosten ändern würden, trage der Landkreis als Vertragspartner der ..... die entsprechenden Risiken. Der Leistungsgegenstand beziehe sich eindeutig nur auf den Umschlag und den Transport der Abfälle, wobei gemäß Teil B Kap. 3 und 6 als Schnittstellen der Annahmehbereich der Umschlagstation und die Abkipfstelle am Bunker der ..... definiert seien. Die Annahmebedingungen seien demzufolge für die Bieter nachvollziehbar und in den Verdingungsunterlagen umfassend enthalten.

Zur Festsetzung des idealen Abfallschwerpunktes führt der Antragsgegner aus, dass sich die Gesamtkosten für den Umschlag und den Transport aus den fixen und variablen Kosten für den Umschlag, den Ferntransportkosten und den Direkttransportkosten zusammensetzten. Die Transportkosten seien bewusst in die Kostenpositionen für den Fern- und den Direkttransport untergliedert, um dem Aspekt der unterschiedlichen Lage der künftigen Umschlagstation im Landkreis ..... und der daraus resultierenden unterschiedlichen Entfernung zur ..... gerecht werden zu können. Die niedrigsten Kosten für die Sammlung und den Direkttransport zur Umschlagstation entstünden, wenn sich die Umschlagstation direkt im Abfallschwerpunkt des Entsorgungsgebietes befinde, da dann die kürzesten Direkttransportwege zu verzeichnen seien. Die niedrigsten Kosten für den Ferntransport seien dann zu erwarten, wenn die Umschlagstation die geringste Entfernung zur ..... hat. Da die Lage des Standortes der Umschlagstation im Landkreis ..... offen ist und durch die Bieter festgelegt werde, müssten zwingend beide Transportkomponenten berücksichtigt und bewertet werden. Der Bieter könne im Angebot lediglich seine Ferntransportkosten von der Umschlagstation zur ..... kalkulieren. Die durch einen Drittbeauftragten des Landkreises anfallenden zusätzlichen Direkttransportkosten für die Sammlung und den Transport zur Umschlagstation, je weiter sich die Umschlagstation vom Abfallschwerpunkt entfernt, müssten als fiktive Direkttransportkosten im Rahmen der Angebotswertung nach der bekannt gegebenen Berechnung ermittelt werden. Nur so sei der Antragsgegner in der Lage, das wirtschaftlichste Angebot unter der Voraussetzung von Chancengleichheit für alle Bieter zu ermitteln.

Weiterhin läge die Zulassung eines Nebenangebotes für einen begrenzten Zeitraum im Ermessen des Antragsgegners. Die Laufzeit des Nebenangebotes orientiere sich an der Laufzeit des noch am längsten dauernden Entsorgungsvertrages des Antragsgegners mit seinen Drittbeauftragten für das Einsammeln und Befördern der Restabfälle. Damit wolle sich der Auftraggeber die Chance zur gemeinsamen Vergabe aller abfallwirtschaftlichen Leistungen vorbehalten und entsprechend des Auswertungsergebnisses gegebenenfalls nutzen.

Bezüglich der Wertung von Haupt- und Nebenangeboten legt der Antragsgegner dar, dass er diese auf der gleichen Wertungsgrundlage und nach dem gleichen Wertungsschema beurteilen werde. Werden Nebenangebote für die kürzere Laufzeit unterbreitet, seien somit bei Angebotsgleichheit allein die Gesamtkosten entscheidend. Vor- und Nachteile einer kürzeren Laufzeit bezogen auf die Entsorgungssicherheit würden sich nicht vorhersagen lassen und daher bei der Wertung nicht berücksichtigt werden.

Bezogen auf den geforderten Nachweis einer Referenzanlage mit ausreichenden Betriebserfahrungen für die angebotene Umschlagstechnologie präzisiert der Antragsgegner, dass die Referenzanlage nicht im Eigentum des Bieters stehen müsse. Entscheidend sei vielmehr, dass der Bieter über Betreiberfahrungen für die Referenzanlage verfüge.

Der Antragsgegner erläutert, dass gemäß dem Teil A Ziffer 2.1 und dem Teil C, § 2 Abs. 2 DLV alle Siedlungsabfälle, die der Überlassungspflicht des Landkreises ..... als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger unterliegen, Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen seien. Das betreffe alle Abfälle aus Haushalten sowie anderen Herkunftsbereichen, die aufgrund ihrer Beschaffenheit oder Zusammensetzung den Abfällen aus Haushalten ähnlich sind und beseitigt werden müssen.

Hinsichtlich der Verfahrensweise, ob im Ergebnis der Eingangskontrolle ungeeignete Abfälle zurückzuweisen sind, verweist der Antragsgegner auf die in den Verdingungsunterlagen verwiesene Technische Anleitung (TA) Siedlungsabfall, Punkt 6.2.2. Demnach sei bei Anlieferung des Abfalls an der Umschlagstation eine Annahmekontrolle durchzuführen. Wenn bei der Eingangskontrolle festgestellt werde, dass Abfälle nicht zugelassen seien, müssten diese zurückgewiesen werden. In den Fällen, wo die Qualifizierung des Abfalls nicht unmittelbar erfolgen könne, habe der Bieter eine Sicherstellungsfläche zur Zwischenlagerung einzurichten. Bis zur Entscheidung der zuständigen Behörde über den weiteren Entsorgungsweg müsse der Abfall dort verbleiben.

Hinsichtlich des Dienstleistungsvertrages des Teiles C trägt der Antragsgegner vor, dass nach § 3 Abs. 2 der Auftragnehmer zur Zurückweisung nur berechtigt sei, wenn die Abfälle nicht den Bedingungen nach § 2 Abs. 2 entsprechen. Er müsse also im Regelfall alle angelieferten Abfälle annehmen und für eine entsprechende Auslegung seiner Anlage sorgen. Die Kosten dafür müsse er in seinem Angebot kalkulieren.

In § 3 Abs. 3 werde klargestellt, dass der Auftraggeber keine Gewähr für eine qualitative oder quantitative Beschaffenheit der Abfälle über die gesamte Vertragslaufzeit übernehme. Diese Regelung sei erforderlich, da der Auftraggeber die Abfallmenge oder –zusammensetzung kaum beeinflussen könne.

Hinsichtlich der angegriffenen Vertragsstrafenregelung in § 4 Abs. 4 Satz 2 DLV geht der Antragsgegner von einer zulässigen Bestimmung aus. Nach § 12 VOL/A sollten Vertragsstrafen nur für die Überschreitung von Ausführungsfristen ausbedungen werden und auch nur dann, wenn die Überschreitung erhebliche Nachteile verursachen könne.

Der Antragsgegner legt in Bezug auf die erstmalige Preisanpassungsmöglichkeit zum 01.06.2008 entsprechend der Regelung in § 12 DLV dar, dass er dadurch für drei Jahre eine Kosten- und damit Gebührenstabilität erreichen wolle. Das kalkulatorische Risiko der Bieter für einen derartigen Zeitraum sei überschaubar, die Regelung also angemessen. Unabhängig davon verpflichte § 15 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A die Vergabestelle zur Beachtung des öffentlichen Preisrechts. Daher halte der Antragsgegner es für gerechtfertigt, auf den Selbstkostenerstattungspreis als Grenze abzustellen und sehe darin keine unangemessene Benachteiligung der Antragstellerin.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit sich dieser auf die Aufhebung der unter § 4 Abs. 4 DLV formulierten Vertragsregelung zum pauschalierten Schadenersatz ohne Nachweismöglichkeit eines tatsächlich geringeren Schadens bezieht.

Dies gilt ebenso, soweit die Aufhebung der Regelung aus § 12 DLV zur Preisanpassung nicht über dem Selbstkostenerstattungspreis begehrt wird. Hinsichtlich des Vorbringens der Vergaberechtswidrigkeit einer Preisanpassungsmöglichkeit nicht vor dem 01.06.2008 ist der Antrag jedoch unbegründet.



Darüber hinaus sind die Anträge auf Klarstellung, ob es sich um den gesamten im Landkreis ..... anfallenden Siedlungsabfall handelt, ob im Ergebnis der Eingangskontrolle die Annahme ungeeigneter Abfälle abzulehnen ist bzw. wie mit diesen zu verfahren sei sowie auf Aufhebung der Regelungen des § 3 Abs. 2 und 3 DLV als unbegründet zurückzuweisen.

Die übrigen Anträge sind als unzulässig zu verwerfen.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999 - 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003 - 42-32570/03. Der Nachprüfungsantrag wird im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Dienstleistungsauftrag i.S. von § 99 Abs. 1 und 4 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung „Umschlag und Ferntransport von Restabfällen ab dem ..... für den Landkreis.....“, handelt es sich um eine Dienstleistung im Sinne des § 1a VOL/A, Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert für den Leistungszeitraum von 15 Jahren den Schwellenwert von 200.000,00 Euro überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I, § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 22.01.2004 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen des Landkreises ..... hat.

Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin trägt vor, dass sie an dem von der Vergabestelle durchgeführten offenen Verfahren teilnimmt und damit bereits ein Interesse am Auftrag habe. Außerdem habe sie gemäß § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber alle Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Durch die fehlerhaften Verdingungsunterlagen habe der Antragsgegner gegen die Vergabevorschriften verstoßen, so dass die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt sei und ihr möglicherweise ein Schaden drohe. Denn aufgrund der vom Auftraggeber herausgegebenen Verdingungsunterlagen sei eine ordnungsgemäße Kalkulation nicht möglich. Dieser Vortrag reicht für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis aus.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist als unzulässig zu verwerfen, soweit die Antragstellerin die von ihr erkannten vermeintlichen Vergabeverstöße nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. § 121 Abs. 1 BGB, d.h. ohne schuldhaftes Zögern gegenüber dem Antragsgegner gerügt hat. Dies gilt hinsichtlich ihres Vorbringens

- a) zur Unzulässigkeit von Nebenangeboten bei einem lediglich verkürzten Vertragszeitraum, zur mangelnden Transparenz der Kriterien zur Abwägung von Haupt- und Nebenangeboten, zum zwingenden Erfordernis der Vorgabe einer Referenzanlage,
- b) zum Fehlen der zur Kalkulation unabdingbaren Annahmebedingungen der ..... sowie
- c) zum festgesetzten idealen Abfallschwerpunkt.

§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB, der zugleich eine materielle Präklusionswirkung entfaltet, ist Ausfluss des im Vergabeverfahren geltenden Beschleunigungsgebotes und damit essenziell für das Nachprüfungsverfahren. Die Rüge dient dabei vorrangig dem Zweck, dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Überprüfung seiner Entscheidung und gegebenenfalls der Korrektur seines eigenen Verhaltens zu geben und somit Nachprüfungsanträge zu verhindern. Zur Gewährleistung dieser Zielstellung lässt der Gesetzgeber die Rügefrist des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB damit beginnen, dass dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt werden, aus denen für diesen ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler folgt. Für die Annahme der Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstöß genügt eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Bieters. Eine bloße Erkennbarkeit i. S. d. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB kann aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes des hier einschlägigen § 107 Abs. 3 S. 1 GWB zwar nicht als ausreichend erachtet werden, dennoch besteht die Rügeobliegenheit nicht erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Bieter Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung nachweisbaren Vergabefehler erlangt. Ausreichend ist vielmehr das Wissen um einen Sachverhalt, der aus subjektiver Sicht des Bieters den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt, und der es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 14.12.2004, AZ: 1 Verg 17/04). Dabei ist festzuhalten, dass die Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB davon unberührt bleibt, ob der vermeintliche Vergabeverstöß bereits aus der Vergabebekanntmachung erkennbar ist. Ist ein tatsächliches Erkennen nachweisbar bzw. drängt sich die Erkenntnis bei vernünftiger Betrachtung zu einem bestimmten Zeitpunkt nachweisbar auf, so findet § 107 Abs. 3 S. 2 GWB als subsidiäre Vorschrift keine Anwendung. Die Verpflichtung zur Rüge entsteht somit auch in einem solchen Fall, ab dem Zeitpunkt des tatsächlichen Erkennens bzw. dem Moment, ab dem der Antragsteller sich einer sich aufdrängenden Erkenntnis verschließt.

zu a) Dies ist hinsichtlich der hier aufgeführten drei Antragsziele gegeben.

Bereits aus der Bekanntmachung vom 19.11.2004 ist zweifelsfrei ersichtlich, dass der einzige Unterschied des vom Auftraggeber erwünschten Nebenangebotes zu einem Hauptangebot in der verkürzten Vertragslaufzeit liegen sollte. Gleiches gilt für das Fehlen jeder weiteren Differenzierung der Zuschlagskriterien zwischen Haupt- und Nebenangeboten, wie für das Erfordernis der Vorlage einer Referenzanlage. Nach Auffassung der erkennenden Kammer setzt die Abforderung der Verdingungsunterlagen ein zur Kenntnis nehmen des ausdrücklichen Inhaltes der Bekanntmachung voraus. Sollten die erforderlichen Rückschlüsse beim Durchlesen des Bekanntmachungstextes tatsächlich nicht gezogen worden sein, so wäre dies einem bewussten Verschließen gegenüber sich aufdrängenden Eindrücken gleichzusetzen. Da der vom Auftraggeber beauftragte Projektsteuerer die seitens der Antragstellerin abgeforderten Verdingungsunterlagen am 01.12.2004 an diese übersandte, begann die Rügefrist zumindest ab diesem Zeitpunkt zu laufen, so dass selbst der allgemein als maximal zulässig erachtete Rügezeitraum von 14 Tagen bis zum 27.12.2004 weit überschritten wurde. Dieser Rügevortrag ist folglich gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB präkludiert.

Eine andere Sicht der Dinge vermag auch der Hinweis des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerseite auf den Beschluss des EuGH vom 11.01.2005 -C-26/03- mangels Parallelen nicht zu ermöglichen. Der EuGH führt zwar tatsächlich aus, dass die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens nicht vom Erreichen eines bestimmten Stadiums der Vergabe abhängig gemacht werden kann. Die sich auf die Problematik der defacto-Vergabe beziehende Entscheidung ist hier jedoch schon deshalb nicht einschlägig, da der Auftraggeber ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durch die Bekanntmachung hat anlaufen lassen und gerade nicht mit der Absicht handelte, kein Vergabeverfahren einzuleiten. Soweit die Antragstellerseite eine Vergleichbarkeit dadurch zu untermauern sucht, dass durch den Rügezugang am 27.12.2004 vor dem Termin zur Abgabe der Angebote ebenfalls ein bestimmtes Stadium der Vergabe noch nicht erreicht worden sei, sind diese Gedankengänge für die erkennende Kammer nicht ansatzweise nachvollziehbar. Der anwaltliche Vertreter hatte in der mündlichen Verhandlung die Gelegenheit zu weiteren Ausführungen, ließ diese jedoch ungenutzt verstreichen.

Soweit die Antragstellerin ihre Rechtsauffassung zur Rechtzeitigkeit ihres Rügevorbringens durch den Hinweis auf die Entscheidung des OLG Celle vom 02.09.2004 – 13 Verg 11/04- zu stützen sucht, vermag die erkennende Kammer auch dieser Argumentation nicht zu folgen. Grundsätzlich wird diesseits nicht von einer generellen Verpflichtung zur Rüge bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ausgegangen, falls sich Unklarheiten aus den Verdingungsunterlagen ergeben. Dies ist nach dem Wortlaut des § 107 Abs. 3 S. 2 GWB nur dann der Fall, wenn sich das vergaberechtswidrige Tun des Auftraggebers bereits aus der Bekanntmachung ergibt. In allen anderen Fällen kommt es einzig und allein auf das unverzügliche Tätigwerden nach dem tatsächlichen Erkennen der vermeintlichen Rechtswidrigkeit bzw. dem schuldhaften Verschließen gegenüber einer sich gewissermaßen aufdrängenden Einsicht an.

- zu b) Als verspätet muss ebenfalls der Rügevortrag zum behaupteten Fehlen der für eine ordnungsgemäße Kalkulation unentbehrlichen Annahmebedingungen der ..... gelten. Dabei wird unterstellt, dass die Ausschreibungsunterlagen die Antragstellerin entsprechend ihrem Vortrag tatsächlich erst am 06.12.2004 erreichten. Wann die Antragstellerin mit der Durchsicht der übersandten Unterlagen begonnen hat und somit für sich zum Ergebnis gelangte, dass die Annahmebedingungen nicht in den Unterlagen enthalten seien, konnte durch die erkennende Kammer zwar nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, aus der aktenkundigen Kontaktaufnahme des später beauftragten Gutachters mit der Antragstellerin am 15.12.2004 ist jedoch unzweifelhaft erkennbar, dass der Versuch der Angebotserstellung vor dem 15.12.2004 stattgefunden haben muss. Somit hat die Antragstellerin spätestens zu diesem Zeitpunkt den unter Teil A, Ziffer 2.1 der Verdingungsunterlagen abgedruckten Hinweis zur Kenntnis nehmen müssen, dass auf die dort ausdrücklich nicht abgedruckten Annahmebedingungen der ..... verwiesen wird. Auch hier geht die erkennende Kammer davon aus, dass sich die Schlussfolgerung der Kalkulationserheblichkeit der unter Teil A, Ziffer 2.1 unstrittig nicht abgedruckten Annahmebedingungen der ..... geradezu aufdrängte, so dass von einem Anlaufen der Rügefrist nach § 107 Abs. 3 S.1 GWB spätestens zum 15.12.2004 ausgegangen wird.

Obwohl die maximal als zulässig erachtete Frist zur Rüge innerhalb von 14 Tagen mit dem Eingang des anwaltlichen Rügeschreibens beim Auftraggeber gewahrt wurde, ist die Antragstellerin mit ihrem Vortrag präkludiert.

Angesichts der im Vergaberecht allgemein geltenden kurzen Fristen ist das OLG Koblenz ausweislich des Beschlusses vom 18.09.2003 (AZ: 1 Verg 4/03) der Auffassung, dass der Bieter nach dem Erkennen des Vergabefehlers diesen grundsätzlich binnen ein bis drei Tagen rügen müsse, während das OLG Naumburg in seinem Beschluss vom 14.12.2004 (AZ: 1 Verg 17/04) je nach Lage des Einzelfalles einen Zeitraum bis zu fünf Tagen, nur in sehr schwierigen Fällen von maximal zwei Wochen, einräumt. Die erkennende Kammer vertritt die Auffassung, dass in bestimmten sehr einfach gelagerten Fällen die vom OLG Koblenz in ihrem Beschluss formulierte Grenze von drei Tagen Gültigkeit haben sollte und steht damit nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des OLG Naumburg, wonach, ausgenommen bei sehr schwierigen Fällen, eine maximale Frist von fünf Tagen gelten sollte. Im vorliegenden Fall war für die Antragstellerin bereits durch das bloße Lesen der Verdingungsunterlagen erkennbar, dass die Annahmebedingungen Kalkulationserheblichkeit besitzen und unter Teil A, Ziffer 2.1 nicht abgedruckt sind. Die aus Sicht der Antragstellerin erforderlichen Rückschlüsse konnten somit sehr leicht gezogen werden, so dass hier eine Verpflichtung zur Rüge innerhalb von drei Tagen als angemessen angesehen wird. Die Rüge hätte somit spätestens zum 18.12.2004 erfolgen müssen. Ob sich die Verpflichtung zur Rüge auf den 20.12.2004 deshalb erweitert, da es sich beim 18.12.2004 um einen Samstag handelte, kann hier dahingestellt bleiben, da die Rüge unstrittig dem Antragsgegner erst am 27.12.2004 zuzuging.

- zu c) Ebenso ist die Antragstellerin mit dem hier aufgeführten Vorbringen präkludiert. Dies gilt sowohl für die vermeintlich fehlerhafte Festlegung des idealen Abfallschwerpunktes als auch hinsichtlich des vorgebrachten bestehenden Widerspruches zum Erfordernis einer möglichst kostengünstigen Gesamtentsorgung.

Wie bereits ausgeführt, geht die erkennende Kammer aufgrund des Schriftverkehrs des beauftragten Gutachters mit der Antragstellerin davon aus, dass Letztere die Verdingungsunterlagen spätestens am 15.12.2004 zur Erstellung eines Angebotes durchgearbeitet hat. Aus dem zitierten Schreiben des Gutachters ist erkennbar, dass die dort enthaltene Thematik mit der Antragstellerin im Vorfeld mündlich vorbesprochen worden ist. Der Gutachter bietet darin die Erstellung eines Gutachtens darüber an, dass der ideale Abfallschwerpunkt willkürlich gewählt sei und durch diese Festsetzung deutlich höhere Kosten für die Sammlung von Restabfällen sowie für die Anlieferung zur ..... entstehen würden. Damit ist für die erkennende Kammer der Beweis erbracht, dass die Antragstellerin spätestens am 15.12.2004 hinreichende Kenntnis über die laut ihrem Vorbringen mit der Wahl des idealen Abfallschwerpunktes zusammenhängenden Problemstellungen hatte. Dabei mag die Antragstellerin selbst ein Bedürfnis nach weiterer Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Umstände verspürt haben. In Abwägung der Interessen der Beteiligten und im Zusammenhang mit dem dem Nachprüfungsverfahren immanenten Beschleunigungsgrundsatz ist dieses Interesse nicht schutzwürdig. Vielmehr überwiegt hier das Interesse des Auftraggebers an einer möglichst frühzeitigen Information über Zweifel an der Vergaberechtmäßigkeit seines Handelns durch die Antragstellerin.

Da auch dieses Rügevorbringen nicht als besonders schwierig eingestuft werden kann, hätte die Antragstellerin spätestens am fünften Tag nach der hinreichenden Erkenntnis tätig werden müssen, somit am 20.12.2004.

Die Antragstellerin ist mit ihrem übrigen Rügevortrag hingegen nicht präkludiert. Das Erfordernis der unverzüglichen Rüge i. S. des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist in diesen Fällen erfüllt. Dies gilt hinsichtlich ihres Vorbringens

- d) einer nicht hinreichenden Spezifikation, ob es sich um den gesamten im Landkreis anfallenden Siedlungsabfall handele,
- e) einer nicht hinreichenden Spezifikation, wie mit im Ergebnis der im Rahmen einer Eingangskontrolle als ungeeignet qualifizierten Abfällen zu verfahren sei,
- f) zum Widerspruch der vertraglichen Regelungen des § 3 Abs. 2 und 3 des DLV zur Stellung des Antragsgegners als Entsorgungspflichtiger,
- g) zur Rechtswidrigkeit der Vertragsstrafenregelung des § 4 Abs. 4 des DLV sowie
- h) der Regelung zur Preisanpassung nach § 12 Abs. 8 DLV.

zu d) Aus den der Kammer vorliegenden Unterlagen sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die einen Rückschluss auf den Zeitpunkt des aufkommenden Zweifels am Vertragsumfang bei der Antragstellerin zulassen. Die Kammer geht somit davon aus, dass die dieser Rüge vorausgehenden Schlussfolgerungen erst unmittelbar vor der Erstellung des anwaltlichen Rügeschreibens am 23.12.2004 gezogen wurden.

Abweichend von der Auffassung des Antragsgegners steht der Rechtzeitigkeit des Rügevorbringens nicht die bloße Übersendung des Rügeschreibens per einfacher Post entgegen. Die Nutzung schnellerer Übermittlungswege wäre nur dann notwendig gewesen, wenn der konkrete Stand des Vergabeverfahrens eine schnellere Information des Antragsgegners unabdingbar gemacht hätte, so z.B. wenn die Zuschlagserteilung unmittelbar hätte erfolgen sollen. Da zum Zeitpunkt des Rügeeinganges die Frist zur Angebotsabgabe noch nicht abgelaufen war, kann von einem derartigen Erfordernis hier nicht die Rede sein. Das bloße Interesse an einem zügigen Fortgang während des gesamten Vergabeverfahrens vermag eine Verpflichtung zur Nutzung der schnellstmöglichen Übermittlungsart eines Rügevorbringens nicht zu rechtfertigen.

zu e) Wie mit nicht annahmefähigem Abfall umzugehen ist, richtet sich ausweislich des Teiles B, Ziffer 3 der Verdingungsunterlagen nach den geltenden rechtlichen Regelungen. Zu welchem Zeitpunkt die Antragstellerin Zweifel an der Eindeutigkeit dieser Formulierung gehabt hat, ist für die erkennende Kammer in Abweichung vom Vortrag der Antragstel-

lerseite nicht mehr rekonstruierbar. Auch hier wird demnach unterstellt, dass diese Zweifel unmittelbar vor ihrer Formulierung im anwaltlichen Schriftsatz vom 23.12.2004 entstanden sind, so dass auch hier die Rechtzeitigkeit der Rüge festgestellt werden muss.

- zu f) Ein vermeintlicher Widerspruch der Regelung des § 3 Abs. 2 und 3 DLV zur Eigenschaft des Antragsgegners als Entsorgungspflichtiger drängt sich keinesfalls auf. Es kommt somit auch hier auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Erkennens an, der mangels anderer Anhaltspunkte unmittelbar vor Erstellung des anwaltlichen Rügeschreibens liegen dürfte. Der Rügevortrag war somit rechtzeitig.
- zu g) Zum gleichen Ergebnis kommt die Kammer im Hinblick auf den Vortrag der Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der Vertragsstrafenregelung. Auch hier kann der Zeitpunkt der tatsächlichen Erkenntnis der vermeintlichen Rechtswidrigkeit abweichend vom Vortrag der Antragstellerin nicht festgestellt werden. Da sich die vermeintliche Rechtswidrigkeit der Regelung nicht unmittelbar aufdrängt, muss auch davon ausgegangen werden, dass die relevanten Rückschlüsse unmittelbar vor dem 23.12.2004 gezogen wurden, die Rüge daher rechtzeitig erfolgte.
- zu h) Die Rechtzeitigkeit des Rügevorbringens kann auch im Hinblick auf die seitens der Antragstellerin angegriffenen Regelungen des § 12 Abs. 8 DLV zur Preisgleitklausel festgestellt werden. Anhaltspunkte, die den inneren Prozess des Erkennens einer vermeintlichen Rechtswidrigkeit transparent machen, sind nicht erkennbar, so dass der Rügevortrag mittels anwaltlichen Schreiben vom 23.12.2004 mit den gesetzlichen Anforderungen konform geht.

Die Antragstellerin war gemäß § 9 VOL/A i.V.m. § 309 Nr. 5 b) BGB i.V.m. § 97 Abs. 7 GWB anzuweisen, die als Vertragsstrafe in § 4 Abs. 4 DLV bezeichnete Regelung aufzuheben, soweit der Nachweis des tatsächlich geringeren Schadens unmöglich gemacht wird. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist insoweit begründet.

Die erkennende Kammer stimmt mit dem anwaltlichen Vertreter der Antragstellerin überein, dass es sich bei § 4 Abs. 4 DLV tatsächlich um eine Regelung des pauschalierten Schadenersatzes handelt und die Bezeichnung Vertragsstrafe insoweit irreführend ist. Zwar ist die Abgrenzung der Vertragsstrafe zum pauschalierten Schadenersatz in der Praxis problematisch, abzustellen ist jeweils auf den Zweck, den der Auftraggeber mit der fraglichen Vereinbarung verfolgt. Hier liegt das Hauptaugenmerk darauf, dem Gläubiger die Geltendmachung von Verzugsschäden zu erleichtern, ohne einen Beweis über die Schadenshöhe führen zu müssen. Dies wird besonders durch die auf Anregung verschiedener Bieter durch den Antragsgegner im Vorfeld der Angebotsabgabe modifizierte Regelung des § 4 Abs. 4 DLV deutlich. Der Antragsgegner nahm von seinem Begehren einer unverschuldeten Haftung seines künftigen Vertragspartners Abstand und beseitigte damit das Charakteristikum einer Vertragsstrafenregelung. Die strittige Regelung hat sich somit vergaberechtlich auch an den ehemaligen Bestimmungen des AGB Gesetzes zu orientieren, dessen einschlägige Norm nunmehr in § 309 Nr. 5 b) BGB ihren Niederschlag gefunden hat. Demnach ist ein pauschalierter Schadenersatz zwar möglich, dem Verpflichteten muss jedoch stets die Möglichkeit offen bleiben, den Nachweis eines tatsächlich geringeren Schadens zu führen. Diesen Anforderungen entspricht der Auftraggeber mit der im § 4 Abs. 4 DLV enthaltenen Vertragsklausel nicht.

Ebenso begründet ist der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die Regelung des § 12 Abs. 8 DLV zur Preisanpassung, soweit diese den Selbstkostenerstattungspreis nicht überschreiten dürfe. Der Antragsgegner war somit gemäß § 15 VOL/A i.V. m. § 97 Abs. 7 GWB anzuweisen, die Regelung diesbezüglich aufzuheben.

Als unbegründet ist in diesem Zusammenhang der Einwand der Antragstellerin zurückzuweisen, ein Ausschluss einer Preisanpassung vor dem 01.06.2008 verstoße gegen vergaberechtliche Bestimmungen.

Ausgangspunkt jeder beabsichtigten Zuschlagsentscheidung ist ein im Wettbewerb ermittelter Preis. Nach § 15 Abs. 1 VOL/A soll eine Leistung zu festen Preisen vergeben werden. Der seitens des Antragsgegners als Grenze der Preisanpassung vorgesehene Selbstkostenerstattungspreis steht als nicht im Wettbewerb ermittelter Preis im Widerspruch zu dieser Grundregel des Vergaberechtes, die auch im Rahmen der Preisanpassung ihre uneingeschränkte Geltung behalten muss.

Zum einen handelt es sich beim Selbstkostenerstattungspreis um einen Preis, der sich aus Unkosten, den kalkulatorischen Zinsen und einem kalkulatorischen Gewinn zusammensetzt, der außerhalb des Wettbewerbs durch das Unternehmen selbst bestimmt wird, ist also von seinem Wesen her wettbewerbsfeindlich.

Zum anderen ist gemäß § 15 Abs. 2 VOL/A auch im Vergaberecht das Preissystem der VO PR 30/53 einschlägig. Die sich daraus ergebende Verbindlichkeit der sog. vierstufigen Preistreppe steht sowohl einer freien Wahl zwischen den unterschiedlichen Preistypen als auch einer Vermischung der einzelnen Preisstufen entgegen. Eine derartige Vermischung findet durch die Regelung des § 12 Abs. 8 DLV dadurch statt, dass die ersten Stufe der Preistreppe, der Wettbewerbspreis, der vierten Stufe der Preistreppe, dem Selbstkostenerstattungspreis unterworfen wird.

Hinsichtlich der ausweislich § 12 Abs. 8 DLV erst mit dem Ablauf des 01.06.2008 vorgesehenen Möglichkeit einer Preisanpassung vertritt die Kammer die Auffassung, dass diese Regelung für die Bieter zumutbar ist und daher im Rahmen einer gesunden Interessenabwägung zwischen den Beteiligten eines Vergabeverfahrens keiner Beanstandung bedarf. Der Wettbewerbspreis wird als fester Preis über den Zeitraum von drei Jahren vereinbart und muss insoweit die zu erwartende Preisentwicklung in diesem Zeitraum widerspiegeln. Diese Regelung ist nicht nur die wirtschaftspolitisch am ehesten erwünschte, sondern auch die der Wettbewerbspreisbildung adäquateste Verfahrensweise, weil bei der Konkurrenzierung der Preisangebote nicht allein der Basispreis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder des Vertragschlusses, sondern ebenso die erwartete Preisentwicklung während der Vertragslaufzeit Gegenstand des Preiswettbewerbs ist. Erst wenn der Zeitraum der Festpreisbindung so gewählt wird, dass die Unwägbarkeiten des Marktes ein für die Bieter nicht zu akzeptierendes Wagnis darstellen würden, wäre eine derartige Regelung unzumutbar und somit vergaberechtswidrig. Die Kammer ist zu der Überzeugung gelangt, dass es durchaus von einem Bieter erwartet werden kann, die Entwicklung am Markt für einen Zeitraum von drei Jahren zu prognostizieren und in seine Kalkulation einfließen zu lassen. Dies umso mehr, als Vertragslaufzeiten von drei Jahren nicht als ungewöhnlich erachtet werden können. Der Nachprüfungsantrag war insoweit abzuweisen.

Weiterhin vermag die Antragstellerin mit ihrer Auffassung nicht durchzudringen, dass aus den Verdingungsunterlagen nicht erkennbar sei, ob es sich um den gesamten im Landkreis ..... anfallenden Siedlungsabfall oder nur um eine Teilmenge handelt. Der diesbezügliche Antrag ist unbegründet, da die Kammer keine Regelung in den Verdingungsunterlagen ausmachen in der Lage war, die Anlass zu einem derartigen Zweifel gegeben hätte. Auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung sah sich der Vertreter der Antragstellerin nicht in der Lage, eine entsprechende Textpassage zu benennen. Im Gegenteil dazu finden sich unter Teil C, § 2 Abs. 2 DLV und Teil A, Ziffer 2.1 Ausführungen zum Gegenstand der Ausschreibung. Danach ist eindeutig der Umschlag und Ferntransport der Restabfälle des Landkreises ..... ausgeschrieben.

Ebenso unbegründet sind die Anträge auf Klarstellung, ob im Ergebnis der Eingangskontrolle die Annahme ungeeigneter Abfälle abzulehnen ist bzw. wie mit diesen zu verfahren sei sowie auf Aufhebung der Regelungen des § 3 Abs. 2 und 3 DLV.

Ausweislich § 2 Abs. 1 DLV tritt der durch das Vergabeverfahren zu ermittelnde Vertragspartner als Betreiber der Umschlagstation auf. Bei dieser handelt es nach § 5 Abs. 1 des Bundesimmissionsschutzgesetzes um eine genehmigungsbedürftige Anlage zur Abfallentsorgung, so dass dem zukünftigen Vertragspartner entsprechend den allgemeinen Hinweisen unter Teil B,

Ziffer 1 die Pflichten aus Ziffer 6.2.2 der TA Siedlungsabfall treffen. Danach hat der Betreiber bei Anlieferung des Abfalls in der Umschlagstation eine Annahmekontrolle durchzuführen. Diese soll u.a. die Abfallart einschließlich des Abfallschlüssels umfassen. Ist die Umschlagstation für die Annahme des Abfalls nicht zugelassen, hat die für diese Abfallentsorgungsanlage zuständige Behörde nach Information durch den als Anlagenbetreiber fungierenden zukünftigen Vertragspartner über weitere Maßnahmen zu entscheiden. Der Abfall hat zur Sicherstellung in einem hierfür zugelassenen Bereich der Umschlagstation bis zur Entscheidung der Behörde zu verbleiben.

Den zukünftigen Vertragspartner trifft damit unmissverständlich die Verpflichtung, die gegenüber ihm angelieferten Abfälle zu untersuchen. Erst im Ergebnis dieser Untersuchung soll seinerseits die Annahme- bzw. Ablehnungsentscheidung fallen. In Zweifelsfällen trifft den Anlagenbetreiber die Pflicht, die Herkunft des zur Begutachtung durch die zuständige Behörde verwahrten Abfalls zu dokumentieren und diesen ggf. an den Überbringer zurückzugeben. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um Abfälle handelt, die durch einen vom Auftraggeber autorisierten Dritten oder durch Private angeliefert werden.

Somit wird deutlich, dass die Pflichtenkreise der einzelnen Beteiligten in den Verdingungsunterlagen erschöpfend geregelt sind, so dass kein Bedarf im Hinblick auf eine weitere Ergänzung besteht.

Daraus folgt schließlich auch, dass die Regelung des § 3 Abs. 2 und 3 DLV (keine Gewährleistung für Menge und Beschaffenheit des Abfalls) den zukünftigen Vertragspartner nicht ungebührlich benachteiligt, da dieser im Rahmen der Erfüllung seiner Kontrollpflichten es selbst in der Hand hat, nicht genehmigten Abfall nicht anzunehmen. Es besteht somit auch hier kein Erfordernis zur Modifikation der Verdingungsunterlagen.

### Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten zu  $\frac{4}{5}$  und der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu  $\frac{1}{5}$  zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu den von ihm gestellten Anträgen in diesem Verfahren maßgeblich. In diesem Nachprüfungsverfahren obsiegt die Antragstellerin von ihren zehn Anträgen lediglich mit einem Antrag in Gänze und einem weiteren Antrag zur Hälfte. In Anbetracht, dass die Anträge von ihrer Bedeutung her annähernd als gleichwertig zu bewerten sind, hält die Kammer die Kostenentscheidung hinsichtlich der Antragstellerin zu  $\frac{4}{5}$  und hinsichtlich des Antragsgegners zu  $\frac{1}{5}$  für angemessen und gerechtfertigt. Den Beteiligten war somit die Kostenlast dementsprechend aufzuerlegen.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Die Höhe der Gebühr (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund des geschätzten Auftragsvolumens von ..... Euro pro Jahr bezogen auf die Vertragslaufzeit von 15 Jahren gemäß der Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt ..... **Euro**.

Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von ..... **Euro**.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf ..... **Euro**, § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB. Davon hat die Antragstellerin ..... Euro und der Antragsgegner ..... Euro zu tragen.

Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,- Euro hat sie nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... den Betrag in Höhe von..... **Euro** und der Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-.....den Betrag in Höhe von ..... **Euro** auf das Konto ..... bei der Landeshauptkasse Dessau, Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Foerster