

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK – B 2 – 64/20

Diese Ausfertigung stimmt
mit dem Beschluss überein.



B e s c h l u s s

In dem Vergabenaachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

gegen

das Land Berlin, vertreten durch das
Bezirksamt Pankow von Berlin,
Storkower Straße 113, 10407 Berlin,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

beigeladen:

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen des Vergabeverfahrens „Rückbauarbeiten Dachgeschoss einschl. Deckenbal-
ken (25 20 OV)“,

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer ... am 30. April 2021 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt.
Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühren befreit. Auslagen werden nicht mehr geltend gemacht.

Gründe

I.

Mit im August 2020 im Supplement zum EU-Amtsblatt (2020/S 167-401915) veröffentlichter Bekanntmachung schrieb der Antragsgegner Abbruch-, Rückbau und Entsorgungsleistungen im offenen Verfahren aus, die Teil der im genehmigten Bedarfsprogramm mit Gesamtkosten von 8,75 Millionen Euro festgesetzten Komplettsanierung der Hasengrund-Schule sind. Als einziges Zuschlagskriterium benannte die Bekanntmachung den Preis. Gegenstand der Beschaffung sollten ausweislich der Bekanntmachung folgende Leistungen sein:

„Der Rückbau erfolgt abschnittsweise in 3 Bauabschnitten und schließt den Abbruch der Decke zum Dach (Deckenbalken mit Schüttung und Dämmung) sowie der Dachaufbauten (Sparren und verschiedene Dachbekleidungen wie Ziegel und Pappen) mit ein. Die Holzbauteile sind mit DDT behandelt, die Dämmlagen bestehen aus KMF-haltiger Dämmung. Aufgrund vorhandener Gefahrstoffe sind die Arbeiten nur durch Unternehmen auszuführen, die über eine Zulassung nach Gefahrstoffverordnung — GefStoffV Anhang I (zu § 8 Absatz 8, § 11 Absatz 3) Nr. 2.4.2 (4) verfügen. Sachkundenachweise nach TRGS 521 und TRGS 519, Anlage 3 sowie nach DGUV 101-004 sind vorzuweisen.

Geschätzte Hauptmassen sind:

- Schutznetze 1 655 m²;
- Holzdielung 675 m²;
- KMF-freie Deckenschüttung 60 m³;
- Holzstakung 675 m²;
- KMF-dursetzte Deckenschüttung 45 m³;
- Dacheindeckung 1 655 m²;

- Dachlattung 1 655 m²;
- Deckenbalken 1 445 m²;
- Mauerwerk 335 m³;
- Asbesthaltige Bitumenpappe 50 m²;
- Entsorgung.“

Unter Ziff. III.1.1) der Bekanntmachung hieß es weiter:

„Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:

Der Nachweis umfasst: Der Bieter hat die Eintragung in das Berufs- oder Handelsregister oder die Handwerksrolle des Sitzes oder Wohnsitzes vorzulegen.

Nachweisführung der Eignung: Die Eignung kann durch Eintragung im Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (ULV) oder in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. (Präqualifikationsverzeichnis) nachgewiesen oder durch Eigenerklärung gem. Formblatt V 124.H F (Eigenerklärung zur Eignung) vorläufig nachgewiesen werden. Das Formblatt V 124.H F (Eigenerklärung zur Eignung) wird den Vergabeunterlagen beigelegt und ist unter https://senstadtfmts.stadt-berlin.de/intelliform/forms/eabau/berlin/v_124hf/index abrufbar.

Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) kann als vorläufiger Nachweis zur Eignung eingereicht werden.

Gelangt das Angebot eines nicht präqualifizierten oder nicht im ULV eingetragenen Unternehmens in die engere Wahl, sind die im Formblatt V 124.H F angegebenen Bescheinigungen innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung vorzulegen. Gelangt das Angebot eines präqualifizierten oder im ULV eingetragenen Unternehmens in die engere Wahl, hat das Unternehmen zusätzlich die auf Seite 1 des Formblattes V 124.HF angegebenen konkret auftragsbezogenen Bescheinigungen gemäß VOB/A § 6a EU Punkt 2 a-c innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung vorzulegen, soweit die Prüfung der Vergabestelle ergibt, dass die im Präqualifikationsverzeichnis oder im ULV hinterlegten Unterlagen die beschriebenen Anforderungen qualitativ und/oder quantitativ nicht oder nicht ausreichend belegen. Durch ausländische Unternehmen sind gleichwertige Bescheinigungen vorzulegen.

Stützt sich ein Bewerber/Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen, ist die jeweilige Nummer im ULV oder im Präqualifikationsverzeichnis oder sind die Erklärungen und Bescheinigungen gemäß dem Formblatt V 124.H F oder der EEE auch für diese anderen Unternehmen auf Verlangen vorzulegen. Werden die Kapazitäten anderer Unternehmen gemäß § 6d EU Absatz 1 VOB/A in Anspruch genommen, so muss gemäß § 6d EU Absatz 3 VOB/A die Nachweisführung entsprechend der in den Punkten III.1.1), III.1.2) und III.1.3) und VI.3.1) geforderten Nachweise auch für diese Unternehmen erfolgen.

Gemäß § 6d EU Absatz 1 Satz 5 VOB/A hat der Bieter die Möglichkeit, andere Unternehmen, deren Kapazitäten der Bieter in Anspruch genommen hat, einmal zu ersetzen, wenn dieses Unternehmen einschlägige Eignungsanforderung nicht erfüllt oder bei dem Ausschlussgründe gemäß § 6e EU Absatz 1 bis 5 VOB/A vorliegen.“

Nach Ziff. III.1.3) der Bekanntmachung galt ferner:

„Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Der Nachweis umfasst:

- Angaben über die Ausführung von Leistungen in den letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, wobei für die wichtigsten Bauleistungen Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung und das Ergebnis beizufügen sind.
- Angaben über die Zahl der in den letzten 3 abgeschlossenen Kalenderjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Lohngruppen mit gesondert ausgewiesenem technischen Leitungspersonal.
- Angabe, welche Teile des Auftrags unter Umständen an andere Unternehmen vergeben werden sollen.

— Gibt der Bieter in seinem eingereichten Angebot eine Erklärung ab, dass er im Falle der Auftragserteilung eine Bieter-/Arbeitsgemeinschaft bilden wird, ist sicherzustellen, dass alle Mitglieder der Bieter-/Arbeitsgemeinschaft gesamtschuldnerisch haften und ein bevollmächtigter Vertreter bestimmt wird.

Nachweisführung der Eignung auch für vorgesehene andere Unternehmen: Siehe Pkt. III.1.1.).
Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

Es sind mindestens 3 Referenzen in Art und Umfang vergleichbar nach den vorgenannten Bedingungen vorzulegen.

Die Zulassung nach Gefahrstoffverordnung — GefStoffV Anhang I (zu § 8 Absatz 8, § 11 Absatz 3) Nr. 2.4.2 (4) und Sachkundenachweise nach TRGS 521 und TRGS 519, Anlage 3 sowie nach DGUV 101-004 sind vorzuweisen.“

Teil der Vergabeunterlagen war unter anderem die Aufforderung zur Angebotsabgabe (V 2111EU.H F), aus der sich unter anderem Folgendes ergab:

„Anlagen:

A) die beim Bieter verbleiben und im Vergabeverfahren zu beachten sind:

[...] V 216.H F Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen [...]

B) die beim Bieter verbleiben und Vertragsbestandteil werden:

[...] V 241 F Ergänzung zum Angebot - Bauabfallentsorgungsleistungen [...]

C) die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind:

[...] V 2413 F Erklärung zur Beauftragung von Entsorgungsfachbetrieben bei Bauabfallentsorgungsleistungen [...]

D) Die ausgefüllt auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle einzureichen sind:

[...] V 2411 F Abfall_Formblatt 1 mit Benennung Transporteur und EfB mit Zertifikat [...]

3.4 Folgende Unterlagen sind auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle vorzulegen

[...] Siehe Formblatt V 216.H F Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen [...]

3.5 Bieter, deren Angebot in die engere Wahl kommt, haben die erforderlichen Angaben zum Entsorgungsweg der anfallenden Abfälle über Entsorgungsfachbetriebe unter Nutzung des Formblatt 1 (V 2411 F – Abfall-Formblatt 1) und Beifügung der geforderten Zertifikate unverzüglich vorzulegen“

Weiterer Teil der Vergabeunterlagen war das Formblatt V 216.H F, das unter anderem Folgendes enthält:

„2 Unterlagen, die auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen sind

2.1 Formblätter

[...] V 2411 F Abfall_Formblatt 1 mit Benennung Transporteur und Entsorgungsfachbetrieb mit Zertifikat“

Ferner war Teil der Vergabeunterlagen das Formblatt V 241 F, das unter anderem Folgendes enthält:

„Ergänzung zum Angebot

Bauabfallentsorgung, Verhalten beim Auffinden von Kontaminationen und Kampfmitteln

Abfallwirtschaftliche Rahmenbedingungen

Die Regelungen des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) einschließlich seiner Durchführungsverordnungen sowie die weiteren geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere das Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen in Berlin [...] sind einzuhalten. [...]

1. Angaben zu den Entsorgungswegen (Verwertung oder Beseitigung)

Abfallentsorgungsleistungen sind gem. „Ausführungsvorschriften zur Vergabe von Bauabfallentsorgungsleistungen an zertifizierte Entsorgungsfachbetriebe durch die öffentliche Hand“ vom 24. Mai 2011 (ABl. S 1263) ausschließlich von zertifizierten Entsorgungsfachbetriebe durchzuführen. Da das Zertifikat auch für Teilbereiche abfallwirtschaftlicher Tätigkeit bei der Entsorgung (z.B. Sammeln, Befördern, Lagern, Behandeln als Teilschritt der Verwertung oder Beseitigung, Verwerten oder Beseitigen) oder auch nur für bestimmte Abfallarten ausgestellt werden kann, ist darauf zu achten, dass die angebotenen Leistungen auch tatsächlich vom Zertifizierungsumfang erfasst sind.

Im Rahmen der Angebotsabgabe hat der Bieter per Eigenerklärung (V 2413 F [...]) zu erklären, dass zur Erfüllung der Anforderungen gemäß der o.g. Ausführungsvorschriften im Auftragsfall ausschließlich Entsorgungsunternehmen für die Bauabfallentsorgungsleistungen beauftragt werden, die nach der Entsorgungsfachbetriebeverordnung zertifiziert sind.

Zudem hat der Bieter, sofern sein Angebot in die engere Wahl kommt, die erforderlichen Angaben zum Entsorgungsweg der anfallenden Abfälle über Entsorgungsfachbetriebe unter Nutzung des Formblatt 1 (V 2411 F - Abfall-Formblatt 1) und Beifügung der geforderten Zertifikate unverzüglich vorzulegen. Sofern abweichend davon die Vergabestelle dem Bieter mitteilt, dass sie auf die Vorlage dieser Unterlagen zu diesem Zeitpunkt verzichtet, dann muss der Bieter nach Auftragsvergabe das Formblatt 1 mit den Zertifikaten unverzüglich und unaufgefordert dem Fachbereich vorlegen.

Im Formblatt 1 sind vom Bieter vollständige Angaben zur Entsorgung der anfallenden Bauabfälle zu machen. Dazu hat der Auftraggeber in Spalte 2 vorgegeben, mit welchen Abfällen zu rechnen ist (markiert durch Kreuz). [...]

2. Hinweise zur Abfallentsorgung

gefährliche Abfälle bedürfen aufgrund ihres gesundheits- oder umweltschädigenden Schadstoffgehaltes einer besonderen Entsorgung. Dabei ist ein hohes Maß an Fachkenntnis und Sorgfalt beim Umgang mit diesen Abfällen geboten. Gefährliche Abfälle sind getrennt voneinander und getrennt von unbelasteten Bauabfällen zu halten.

Der Auftragnehmer kalkuliert nur die Transportkosten und das Verladen.

Hinweis dazu: die Entgelte für die Entsorgung von gefährlichen Bauabfällen (Entsorgungskosten, SBB-Gebühren) werden vom Auftraggeber selbst übernommen, da dieser die entsprechenden Entsorger / Abfallbehandlungsanlagen (z.B. Bodenreinigungsanlagen, Deponien, Verbrennungsanlagen) selbst beauftragt.

Im Fall einer Sammelentsorgung (nur für Kleinmengen von jährlich weniger als 20 t je Erzeugernummer und Abfallschlüssel zulässig) sind vom Auftragnehmer die Entgelte für die Entsorgung von gefährlichen Bauabfällen als Gesamtkosten für Sammlung, Transport und Entsorgung zu kalkulieren.“

Weiterer Teil der Vergabeunterlagen war das Formblatt V 2411 F, das unter anderem Folgendes enthält:

„Formblatt 1: Aufstellung der Verwertungs- und Beseitigungswege

| | |
|-------------------------------|-------------------------|
| Bieter: | Vergabenummer: 25 20 OV |
| Baumaßnahme:Hasengrund-Schule | |

| Nr. | Vorgabe durch den AG (Kreuz) | AVV-ASN | Abfallart | Name des Transporteurs ¹⁾ | Name u. Anschrift des Behandlungs-, Verwertungs- oder Beseitigungsunternehmens ¹⁾ |
|-----|------------------------------|---------|----------------------------|--------------------------------------|--|
| | | | Nicht gefährliche Abfälle: | | |

| | | | | | |
|---|-----|--------|--------------|--|--|
| 1 | | 170101 | Beton | | |
| 2 | [x] | 170102 | Ziegel [...] | | |

Seite 1 von 2

| Nr. | Vorgabe durch den AG (Kreuz) | AVV-ASN | Abfallart | Name des Transporteurs ¹⁾ | Name u. Anschrift des Behandlungs-, Verwertungs- oder Beseitigungsunternehmens ¹⁾ |
|-----|------------------------------|---------|---|--------------------------------------|--|
| | | | Abfälle, die gefährliche Stoffe enthalten: | | |
| 1 | [x] | 170106* | Gemische aus oder getrennte Fraktionen von Beton, Ziegeln, Fliesen u. Keramik, die gefährliche Stoffe enthalten | | Keine Angaben vom Bieter erforderlich, da die Entsorgung der gefährlichen Abfälle vom Auftraggeber organisiert wird. |
| 2 | [x] | 170204 | Glas, Kunststoff und Holz, die gefährliche Stoffe enthalten [...] | | |

¹⁾ Entsorgungsfachbetrieb (Ebf), Zertifizierungsnachweis für die jeweiligen Tätigkeiten (sammeln, befördern, lagern, behandeln, verwerten, beseitigen);

die Zertifikate inklusive Anlagen sind vorzulegen

Die vorgenannten Angaben sind Bestandteil meines/unseres Angebotes. [...]

Seite 2 von 2“

Dem Leistungsverzeichnis war auszugsweise Folgendes zu entnehmen:

„0.6 allgemeine Vorbemerkungen des Abfallmanagements des AG [...]

Die gesetzeskonforme Entsorgung dieser Abfaelle hat durch den Bieter in Eigenregie gesetzeskonform zu erfolgen gemaeß Ausfuehrungsvorschriften zur Vergabe von Bauabfallentsorgungsleistungen an zertifizierte Entsorgungsfachbetriebe durch die oeffentliche Hand (AV zu § 22 3 Absatz 1 Satz 1 KrW-/AbfG Bln) vom 24. Mai 2011, GesUmV III B 11; gueltig bis 31.08.2021 gilt:

„Bei der Durchfuehrung von Baumaßnahmen der oeffentlichen Hand sind ausschließlich Entsorgungsunternehmen für die Abfallentsorgungsleistungen zu beauftragen, die nach der Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe (Entsorgungsfachbetriebeverordnung EfbV) vom 10. September 1996 [...] fuer diese Taetigkeit ZERTIFIZIERT sind. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen aus anderen Mitgliedstaaten sind anzuerkennen.

Die entsprechenden Zertifikate sind von den Entsorgungsunternehmen abzufordern und von diesen VOR der Beauftragung der Leistung vorzulegen. Da das Zertifikat auch für Teilbereiche abfallwirtschaftlicher Taetigkeit bei der Entsorgung (zum Beispiel Einsammeln, Befoerdern, Lagern, Behandeln, Verwerten oder Beseitigen) oder auch nur für bestimmte Abfallarten ausgestellt werden kann, ist darauf zu achten, dass die vom Entsorger angebotenen Leistungen auch tatsaechlich vom Zertifizierungsumfang erfasst sind. ‘

Dementsprechend werden folgende Mitwirkungspflichten der Bieter erforderlich:

Vorlage aller vollständig ausgefüllten und unterschriebenen Formblaetter 1 (ABau-Formular V 2411 F) ‚Aufstellung der vorgesehenen Verwertungs-/Beseitigungsziele‘ sowie der vollstaendigen und gueltigen Entsorgungsfachbetriebezertifikate der in den Formblaettern 1 mit der ANGEBOTSABGABE ausgewiesenen Entsorgungsunternehmen zur Prüfung durch Abfall-/

Schadstoff-MANAGER des AG. Hinweis: sollten die Bieter ihr Entsorgungsunternehmen wechseln, ist das Schadstoff-MANAGEMENT des Bezirksamtes Pankow von Berlin im Vorfeld zu informieren.

Gleichzeitig ist dem Abfall-/ Schadstoff-MANAGER des AG unaufgefordert das Efb-Zertifikat des vorgesehenen Entsorgers vorzulegen.“

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben jeweils ein Angebot ab. Das Angebot der Beigeladenen belief sich auf ... EUR, das Angebot der Antragstellerin auf ... EUR abzüglich eines Nachlasses von 4%.

Mit Schreiben vom 2. Oktober 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, bei ihrem Angebot fehlten folgende Unterlagen:

„zu V124HF- Nachreichung aller in diesem Formblatt geforderten Nachweise, Belege und Unbedenklichkeitsbescheinigungen

- V223HF-Aufgliederung der Einheitspreise

- V 221.H F Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation oder

- V 222.H F Preisermittlung bei Kalkulation über Endsumme

- V2411F Abfall-Formblatt-1-Seite1 und 2 ausfüllen, und alle erforderlichen Nachweise / Zertifikate für Transporteur und Behandlungs-/ Verwertungs-Beseitigungsunternehmen für die jeweils genannten Abfallarten

- V 2413 F Erklärung Beauftragung Entsorgungsfachbetrieb in Verbindung mit Formblatt1“

Der Antragsgegner forderte die Antragstellerin auf, diese Unterlagen bis zum 8. Oktober 2020 einzureichen, anderenfalls ihr Angebot ausgeschlossen werde.

Die Antragstellerin legte daraufhin am 8. Oktober 2020 unter anderem das Abfall-Formblatt 1 vor, bei dem sie auf Seite 1 für den Transport und die Behandlung/Verwertung/Beseitigung ein drittes Unternehmen und auf Seite 2 als Transporteur ganz überwiegend sich selbst und in einer Position erneut das dritte Unternehmen angab. Ferner reichte die Antragstellerin auch die unterzeichnete Erklärung gemäß V 2413 F über die Beauftragung von Entsorgungsfachbetrieben ein, die auszugsweise lautet:

„Hiermit wird erklärt, dass zur Erfüllung der Anforderungen gemäß ‚Ausführungsvorschriften zur Vergabe von Bauabfallentsorgungsleistungen an zertifizierte Entsorgungsfachbetriebe durch die öffentliche Hand‘ vom 24. Mai 2011 (ABl. S. 1263) im Auftragsfall ausschließlich Entsorgungsunternehmen für die Bauabfallentsorgungsleistungen beauftragt werden, die nach der Entsorgungsfachbetriebeverordnung zertifiziert sind.

Falls [...] unser Angebot in die engere Wahl kommt, [...] werden wir die erforderlichen Angaben zum Entsorgungsweg der anfallenden Abfälle über Entsorgungsfachbetriebe unter Nutzung des Formblatt 1 (V 2411 F – Abfall-Formblatt 1) und Beifügung der geforderten Zertifikate unverzüglich vorlegen.“

Die Antragstellerin legte ferner eine von der ... ausgestellte Erlaubnis vor, nach der ihr gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 KrWG das Sammeln und Befördern bestimmter gefährlicher

Abfälle erlaubt ist. Ebenso reichte sie das Zertifikat des von ihr im Formblatt benannten dritten Unternehmens vor, welches dieses als Entsorgungsfachbetrieb nach § 56 KrWG ausweist.

In einem zur Vergabeakte genommenen Vermerk der vom Antragsgegner beauftragten ... vom 23. Oktober 2020 hat diese zur Eignungsprüfung der Antragstellerin unter anderem Folgendes festgehalten:

„Der Bieter und dessen Unterauftrag-/Nachunternehmer bzw. sind geeignet:

Ja, der Bieter bleibt in der Wertung

Nein, der Bieter wird wegen fehlender Eignung nicht berücksichtigt [...]

Begründung:

Der Bieter ist nicht nach der Entsorgungsfachbetriebsverordnung zertifiziert und kann somit nicht als Beförderer tätig werden“

In einem weiteren zur Vergabeakte genommenen Vermerk der ... vom 30. November 2020 hat diese unter anderem Folgendes festgehalten:

„Bei der weiteren Prüfung des eingereichten Formblattes V 2411 F [...] hat sich der Bieter Nr. 16 selbst als Transporteur der Gefährlichen Abfälle eingetragen. Das Unternehmen ... ist jedoch für die abfallwirtschaftliche Tätigkeit ‚Befördern‘ (Transporteur) nicht nach Entsorgungsfachbetriebsverordnung zertifiziert und scheidet somit als Beförderer für die Gefährlichen Abfälle aus. [...]

Der Bieter Nr. 16 ... ist aufgrund dessen nicht geeignet, die ausgeschriebenen Leistungen auszuführen und wird aus der weiteren Wertung ausgeschlossen.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 10. Dezember 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, weil es ausgeschlossen werde. Zur Begründung führte der Antragsgegner an, dass der mit Nachforderung vom 2. Oktober geforderte Nachweis der Zertifizierung für die benannten Transporteur- und Behandlungs-/Verwertungs- und Beseitigungsunternehmen nur teilweise erbracht worden sei. Gemäß § 54 KrWG liege für den Transport für gefährliche Abfälle eine Erlaubnis vor, gemäß Formblatt V 241 F und V 2411 F seien diese Abfallentsorgungsleistungen aber ausschließlich durch zertifizierte Entsorgungsfachbetriebe zu erbringen. Dieses Zertifikat fehle. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Dezember 2020 rügte die Antragstellerin ihren Ausschluss aus dem Verfahren. Der nun verlangte Nachweis als

Entsorgungsfachbetrieb sei nicht vergaberechtskonform und damit wirksam als Eignungskriterium gefordert worden. Der Bekanntmachung sei eine entsprechende Anforderung nicht zu entnehmen gewesen. Auch mit den Vergabeunterlagen sei die Eigenschaft als Entsorgungsfachbetrieb nicht zwingend gefordert worden. Zum einen sei schon zweifelhaft, ob mit einer Fußnote eines Formblattes wirksam eine entsprechende Anforderung aufgestellt werden könne. Darüber hinaus sei der Inhalt der Fußnote auch dahingehend unzutreffend, als nicht nur Entsorgungsfachbetriebe nach § 56 KrWG berechtigt seien, gefährliche Abfälle zu transportieren beziehungsweise zu behandeln, zu verwerten oder zu beseitigen. Vielmehr seien dazu auch Unternehmen befugt, welche – wie sie – über eine behördliche Genehmigung nach § 54 KrWG verfügten. Es bestünden folglich keinerlei Zweifel daran, dass sie berechtigt und in der Lage sei, den ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß auszuführen.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, er habe die Einwendungen geprüft. Die Regularien der Ausführungsvorschriften zur Vergabe von Bauabfallentsorgungsleistungen an zertifizierte Entsorgungsfachbetriebe durch die öffentliche Hand (AV zu § 23 Absatz 1 Satz 1 KrW- / AbfG Bln) vom 24. Mai 2011 seien dem Vergabeverfahren zugrunde gelegt worden. Er werde der Rüge der Antragstellerin nicht abhelfen.

Die Antragstellerin hat am 17. Dezember 2020 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Berlin einreichen lassen, der dem Antragsgegner durch die Kammer am 18. Dezember 2020 übermittelt worden ist.

Die Antragstellerin macht über ihre Rüge hinaus geltend, es handele sich bei der Eigenschaft eines Unternehmens als Entsorgungsfachbetrieb um ein Eignungskriterium, welches zwingend nach § 122 GWB in der Bekanntmachung hätte angegeben werden müssen. Dies sei hier jedoch nicht erfolgt. Aber auch den Vergabeunterlagen sei die vermeintliche Anforderung nicht zu entnehmen. Ob in einer Fußnote eines Formblattes überhaupt wirksam Eignungsanforderungen aufgestellt werden könnten, sei bereits äußerst zweifelhaft. Zum anderen sei die Angabe in der Fußnote 1 zum Formblatt V 2411 F nicht als zwingende Anforderung zu verstehen. Darüber hinaus sei der Inhalt der Fußnote auch unzutreffend, da nicht nur Entsorgungsfachbetriebe nach § 56 KrWG berechtigt seien, gefährliche Abfälle zu transportieren bzw. zu behandeln, zu

verwerten oder zu beseitigen. Vielmehr seien dazu auch Unternehmen berechtigt, welche wie sie über eine behördliche Genehmigung nach § 54 KrWG verfügten. Der Hinweis in der Fußnote sei daher lediglich exemplarisch zu verstehen. Anderenfalls wäre die entsprechende Anforderung auch unzulässig. Denn eine gesetzliche Verpflichtung, ausschließlich Entsorgungsfachbetriebe mit Leistungen der Beseitigung und Verwertung von Abfällen zu beauftragen, existiere nicht. Vielmehr bestehe ein Gleichlauf der Wertigkeit des Vorliegens eines Zertifikates als Entsorgungsfachbetriebe und der Genehmigung im Sinne von § 54 KrWG. Da sie die gesetzlichen Anforderungen an den Umgang mit gefährlichen Abfällen erfülle, sei sie auch im vergaberechtlichen Sinne geeignet. Die vom Antragsgegner in Bezug genommenen Ausführungsvorschriften entfalteten keinerlei Rechtswirkung nach außen. Zudem beziehe sich diese Verwaltungsvorschrift ausschließlich auf den Vorgang der Entsorgung und nicht auf den Transport gefährlichen Materials.

Die Akteneinsicht bestätige, dass eine Forderung nach einer Leistungserbringung allein durch Entsorgungsfachbetriebe nicht aufgestellt worden sei. Diesbezügliche Erwägungen des Antragsgegners seien an keiner Stelle der vorliegenden Vergabeakte dokumentiert.

Sie verfüge über keine eigene Rechtsabteilung. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten sei daher notwendig, zumal es sich bei den hiesigen Fragestellungen um solche handele, welche ein vertieftes vergaberechtliche Spezialwissen erforderten.

Die Antragstellerin beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

den Antragsgegner zu verpflichten, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und

festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner trägt insbesondere vor, der Nachprüfungsantrag sei bereits präkludiert. Die Antragstellerin hätte die angebliche Rechtswidrigkeit der Forderung des Zertifikates vor Einreichung des Angebotes rügen müssen. Insbesondere sei ihr die Anforderung auch klar gewesen, was dadurch belegt werde, dass sie das Zertifikat für den von ihr vorgesehenen Nachunternehmer vorgelegt habe. Jedenfalls habe der Antragstellerin die Anforderung klar sein müssen, da der Zertifizierungs- und damit Eignungsnachweis als Eignungskriterium genannt worden sei und sich zumindest unter Berücksichtigung von Art und Umfang der zu erbringenden Leistung zwingend aus der Sache ergeben habe.

Die Zertifizierung dürfte im Übrigen eher Ausführungsbedingung gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, Satz 3 GWB i.V.m. § 56 KrWG gewesen sein. Sie betreffe eine besondere umweltbezogene Bedingung, die sich schon aus der Bekanntmachung, aber auch den Vergabeunterlagen ergebe. Er habe eine Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb in den Vergabeunterlagen an mehreren Stellen, etwa in Ziffer 3.5 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes verlangt. Im Übrigen sei in der Ergänzung zum Angebot in V 241 F ausdrücklich auf die Ausführungsvorschriften hingewiesen worden. Die gesetzlich geregelten Voraussetzungen für eine Zertifizierung seien nicht mit denen vergleichbar, die lediglich für eine Erlaubnis im Sinne des § 54 KrWG zu erfüllen seien. Zwar seien zertifizierte Entsorgungsfachbetriebe von der Erlaubnispflicht ausgenommen. Es sei aber nicht der Umkehrschluss richtig, wonach eine gemäß § 54 KrWG erlaubte Tätigkeit keiner Zertifizierung mehr bedürfe.

Abgesehen davon sei eine explizite Ausführung der strittigen Zertifizierung in der Bekanntmachung nicht vorausgesetzt. Keinesfalls müssten dort alle Eignungskriterien explizit aufgeführt werden. Es dürfe vielmehr von jedem Bieter erwartet werden, dass er den Inhalt der Bekanntmachung auslege. Dies gelte zum Beispiel, wenn aus Sicht der mit einer Ausschreibung angesprochenen kundigen Entsorgungsfachbetriebe bestimmte Voraussetzungen, wie vorliegend in Bezug auf die Eignung, wie sie sich aus einer Zertifizierung ablesen lasse, völlig offenkundig seien. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe sprächen gute Argumente dafür, dass die Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb nicht als Eignungskriterium aufgeführt werden müsste. Denn in Berlin dürften jedenfalls schon seit 2011 ausschließlich entsprechend zertifizierte Unternehmen mit der Durchführung von Baumaßnahmen der öffentlichen Hand beauftragt

werden. Dies sei allgemein bekannt. Namentlich für alle in Berlin tätigen Betriebe sei dieses Erfordernis auch absolut offensichtlich.

Mit Beschluss vom 18. Dezember 2020 hat die Kammer das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen beigeladen. Die Beigeladene hat zur Sache keine Stellung bezogen und keinen eigenen Antrag gestellt.

Mit Verfügung vom 20. Januar 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 26. Februar 2021 verlängert und mit Verfügung vom 29. Januar 2021 darauf hingewiesen, dass der Ausschluss der Antragstellerin bei vorläufiger Würdigung des Sach- und Streitstands vergaberechtswidrig gewesen sein dürfte. Mit Verfügung vom 25. Februar 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist wiederum bis zum 31. März 2021 verlängert.

Mit Verfügung vom 9. März 2021 sind die Beteiligten zum Umfang der beabsichtigten Akteneinsicht angehört worden. Mit Verfügung vom 17. März 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist letztmalig bis zum 30. April 2021 verlängert. Die Kammer hat der Antragstellerin und der Beigeladenen ferner mit Beschluss vom gleichen Tag teilweise Akteneinsicht in die vom Antragsgegner vorgelegten Vergabeakten gewährt.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 18. März 2021, der Antragsgegner und die Beigeladene jeweils mit Schriftsatz vom 22. März 2021 das Einverständnis zu einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erteilt. Mit Verfügung vom 23. März 2021 sind die Beteiligten darauf hingewiesen worden, dass vor einer Entscheidung der Kammer abschließende Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 12. April 2021 besteht.

Die Vergabeakten des Antragsgegners liegen der Kammer vor und sind Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte der Kammer nebst der beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag, über den die Kammer mit Zustimmung der Beteiligten gemäß § 166 Abs. 1 S. 3 GWB ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann, hat Erfolg und führt zur Zurückversetzung des Vergabeverfahrens.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber 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 bei der nach § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 6, Abs. 7 VgV gebotenen Betrachtung der Gesamtmaßnahme 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 einen in Missachtung vergaberechtlicher Vorschriften erfolgten Ausschluss ihres Angebots in ihren Rechten verletzt zu sein. Da ihr Angebot preislich an erster Stelle rangiert und bei Aufhebung des Ausschlusses für die Zuschlagserteilung in Betracht käme, hat sie auch einen drohenden Schaden in Gestalt des Verlusts dieser Zuschlagschance dargelegt.

Der Antrag ist schließlich hinsichtlich der streitentscheidenden Aspekte auch nicht nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig. Zwar macht die Antragstellerin insbesondere geltend, der Antragsgegner habe ihrem Ausschluss (Eignungs-)Anforderungen zugrunde gelegt, die nicht hinreichend bekannt gemacht worden seien. Mit diesem Vorbringen ist sie jedoch nicht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert, obgleich der Umfang der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen naturgemäß bereits aus diesen selbst ersichtlich war. Denn erst mit der Vorabinformation hat der Antragsgeg-

ner die Antragstellerin darüber in Kenntnis gesetzt, sie vom Vergabeverfahren auszuschließen und dies mit der fehlenden Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb begründet. Angesichts der – nachstehend ausführlich dargestellten – Unklarheit der Anforderungen des Antragsgegners war für die Antragstellerin nicht zu einem früheren Zeitpunkt erkennbar, dass der Antragsgegner nicht ordnungsgemäß bekannte Eignungsanforderungen oder das Verlangen nach einer Zertifizierung als Ausführungsbedingung seiner Angebotsprüfung und -wertung zugrunde legen würde.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Durch den Ausschluss ihres Angebots ist die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin lässt sich weder auf mangelnde Eignung noch auf die unvollständige Vorlage von Nachweisen noch auf die Abweichung von Ausführungsbedingungen stützen.

Der Antragsgegner war nicht berechtigt, das Angebot der Antragstellerin mangels Eignung auszuschließen. Nach § 16b EU Abs. 1 VOB/A ist die Eignung der Bieter zu prüfen, wobei anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen sind, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet. Gemäß § 122 Abs. 2 S. 1 GWB ist ein Unternehmen geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sind die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Das gleiche gilt in Umsetzung von Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU nach § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A i.V.m. Anhang V Teil C Nr. 11 lit. c RL 2014/24/EU für die Veröffentlichung der von den Bieter vorzulegenden Eignungsnachweise (vgl. etwa *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 122 GWB (Stand: 13.04.2021), Rn. 48).

Nach diesen Maßstäben kann der Antragstellerin die Eignung nicht abgesprochen werden. Denn vorliegend hat der Antragsgegner schon keine Eignungskriterien in der Bekanntmachung benannt. Er hat dort vielmehr nur in Ausschnitten das Prozedere der Eignungsprüfung, bestimmte – hier nicht relevante – Mindestanforderungen und zum Beleg der Eignung beizubringende Nachweise aufgeführt. Selbst wenn man es im Hinblick auf § 122 Abs. 4 S. 2 GWB genügen ließe, dass sich Eignungskriterien aus den genannten Nachweisen im Wege der Auslegung ableiten ließen, so könnte der Bekanntmachung gleichwohl nichts im Hinblick auf die hier allein streitgegenständliche Eigenschaft als zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb nach § 56 KrWG entnommen werden. Denn insoweit enthält die Bekanntmachung keinerlei Hinweise. Dass es im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens dabei auch nicht ausschließlich – wie vom Antragsgegner vorgebracht – auf den Empfängerhorizont von in Berlin tätigen Betrieben – für die dieses Erfordernis absolut offensichtlich sei – ankommen kann, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Der Antragsgegner hat die Vorlage eines Zertifikats als Entsorgungsfachbetrieb nicht als Eignungsnachweis in der Bekanntmachung gefordert. Es finden sich vielmehr allein in den Vergabeunterlagen Ausführungen dazu.

Da es mithin an einer dahingehenden wirksamen Aufstellung von Eignungskriterien oder der wirksamen Forderung eines entsprechenden Eignungsnachweises fehlt, durfte der Antragsgegner der Antragstellerin die Eignung nicht absprechen. Dem kann entgegen der Auffassung des Antragsgegners auch nicht der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 2020 – XIII ZR 21/19 (NZBau 2021, 57) entgegengehalten werden. Denn diese Entscheidung bezieht sich noch auf den Rechtsstand vor Umsetzung der aktuellen Vergaberichtlinien durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, die das Erfordernis der zwingenden Veröffentlichung der Eignungskriterien und -nachweise in der Bekanntmachung überhaupt erst eingeführt haben.

Die Antragstellerin ist auch nicht zwingend wegen Nichtvorlage geforderter Nachweise vom Vergabeverfahren auszuschließen. Nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A sind Angebote auszuschließen, bei denen der Bieter Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorgelegt hat. Die Antragstellerin hat jedoch auf die Anforderung des Antragsgegners vom 2. Oktober 2020 ent-

sprechende Unterlagen, unter anderem das Abfall-Formblatt 1, die ihr erteilte Erlaubnis nach § 54 KrWG und das Zertifikat des von ihr im Formblatt benannten Drittunternehmens eingereicht. Damit hat die Antragstellerin vollständige Unterlagen vorgelegt. Im Hinblick auf den Ausschlussgrund der fehlenden Vorlage ist unbeachtlich, ob diese tatsächlich vorgelegten Unterlagen inhaltlich / wertungsmäßig den Anforderungen des Antragsgegners entsprechen. Entscheidend ist insofern vielmehr ausschließlich, ob der Bieter überhaupt Unterlagen vorgelegt hat, denen er den verlangten Erklärungsgehalt beigemessen hat.

Der Ausschluss der Antragstellerin erweist sich schließlich auch dann als vergaberechtswidrig, wenn angenommen wird, bei der Forderung nach einer Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb handele es sich um eine Ausführungsbedingung.

Zum einen ist vorliegend schon nicht erkennbar, dass der Antragsgegner eine dahingehende Ausführungsbedingung aufstellen wollte oder aufgestellt hat. In den vom Antragsgegner vorgelegten Vergabeakten sind diesbezügliche Überlegungen nicht dokumentiert. Dem Vermerk vom 30. November 2020 ist vielmehr zu entnehmen, dass die Antragstellerin nicht „nach Entsorgungsfachbetriebeverordnung zertifiziert [...] ist“ und „aufgrund dessen nicht geeignet, die ausgeschriebenen Leistungen auszuführen“. Dies deckt sich mit dem Vermerk zur Eignungsprüfung vom 23. Oktober 2020. Aktenkundig ist damit nur eine Heranziehung der Zertifizierung im Rahmen der Eignungsprüfung. Auch aus dem Vortrag des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren ist keine andere Bewertung abzuleiten. Wenngleich Erklärungen im Vergabenachprüfungsverfahren nicht per se die Eignung zur nachgeholten Dokumentation von – hier gebotenen (vgl. *Gabriel/Bärenbrinker*, in: *Gabriel/Mertens/Prieß/Stein*, BeckOK VergabeR, 19. Ed. 31.7.2018, § 128 GWB, Rn. 25) – Ermessenserwägungen im Vergabeverfahren abzusprechen ist, so ist der Vortrag vorliegend insoweit bereits in sich nicht widerspruchsfrei. Während der Antragsgegner mit seinem letzten Schriftsatz unter anderem ausgeführt hat, die Zertifizierung sei eine Ausführungsbedingung, hat er in der Antragserwiderung noch vorgetragen, „der – nicht vorgelegte – Zertifizierungs- und damit Eignungsnachweis“ sei „als Eignungskriterium genannt“ worden, um noch in der Antragserwiderung aber wieder einzuschränken, die „Zertifizierung dürfte im Übrigen unter Berücksichtigung von Art und Umfang der zu erbringenden Leistung eher Ausführungsbedingung“ sein.

Dass der Antragsgegner eine Ausführungsbedingung im Sinne von § 128 Abs. 2 S. 2 GWB vorliegend festgelegt hat, kann auch objektiv nicht aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen abgelesen werden. In der Bekanntmachung findet sich – wie schon dargestellt – überhaupt kein Hinweis auf eine Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb. In den Vergabeunterlagen sind entsprechende Stellen zwar auszumachen. Diesen kann jedoch nicht die Bedeutung von Ausführungsbedingungen beimessen werden. Bei der Abgrenzung von Ausführungsbedingungen zu Eignungskriterien ist im Ausgangspunkt darauf abzustellen, ob sich das Kriterium auf Angaben stützen soll, die nur für den konkreten Auftrag Bedeutung erlangen oder auf generelle Fähigkeiten und Fertigkeiten des Unternehmens (*Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 122 GWB, Rn. 54; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15. Juli 2015 – VII-Verg 11/15, NZBau 2016, 55, 58). Die Abgrenzung ist im Einzelfall durch Auslegung vorzunehmen, wobei Zweifel zu Lasten des Auftraggebers gehen (vgl. *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 122 GWB, Rn. 54). Die Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb wird nicht auftragsbezogen durchgeführt, sondern betrifft unzweifelhaft eine generelle Fähigkeit des zertifizierten Unternehmens. Schon daran wird deutlich, dass der Antragsgegner bei Anlegung eines objektiven Empfängerhorizonts mit dem Erfordernis einer Zertifizierung tatsächlich ein Eignungskriterium und keine Ausführungsbedingung benannt hat.

Für diese Auslegung spricht aus Sicht eines objektiven Empfängers zudem die Systematik von § 128 GWB. Während Absatz 1 der Bestimmung allgemeine Anforderungen an den Vertragspartner betrifft, die sich bereits unmittelbar aus anderen Rechtsvorschriften ergeben und auch außerhalb von Vergabeverfahren gelten, ermächtigt der Gesetzgeber mit Absatz 2 den Auftraggeber, nach Ermessen über Absatz 1 hinaus strategische Ziele bei der Auftragsausführung mittels besonderer Vertragsbedingungen zu verfolgen (*Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 128 GWB, Rn. 2). Bei der Bestimmung eines Kriteriums muss gegebenenfalls daher auch darauf abgestellt werden, welche Bedeutung der Auftraggeber dem Kriterium beimessen wollte (vgl. *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 122 GWB, Rn. 54). Abgesehen davon, dass es vorliegend an der

Dokumentation expliziter Ausführungen fehlt, wird aus den Vergabeunterlagen für einen objektiven Empfänger jedenfalls ersichtlich, dass es dem Antragsgegner mit der Forderung nach einer Zertifizierung nicht um die Verfolgung besonderer strategischer Ziele, sondern allein – oder zumindest ganz vordringlich – schlicht um die Sicherstellung einer rechtskonformen Auftragsausführung geht. Dies wird an der Formulierung in der Leistungsbeschreibung „Die gesetzeskonforme Entsorgung dieser Abfalle hat durch den Bieter in Eigenregie gesetzeskonform zu erfolgen“ besonders deutlich. Die gesetzeskonforme Abfallentsorgung obliegt den Bietern aber schon nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz selbst und wird – deklaratorisch – von § 128 Abs. 1 GWB erfasst. Einer dahingehenden Ausführungsbedingung nach § 128 Abs. 2 GWB bedurfte es daher vorliegend nicht (vgl. aber einschränkend *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, 4. Aufl. 2020, § 128 GWB, Rn. 5 a.E.).

Handelt es sich bei der Forderung nach einer Zertifizierung mithin um eine Frage der Eignung, so kann diese – mangels Bekanntmachung unzulässige – Eignungsanforderung nicht geltungserhaltend in eine besondere Ausführungsbedingung umgedeutet werden (vgl. *Opitz*, in: *Burgi/Dreher*, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 128 GWB, Rn. 30).

Selbst wenn dies aber möglich sein sollte, so wäre diese Ausführungsbedingung jedoch nicht so unmissverständlich aufgestellt worden, dass das Angebot der Antragstellerin wegen Abweichung davon zwingend nach § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen wäre (zu den Anforderungen vgl. *Opitz*, in: *Burgi/Dreher*, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 128 GWB, Rn. 30). Als Ausfluss des in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB niedergelegten Transparenzgebots dürfen Angaben zu Ausführungsbedingungen nicht unvollständig oder anderweitig irreführend sein (vgl. KG, Beschluss vom 26. September 2014 – Verg 5/14, NZBau 2015, 185, 186; *Fehling*, in: *Pünder/Schellenberg*, *Vergaberecht*, 3. Auflage 2019, § 128 GWB, Rn. 32). Zwar hat der Antragsgegner zutreffend darauf hingewiesen, dass die Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb sich an mehreren Stellen in den Vergabeunterlagen findet. Beispielsweise dem Leistungsverzeichnis ist auch zu entnehmen, dass die Vorlage entsprechender Zertifikate vor Beauftragung der Leistung, also noch im Vergabeverfahren zu erfolgen hat. Jedenfalls bei Gesamtschau der Vergabeunterlagen kann daraus aber nicht mit der für eine zwingende Anforderung gebotenen Klarheit

abgeleitet werden, dass von jedem im Prozess der auftragsgegenständlichen Entsorgung tätigen Unternehmen in jedem Fall ein entsprechendes Zertifikat vorzulegen beziehungsweise eine entsprechende Zertifizierung aufzuweisen ist.

Bereits die Formulierungen unter „0.6 allgemeine Vorbemerkungen des Abfallmanagements“ im Leistungsverzeichnis stehen in einem gewissen Widerspruch zu den übrigen Vergabeunterlagen und dem Vorgehen des Antragsgegners. Denn danach ist die Vorlage der vollständigen Entsorgungsfachbetriebezertifikate der in den Formblättern 1 „mit der ANGEBOTSABGABE ausgewiesenen Entsorgungsunternehmen“ vorgesehen. Demgegenüber sehen die Aufforderung zur Angebotsabgabe und das Formblatt V 216.H F vor, dass das Formblatt 1 mit der Benennung des Transporteurs und des Entsorgungsfachbetriebs mit Zertifikat erst auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle, also nicht bereits mit Angebotsabgabe einzureichen ist.

Zudem lautet die Formulierung in der Aufforderung zur Angebotsabgabe und dem Formblatt V 216.H F jeweils „Formblatt 1 mit Benennung Transporteur und Efb / Entsorgungsfachbetrieb mit Zertifikat“ [Hervorhebung durch die Kammer]. Indem hier vom Wortlaut also die Benennung einerseits des Transporteurs und andererseits des Entsorgungsfachbetriebs mit Zertifikat gefordert wird, erscheint bei Anlegung des objektiven Empfängerhorizonts ein Verständnis mindestens vertretbar, wenn nicht sogar naheliegend, wonach der Transporteur selbst nicht Entsorgungsfachbetrieb mit Zertifikat sein muss. Dies wird insbesondere dadurch gestützt, dass es Unternehmen – wie die Antragstellerin – gibt, die qua Erlaubnis nach § 54 KrWG zum Sammeln und Befördern von gefährlichen Abfällen befugt sind, ohne als Entsorgungsfachbetrieb nach § 56 KrWG zertifiziert zu sein.

Auch der Standort der Ausführungen zur Zertifizierung ist geeignet, Zweifel an der Transparenz einer entsprechenden Anforderung hervorzurufen. So sind die Bezüge dazu schon über mehrere Unterlagen, insbesondere Formblätter und das Leistungsverzeichnis verteilt. Für in besonderem Maße fragwürdig hielte es die Kammer aber vor allem, wenn aus einer Fußnote zu einem Bieterformular – hier dem Formblatt 1 – zwingende Verfahrensanforderungen abgeleitet werden sollten. Hinzu kommt, dass die Fußnote 1 im Formblatt 1 ebenfalls unklar gestaltet ist. Denn der Fußnotenverweis mit der hochgestellten 1 findet sich sowohl auf Seite 1 als auch auf Seite 2 jeweils

hinter „Name des Transporteurs“ als auch hinter „Name u. Anschrift des Behandlungs-, Verwertungs- oder Beseitigungsunternehmens“. Auf der hier allein streitgegenständlichen Seite 2 – auf Seite 1 hat die Antragstellerin ein als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziertes Unternehmen angegeben – hat der Antragsgegner in der Spalte „Behandlungs-, Verwertungs- oder Beseitigungsunternehmens“ allerdings vorgegeben, dass dort keine Angaben vom Bieter erforderlich sind. Da die Fußnote aber unterschiedslos sämtlichen Spalten auf beiden Seiten zugewiesen ist, bei der vorgenannten Spalte mit der Voreintragung jedoch ersichtlich keine Anwendung findet, kann sie mithin auch so verstanden werden, dass sie nur dann zu beachten ist, wenn sie für anwendbar gehalten wird. Auch das stützte ein Verständnis, wonach ein Zertifikat nur von entsprechenden Entsorgungsfachbetrieben vorzulegen ist, nicht hingegen von Unternehmen, die ohne entsprechende Zertifizierung zur Erbringung der Leistung befugt sind.

Schließlich scheiterte nach Auffassung der Kammer ein Ausschluss selbst bei unterstelltem eindeutigen Verlangen nach einer Zertifizierung an der fehlenden Veröffentlichung dieser Anforderung in der Bekanntmachung. Denn das Verlangen nach Vorlage eines Zertifikats als Entsorgungsfachbetrieb wäre insoweit doppelfunktional: es diene einerseits der Prüfung der auftragsbezogenen Leistungsfähigkeit der Bieter, andererseits der Prüfung der Einhaltung der Ausführungsbedingungen. Wenngleich die Vorgabe von Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 2 S. 2 GWB grundsätzlich auch erst in den Vergabeunterlagen erfolgen kann, bedarf es aus Transparenzgründen in einem derartigen Fall einer doppelfunktionalen Anforderung der Veröffentlichung in der Bekanntmachung jedenfalls dann, wenn – wie hier – der Auftraggeber in seinen Verlautbarungen nicht selbst klar zwischen beiden Kategorien differenziert und entsprechend eindeutige Regelungen aufstellt (für generelle Bekanntmachungspflicht vgl. offenbar *Gabriel/Bärenbrinker*, in: *Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK VergabeR*, 19. Ed. 31.7.2018, § 128 GWB, Rn. 26). Die Ausführungsbedingung teilt dann insoweit die Anforderungen des Eignungskriteriums beziehungsweise -nachweises. Wollte man dies anders sehen, bestärkte dies die Gefahr einer geltungserhaltenden Reduktion zu Lasten der Transparenz des Verfahrens und der Bieter.

2.

Aufgrund der festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin ist das Vergabeverfahren zurückzusetzen.

Nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB trifft die Kammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Nach § 168 Abs. 1 S. 2 GWB ist sie dabei an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Einwirkungsbefugnis findet ihre Grenze allerdings im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach die Vergabekammer stets nur mit Maßnahmen in ein Vergabeverfahren eingreifen darf, die zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Vorliegend führt dies dazu, dass der Antragsgegner zu verpflichten ist, den Ausschluss der Antragstellerin zurückzunehmen und das Vergabeverfahren in das Stadium vor der Wertung der Angebote zurückzusetzen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat der Antragsgegner als unterliegender Beteiligter die Kosten zu tragen. Die Kostentragungspflicht des Antragsgegners umfasst nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Bei der Beigeladenen ist hingegen kein Unterliegen anzunehmen. Sie hat sich am Nachprüfungsverfahren nicht aktiv beteiligt und auch keinen Antrag gestellt. Da der Nachprüfungsantrag zudem nicht aus in der Sphäre der Beigeladenen, sondern allein des Antragsgegners liegenden Umständen Erfolg hat, wäre es unter Einbeziehung des Rechtsgedankens des § 182 Abs. 4 S. 2 GWB unbillig, der Beigeladenen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Gleichermaßen sind ihre Aufwendungen nach dieser Bestimmung jedoch auch von ihr selbst zu tragen.

Auf den Antrag der Antragstellerin hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG zudem die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. 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 – B 1 – 10/14 m.w.N.). Danach ist die Hinzuziehung vorliegend notwendig gewesen. Denn neben mitunter schwierigen Fragen des materiellen Vergaberechts wie der Eignungsprüfung, den Erfordernissen an die Bekanntmachung von Anforderungen und Anderem sind vorliegend auch prozessuale Fragen etwa der Rügepräklusion und des Umfangs der Akteneinsicht verfahrensgegenständlich gewesen.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich 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 (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html) heran. Dabei legt die Kammer in der Regel den Angebotspreis der Antragstellerin zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss v. 15. Oktober 2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20. April 2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (\dots\text{€} - 80.000\text{€}) = \dots\text{EUR}$. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches insgesamt durchschnittlich umfangreich war. Zwar konnte die Kammer auf eine mündliche Verhandlung verzichten, sie musste aber insbesondere in einem Zwischenverfahren nach Anhörung der Beteiligten einen etwas umfangreicheren Akteneinsichtsbeschluss fertigen und dazu die Vergabeakten des Antragsgegners durcharbeiten.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG allerdings von der Zahlung der Gebühren befreit.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich oder als elektronisches Dokument gemäß den Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr bei dem Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, 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.

Vorsitzender

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Dr. Lux

Sauer

...