



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 2 VK LSA 17/13

Halle, 19.03.2014

§ 101a GWB

§ 19 EG Abs. 3 a) VOL/A

- Nichteinhaltung Wartefrist für den Vertragsabschluss mit der Beigeladenen

- rechtmäßiger Ausschluss des Angebots der Antragstellerin

Allein der Verstoß gegen § 101a GWB begründet für sich genommen noch kein berechtigtes Interesse des Bieters an der Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages i.S. des § 101b Abs. 1 Nr.1 GWB. Vielmehr bedarf es darüber hinaus einer Rechtsverletzung der Antragstellerin durch die Nichtbeachtung von weiteren Bestimmungen des Vergaberechtes.

Wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, kann eine solche über den Verstoß gegen § 101a GWB hinausgehende Rechtsverletzung nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin wendet sich zu Unrecht gegen die Vorgaben der Vergabeunterlagen.

Auch die Wertung der Angebote durch den Antragsgegner ist im Ergebnis vergaberechtskonform.

Unabhängig von den geltend gemachten Vergabeverstößen waren die Angebote der Antragstellerin ohnehin gemäß § 19 EG Abs. 3 a) VOL/A auszuschließen.

Sie enthielten i.S. dieser Vorschrift nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen oder Nachweise.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen

.....

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

.....

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren bezüglich der Vergabe der Übernahme und Entsorgung von brennbaren Abfällen im hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, die hauptamtliche Beisitzerin Frau und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn auf die mündliche Verhandlung vom beschlossen:

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin. Die Verfahrenskosten werden insgesamt auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

Für die im Rahmen der Akteneinsicht angefallenen Kopierkosten haben die Antragstellerin Euro und die Beigeladene Euro zu entrichten.

Die jeweilige Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene werden für notwendig erklärt.

Der erweiterte Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin wird abgelehnt.

Gründe

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom veröffentlichte der Antragsgegner im Amtsblatt der EU den Dienstleistungsauftrag „Übernahme und Entsorgung von brennbaren Abfällen im“. Dieser sollte im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) vergeben werden. Der Leistungsgegenstand umfasst die Entsorgung von thermisch verwertbarer Abfall-Grobfraktion entsprechend der Abfallschlüsselnummer AVV 19 12 10 (Los 1) und die Abfall-Feinfraktion laut Abfallschlüsselnummer AVV 19 12 12 (Los 2).

Nicht Gegenstand der Leistung waren die Sammlung, Vorsortierung, die mechanische Behandlung sowie der Transport der Abfälle zur Entsorgungsanlage. Diese Leistungen sollten vom Eigenbetrieb des Antragsgegners ausgeführt werden.

Es bestand die Möglichkeit für ein bzw. beide Lose ein Angebot abzugeben. Zusätzlich waren Nebenangebote auch ohne Abgabe eines Hauptangebotes zugelassen.

Als Vertragslaufzeit sollte eine Dauer von vier Jahren, beginnend ab dem gelten. Die Bieter waren bis zum 07.10.2013 an ihr Angebot gebunden.

Ziffer III.2.1) der Bekanntmachung verlangt u.a. von den Bietern eine Betriebsunterbrechungsversicherung mittels Bereitschaftserklärung eines Versicherungsunternehmens nachzuweisen.

Unter Ziffer IV.2.1) der Bekanntmachung waren als Zuschlagskriterien für Los 1 und die Nebenangebote der Gesamtpreis mit 80% sowie die Entsorgungssicherheit und die Energieeffizienz mit je 10% aufgeführt. Alleiniges Zuschlagskriterien für das Los 2 war der Preis.

Nebenangebote waren nach Ziffer 2.16 der Vergabeunterlagen nur zugelassen, wenn sie die thermische Entsorgung des gesamten nicht zerkleinerten und nicht gesiebten brennbaren Abfalls AVV 19 12 10 zum Inhalt haben.

Die Überschrift der Ziffer 2.10 in den Vergabeunterlagen lautet:

„Mit dem Angebot einzureichende Unterlagen zur Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit“.

Nach Ziffer 2.10.1 i.V.m. Ziffer 2.12 der Vergabeunterlagen hat der Bieter mit dem Angebot u.a. eine Bereitschaftserklärung eines Versicherungsunternehmens über den Abschluss einer Betriebsunterbrechungsversicherung im Auftragsfall beizufügen.

Zu dem von den Bietern anzugebenden Festpreis (Einheitspreis) sollten zum Zwecke der Vergleichbarkeit der Angebote die Transportkosten im Rahmen der Berechnung des fiktiven Gesamtpreises bei der Wertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote für die Hauptangebote sowie für Alternativangebote mit einbezogen werden. Die Transportkosten wurden einmalig aus dem Produkt der einfachen Transportentfernung zwischen der Behandlungsanlage bzw. dem Umschlagplatz des Antragsgegners und der vom Bieter angebotenen Entsorgungsanlage (Hauptanlage) und einem vorgegebenen fiktiven Preis pro Kilometer des Auftraggebers ermittelt.

Bei der Ermittlung des fiktiven Gesamtpreises für Nebenangebote war aufgrund einer Kostenersparnis beim Antragsgegner zusätzlich unter Ziffer 2.23 C) der erstmals versandten Vergabeunterlagen vorgesehen, einen Betrag in Höhe von 10 Euro/t vom Festpreis zu subtrahieren.

Als Standorte der Behandlungsanlage für die Hauptangebote war die Deponie und für die Nebenangebote der Umschlagplatz in vorgegeben. Der Antragsgegner hatte den Umschlagplatz in aufgrund der Bieteranfrage Nummer fünf neu benannt.

Nach Ziffer 2.23 der Vergabeunterlagen erhält das Angebot mit der höchsten Gesamtpunktzahl je Los bzw. bei Nebenangeboten für die Gesamtmenge den Zuschlag.

Zur Ermittlung der Punktzahl für die einzelnen Zuschlagskriterien (ausschließlich Los 2) war u.a. vorgegeben:

Punktzahl für den Gesamtpreis:

- 10 Punkte erhält das Angebot mit dem niedrigsten Preis,
- 0 Punkte erhält ein fiktives Angebot mit dem Zweifachen des niedrigsten Gesamtpreises ...,
- die Punkteermittlung für die zwischen dem niedrigsten Gesamtpreis und seinem Zweifache liegenden Gesamtpreis erfolgt über lineare Interpolation...

Punktzahl für die Entsorgungssicherheit:

- 10 Punkte erhält eine Anlage mit Ersatzanlagen oder Anlagen im Ausfallverbund, deren Transportentfernung nicht mehr als das Doppelte zur Hauptanlage beträgt. Es gilt das Mittel der Transportentfernung der Ersatzanlagen.

Die Gesamtpunktzahl ergibt sich aus der Summe des Produktes Punktzahl je Zuschlagskriterium und statischem Gewicht von 0,8 für den Preis sowie je 0,1 für die weiteren Zuschlagskriterien.

In Beantwortung der Bewerberanfragen drei und fünf erklärte der Antragsgegner u.a., dass nicht die Punktzahlen der einzelnen Lose bei der Angebotswertung addiert werden würden. Vielmehr werde jedes Los einzeln bewertet.

Auch würde nicht zwangsläufig die Gesamtpunktzahl eines Nebenangebotes unter denen liegen, die die besten Lose erreichen. Schließlich leite der Antragsgegner nach Ziffer 2.23 der Vergabeunterlagen die für ihn sich ergebende Kostenersparnis durch den Wegfall der

Fraktionierung an den Auftragnehmer weiter. Diese setze fiktiv bereits bei der Wertung der Angebote ein.

Er verwies insoweit auch auf die Ausführungen der Vergabeunterlagen.

Die Bewerber erhielten teilweise geänderte Vergabeunterlagen. Der Einreichungstermin für die Angebote wurde auf den neu festgesetzt. Die Zuschlagskriterien, deren Punktermittlung und deren Wichtung sowie die Ausführungen unter Ziffer 2.23 C) der Vergabeunterlagen blieben dabei unverändert.

Innerhalb der Angebotsfrist forderten insgesamt 17 Bewerber die Vergabeunterlagen an, es reichten lediglich fünf Bieter insgesamt acht Angebote fristgerecht ein.

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben jeweils ein Hauptangebot je Los und ein Nebenangebot ab. Keines der Angebote wurde aus formellen Gründen ausgeschlossen.

Mit Faxschreiben vom 18.07.2013 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin u. a. dahingehend, dass aus der mit dem Angebot vorgelegten Versicherungsbestätigung nicht zu entnehmen sei, ob eine Betriebsunterbrechungsversicherung sowie eine Versicherung nach dem Umwelthaftungsgesetz vorliegen würde. Diesbezüglich wäre zumindest eine Bereitschaftserklärung eines Versicherungsunternehmens ausreichend. Die fehlenden Erklärungen waren bis zum 25.07.2013 beim Antragsgegner einzureichen.

Ausweislich der Betreffzeile bezog sich dieses Schreiben auf die Beseitigung von Abfällen im Ein gleichlautendes auf denselben Tag datiertes Faxschreiben für den befindet sich in der Vergabeakte

Die Antragstellerin bat mit Schreiben vom 24.07.2013 für den Nachweis einer Betriebsunterbrechungsversicherung um eine Fristverlängerung bis zum 02.08.2013. Zwar habe sie mit ihrer Versicherung über den Abschluss der fehlenden Betriebsunterbrechungsversicherung gesprochen, die Ausstellung der Bescheinigung könne jedoch wegen der Urlaubszeit nicht zum geforderten Termin erfolgen. Die Antragstellerin reichte die fehlende Bescheinigung am 01.08.2013 ein. Der Antragsgegner hat auf die Bitte um Fristverlängerung nicht reagiert.

Bis auf die Beigeladene wurden auch weitere Bieter aufgefordert, fehlende Nachweise vorzulegen. Ohne Begründung in der Vergabeakte differenzieren die gewährten Vorlagefristen bei den einzelnen Bietern zwischen sechs und neun Tagen.

Ein vom Antragsgegner beauftragter technischer Berater führte die fachtechnische Prüfung der Angebote durch. Darüber befinden sich in der Vergabeakte mehrere Ausfertigungen. Die letzte Fassung ist auf den 08.08.2013 datiert und handschriftlich als letzte und vierte Fassung bezeichnet.

Nach dem Prüfbericht des technischen Beraters erzielten alle drei Angebote der Beigeladenen die höchste Punktzahl.

Ausschlaggebend für die höhere Punktzahl im Nebenangebot der Beigeladenen waren zum einen der niedrigste Festpreis eins und zusätzlich ein erheblich geringerer Transportpreis als im Nebenangebot der Antragstellerin. Bei den beiden weiteren Zuschlagskriterien erzielte das Angebot der Antragstellerin zum einen eine geringfügig höhere Punktzahl; zum anderen kam es zu einem Punktegleichstand.

Auch bei den beiden Hauptangeboten erhielt die Beigeladene die höchste Gesamtpunktzahl. Ausschlaggebend war bei dem Zuschlagskriterium Preis, dass der Festpreis eins niedriger war als der der Antragstellerin. Zwar hatte die Antragstellerin eine bessere Bewertung in der Energieeffizienz und im Transportpreis eins erhalten. Dies führte allerdings lediglich dazu, dass

der Punkteabstand im jeweiligen Los bei der Gesamtbewertung geringer ausfiel als bei der Bewertung der Nebenangebote.

Die erfolglosen Bieter wurden mit Fax-Schreiben vom 27.09.2013 gemäß § 101a GWB darüber informiert, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag am 07.10.2013 auf das wirtschaftlichere Nebenangebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Beigeladene erhielt am 07.10.2013 das Zuschlagsschreiben auf ihr Nebenangebot. Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 07.10.2013, 21:09 Uhr. Sie ist der Auffassung, dass sich erst mit Änderung der Vergabeunterlagen durch den für Nebenangebote eingefügten pauschalen Abschlag von 10 €/Mg ein anderes Wertungsergebnis gegenüber den in der Veröffentlichung bekanntgegebenen Zuschlagskriterien ergeben würde. Es handele sich bei dem pauschalen Abschlag um ein unzulässiges Wertungskriterium.

Auch sei ein Angebot über die Übernahme und Entsorgung von gemischten und nicht vorbehandelten Abfällen aufgrund fehlender Bekanntmachung der diesbezüglich anderslautenden Abfallschlüsselnummer nicht zulässig und zuschlagsfähig.

Weiterhin seien die Transportkosten zwischen Haupt- und Nebenangeboten nicht vergleichbar. Für den direkten Transport des nicht vorbehandelten Abfalls von den Kommunen zur Entsorgungsanlage wären schließlich mehr Fahrten in Bezug auf die vorbehandelte Abfallmenge zwischen der Behandlungsanlage und der Entsorgungsanlage nötig.

Schließlich wären die deutlich kürzeren Entfernungen, die günstigere Energieeffizienz der angebotenen Entsorgungsanlage und die bessere Entsorgungssicherheit im Angebot der Antragstellerin entgegen der Wertungskriterien unberücksichtigt geblieben.

Auch könne der Zuschlag gemäß § 101a GWB aufgrund der 10-Tagefrist frühestens am 08.10.2013 erteilt werden.

Der Antragsgegner sollte sich weiterhin spätestens bis zum 08.10.2013, 13:00 Uhr positionieren, ob er zum einen die beabsichtigte Zuschlagserteilung aussetze sowie ihr Rügevorbringen überprüfen werde.

Die Antragstellerin rügte im Anschluss eines am 08.10.2013 mit dem Antragsgegner geführten Telefonats mit Schreiben vom selben Tag die bereits am 07.10.2013 erfolgte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen. Sie macht hierbei geltend, dass aufgrund der Nichteinhaltung der nach § 101a GWB vorgeschriebenen Wartefrist zustande gekommene Vertrag nach § 101b Abs. 1 Nr.1 GWB von Anfang an unwirksam sei. An diesem Tage hat der Antragsgegner sein Zuschlagsschreiben vom 07.10.2013 dahingehend korrigiert, dass der Zuschlag mit Wirkung vom 08.10.2013 erteilt wird.

Der Antragsgegner wies die Rügen mit Schreiben vom 15.10.2013, Eingang bei der Antragstellerin am 21.10.2013, vollumfänglich zurück.

Er ist der Auffassung, dass sich die Rüge auf die Bestimmungen des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB stütze. Die Anwendung der Vorschrift setze voraus, dass erkannte Verstöße gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber zu rügen seien. Ebenso seien Vergabeverstöße, die aufgrund der Bekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen erkennbar seien, spätestens bis zum Ablauf in der Bekanntmachung u.a. benannte Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Sämtliche Rügen hätten deshalb bis zur Angebotsabgabe vorgetragen werden müssen. Die Frist sei demzufolge verstrichen.

Auch wären die vorgetragenen Sachverhalte unbegründet.

Die Antragstellerin reichte daraufhin am 05.11.2013 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ein. Dieser wurde am 06.11.2013 dem Antragsgegner übermittelt.

Die Antragstellerin hat darin die aus ihren Rügeschreiben vorgebrachten vermeintlichen Vergabeverstöße ergänzt und vertieft.

Sie trägt weiterhin vor, dass es sich bei der Nichtigkeitsfolge gemäß § 101b GWB um eine die Regelung in § 107 Abs. 3 GWB verdrängende Sonderregelung handele.

Allein aufgrund des Inhalts des Informationsschreibens vom 27.10.2013 hätte die Antragstellerin noch keinen Vergaberechtsverstoß rügen können.

Schließlich habe der Antragsgegner hierin lediglich mitgeteilt, dass er am 07.10.2013 beabsichtige, den Zuschlag anderweitig zu erteilen. Ein Verstoß gegen Vergabevorschriften entgegen § 101a Abs. 1 S. 3 bis 5 GWB liege letztendlich erst nach erfolgter Zuschlagserteilung vor.

Die Antragstellerin habe insoweit diesen Vergaberechtsverstoß erst am 07.10.2013 erkannt und unverzüglich am selben Tage gerügt.

Ein weiterer Verstoß gegen § 101a Abs. 1 S.1 GWB liege auch darin, dass der Antragsgegner weder in seinem Informationsschreiben noch in seinen Rügeantwortschreiben die Gründe der Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin nicht einmal ansatzweise dargelegt hatte. Dadurch sei es der Antragstellerin verwehrt, festzustellen, ob eine Gleichwertigkeitsüberprüfung der Angebote durchgeführt wurde. Auf jeden Fall werde deren Richtigkeit gerügt.

Im Übrigen käme eine erneute Bezuschlagung des Nebenangebotes der Beigeladenen unter Einhaltung der Fristen des § 101a Abs. 1 S. 1 bis 5 GWB unter Beachtung der am 07.10.2013 abgelaufenen Bindefrist nicht in Betracht.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der Antragsgegner in dem Vergabeverfahren mit der Bekanntmachung im Supplement der EU 2013/..... zum Amtsblatt der EU mit dem 07.10.2013 erteilten Zuschlag an die Beigeladene gegen die Fristenregelung des § 101a Abs. 1 Satz 3 bis 5 GWB verstoßen hat und deshalb der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen beabsichtigte Vertrag von Anfang an gemäß § 101b Abs. 1 GWB unwirksam ist.

2. hilfsweise,

es wird festgestellt, dass der vom Antragsgegner und der Beigeladenen behauptete Vertragsschluss vom 08.10.2013 unwirksam ist.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin abzuweisen.

Er ist der Meinung, dass das Vorbringen bezüglich der Wertungskriterien für Nebenangebote als auch die der fehlerhaft berechneten Frist gemäß § 101a GWB verfristet seien.

Die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien seien in den Vergabeunterlagen aufgeführt worden. Eine Änderung der Vergabeunterlagen in Bezug auf die Wertung von Nebenangeboten mit gleichzeitiger Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 17.06.2013 sei jedoch bereits mit Schreiben vom 21.05.2013 den Bewerbern zugesandt worden. Die dazu erhobene Rüge sei jedoch von der Antragstellerin erst vier Monate nach Angebotsabgabe und 10 Tage nach Erhalt des Informationsschreibens erfolgt und damit gemäß § 107 Abs. 3 S.1 Nr. 3 GWB als nicht rechtzeitig erhoben anzusehen.

Ebenso sei aus dem am 27.09.2013 per Fax versandten Informationsschreiben klar ersichtlich gewesen, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erfolgen solle. Dieser Sachverhalt bedürfe keiner tiefgründigen Prüfung, so dass ein Zuwarten bis zur Erhebung einer diesbezüglichen Rüge von 10-Tagen nicht zu rechtfertigen sei.

Auch das Vorbringen vom 08.10.2013 bezüglich der fehlerhaft berechneten Frist des § 101a GWB sei bereits Gegenstand der vorangegangenen Rüge gewesen und hätte unverzüglich geltend gemacht werden müssen.

Bereits mit Schreiben vom 15.10.2013 habe der Antragsgegner mitgeteilt, dass er der verspätet eingeleiteten Rüge nicht abhelfen werde. Die Antragstellerin habe jedoch erst am 05.11.2013 einen Nachprüfungsantrag gestellt. Damit sei die im § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB vorgeschriebene Frist von maximal 15 Kalendertagen zur rechtzeitigen Erhebung eines Nachprüfungsantrages nicht eingehalten worden.

Auch könne sich die Antragstellerin nicht auf die Frist des § 101a GWB berufen, da dieser allein für die Beschneidung bzw. Verhinderung der Rechtsschutzmöglichkeit durch den Auftraggeber gelte. Schließlich habe die Antragstellerin seit dem 27.09.2013 gewusst, dass der Zuschlag am 07.10.2013 erteilt werden solle.

Im Übrigen gelte die vorgenannte Frist nicht für Verstöße gegen sonstige Vergaberegeln. Vor diesem Hintergrund sei der Nachprüfungsantrag in Bezug auf die Vorgabe unzulässiger Wertungskriterien ebenso unzulässig.

Irrtümlicherweise sei die mit Schreiben nach § 101a GWB bekanntgegebene Frist um einen Tag zu kurz bemessen worden.

Sofern die Antragstellerin sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB stütze, sei sie nicht von der Rügeverpflichtung vor Einleitung eines Nachprüfungsantrages entbunden gewesen. Dieser Verpflichtung sei sie nicht nachgekommen. Die Rügepräklusion könne sie auch nicht mit ihrem Antrag gemäß § 101b Abs. 2 S. 1 GWB überspielen.

Im Übrigen sei die Antragstellerin trotz der versehentlich falsch berechneten Frist ausreichend Zeit geblieben, die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu rügen und rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Dieser hätte nach Zustellung das Zuschlagsverbot ausgelöst, so dass der Primärrechtsschutz damit eröffnet gewesen und das Ziel des § 101a GWB erreicht gewesen wäre. Im Übrigen müsse zu dem gerügten Verstoß nach § 101a GWB ein weiteres vergaberechtliches Fehlverhalten des Auftraggebers in der Sache hinzutreten, damit ein Nachprüfungsantrag Erfolg haben könne. Dies sei hier jedoch nicht gegeben.

Weiterhin sei durch den mit Änderung der Vergabeunterlage eingefügten pauschalen Abschlag von 10 Euro/Mg allen Bietern die Möglichkeit eingeräumt worden, ein entsprechendes Nebenangebot einzureichen. Auch stehe bei der Wertung von Nebenangeboten im Vergleich zu den Hauptangeboten nicht entgegen, dass diese unterschiedliche Entsorgungswege zum Gegenstand hätten. Schließlich würden Nebenangebote grundsätzlich gegenüber Hauptangeboten eine abweichende Leistung offerieren.

Die Wertung der Angebote sei im Übrigen nach den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien erfolgt.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 28.01.2014 die beigeladen.

Die Beigeladene beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, dass der Antrag bereits unzulässig sei. Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB finde in vollem Umfang Anwendung. Gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GWB sei lediglich eine Anwendung dieser Vorschrift bei de-facto-Vergaben ausgeschlossen. Die Antragstellerin hätte bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen, dass vom Gesamtpreis bei Nebenangeboten ein Betrag in Höhe von 10 Euro/t von dem angebotenen Preis abgezogen werde. Dies habe sich transparent aus den Vergabeunterlagen ergeben. Entsprechendes gelte auch, soweit die Antragstellerin vorbringe, ein auf die Übernahme nicht vorbehandelter Abfälle gerichtetes Nebenangebot sei zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Im Übrigen sei auch der angebliche Verstoß hinsichtlich der Nichtvergleichbarkeit der Transportkosten bei den Hauptangeboten einerseits und den Nebenangeboten andererseits aus den Vergabeunterlagen erkennbar.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin die Frist für die Antragstellung versäumt.

Schließlich fehle es der Antragstellerin an einer Antragsbefugnis. Selbst wenn die von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße vorliegen würden, bestünden keine Aussicht, dass auf ihr Angebot der Zuschlag erteilt würde.

Anders als die Antragstellerin meine, habe der Antragsgegner nicht die Zuschlagskriterien nachträglich in den Vergabeunterlagen abgeändert. Es sei schließlich vergaberechtlich unbedenklich, dass die Mindestanforderung für Nebenangebote erst in den Vergabeunterlagen bekanntgegeben worden seien. Es sei nicht erforderlich gewesen, dass der Antragsgegner die entsprechenden Abfallnummern in der Bekanntmachung vorgebe. Vielmehr habe er dort Varianten und Nebenangebote ausdrücklich zugelassen.

Schließlich liege auch der Einwand der fehlenden Vergleichbarkeit zwischen den anfallenden Transportkosten in den Haupt- und Nebenangeboten neben der Sache. Denn ein Direkttransport stehe auch in den Fällen von Nebenangeboten überhaupt nicht in Rede. Der Antragsgegner habe lediglich bei Nebenangeboten einen neuen Umschlagplatz in seiner Bieterinformation Nummer fünf benannt.

Die Antragstellerin könne ihren Nachprüfungsantrag nicht allein auf einen Verstoß gegen § 101a GWB stützen.

Die Vergabekammer hatte die Antragstellerin sowie der Beigeladenen mit Beschluss vom 03.02.2014 bzw. 07.02.2014 teilweise Akteneinsicht gewährt.

In der mündlichen Verhandlung vom haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Es wird insoweit auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen. Die Antragstellerin beantragte, ihr weitergehend Akteneinsicht zu gewähren.

Der Vorsitzende hat die Frist zur Entscheidung der Vergabekammer bis zum 21.03.2014 verlängert.

In Hinblick auf die weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die eingereichten Unterlagen des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist zulässig.

1. Zulässigkeit

1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998, Nr. 59, S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2005, Nr. 44, S. 2114 ff., zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.06.2013, BGBl. I, 2013, Nr. 32, S. 1750, i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 – 42-32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 57/2003, S. 942) i.V.m. d. gem. Geschäftsordnung d. VgK (Bek. des MW vom 17.04.2013 – 41-32570-17, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 14/2013) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 200.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträge gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 sowie Nr. 7 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I 2003, S. 169 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 02.12.2011 (Verordnung Abl. EU Nr. L 319/43), ist für dieses Vorhaben bei Weitem überschritten.

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, da sie durch Teilnahme an dem von dem Antragsgegner durchgeführten Offenen Verfahren ein Interesse am betreffenden Auftrag hat, eine Rechtsverletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB). Zumindest kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie ihre Angebote günstiger kalkuliert hätte, wenn die von ihr behaupteten Vergabeverstöße nicht vorliegen würden.

1.3 Rüge

Die Antragstellerin hat die von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße i.S. des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB rechtzeitig gerügt. Nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Von der Antragstellerin konnte nicht verlangt werden, dass ihr mit Erhalt des Informationsschreibens die Nichteinhaltung der Wartefrist des § 101a Abs. 1 GWB ins Auge fällt. Der Antragsgegner hatte dort einen Termin für die Erteilung des Zuschlages benannt, der um einen Tag vor Ablauf dieser Frist lag. Es konnte von der Antragstellerin jedoch nicht erwartet werden, die Angabe des Auftraggebers rechnerisch nachzuprüfen. Vielmehr konnte sie darauf vertrauen, dass er die Fristberechnung korrekt durchführt. Nach Erteilung des Zuschlages hat sie sofort die Nichteinhaltung der Wartefrist am 08.10.2013 gerügt.

Auch soweit die Antragstellerin sich gegen die Vorgaben der Vergabeunterlagen wendet, ist dieses Vorbringen i.S. des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nicht präkludiert. Nach dieser Vorschrift ist ein Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Es kann offen bleiben, ob der Vergaberechtsverstoß für ein durchschnittliches Unternehmen oder für das konkret antragstellende Unternehmen erkennbar ist. Im Allgemeinen können von den Unternehmen keine Kenntnisse erwartet werden, die über Grundlagen im Vergabewesen hinausgehen. Bei eindeutiger Rechtslage hat daher in der Regel die Rüge vor Ablauf der

Angebotsfrist zu erfolgen (vgl. Kommentar Vergaberecht, Reidt, Stickler, Glahs, 3. Auflage; Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Kulartz, Kus, Portz (Hrsg.), 2. Auflage).

Die Kenntnis muss sich sowohl auf die den Vergabeverstöße gründenden Tatsachen als auch deren rechtliche Bewertung beziehen. Soweit die Antragstellerin vorbringt, dass durch die Vorgabe eines Abschlages von 10 Euro/t die Zuschlagskriterien in unzulässiger Weise abgeändert worden seien, betrifft dies nicht Grundlagenwissen im Vergaberecht. Dies gilt auch, soweit sie geltend macht, dass die Abfallschlüsselnummern für die Nebenangebote nicht in der Bekanntmachung benannt worden seien und hinsichtlich der angeblichen Nichtvergleichbarkeit der Transportkosten bei den Haupt- und Nebenangeboten. Um dies beurteilen zu können, sind vielmehr Spezialkenntnisse im Vergaberecht erforderlich.

Die Antragstellerin hat schließlich die von ihr vorgebrachten Vergabeverstöße auch i.S. des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig gerügt. Grundsätzlich ist ein Bieter gehalten, die von ihm vorgebrachten Vergabeverstöße unverzüglich, das heißt je nach Lage des Einzelfalls spätestens innerhalb von 5 – 7 Kalendertagen oder 4 Werktagen ab Kenntniserlangung (vgl. OLG Naumburg vom 28.05.2010, 1 Verg. 5/10), gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen. Hinsichtlich der Vergabeverstöße, die sich auf die angeblich fehlerhaften Vorgaben der Vergabeunterlagen beziehen, kann davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin erst mit Einschaltung ihres Verfahrensbevollmächtigten am 30.09.2013 eine entsprechende Kenntnis erlangte, da es sich um spezielle vergaberechtliche Fragestellungen hierbei handelt. Der Verfahrensbevollmächtigte hat die entsprechende Rüge am 07.10.2013 ausgesprochen und damit innerhalb der vorgenannten Frist. Es ist auch nicht gerechtfertigt, der Antragstellerin eine kürzere Frist zuzubilligen, da die Sach- und Rechtslage nicht überdurchschnittlich einfach ist. Dies gilt auch, soweit sich die Antragstellerin gegen die Wertung der Angebote wendet.

Weiterhin hat die Antragstellerin auch die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eingehalten. Nach dieser Vorschrift ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Ausweislich des Eingangsstempels ging das entsprechende Schreiben des Antragsgegners vom 15.10.2013 am 21.10.2013 bei dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ein. Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass diese Angabe unzutreffend ist. Hierbei ist auch von Bedeutung, dass das Schreiben des Antragsgegners kein Postausgangsstempel trägt. Es kann damit nicht ausgeschlossen werden, dass es erst einige Tage nach Erstellung versandt wurde. Selbst wenn sich dies anders verhalten würde, sind auch Postlaufzeiten von sechs Tagen nicht vollkommen fernliegend.

Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag am 05.11.2013 und somit 15 Tage nach Erhalt des Schreibens am 21.10.2013 eingereicht. Dies ist i.S. der oben genannten Vorschrift rechtzeitig.

2. Begründetheit

Der Antrag ist nicht begründet, da die Antragstellerin nicht in ihren Rechten gem. § 114 Abs. 1 S.1 GWB verletzt ist.

Zwar hat die Antragsgegner bei Abschluss des Vertrages am 07.10.2013 gegen § 101a Nr. 4 GWB verstoßen. Nach dieser Vorschrift darf der Vertrag erst 10 Tage nach Absendung des als Fax gesendeten Informationsschreibens abgeschlossen werden. Der Antragsgegner hat am 27.09.2013 das diesbezügliche Schreiben an die erfolglosen Bieter versendet. Die Erteilung des Zuschlags erfolgte bereits neun Tage später. Damit hat der Antragsgegner die vorgenannte Wartefrist nicht eingehalten.

Allein der Verstoß gegen § 101a GWB begründet für sich genommen noch kein berechtigtes Interesse des Bieters an der Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages i.S. des § 101b Abs. 1 Nr.1 GWB. Vielmehr bedarf es darüber hinaus einer Rechtsverletzung der Antragstellerin durch die Nichtbeachtung von weiteren Bestimmungen des Vergaberechtes. Das

Nachprüfungsverfahren dient der Verwirklichung subjektiver Bieterrechte. Nur derjenige, dessen Chancen auf Erlangung des Auftrages durch die Zuschlagsentscheidung beeinträchtigt werden sein können, wird durch ein fehlerhaftes Vergabeverfahren in seinen Rechten verletzt (vgl. OLG München vom 12.05.2011; Verg 26/10; OLG Karlsruhe vom 09.10.2012; 15 Verg 12/11). Wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, kann eine solche über den Verstoß gegen § 101a GWB hinausgehende Rechtsverletzung nicht festgestellt werden. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob durch das Schreiben vom 08.10.2013 des Antragsgegners ein erneuter Vertrag geschlossen wurde, der den Vorgaben des § 101 a GWB entspricht. Gleichfalls kann dahingestellt bleiben, ob das Informationsschreiben i.S. des § 101a Abs. 1 S. 1 GWB ausreichend war.

Hierzu im Einzelnen:

a) Vorgaben der Vergabeunterlagen

Die Antragstellerin wendet sich zu Unrecht gegen die Vorgaben der Vergabeunterlagen. Der Antragsgegner hatte in den Vergabeunterlagen vorgegeben, dass er bei den Nebenangeboten einen fiktiven Abzug von 10 Euro/Mg bei der Berechnung des Preises vornimmt. Hierdurch wurden, anders als die Antragstellerin meint, die Zuschlagskriterien gegenüber der Bekanntmachung nicht verändert. Der Antragsgegner hat somit nicht gegen das Transparenzgebot i.S. des § 97 Abs. 1 GWB verstoßen. Vielmehr verbleibt es dabei, dass der Preis, wie in der Bekanntmachung veröffentlicht, zu 80% in die Wertung einfließt. Hieran ändert sich auch durch die o.g. Vorgaben der Vergabeunterlagen bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes nichts. Auch erhält durch diese Vorgabe das Nebenangebot gegenüber den Hauptangeboten kein höheres Gewicht. Vielmehr werden diese jeweils separat bewertet und bepunktet.

Der Antragsgegner war weiterhin nicht verpflichtet, auch die entsprechenden Abfallnummern für Nebenangebote in der Bekanntmachung zu veröffentlichen. Es ist dahingehend ausreichend, wenn die entsprechenden Angaben für die Hauptangebote in der Bekanntmachung getätigt werden. Insoweit ist es gerade für Nebenangebote kennzeichnend, dass diese von den Vorgaben für Hauptangebote abweichen. Sie dürfen allerdings keine andere Leistung zum Gegenstand haben. Es ist daher unschädlich, dass der Antragsgegner in den Vergabeunterlagen für Nebenangebote erstmals die Abfallnummern benannt hatte. Es war von vornherein offensichtlich, dass für Nebenangebote andere Parameter gelten als für Hauptangebote.

Schließlich hat die Antragstellerin zu Unrecht darauf hingewiesen, dass bei den Nebenangeboten deutlich mehr Transportfahrten als bei den Hauptangeboten anfallen würden und es dadurch an einer Gleichwertigkeit fehlen würde. Tatsächlich übernimmt der Antragsgegner sowohl bei den Hauptangeboten als auch bei den Nebenangeboten sämtliche Transportleistungen zwischen den Behandlungsanlagen bzw. dem Umschlagplatz des Antragsgegners und der vom Bieter angebotenen Entsorgungsanlage (Hauptanlage). Lediglich fiktiv werden diesbezüglich einmalig die Kosten aus dem Produkt der einfachen Transportentfernung und eines vom Antragsgegner vorgegebenen Preises ermittelt. Die Häufigkeit der Fahrten ist dabei nicht von Relevanz. Die Vorgaben der Vergabeunterlagen sind damit nicht zu beanstanden.

b) Wertung der Angebote

Auch die Wertung der Angebote durch den Antragsgegner ist im Ergebnis vergaberechtskonform. Unabhängig von den geltend gemachten Vergabeverstößen waren die Angebote der Antragstellerin ohnehin gemäß § 19 EG Abs. 3 a) VOL/A auszuschließen. Sie enthielten i.S. dieser Vorschrift nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen oder Nachweise.

In der Bekanntmachung hatte der Antragsgegner u.a. vorgegeben, dass die Bieter eine Bereitschaftserklärung eines Versicherungsunternehmens über einer Betriebs-

unterbrechungsversicherung mit dem Angebot vorzulegen hatten. Das Angebot der Antragstellerin enthielt diese Unterlage nicht. Sie wurde mit Schreiben vom 18.07.2013 aufgefordert, diese Bescheinigung bis zum 25.07.2013 nachzureichen. Diese Frist i.S. des § 19 EG Abs. 2 VOL/A hat die Antragstellerin nicht eingehalten. Sie hat erst nach diesem Termin am 01.08.2013 eine entsprechende Versicherungspolice vorgelegt. Zwar hatte sie am 24.07.2013 um eine Fristverlängerung gebeten. Der Antragsgegner hatte sich hierzu jedoch nicht geäußert und damit der Fristverlängerung nicht zugestimmt. Selbst wenn man in dem Schweigen des Antragsgegners eine konkludente Verlängerung der Frist sieht, wäre dies nicht statthaft. Vielmehr ist in § 19 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A geregelt, dass geforderte Erklärungen und Nachweise, die im Angebot fehlen, bis zu einer vom Auftraggeber gesetzten Frist nachgefordert werden können. Eine Verlängerung dieser Frist gegenüber nur einem Bieter ist aus Gründen der Gleichbehandlung ausgeschlossen, wenn den übrigen Bietern für die Vervollständigung ihrer Angebote nur wesentlich kürzere Fristen eingeräumt worden sind (vgl. Vergabekammer Sachsen vom 11.11.2011; 1/SVK/042-11). So lag der Fall hier. Den übrigen Bietern wurden für die Nachreichung von fehlenden Unterlagen maximal neun Tage zugestanden. Dem gegenüber hatte die Antragstellerin die fehlende Unterlage erst nach 14 Tagen eingereicht. Würde man dies zulassen, wäre hierdurch der Gleichbehandlungsgrundsatz i.S. § 97 Abs. 2 GWB verletzt.

Selbst wenn man hierzu eine andere Auffassung vertreten würde, haben sämtliche Angebote der Beigeladenen zu Recht die höchste Punktzahl erhalten. Ausschlaggebend ist insoweit die Tatsache, dass die Beigeladene sowohl im Nebenangebot als auch in den Hauptangeboten den günstigsten Festpreis angeboten hatte. Dies konnte auch durch eine teilweise günstigere Bewertung bei den übrigen Zuschlagskriterien im Angebot der Antragstellerin nicht kompensiert werden. Hierbei war auch von Bedeutung, dass diese Zuschlagskriterien im Vergleich zum Preis von wesentlich geringerem Gewicht waren.

Schließlich beinhalteten die Vorgaben für Nebenangebote lediglich, dass unzerkleinerter Abfall statt zerkleinerter entsorgt wird. Somit war eine umfassende Prüfung der Einhaltung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit zu den Hauptangeboten entbehrlich.

Schließlich konnte dem Antrag der Antragstellerin auf erweiterte Akteneinsicht nicht entsprochen werden, da insoweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen betroffen wären. Insbesondere ist eine Offenlegung der Angebotspreise ausgeschlossen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterliegende anzusehen. Sie hat die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Ferner entspricht es der Billigkeit, der Antragstellerin auch die Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen für die Beigeladene aufzuerlegen. Die Beigeladene selbst hat sich durch schriftlichen und mündlichen Vortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt, Sachanträge gestellt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner und die Beigeladene notwendig (vgl. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB i.V. § 80 Abs. 2 VwVfG). Im Übrigen war es zur Herstellung der Waffengleichheit erforderlich, dass Antragsgegner und Beigeladene neben der anwaltlich vertretenen Antragstellerin ebenfalls einen Verfahrensbevollmächtigten hinzugezogen haben.

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des

Nachprüfungsverfahrens. Grundlage für die Bemessung des Gegenstandswertes bildet die Angebotssumme (Gesamtpreis 1) des Nebenangebotes der Antragstellerin über die gesamte Vertragslaufzeit zuzüglich des bereits geleisteten Kostenvorschusses in Höhe von Euro. Daraus ergibt sich nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ein Richtwert von Euro inklusive Auslagen und der im Rahmen der Akteneinsicht angefallenen Kopierkosten. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Unter Berücksichtigung des bereits gezahlten Vorschusses hat die **Antragstellerin** nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses einen Betrag in Höhe von **Euro** unter Verwendung des Kassenzeichen auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, BIC MARKDEF1810, IBAN DE2181000000081001500 zu entrichten.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** für die entstandenen Kosten im Rahmen der Akteneinsicht hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die **Beigeladene** unter Verwendung des Kassenzeichen auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, BIC MARKDEF1810, IBAN DE2181000000081001500 zu erfolgen.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.
Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.
Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez.

gez.