



Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

[Redacted]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[Redacted]

gegen

[Redacted]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[Redacted]

unter Beteiligung von

[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen des Vergabeverfahrens „PPK-Ausschreibung“

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Kern als Einzelentscheider, auf die mündliche Verhandlung vom 11.08.2021 am 13.08.2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens zu 67%, die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens zu 33%.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten der Beigeladenen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin, der Antragstellerin und der Beigeladenen war erforderlich.
5. Die Verfahrensgebühr wird auf [REDACTED] Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Parteien streiten um die Auskömmllichkeit des von der Beigeladenen abgegebenen Angebots. Die Antragstellerin und die Beigeladene sind Recycling Unternehmen. Die Antragsgegnerin ist eine städtische Wohnungsbaugesellschaft.

Mit Bekanntmachung vom 07.09.2020 im Supplement zum EU-Amtsblatt (Abl. EU Nr. 2020/S 173-418249) schrieb die Antragsgegnerin die Bereitstellung von Behältern zum Sammeln von Pappe, Papier und Kartonagen und die turnusgemäße Entsorgung des zuvor Genannten für ca. 45.000 Wohnungen in Berlin europaweit im offenen Verfahren aus (sog. PPK-Ausschreibung). Als Zuschlagskriterien wurde das Kriterium Preis zu 80 % und das Kriterium Qualität zu 20 % gewichtet. Als Qualitätskriterium wurde die Anzahl von Euro-6-Fahrzeugen und Fahrzeugen mit alternativen Antrieb (Gas, Hybrid, Elektro) im Fuhrpark des jeweiligen Bieters mit 2 % in der Wertung für jede angefangene 10 % Euro-6-Fahrzeuge berücksichtigt.

Mit Schreiben vom 03.11.2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, sie beabsichtige den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Dies begründete die Antragsgegnerin damit, dass das Angebot der Antragstellerin beim Kriterium Preis einen so großen Abstand zum Angebot der Beigeladenen habe, dass selbst bei voller Punktzahl des Angebots der Antragstellerin bei dem Kriterium „Schadstoffklasse“, das Angebot der Antragstellerin nicht das Wirtschaftlichste geworden wäre. Die Antragstellerin ist Zweitplatzierte Bieterin.

Mit Schreiben vom 05.11.2020 rügte die Antragstellerin das Angebot der Beigeladenen als unauskömmlich und als in marktmissbräuchlicher Art abgegeben. Mit Schreiben vom 10.11.2020 teilte die Antragsgegnerin mit, dass der Rüge nicht abgeholfen werde, weshalb die Antragstellerin am 13.11.2020 Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Berlin einreichte, Az. B1- 62/20.

Die Antragstellerin meint, das Angebot der Beigeladenen sei ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 60 VgV. Es sei daher als Unterkostenangebot unauskömmlich und marktverdrängend. Das Angebot müsse mindestens 21-25% unter dem Angebot der Antragstellerin liegen. Dies begründe sich aus folgenden Umständen: die Antragstellerin sei preislicher Marktführer bei Kunden für Altpapier und könne daher niedrige Kundenerlöse anbieten. Die Kundenerlöse der Beigeladenen lägen weitaus höher. Die Antragstellerin habe bereits einen Preis zu einer kaum wirtschaftlichen Kostendeckung angeboten. Das Angebot der Beigeladenen müsse folglich noch knapper und unwirtschaftlicher kalkuliert sein als das der Antragstellerin. Aufgrund der geringen Anzahl branchentätiger Unternehmen und der spezifischen Branchen- und Preiskennnisse könne sie dies beurteilen. Die Entsorgungsbranche leide zudem unter erheblichen Personalkostensteigerungen, hohen Transportkosten, gesunkenen Verwertungserlösen, gesunkenen Marktanteilen der Beigeladenen und einer Unterschreitung der Marktüblichkeit des aktuellen Preisniveaus. Als Schlussfolgerung sei daher anzunehmen, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen nicht ausreichend auf Auskömmlichkeit geprüft habe. Hierzu sei sie jedoch verpflichtet gewesen, da die vergaberechtliche Aufgreifschwelle zur Preisprüfung überschritten worden sei. Zur Art und Tiefe der Preisprüfung habe die Antragsgegnerin keine Angaben getätigt. Ihre Aussage, das Angebot der Beigeladenen sei auskömmlich, sei daher mangels Prüfbarkeit nicht transparent.

Das Angebot der Beigeladenen sei außerdem marktverdrängend. Aufgrund der angespannten Marktsituation sei es als „Kampfangebot“ allein dazu bestimmt, andere Wettbewerber aus dem Berliner Markt zu verdrängen. Die Beigeladene sei in der PPK-Branche bereits am Markt etabliert. Sie könne sich daher nicht darauf berufen, mit dem Angebot am Markt Fuß fassen zu wollen.

Weiterhin sei die Antragsgegnerin gehalten gewesen, den Auftrag in Losen auszuschreiben. Der in der Ausschreibung festgelegte Zeitraum der Laufzeit des Vertrages von vier Jahren

bedeute in der gegenständlichen Branche außerdem ein erhebliches unternehmerisches Risiko.

Zudem verfüge die Beigeladene nicht über den als Zuschlagskriterium geforderten Fuhrpark. Dies sei markt bekannt. Auch eine Nachunternehmeranzeige seitens der Beigeladenen sei bei Angebotsabgabe nicht erfolgt, sodass das Angebot der Beigeladenen auszuschließen sei.

Die Antragstellerin hat zunächst beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, das Vergabeverfahren zur Vergabe der PPK Ausschreibung / EU-Amtsblatt-Nr. 2020/S 173-418249 durch Zuschlagserteilung abzuschließen,
2. die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, den Auftrag PPK Ausschreibung / EU-Amtsblatt-Nr. 2020/S 173-418249 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben,
3. der Antragstellerin Akteneinsicht zu gewähren,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Mit Schriftsatz vom 11.06.2021 hat die Antragsgegnerin die Anlage AG1 „Ergänzung des Sperrvermerks“ sowie die Anlage AG2 „Ergänzung des Vergabevermerks“ offengelegt. Mit Schriftsatz vom 28.06.2021 hat die Antragstellerin den Antrag zu 3 hinsichtlich der erweiterten Preisaufklärung für erledigt erklärt. Die Anträge zu 1., 2. und 4. erhält die Antragstellerin aufrecht.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin meint, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Eine Preisaufklärung sei womöglich nicht geboten gewesen. Zudem habe die Antragsgegnerin Kenntnis von der „Marktüblichkeit“ solcher Preisabstände zwischen den Marktteilnehmern gehabt. Das Angebot der Beigeladenen lag zudem in der Nähe des von der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswertes. Trotz dessen habe die Antragsgegnerin eine Preisaufklärung durchgeführt, wobei sich ergeben habe, dass das Angebot der Beigeladenen nicht ungewöhnlich niedrig oder unterdeckt sei. Auch an der Erfüllung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Vorschriften oder der ordnungsgemäßen Erbringung der Auftragsausführung seitens der Beigeladenen, seien bei der Preisprüfung keine Zweifel entstanden. Es fehle an jeglichen Anhaltspunkten für eine Unauskömmlichkeit. Ein über die Preisaufklärung hinausgehender Anspruch auf den Ausschluss eines unangemessen niedrig erscheinenden Angebots oder die detaillierte Darlegung einer durchgeführten Preisaufklärung, bestehe nicht. Die Antragsgegnerin sei zur Offenlegung detaillierter Angaben über die erfolgte Preisprüfung nicht verpflichtet. Die Vorgehensweise und die Beurteilung seien von ihrem Beurteilungsspielraum gedeckt.

Mit Beschluss vom 17.12.2020 hat die Vergabekammer die [REDACTED] dem Verfahren beigeladen.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zurückzuweisen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei hinsichtlich der Rüge der unterbliebenen Losbildung sowie der Rüge des hohen unternehmerischen Risikos aufgrund einer vertraglich festgelegten Laufzeit von vier Jahren, bereits unzulässig. Die Antragstellerin sei insoweit nach § 160 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Nr. 3 GWB mit ihrem Vortrag präkludiert.

Weiterhin sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Zwar sei die Antragsgegnerin durch die Überschreitung der Aufgreifschwelle zur Preisprüfung verpflichtet gewesen, diese habe sie jedoch ordnungsgemäß durchgeführt. Die Beigeladene habe dargelegt, alle ihre gesetzlichen und vergaberechtlichen Pflichten zu erfüllen und ihre Kalkulation erläutert. Das Angebot sei auch nicht unaukömmlich. Die Beigeladene erziele hohe Verwertungserlöse aus der Vermarktung von Altpapier. Die [REDACTED] habe die Erlöse aus dem Altpapier gegenüber der Beigeladenen zu einem Festpreis vertraglich für die ganze Vertragslaufzeit abgesichert. Der Altpapiermarkt habe sich von vergangenen Einbrüchen aufgrund der COVID-19-Pandemie erholt und eine positive Entwicklung des Marktes sei zu erwarten. Auch bei einer unterstellten Unaukömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen, wäre dieses nicht vergaberechtswidrig. Denn die Beigeladene sei in der Lage, den Auftrag vertragsgerecht zu erfüllen. Sie habe mit dem Angebot zudem am Markt Fuß fassen wollen. Für eine Verdrängung anderer Wettbewerber durch das Angebot und durch die Auftragsausführung der Beigeladenen seien keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Hinsichtlich des Fuhrparks habe die Beigeladene auf den Fuhrpark ihres Schwesterunternehmens verwiesen, welches die Logistik ausführen werde. Auch sei eine Nachunternehmeranzeige in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert worden. Der Vertragsentwurf ermögliche den Einsatz von Nachunternehmern zu jeder Zeit. Die Beigeladene wäre zudem auch selbst in der Lage, die Sammelleistung auszuführen. Seien die Ausschreibungsunterlagen so zu verstehen, dass Angaben zu einem bereits bestehenden Fuhrpark getätigt werden sollen, sei dies vergaberechtswidrig.

Ergänzend wird auf die ausgetauschten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verfahrensakte der Kammer und die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

In der mündlichen Verhandlung am 11.08.2021 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Nachdem die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, dass die Vorträge zu den Losen nicht als Rügen zu verstehen sind, ist einzig streitig, ob und wann die Nachunternehmeranzeige bzgl. des Erbringens der Leistung mit schadstoffarmen Fahrzeugen und die Unaukömmlichkeit bzw. Preisprüfung des Angebots der Beigeladenen.

II.

Der Nachprüfungsantrag hat keinen Erfolg.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1, 3 GWB. Die Vergabekammer des Landes Berlin ist zuständig. Der maßgebliche Schwellenwert des § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG wird deutlich überschritten.

Die Antragstellerin ist ferner antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat neben ihrem durch Angebotsabgabe manifestierten Interesse am Auftrag geltend gemacht, durch eine vergaberechtswidrige Angebotsprüfung und -wertung in ihren Rechten verletzt zu sein. Da ihr Angebot preislich an zweiter Stelle rangiert und bei Ausschluss des Angebots der Beigeladenen oder Zurückversetzung in ein früheres Verfahrensstadium für die Zuschlagserteilung in Betracht käme, hat sie auch einen drohenden Schaden in Gestalt des Verlusts dieser Zuschlagschance dargelegt.

Der Antrag ist schließlich auch nicht in Gänze nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig.

Die Rügen bezüglich der fehlenden Losaufteilung und der Vertragslaufzeit von vier Jahren sind bereits unzulässig, da sie gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1 präkludiert sind. Sowohl die fehlende Losaufteilung als auch die Vertragslaufzeit sind bereits aus der Bekanntmachung erkennbar und hätten damit vor der Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen. Dies ist nicht geschehen.

Das gilt allerdings nicht für die Rüge der unzureichenden Preisauflärung. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass der Antragsgegner vor der finalen Vorabinformation die Antragstellerin bereits aus dem Verfahren ausgeschlossen hatte, ohne dass die Antragstellerin insoweit einen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Denn der Antragsgegner hat durch unmissverständliche Erklärungen die vorangehenden Vorabinformationen aufgehoben. Anlass zur erneuten - Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags im Rahmen der Fristen des § 160 Abs. 3 GWB bestand für die Antragstellerin damit erst infolge der finalen Vorabinformation.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

(a)

Die Antragstellerin war zunächst durch die am Maßstab des § 60 Abs. 2 VgV nicht hinreichende Preisprüfung der Antragsgegnerin in ihren subjektiven Rechten verletzt. Denn die Antragsgegnerin ist ihrer Pflicht zur Aufklärung des Angebotspreises der Beigeladenen nicht in der gebotenen Weise nachgekommen.

In Anbetracht der Preisabstände zwischen dem Angebot der Beigeladenen und der Antragstellerin einerseits, der übrigen Angebote im Wettbewerb andererseits und insbesondere der Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin war vorliegend eine Preisprüfung nach § 60 Abs. 2 VgV geboten. Die von der Antragsgegnerin durchgeführte Prüfung war zunächst in zu beanstandender Weise oberflächlich. Insbesondere fehlten jegliche Erwägungen hinsichtlich der Risiken für die Auftragsdurchführung.

Die Prüfung nach § 60 Abs. 2 VgV muss darauf gerichtet sein, eine gesicherte Erkenntnisgrundlage für die nach § 60 Abs. 3 VgV zu treffende Entscheidung über die Ablehnung eines Angebots zu schaffen und hat sich insofern auf die bedeutsamen Einzelfallumstände zu erstrecken, die Aussagen über die Auskömmlichkeit des Gesamtpreises erlauben, wenngleich den Anforderungen an den zu erreichenden Grad der Erkenntnissicherheit durch den Grundsatz der Zumutbarkeit Grenzen gesetzt sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. September 2019 - Verg 10/19, NZBau 2020, 613, 616 m.w.N.).

Dem Auftraggeber steht nach § 60 Abs. 3 VgV ein Ermessen zu, auch bei verbleibenden Restzweifeln an der Auskömmlichkeit des Angebots den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen das möglicherweise nicht auskömmlich ist (BGH NZBAu 2017, 230, 232). Entscheidend ist die fehlerfreie Beurteilung durch den Auftraggeber, ob durch eine Unauskömmlichkeit des Angebots Gefahren für die wettbewerbsgerechte Durchführung des Auftrags entstehen (BGH NZBau 2017, 230, 233). Unangemessen niedrige Angebotspreise bergen insoweit gesteigerte Risiken, die sich in vielfältiger Weise verwirklichen können. Dies gilt etwa für die in der Rechtsprechung der Vergabesenate angeführte Möglichkeit, dass der Auftragnehmer infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen kann. Der Schutz der öffentlichen Interessen setzt aber nicht erst bei derart gravierenden Gefährdungen ein. Öffentliche Interessen sind in schützenswerter Weise auch dadurch gefährdet, dass der betreffende Anbieter in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen könnte, sich des Auftrags so unaufwändig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet (BGH NZBau 2017, 230, 232).

Bei der Beurteilung der Anforderungen an eine zufriedenstellende Aufklärung berücksichtigt der Auftraggeber Art und Umfang der im konkreten Fall drohenden Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftrags erledigung (BGH NZBau 2017, 230, 233). Dabei gilt für die Darlegungstiefe des Auftraggebers, dass diese umso höher sein muss, je eher die Art des Auftrages für den Auftragnehmer Risiken für die Erbringung des Auftrags birgt. Umgekehrt sinkt die

Darlegungstiefe, je geringere Gefahren für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags folgen können.

Die Antragsgegnerin hat diese Aufklärung zunächst ungenügend durchgeführt, allerdings im Nachprüfungsverfahren ausreichend nachgeholt. Die Angaben der Beigeladenen sind ausreichend plausibel um jedenfalls keine Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung des Auftrags offen zu lassen. Dabei hat die Antragsgegnerin zutreffend berücksichtigt, dass gerade durch die Durchführung des Auftrags nicht nur Kosten, sondern Einnahmen für die Beigeladene entstehen, so dass eine unsachgemäße Durchführung des Auftrags eher Kostenrisiken durch ausbleibende Einnahmen verursachen könnte als eine ordnungsgemäße Durchführung.

Auch besteht, wie die Antragsgegnerin ausgeführt hat, angesichts des Umsatzes und der weltweiten Tätigkeit der Beigeladenen kein Risiko, dass diese durch den vorliegenden Auftrag selbst bei Unauskömmlichkeit in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten wird, die die Durchführung des Auftrags gefährden könnten.

Die Grenze der Aufklärungspflicht der Auftraggeberin ist die Zumutbarkeit der Aufklärung, OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. September 2019 - Verg 10/19, NZBau 2020, 613, 616. Dabei ist zu beachten, dass die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer vollständigen Aufklärung nicht in jedem Fall das Risiko des Auftraggebers ist, sondern sich in bestimmten Fällen aus der Natur der Sache ergibt.

Daraus folgt, dass im vorliegenden Fall nicht auszuschließen ist, dass eine Unauskömmlichkeit vorliegt. Diese kann allerdings aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, nicht aufgeklärt werden. Denn die der Kalkulation der Beigeladenen zugrundeliegende Prognose über zukünftige Preise für PPK-Fraktion auf der EUWID-Börse kann weder von der Antragsgegnerin noch von der Vergabekammer überprüft werden. Auch die Daten aus der Vergangenheit ergeben auf Grund der Volatilität der Preise keinen Aufschluss über die zukünftige Preisentwicklung. Es ist damit Risiko der Beigeladenen, ob ihr Angebot auskömmlich ist.

Der Antragsgegnerin obliegt in derartigen Fällen lediglich eine Aufklärung darüber, ob sich aus einer eventuellen Unauskömmlichkeit aufgrund der Natur des Auftrags Risiken für die wettbewerbsgemäße Auftragsdurchführung ergeben. Diese lassen sich auf Grund der Ausführungen der Antragsgegnerin nicht erkennen, auch die Antragstellerin hat derartiges nicht vorgetragen. Basierend hierauf steht der Antragsgegnerin gem. § 60 Abs. 3 VgV ein Ermessen hinsichtlich des Ausschlusses der Beigeladenen zu, dass durch die Vergabekammer nur hinsichtlich des Vorliegens von Ermessensfehlern überprüfbar ist (BGH NZBau 2017, 230, 233). Dabei hat die Auftraggeberin Art und Umfang der im konkreten Fall drohenden Gefahren für die Auftragsdurchführung zu berücksichtigen (BGH NZBau 2017, 230, 233). Vorliegend sind keine Ermessensfehler erkennbar. Die Auftraggeberin hat erkannt, dass die Aufgreifschwelle überschritten ist und daraufhin die Aufklärung eingeleitet. Sie ist auf Grund der Ergebnisse der Aufklärung und der Natur des Auftrags sowie der Person der Beigeladenen

zu der Erkenntnis gelangt, dass aus der Natur der Sache heraus letztlich nicht mit Sicherheit aufgeklärt werden kann, ob das Angebot auskömmlich ist, aber jedenfalls auch bei Unauskömmlichkeit keine Risiken für die Auftragsdurchführung bestehen.

Es bestehen auch keine Bedenken hinsichtlich des Nachschiebens von Gründen im Nachprüfungsverfahren. Der BGH (BGH NZBau 2011, 175ff) erkennt grundsätzlich an, dass Dokumentationsmängel nachträglich heilbar sind, etwa wenn der Auftraggeber die Dokumentation nachholt und dabei Gründe darlegt, mit denen er die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung nachträglich verteidigt und die nach Aufhebung in einem wiederholten Verfahren ohne Weiteres der Entscheidung zugrunde gelegt werden können. Dies ist nur dann anders zu beurteilen, wenn zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation lediglich im Nachprüfungsverfahren nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten (vgl. BGHZ 188, 200 = NZBau 2011, 175 [184] Rn. 72 - Abellio Rail). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auftraggeber gerade in Bereichen, in denen ihm wie vorliegend ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht (dazu: Conrad in Gabriel/Krohn/Neun, Hdb d. Vergaberechts, 2. Aufl., § 36 Rn. 50) und er im Nachprüfungsverfahren erstmals in die vertiefte sachliche Prüfung der zur Rechtfertigung angeführten Problematik eingestiegen ist und damit erst die eigentlich notwendige Dokumentation vorgenommen hat, das heißt, wenn die im Nachprüfungsverfahren diskutierten Probleme im Vergabevermerk noch nicht grundsätzlich angelegt gewesen sind. Eine solche verspätet durchgeführte (u. dokumentierte) Prüfung liege dann nahe, wenn der Auftraggeber wesentliche, seine Beschaffungsentscheidung beeinflussende Aspekte der ursprünglichen Dokumentation nach unzutreffend beurteilt hat (vgl. OLG Celle, NZBau 2021, 136 Rn. 67-69). Ein derartiger Fall liegt hier allerdings nicht vor. Die Antragsgegnerin hat bereits im Vergabeverfahren im Vergabevermerk, wenngleich zunächst nur oberflächlich und schlagwortartig, zu erkennen gegeben, dass der Verdacht der Unauskömmlichkeit besteht und dies auch dokumentiert und im Ergebnis zutreffend abgelehnt. Im Nachprüfungsverfahren wurde die bereits bestehende Begründung vertieft und detaillierter ausgeführt.

Weiter hat die Antragstellerin nicht näher kenntlich gemacht, inwieweit das Vorgehen der Beigeladenen in marktverdrängender Absicht geschieht. Zwar kann und muss die Antragstellerin dies bei Antragstellung schon allein auf Grund der kurzen Fristsetzung regelmäßig nicht nachweisen (BGH NZBau, 230, 231). Daraus folgt allerdings nicht, dass die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren von jeglicher Substantiierung jenseits einer bloßen Behauptung befreit ist. Es obliegt der Antragstellerin in Fällen einer behaupteten Marktverdrängung, Tatsachen vorzutragen, die auf eine entsprechende Absicht hindeuten. Vorliegend hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren nicht weiter vorgetragen, inwieweit Indizien für eine Marktverdrängung jenseits des Preises bei dem konkreten Vergabeverfahren ihrer Meinung nach vorliegen. Sie hat vielmehr vorgetragen, dass die Antragstellerin in den letzten Jahren zwei ähnliche Aufträge verloren hat und dass die für die Öffentlichkeit verfügbaren Preise der Beigeladenen über denen der Antragstellerin liegen. Dies begründet jedenfalls keine Indizien für die Absicht der Marktverdrängung durch die Beigeladene.

Auch der Zeitabstand seit Angebotsabgabe kann kein anderes Ergebnis begründen. In Fällen einer behaupteten Unauskömmlichkeit des Angebotes muss die Auftraggeberin prüfen, inwieweit das Angebot auskömmlich ist und auf dieser Grundlage eine Prognose treffen, ob bei Unauskömmlichkeit die wettbewerbsgerechte Auftragsdurchführung gewährleistet ist. Es spricht nichts dagegen, dass derartige Prognoseentscheidungen gerade bei einer in der Sache begründeten Unsicherheit bezüglich der Auskömmlichkeit durch Zeitablauf in Frage gestellt werden. Der Antragstellerin ist zwar zuzugestehen, dass die Auftraggeberin nachträglich bekanntwerdende Umstände wie die Preisentwicklung der EUWID-Börse, die die initiale Entscheidung rechtfertigen, nicht in ihre Prognose einbauen darf. Allerdings spielt das vorliegend keine Rolle, weil die schon zum ursprünglichen Zeitpunkt bestehende Sachlage bezüglich der Leistungserbringung sich dadurch nicht geändert hat. Es ist nach wie vor ungewiss, wie die Preise für PPK sich entwickeln werden. Daraus folgt aber keine andere Sachlage für die Prognose hinsichtlich der wettbewerbsgemäßen Auftragsdurchführung.

Im vorliegenden Fall kann nach den dargestellten Maßstäben dahingestellt bleiben, ob die Antragsgegnerin unter Verweis auf die vermeintliche Plausibilität der Erläuterungen der Beigeladenen von der Angemessenheit ihres Angebotspreises ausgehen durfte. Denn jedenfalls durfte die Antragsgegnerin im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens nach den oben dargestellten Maßstäben davon ausgehen, dass die Beigeladene auch bei einem möglicherweise unauskömmlichen Angebot in der Lage sein wird, den Auftrag wettbewerbsgerecht und unter Beachtung der Vorgaben des § 128 GWB durchzuführen.

(b)

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vorbringen der Antragstellerin, die Beigeladene verfüge nicht über eigene Fahrzeuge und ihr fehle dementsprechend die Leistungsfähigkeit bzw. sie sei wegen Nichterfüllung eines Ausschlusskriteriums auszuschließen. Es fehlt hierfür bereits an einem entsprechenden Eignungskriterium in der Bekanntmachung oder an einem entsprechend ausgewiesenen Ausschlusskriterium in den Vergabeunterlagen. Bei dem Kriterium der Schadstoffklassen während der Auftragsdurchführung handelt es sich im vorliegenden Fall nach Ansicht der Kammer um ein Wertungskriterium, das beschreibt, wie die Auftragnehmerin den Auftrag durchführen wird. Derartige Kriterien müssen erst bei Auftragsdurchführung und nicht schon bei Angebotsabgabe erfüllt werden. Dass die Angaben sich nur auf die Zukunft beziehen können liegt in der Natur der Sache.

Die Beigeladene war auch nicht gezwungen, eventuelle Nachunternehmer schon bei Angebotsabgabe zu benennen. Weder wurde von den Bietern eine entsprechende Erklärung verlangt noch folgt dies aus dem Vertragsentwurf. Letzterer sieht lediglich eine Anzeigepflicht für Unterauftragnehmer während der Vertragserfüllung vor. Diese Anzeige ist dann erst nach Zuschlag zu erbringen.

Daher ist der Antrag zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Die Antragsgegnerin und die Antragstellerin haben die Kosten des Verfahrens im tenorierten Verhältnis zu tragen. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin hatte aufgrund der Vorinformation Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen. Die erfolgte Preisprüfung genügte zum Zeitpunkt des Einreichens des Nachprüfungsantrages aus Sicht der Kammer auch nicht den Anforderungen an § 60 VgV.

Es entspricht darüber hinaus der Billigkeit, die Aufwendungen der Beigeladenen gemäß § 182 Abs. 4 S. 2 GWB der Antragsgegnerin aufzuerlegen. Denn die Beigeladene hat vorliegend eigene Sachanträge gestellt und das Verfahren durch kontinuierliche Schriftsätze aktiv gefördert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.05.2012 - Verg 5/12). Der Vortrag der Beigeladenen erschöpfte sich dabei insbesondere nicht in einer Wiederholung des Vortrags der Antragsgegnerin, sondern ging in verschiedenen Aspekten darüber hinaus.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer EUR [REDACTED] zugrunde. Aufgrund dieses von der Gebührentabelle ausgewiesenen Wertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von EUR [REDACTED].

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten war gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG notwendig. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26. August 2014 - VK-B1-10/14 m. w. N.).

Dem vorliegenden Verfahren lag ein komplexer und in Detailfragen umstrittener Sachverhalt zugrunde. Vorliegend ging es im Wesentlichen um die Anforderungen zur Preisaufklärung, die im ausgeführten Umfang streitig und schwierig waren. Dabei handelt es sich letztlich um tatsächliche Fragen der Dokumentation des Vergabeverfahrens sowie um Rechtsfragen, deren Auslegung eine intensive und detaillierte Kenntnis der Rechtsprechung verschiedener Vergabekammern, Oberlandesgerichte bis hin zum BGH erfordert. Es handelte sich mithin um keinen einfach gelagerten Sachverhalt, bei dem die Beteiligten auch ohne anwaltliche Vertretung gegenüber der Kammer hätte vortragen können.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstraße 30/31, 10781 Berlin, oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (www.berlin.de/erv) einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Der Vorsitzende

Dr. Kern