

**VK 3 - 09/06**

20. März 2006

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

wegen der Vergabe von Erdarbeiten, Verbauarbeiten, Tiefbauarbeiten, Abbruch- und Entsiege-  
lungsarbeiten einschl. Entsorgung belasteten Bodenaushubs zur Sanierung des ...hat die 3. Ver-

...

gabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Vignol auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 2006 am 20. März 2006 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen selbst..
3. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war notwendig.

## Gründe

### I.

1. a) Die Antragsgegnerin (Ag) führt gegenwärtig ein offenes Verfahren zur Vergabe von Erdarbeiten, Verbauarbeiten, Tiefbauarbeiten, Abbruch- und Entsiegelungsarbeiten einschl. Entsorgung belasteten Bodenaushubs zur Sanierung des ... durch.

In der Bekanntmachung (Supplement zum Amtsblatt der EU vom ... war eine Ausführungsfrist vom 1. November 2005 bis zum 1. Mai 2007 genannt. Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 23. September 2005, 10.30 Uhr, genannt. Die Bindefrist des Angebots war bis zum 23. November 2005 bestimmt.

Als Zuschlagskriterien waren in den Verdingungsunterlagen der Preis, die Ausführungsfrist, die Vergütungsbedingungen sowie die Qualität, als Ausführungsfrist der 1. November 2005 bis zum 31. Dezember 2006 genannt.

Weiter heißt es in den Verdingungsunterlagen:

„Für die Behandlung und deponiebautechnische Verwertung bzw. Beseitigung der Reststoffe ist durch den Bieter mit der Angebotsabgabe ein Verwertungskonzept einzureichen, in welchem insbesondere die folgenden Kriterien und damit die erforderliche Sachkunde und Erfahrung im Umgang mit kontaminiertem Bodenmaterial schlüssig darzustellen sind:

...

3. Annahmeerklärung

...

**Leistungsbereich 8 – Bodenbehandlung und Entsorgung**

...

Die Annahmeerklärung für selbstgewählte Entsorgungswege/-anlage ist durch den Bieter zur Angebotsabgabe mit vorzulegen.“ (Unterstreichung im Original)

Die Bieter hatten zu 29 Positionen des Leistungsbereichs 8 (Pos. 45.10.10 ff.) jeweils eine bestimmte Verwertungsanlage sowie für eine bestimmte „Menge ME“ einen Einheits- und einen Gesamtbetrag in das Leistungsverzeichnis einzutragen. Bei den zu entsorgenden Materialien handelte es sich nur zum Teil um schadstoffbelastete, darüber hinaus teilweise auch um überwachungsbedürftige Materialien. Die angegebenen Mengen reichen von 1 t (15 Positionen) bis zu den Höchstmengen von 11.000, 33.000 bzw. 26.000 t bei den Positionen 45.10.10, 45.15.10 bzw. 45.15.15.

Die von der Ag geforderte Annahmeerklärungen sind - wie die Ag und die Antragstellerin (ASt) in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend erklärten – keine förmlichen Annahmeerklärungen im Sinne des Abfallrechts, sondern Erklärungen eines Entsorgungsunternehmens, die geeignet sind, den Nachweis zu führen, dass die vorgesehene Anlage die Berechtigung zur Verwertung und Beseitigung sowie zur Aufnahme des Abfalls besitzt und der Betreiber die Abfälle annehmen wird (vgl. Vergabehandbuch des Bundes 2002, Stand 1.10.2004, EVM Erg Abf (Abfall) 241). Aus Sicht der Ag dienten die Erklärungen dazu, vor Erteilung des Auftrags Gewissheit darüber erhalten, dass der Auftragnehmer die Abfälle entsprechend den abfallrechtlichen Bestimmungen entsorgen würde. Die ordnungsgemäße Entsorgung der Abfälle war dann durch einen Entsorgungsnachweis zu belegen.

Keiner der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter legte zu allen Positionen des Leistungsbereichs 8 eine Annahmeerklärung der Betreiber der angegebenen Verwertungsanlagen vor.

...

Die Ag bat mit Schreiben jeweils vom 26. November 2005, 12. Dezember 2005 und 24. Januar 2006 die Bieter um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist vom ursprünglich 23. November auf den 16. Dezember 2005 bzw. nachfolgend auf den 31. Januar 2006 und den 28. Februar 2006. U.a. die ASt gab dazu jeweils ihre Zustimmung mit Fax vom 17. November 2005, 12. Dezember 2005 und 30. Januar 2006.

Die ASt, die Beigeladene (Bg) sowie weitere Bieter gaben fristgerecht Angebote ab. Nach dem Ergebnis der Submission lag das Angebot der ASt hinter dem der Bg auf dem zweiten Rang.

Mit E-Mail vom 26. Oktober 2005 erklärte die ASt gegenüber der Ag u.a., ihr sei bekannt, dass lediglich die ..., d.h. sie selbst, formelle Annahmeerklärungen der Entsorgungsanlagen erhalten habe. Um zu verhindern, dass eine Vergabe erfolge, ohne dass alle erforderlichen Kriterien der Ausschreibung erfüllt sind, schlage sie vor, mit den ersten Bietern ein technisches Aufklärungsgespräch zu führen. Eine Antwort der Ag erfolgte nicht.

Nach Wertung der Angebote unter Einbeziehung der Nebenangebote lag das Angebot der Bg auf dem ersten, das Angebot der ASt auf dem dritten Rang.

Mit Schreiben vom 1. Februar 2006 teilte die Ag der ASt gemäß § 13 VgV mit, dass der Zuschlag auf das Angebot der Bg erteilt werden solle. Das Angebot der ASt könne nicht berücksichtigt werden, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Es liege ein niedrigeres Hauptangebot vor.

Die ASt rügte die beabsichtigte Vergabeentscheidung mit Schreiben vom 6. Februar 2006. Die Vorabinformation nach § 13 VgV sei unzureichend, da darin lediglich angegeben worden sei, dass ein niedrigeres Hauptangebot vorliege. Es müsse aber für den Bieter erkennbar sein, aus welchem Grund er nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Zudem sei die wiederholte Verlängerung der Zuschlagsfrist ohne nähere Begründung erfolgt, ohne dass erkennbar sei, dass besondere und aner kennenswerte Umstände vorlagen, die für die Prüfung und Wertung der Angebote eine längere Frist als die

30-kalendertägige Frist erforderlich machten. Es dränge sich der Verdacht verbotener Nachverhandlungen insbesondere hinsichtlich der Entsorgungsproblematik auf. Die Ag wies die Rüge mit Schreiben vom 10. Februar 2006 zurück. Sie teilte mit, dass das Angebot der ASt nach Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Nebenangebote Rang 3 belege. Da die in der Rangfolge vorn liegenden Angebote einschließlich des Angebots der ASt die Kriterien Qualität, Vergütungsbedingungen und Ausführungsfristen erfüllten, sei das differenzierende Zuschlagskriterium der Preis gewesen. Die wiederholte Verlängerung der Zuschlagsfrist sei aufgrund der komplexen Angebotswertung erforderlich gewesen. Eine unzulässige Nachverhandlung habe nicht stattgefunden.

2. Am 13. Februar 2006 stellte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Ag. Diesen Antrag hat die Vergabekammer der Ag am 14. Februar 2006 zugestellt.

a) Die ASt trägt zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags vor, sie habe der Rügeobligiertheit mit Schreiben vom 6. Februar 2006 genügt. Im Oktober 2005 habe sie die Ag darauf hingewiesen, dass nach ihrer Kenntnis lediglich sie selbst die geforderten formellen Annahmeerklärungen der öffentlichen Entsorgungsanlagen erhalten habe. Eine Rügeobligiertheit habe zu diesem Zeitpunkt nicht bestanden, da es ihr nicht zuzumuten sei, auf Verdacht zu rügen.

Die ASt ist der Auffassung, ihr Angebot erfülle die Anforderungen der Ag im Vergleich zu den anderen Bietern am umfassendsten.

Insbesondere ist die ASt ist der Auffassung, die Nachweise bezüglich der geforderten Entsorgungsarbeiten für die wichtigsten Positionen des Leistungsverzeichnisses widerspruchsfrei erbracht zu haben. So habe sie Annahmeerklärungen betreffend die wichtigsten Positionen, d.h. Pos. 45.10.10, 45.15.10 und 45.15.15, vorgelegt. Zu Pos. 45.15.15 habe sie die H. benannt. Da die M. in der Angebotsphase keine Annahmebescheinigungen ausstelle, sei deren bloße Nennung ausreichend. In stehe zudem eine Andienungspflicht an die M. Alle Materialien der Klassifizierung „>Z4“ seien dieser zwingend zu übergeben und müssten von ihr angenommen werden. Für die in 15 Positionen abgefragten Mengen von 1 t seien in Deutschland keine Annahmeerklärungen im Zuge

einer Angebotserarbeitung erhältlich. Für nicht schadstoffbelastete Materialien seien nach deutschem Abfallrecht keinerlei Nachweise erforderlich. Schließlich sei ohne Bedeutung, dass das vorgelegte Zertifikat der Firma K. abgelaufen sei, da derartige Zertifikate von der Ag nicht gefordert waren.

Die von der ASt vorgelegten Annahmeerklärungen genügten auch den Anforderungen der Ausschreibung. Im Entsorgungskonzept der ASt sei aufgeführt, welche Materialien in den Anlagen jeweils entsorgt werden sollten.

Nach Auffassung der ASt ist ihre Erklärung betreffend den für die Kampfmittelberäumung benannten Nachunternehmer T. nicht zu beanstanden. Die Kampfmittelprüfung sei nach der Leistungsbeschreibung für 100 Tage vorgesehen. Unter Berücksichtigung des internen Bauzeitenplanes der ASt wäre die Anwesenheit des Nachunternehmers über den Mai 2006 hinaus nicht erforderlich gewesen, so dass eine längere Verfügbarkeit nicht darzulegen gewesen sei. Die Ag habe zudem bei Verlängerung der Bindefristen keine Verlängerung der Bindefristen der Nachunternehmer gefordert. Der Nachunternehmer habe der ASt aber jeweils seine Verfügbarkeit über Mai 2006 hinaus zugesagt. Die ASt sei nicht verpflichtet gewesen, die weitere Verfügbarkeit gegenüber der Ag darzulegen.

Die ASt trägt weiter vor, entgegen der Auffassung der Ag fehle in ihrem Angebot zu Position 40.20.10 keine notwendige Angabe. Dort werde lediglich die Pumpenleistung in „kW“ und die Förderhöhe in „m“ abgefragt. Diese Angaben habe die ASt gemacht. Weitere Angaben seien nicht erforderlich gewesen. Zu der Fördermenge sei bereits die Angabe „5 m<sup>3</sup>/h bei der erforderlichen Druckhöhe“ in Klammern im Leistungsverzeichnis eingefügt gewesen, so dass insofern eine Angabe nur bei Änderung der Fördermenge abweichend von 5 m<sup>3</sup>/h notwendig gewesen wäre.

Nach Auffassung der ASt entspricht der von ihr vorgelegte Gewerbezentralregisterauszug den Anforderungen, da sich an der in dem Auszug angegebenen Adresse in ... der Sitz der ... befinde. In ... befinde sich das für die Bearbeitung des Vorgangs zuständige nicht selbstständige Büro.

Die ASt ist aber der Auffassung, die anderen Bieter hätten die im Leistungsverzeichnis geforderten Angaben und Erklärungen zur Entsorgung nicht mit dem Angebot vorgelegt. Die ASt habe erfahren, dass kein anderer Bieter formelle Annahmeerklärungen der öffentlichen Entsorgungsanlagen angefordert habe. Die Angebote seien von der Wertung auszuschließen, da das insoweit vorliegende Defizit der Angebote der anderen Bieter eine gewisse Bagatellschwelle übersteige.

Die ASt wendet sich zudem gegen die Wertung der Angebote durch die Ag. Es könne nicht nachvollzogen werden, aus welchem Grund das Angebot der ASt nicht das wirtschaftlichste sei. Insbesondere sei unklar, aus welchem Grund das Angebot der ASt, das nach Submission und rechnerischer Prüfung mit und ohne Bedarfs- und Wahlpositionen den 2. Rang einnehme, nachfolgend nur den 3. Rang erreiche. Die Ag habe weder Reihenfolge noch Gewichtung der Zuschlagskriterien angegeben. Zumindest dem Zuschlagskriterium Qualität komme wegen des Inhalts des Auftrags jedoch eine große Bedeutung zu.

Die ASt ist zudem der Auffassung, die Vorabinformation nach § 13 VgV sei unzureichend, da in keiner Weise spezifiziert.

Zum hilfsweise gestellten Kostenantrag trägt die ASt vor, der Antrag rechtfertige sich vor dem Hintergrund des unzureichenden Inhalts der Vorabinformation durch die Ag.

Die ASt beantragt:

1. die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren nicht weiterzuführen und ihr die Erteilung des Zuschlages zu untersagen,
2. hilfsweise einen ggfls. bereits erteilten Zuschlag für nichtig zu erklären,
3. die Zuschlagsentscheidung unter ermessenfehlerfreier Verwendung der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu treffen,
4. hilfsweise, die Ag anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben,
5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschl. der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen,

6. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der ASt notwendig war,
7. äußerst hilfsweise das Nachprüfungsverfahren im Falle des Unterliegens als für die Ag kostenpflichtig, weil mangels ausreichender Bieterinformation provoziert, zurückzuweisen.

b) Die Ag beantragt:

1. den Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens als unzulässig, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Ag notwendig war.

Die Ag ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag der ASt sei unzulässig, zumindest aber unbegründet.

Die ASt sei mit ihrem Vortrag betreffend die fehlenden Nachweise anderer Bieter präkludiert. Bei der E-Mail vom 26. Oktober 2005 handele es sich nicht um eine Rüge. Das Rügeschreiben vom 6. Februar 2006 sei verspätet und enthalte keine Beanstandung betreffend die geforderten Annahmeerklärungen, die nunmehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens seien.

Der ASt drohe kein Schaden, da ihr Angebot zwingend wegen fehlender Unterlagen zur Eignung auszuschließen sei. Es fehle an der ordnungsgemäßen Vorlage eines Gewerbezentralregisters für die Firma .... Diese habe ihren Sitz nach den Angebotsunterlagen in ... und nicht – wie der Gewerbezentralregisterauszug ausweise – in ... Die Angaben der ASt hätten aufgrund ihrer Widersprüchlichkeit mit Angebotsabgabe zumindest erläutert werden müssen.

Die ASt habe zudem die geforderten Annahmeerklärungen bezüglich der geforderten Entsorgungsarbeiten nicht vorgelegt und sei daher zwingend von der Wertung auszuschließen. Zwingende Ausschlussgründe seien bis zur wirksamen Zuschlagserteilung zu

beachten. Die vorzulegenden Annahmeerklärungen seien von Entsorgungsnachweisen zu unterscheiden. Annahmeerklärungen der im Angebot der Ag angegebenen Entsorgungsstellen fehlten u.a. für die Leistungspositionen 45.15.20, 45.25.10, 45.35.10, 45.45.10, 45.45.15 und 45.45.30. Die Erklärungen seien unabhängig von der jeweils zu entsorgenden Menge vorzulegen gewesen. Darüber hinaus seien die von der ASt vorgelegten Annahmeerklärungen unzureichend. Der Inhalt des Schreibens der Firma S., Deponie ..., korrespondiere nicht mit den angebotenen Positionen (u.a. Pos. 45.15.20), dem beigegeführten Zertifikat der Firma K. und dem vorgelegten Bestätigungsschreiben des RP .... Unklar sei zudem, welche Entsorgungsstätte mit der im Entsorgungs- und Logistikkonzept genannten ... gemeint sei. Diese Unklarheiten gingen zu Lasten des Bieters. Auch sei das Zertifikat „Entsorgungsfachbetrieb“ der K. am 12. Juni 2005 abgelaufen. Des Weiteren gehe aus der vorgelegten Übernahmeerklärung der M. nicht hervor, welche Materialien und welche Menge übernommen werde. Der Verweis der ASt auf ihr Entsorgungskonzept sei nicht ausreichend.

Im Angebot der ASt fehle auch der Nachweis der Verfügbarkeit des Nachunternehmers für die Kampfmittelberäumung. Das vorgelegte Schreiben der Firma T. decke nicht den tatsächlich abgefragten Zeitraum vom November 2005 bis Dezember 2006, sondern nur den Zeitraum von November 2005 bis Mai 2006 ab. Die Kampfmittelberäumung finde nicht lediglich in den ersten 100 Tagen nach Beginn der Baumaßnahme statt, sondern sei baubegleitend durchzuführen. Es sei unerheblich, ob nach einem internen Bauzeitenplan der ASt eine Verfügbarkeit über den Mai 2006 hinaus nicht erforderlich gewesen wäre, da dieser Plan der Ag nicht vorlag und keiner Überprüfung zugänglich war. Die Aufforderung der Ag zur Verlängerung der Bindefrist habe zudem auch die Nachunternehmer erfasst.

Die ASt sei des Weiteren zwingend auszuschließen, da sie eine geforderte Angabe in Pos. 40.20.10 zur Fördermenge nicht vorgenommen habe. Der Bieter sei grundsätzlich verpflichtet, das Leistungsverzeichnis vollständig auszufüllen. Der Bieter hätte hier ggf. eine Fördermenge eintragen müssen, die 5 m<sup>3</sup>/Stunde entsprach.

Eine Verletzung der ASt in Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB könne auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgebot hergeleitet werden, da das zwischen öffentlichen Auftraggeber

und Bieter bestehende Sonderrechtsverhältnis, das die Gleichbehandlung aller Bieter gebiete, mit dem Angebotsausschluss entfalle.

Nach Auffassung der Ag besteht ein Anspruch der ASt auf Aufhebung der Ausschreibung selbst dann nicht, wenn sämtliche Angebote mangelhaft sind. Dem Auftraggeber komme insofern ein Ermessen zu.

- c) Durch Beschluss vom 20. Februar 2006 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Die Bg stellt keine Anträge.

In der mündlichen Verhandlung trägt sie im Wesentlichen vor, die Verfügbarkeitserklärung der ASt zur Kampfmittelberäumung sei unzureichend, da die Kampfmittelberäumung aufgrund der baulichen Gegebenheiten und der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht vollständig vor Beginn u.a. der Erdarbeiten, sondern sukzessive bzw. während der weiteren Arbeiten erfolgen müsse. Die Bg ist der Auffassung, sie habe keine Annahmeerklärungen vorlegen müssen, weil sie im Entsorgungskonzept zu allen Positionen die M. angegeben habe und insoweit – wie die ASt vortrage – eine Andienungs- und Abnahmepflicht bestehe.

Der ASt wurde auf ihren Antrag unter Beachtung von Geschäftsgeheimnissen Akteneinsicht gewährt.

In der mündlichen Verhandlung am 8. März 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen.

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

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

### 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer des Bundes ist für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zuständig, da es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um einen öffentlichen Auftrag handelt, der dem Bund zuzurechnen ist und die Schwellenwerte übersteigt (§§ 104 Abs. 1, 99 Abs. 3, 98 Nr. 1, 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 VgV).
- b) Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ein Interesse an dem streitgegenständlichen Auftrag, welches sie durch die Abgabe eines Angebotes hinreichend dokumentiert hat. Die ASt macht zudem geltend, die Ag habe gegen Vergabevorschriften verstoßen und dadurch Rechte der ASt verletzt. Die ASt hat auch dargelegt, dass ihr durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes ein Schaden zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 S. 2 GWB). An die Darlegung des drohenden Schadens sind keine sehr hohen Anforderungen zu stellen (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, Rn. 27). Die Antragsbefugnis ist nur zu verneinen, wenn eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht vorliegt (BVerfG, a.a.O.). Nach diesen Grundsätzen ist der ASt die Antragsbefugnis nicht abzuspochen, da sie geltend macht, die Ag habe insbesondere bei Wertung der Angebote die Anforderungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes missachtet.
- c) Die ASt hat die Vergaberechtsverstöße, die Gegenstand des Nachprüfungsantrages sind, unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Als die ASt die Ag mit E-Mail vom 26. Oktober 2005 darauf hinwies, dass diese die Angebote hinsichtlich der geforderten Annahmeerklärungen genau prüfen solle, bestand für sie keine Rügeobliegenheit: Die Ag konnte – da die Wertung der Angebote ausstand – in Bezug auf die Annahmeerklärungen einen Vergaberechtsverstoß noch nicht begangen haben. Die ASt beanstandet daher mit ihrer E-Mail kein (in der Vergangenheit liegendes) Verhalten der Ag als vergaberechtlich fehlerhaft, sondern fordert ein zukünftig vergaberechtskonformes Verhalten der Ag ein. Mit Schreiben vom 6. Februar 2006 nach Erhalt der Vorabinformation nach § 13 VgV hat die ASt entsprechend ihrer dann bestehenden Rügeobliegenheit den Inhalt dieser In-

formation und die wiederholte Verlängerung der Zuschlagsfrist beanstandet. Sie hat auch die mangelnde Beachtung der Annahmeerklärungen durch die Ag gerügt, indem sie auf die Wichtigkeit der Annahmeerklärungen nach der Leistungsbeschreibung verwiesen und um Überprüfung des aus ihrer Sicht insoweit nicht ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens nachgesucht hat. Für die Ag ergab sich auch vor dem Hintergrund der E-Mail der ASt vom 26. Oktober 2005 zweifelsfrei, dass die ASt beanstandete, die Ag habe die Vorlage bzw. Nichtvorlage der Annahmeerklärungen vergaberechtlich falsch behandelt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

Die ASt ist nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen, da sie von der Ag geforderte Erklärungen nicht mit Angebotsabgabe vorgelegt hat. Ist ein Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen, kann der weitere Fortgang des Vergabeverfahrens Interessen des betreffenden Bieters nicht mehr berühren (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02). Eine Verletzung der ASt in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB ist daher ausgeschlossen.

a) Nach den Verdingungsunterlagen hatten die Bieter zum Leistungsbereich 8 „für selbstgewählte Entsorgungswege/-anlage[n] die Annahmeerklärung ... zur Angebotsgabe mit vorzulegen“ (Unterstreichung nur hier). Eine Einschränkung nach der im Leistungsverzeichnis genannten Mengeneinheit oder nach der Art des zu entsorgenden Materials war von der Ag nicht vorgenommen worden; die Vorgabe galt vielmehr ausnahmslos.

Bei den von der ASt zum „Leistungsbereich 8 – Bodenbehandlung und Entsorgung“, Positionen 45.10.10 ff., in insgesamt 29 Positionen jeweils eingetragenen Verwertungsanlagen handelte es sich – jedenfalls weit überwiegend – um von der ASt selbstgewählte Entsorgungsanlagen. Ob dies auch bezüglich der Deponie M. zutrifft, für die dem Vortrag der ASt zufolge nach ... Abfallrecht ein Andienungs- und ein Abnahmezwang besteht, kann offen bleiben. Die ASt hat die M. nur zu vier Positionen benannt. Sämtliche weiteren von der ASt im Leistungsverzeichnis benannten neun Verwertungsanlagen sind unstrittig von dieser selbst gewählt, da insoweit weder dargetan oder ersichtlich ist, dass diese gesetzlich oder von der Ag vorgegeben sind.

Die ASt hat für sieben dieser Entsorgungsanlagen keine Annahmeerklärungen vorgelegt. Es liegen lediglich Erklärungen von zwei Betreibern von Verwertungsanlagen vor. Auch insoweit ist zwar schon zweifelhaft, ob die vorgelegten Erklärungen inhaltlich ausreichen: Aus den Schreiben selbst geht nicht hervor, welche Abfälle und Mengen Gegenstand der Annahmeerklärung sind, da sie sich auf Anfragen der ASt oder ein Angebot des betreffenden Entsorgers beziehen, ohne dass die Inhalte dieser Bezugsschreiben vorliegen bzw. in der Erklärung des Entsorgungsunternehmens wiederholt würden. Hierauf muss jedoch wegen der unstreitig nicht vorgelegten Annahmeerklärungen zu den weiteren sieben Entsorgungsanlagen im einzelnen nicht eingegangen werden. Es kommt auch nicht darauf an, ob die vorgelegten Annahmeerklärungen – wie die ASt geltend macht - die wesentlichen Leistungspositionen abdecken. Die Bieter müssen vielmehr hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle seitens des Auftraggebers nachgefragten Erklärungen einreichen; sämtliche in der Leistungsbeschreibung geforderten Angaben sind durch Aufnahme in dieselbe als Umstände ausgewiesen, die für den öffentlichen Auftraggeber für die Vergabeentscheidung relevant sind (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02, Beschluss vom 7. Juni 2005, X ZR 19/02). Es steht dem Bieter -vorliegend der ASt- nicht zu, seinerseits zwischen "wichtigen" und "unwichtigen" Erklärungen –hier nach vermeintlicher Menge (1 to) bzw. nach Art des Abfalls (besonders überwachungsbedürftig oder nicht )- zu differenzieren. Es kann offen bleiben, ob es tatsächlich – wie die ASt im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht hat – nicht möglich ist, Annahmeerklärungen von Entsorgungsunternehmen für Abfallmengen von 1 to zu erhalten. Unstreitig hat die ASt auch bezüglich Positionen mit größeren Mengeneinheiten keine Annahmeerklärungen der von ihr benannten Entsorgungsanlagen vorgelegt (bspw. Pos 45.25.10, 45.30.10, 45.35.10).

Das Angebot der ASt war folglich nicht vollständig, da von der Ag geforderte Erklärungen i.S.d. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A, nämlich Annahmeerklärungen aller von ihr im Angebot benannten Entsorgungsstellen, nicht mit dem Angebot vorgelegt wurden. Da das Angebot der ASt bei vergaberechtlich korrekter Handhabung zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen, kann der weitere Fortgang des Vergabeverfahrens unabhängig davon, ob die Mitbieter ihrerseits zuschlags- und wertungsfähige Angebote abgegeben haben, Rechte der ASt grundsätzlich nicht mehr verletzen (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2004, Verg 47/04).

- b) Eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge –keine Rechtsverletzung der ASt bei zwingendem Ausschluss ihres eigenen Angebots- kann zwar dann in Betracht kommen, wenn alle anderen Angebote an einem vergleichbaren bzw. gleichen Mangel leiden. So ist die vorliegende Sachlage, da keiner der Bieter überhaupt Annahmeerklärungen oder zumindest keine vollständigen Annahmeerklärungen vorgelegt hat, mithin alle Angebote an demselben Mangel leiden. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise hätten mithin alle Angebote ausgeschlossen werden müssen. Daraus hätte sich für die Ag die Notwendigkeit ergeben, das laufende Vergabeverfahren gemäß § 26 Nr. 1 lit. a) VOB/A aufzuheben und den Auftrag in einem erneuten Vergabeverfahren zu vergeben (vgl z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002, Verg 4/02).

Eine Rechtsverletzung der ASt kann bei dieser Fallgestaltung aber nur dann in Betracht kommen, wenn die Ag den Gleichheitsgrundsatz verletzt hätte. Dies wäre der Fall gewesen, wenn die Ag die Angebote, die sämtlich an dem identischen Mangel leiden, vergaberechtlich ungleich behandelt hätte, d.h. aus dem übereinstimmend vorliegenden Mangel ungleiche Konsequenzen gezogen hätte, indem sie z.B. das Angebot der ASt ausgeschlossen, das Angebot der Bg dagegen gewertet hätte. Dies ist aber gerade nicht geschehen. Die Ag hat vielmehr aus der bei der Wertung gewonnenen Erkenntnis heraus, dass die von ihr aufgestellte Forderung nach den Annahmeerklärungen auf praktische Beschaffungsprobleme bei den Bietern gestoßen ist, aus pragmatischen Gründen die Forderung nach den Annahmeerklärungen unberücksichtigt gelassen und alle Angebote ohne Rücksicht hierauf gewertet. So blieb trotz Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes die Chance des Angebots der ASt auf den Zuschlag gewahrt (zu einer vergleichbaren Konstellation siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. August 2004, VII-53/04). Durch die Tatsache, dass ihr eigenes Angebot nicht ausgeschlossen wurde, kann die ASt nicht in ihren Rechten verletzt sein. Nach Wertung der Angebote kam die Ag zu dem Ergebnis, dass diese bezüglich der Zuschlagskriterien Ausführungsfrist, Vergütungsbedingungen und Qualität gleichwertig sind, das Angebot der Bg jedoch preislich am günstigsten ist, während das Angebot der ASt preislich nur den 3. Rang belegte (vgl. insgesamt zur Problematik der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2004, VII-Verg 47/04 und Beschlüsse vom 28. August 2004, VII-Verg 53/04, vom 19. Dezember 2003, Verg 22/03 und vom 8. Mai 2002, Verg 4/02, siehe auch Beschluss vom 13. Oktober 2004, VII-Verg 40/05).

Da es folglich an einem Verstoß der Ag gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz fehlt und damit keine Ausnahme von dem Grundsatz vorliegt, dass ein Bieter, dessen Angebot zwingend auszuschließen ist, nicht in Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein kann, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Dies gilt auch für den auf Aufhebung des Vergabeverfahrens gerichteten Hilfsantrag. Es gibt kein Recht des Bieters, dessen zwingend auszuschließendes Angebot zu Unrecht gewertet wurde und aus preislichen Gründen nicht den Zuschlag erhalten soll, auf Aufhebung und auf Erhalt einer zweiten Zuschlagschance in einem neuen Vergabeverfahren.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 2 und 3 GWB i.V.m. § 80 VwVfG.

Danach hat die ASt als unterliegende Beteiligte die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Ag zu tragen. Dem hilfsweise für den Fall des Unterliegens gestellten Antrag der ASt kann nicht entsprochen werden. Die Kostenfolge des § 128 Abs. 3 S. 1 GWB knüpft nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift an den formellen Erfolg oder Misserfolg im Nachprüfungsverfahren an. Ausnahmen aus Billigkeitsgesichtspunkten sieht das Gesetz insoweit nicht vor (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Mai 2002, Verg 10/02; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 29. Juli 2004, VK 3 – 89/04). Es spricht aber auch nichts dafür, dass die Ag mit ihrem Vorabinformationsschreiben die Ursache für ein Nachprüfungsverfahren gesetzt hat. Das Schreiben entsprach den Anforderungen des § 13 VgV.

Es entspricht nicht der Billigkeit, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen (§ 154 Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO analog). Die Bg hat kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet, weil sie keine eigenen Sachanträge gestellt und das Verfahren auch nicht in sonstiger Weise wesentlich gefördert hat. Sie trägt daher ihre Kosten selbst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. August 2005, VII–Verg 31/05, Beschluss vom 4. August 2005, VII–Verg 51/05.).

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren schwierige Rechtsfragen betraf und der streitgegenständliche Auftrag für die Ag bedeutend war (vgl. zu den Grundsätzen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. August 2000, Verg 9/00).

#### IV.

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

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

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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