

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 - 28/09
Datum des Beschlusses	29. September 2009
Bestandskraft	Ja, nach Rücknahme der Beschwerde – vgl. KG 2 Verg 11/09
Vergabeart	Verhandlungsverfahren nach VOB/A
Rechtsnormen	§ 97 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 und 2 GWB, §§ § 101a Abs. 1, 101b Abs. 2 GWB, § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5, Nr. 2 Satz 2 VOB/A
Leitsätze	<ol style="list-style-type: none">1. Der Auftraggeber darf auf eine förmliche Unterrichtung nach § 101a Abs. 1 Satz 1 GWB nur dann verzichten, wenn ein Bewerber oder Bieter endgültig aus dem weiteren Vergabeverfahren ausgeschieden ist, das heißt wenn der Auftraggeber sicher sein kann, dass die Ablehnung rügelos hingenommen worden ist, oder die Wirksamkeit eines Ausschlusses rechtskräftig festgestellt wurde2. Zur Abweichung von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses3. Zur Gleichwertigkeit eines Mangels bei nicht zugelassenem Alternativangebot

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK - B 2 - 28/09

Die Ausfertigung stimmt mit dem
Beschluss überein.



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

- Antragstellerin -

gegen

- Antragsgegner -

wegen des Bauauftrags „Neubau .., Entsorgung von gefährlichem und nicht gefährlichem Boden – ..“

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2009 durch den Vorsitzenden Schramm, die hauptamtlichen Beisitzerin Menger sowie den ehrenamtlichen Beisitzer Berndt am 26. Oktober 2009 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Zuschlagserteilung vom 24. August 2009 an die Bietergemeinschaft JH unwirksam ist. Im Übrigen wird der Nachpüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Von den Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner ein Drittel und die Antragstellerin zwei Drittel.
3. Die Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) werden auf 3.300 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb im Juli 2009 den Auftrag „Neubau, Entsorgung von gefährlichem und nicht gefährlichem Boden – ..“ im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Vergabebekanntmachung nach VOB/A aus, nachdem ein zuvor im Offenen Verfahren vergebener Auftrag für die gleichen Leistungen durch Kündigung beendet worden war. Es wurden vier Fachfirmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Seinem Aufforderungsschreiben fügte der Antragsgegner neben anderen Vergabeunterlagen ein Leistungsverzeichnis bei. Danach sollte der in Haufwerken gelagerte Oberboden der Kategorie Z 2 (schwach kontaminiert), circa xxxxx Tonnen, aufgenommen, aufgeladen, abtransportiert und verwertet werden. Die als gefährlicher Abfall eingestuft weiteren xxxxx Tonnen Oberboden der Kategorien > Z 2 (Deponieklassen DK II, III, >III) waren aufzunehmen, aufzuladen, abzutransportieren und zu reinigen. Unter Position 1.3.1 hatten die Bieter die vorgesehenen Verwertungsstellen und die jeweilige Abnahmemenge anzugeben. Zu den Positionen 1.3.2, 1.3.3 und 1.3.4 waren die vorgesehenen Reinigungsanlagen für die gefährlichen Abfälle mit der jeweiligen Abnahmemenge zu nennen. Für alle vorgesehenen Entsorgungsanlagen mussten gemäß Aufforderungsschreiben (Ergänzungen Buchst. A) - Bl. 35 d.A.) mit Abgabe des Angebots Annahmehereitschaftserklärungen sowie verbindliche Erklärungen zur Annahmekapazität der jeweiligen Anlage im Leistungszeitraum eingereicht werden. Weiter heißt es dort:

„Es ist für jede Entsorgungsanlage eine Genehmigung oder ein Zertifikat vorzulegen, dass die Anlage berechtigt ist, Abfälle mit dem ASN 170504 und 170503 zu lagern, zu behandeln, zu verwerten und zu beseitigen. Fehlen diese Angaben oder sind sie unvollständig, so wird das Angebot von der Wertung ausgeschlossen.“

Nebenangebote waren nicht zugelassen (Ziff. 7). Als Zuschlagskriterium sollte allein der Preis maßgebend sein (Ziff. 8).

Neben der Antragstellerin gab lediglich noch die Bietergemeinschaft JH ein Angebot ab. Der Preis, zu dem die Antragstellerin die Leistungen anbot, lag mit xxxxxx Euro brutto erheblich unter dem der Bietergemeinschaft.

Die Antragstellerin verband ihr Angebot mit der Aufstellung einer mobilen Abfallbehandlungsanlage auf der Baustelle oder dem benachbarten Gelände, wo in einer für den Vertragszeitraum aufzustellenden Lagerhalle die gefährlichen Baustoffe mittels eines Siebverfahrens ausgefiltert und abtransportiert werden sollten, während sie die Restmenge auf der Baustelle wiederverwerten wollte. Dementsprechend trug die Antragstellerin zu den Positionen 1.3.1 – 1.3.4 als vorgesehene Verwertungsstelle bzw. Reinigungsanlage jeweils ein:

„Abfallbehandlungsanlage gemäß § 1 Abs. 1 4. BImSchV (Behandlung am Entstehungsort) ... Restabfallentsorgung der Grasnarbe über TBR-Kompostierung ... Restabfallentsorgung des Feinmaterials G/M ... Hergestellte Böden zur Lieferung für Baufeld ...“

Nachdem der Antragsgegner die Antragstellerin zunächst zu einem Verhandlungsgespräch eingeladen hatte, lud er sie mit Schreiben vom 13. August 2009 kurzfristig wieder aus und teilte ihr mit, dass ihr Angebot vom Verfahren ausgeschlossen werde, da es nicht den im Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe gestellten Bedingungen entspreche, und zitierte zur Begründung den Wortlaut von Buchst. A) der Ergänzungen.

Den Ausschluss rügte die Antragstellerin am darauf folgenden Tag. In ihrem als „Widerspruch“ bezeichneten Schreiben macht sie geltend, alle erforderlichen Genehmigungen, Abnahmeerklärungen, Zertifikate u.a. eingereicht zu haben.

Darauf antwortete der Antragsgegner mit Schreiben vom 19. August 2009, es fehle für die Siebanlage und die Zwischenlagerung des zu reinigenden Bodens eine Genehmigung nach §§ 54, 55 der Brandenburgischen Bauordnung - BbgBO. Im Übrigen entspreche das gewählte Reinigungsverfahren für den Boden der Kategorie > Z 2 nicht den „gesetzlichen und behördlichen Vorgaben“.

Unter Bezugnahme auf die Rüge beantragt die Antragstellerin ebenfalls mit Schreiben vom 19. August 2009 die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens. Nachdem die Antragstellerin auf Hinweise der Vergabekammer Ihre Angaben vervollständigt hatte, hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag am 25. August 2009 dem Antragsgegner übermittelt. Dieser teilte daraufhin mit, am Tag zuvor den Zuschlag an die Bietergemeinschaft JH erteilt zu haben.

Die Antragstellerin macht die Unwirksamkeit des Zuschlags nach § 101b GWB wegen Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht geltend.

Inhaltlich führt sie aus, die mobile Siebanlage und die erforderliche Lagerhalle bedürften keiner besonderen Genehmigung, insbesondere keiner Baugenehmigung. Die geforderten Zertifikate lägen vor. Eine Zertifizierung ihres Betriebes nach der Entsorgungsfachbetriebeverordnung habe sie dagegen mit ihrem Angebot vorgelegt. Der Reinigungserfolg und die Qualität des von ihr favorisierten Reinigungsverfahrens habe sie hinreichend durch Analyseberichte des Instituts F und des Ingenieurbüros A belegt.

Des Weiteren trägt die Antragstellerin vor, der Zusammenschluss der Bietergemeinschaft JH basiere auf einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede, weil sich in dieser ein wesentlicher Teil der Betreiber von Bodenwaschanlagen zusammengeschlossen hätten und damit einen Wettbewerb nicht mehr zuließen. Dies zeige sich auch an dem deutlich höheren Preis, mit dem die Bietergemeinschaft die Leistungen angeboten habe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft JH festzustellen,
2. die Bietergemeinschaft JH vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen und den Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Der Antragsgegner beantragt,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Er ist der Ansicht, der Zuschlag an die Bietergemeinschaft JH sei wirksam. Wegen des Ausschlusses der Antragstellerin und der besonderen Dringlichkeit des Auftrages habe es keines förmlichen Informations- und Absageschreibens mehr bedurft.

In der Sache beruft sich der Antragsgegner auf seine Ausführungen im Rügeverfahren. Hinsichtlich der Baugenehmigungspflicht führt er eine Auskunft der zuständigen Bauaufsichtsbehörde in das Nachprüfungsverfahren ein. Für den Betrieb der Bodenbehandlungsanlage sei die Antragstellerin nicht hinreichend zertifiziert. Insbesondere fehle eine Zertifizierung für das Lagern, Behandeln und die Beseitigung von Boden mit dem AVV 170503, die aber zwingend erforderlich sei.

Ergänzend trägt der Antragsgegner vor, die Antragstellerin habe mit ihrem Angebot eine Leistung angeboten, die nach dem Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen sei. Es handele sich damit um ein Nebenangebot, das laut Ausschreibung nicht zugelassen war und daher auszuschließen sei.

Die Antragstellerin hält dem entgegen, sie sei ein zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb nach § 52 Kreislaufwirtschaftsgesetz, ihre Mitarbeiter verfügten über die erforderliche Sachkundeprüfung (BGR 128), und die Abfallbehandlung am Entstehungsort sei gemäß Schreiben des Landesumweltamtes (vom 7.7.09) zulässig.

Darüber hinaus wichen die Angaben zu Verwertungsstellen in Positionen 1.3.1 - 1.3.4 des Leistungsverzeichnisses nicht von den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses ab. Die Gesamtverwertungskette sei dargelegt. Die Bodenverwendung nach Behandlung entspreche den Anforderungen, die der Antragsgegner in seiner Ausschreibung vom 16.4.09 (1. BA Garten- und Landschaftsbau) selbst gestellt habe. Daher sei das Angebot der Antragstellerin auch kein Nebenangebot.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und weitere Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Vergabeakte Bezug genommen.

II.

Nach § 131 Abs. 8 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, sind auf das streitige Vergabeverfahren und dieses Nachprüfungsverfahren die seit dem 24. April 2009 geltenden Vorschriften anzuwenden.

1. Der Antrag ist zulässig.

a. Die Vergabekammer ist zuständig. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinn des § 98 Nr. 2 GWB. Es handelt sich um einen Bauauftrag nach § 99 Abs. 3 GWB, § 6 VgV, mit einem Gesamtauftragswert oberhalb des Schwellenwertes des § 2 Nr. 4 VgV, dessen Einzelauftragswert mehr als 1 Million Euro beträgt (§ 2 Nr. 7 VgV). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer des Landes Berlin ergibt sich aus § 106a Abs. 3 Satz 1 GWB.

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

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist, dass die sonstigen Bedingungen der §§ 107, 108 GWB erfüllt sind (BGH, Beschl. v. 18.2.03 - X ZB 43/02; OLG Naumburg, Beschl. v. 13.10.06 - 1 Verg 7/06; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.03 - Verg 59/03). Weiterhin ist erforderlich und hinreichend, dass der Bieter schlüssig behauptet, welche Vergaberechtsvorschriften der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens verletzt haben soll und dass der Bieter ohne die behauptete Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags

hätte, so dass ein drohender oder eingetretener Schaden auf die vermeintliche Verletzung der Vorschriften zurückzuführen ist (BGH, Beschl. v. 18.5.04 - X ZB 7/04). Die Kausalität zwischen Vergaberechtsverstoß und Schaden ist nicht gesondert darzulegen.

Die Antragstellerin hat das Angebot mit dem günstigsten Preis abgegeben, und müsste nach den Kriterien der Angebotsaufforderung den Zuschlag erhalten, sofern ihr Angebot, wie vortragen, zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen worden wäre. Vorausgesetzt, die gerügten Vergaberechtsverstöße erwiesen sich als zutreffend, hätte der Antragsgegner den Grundsatz des fairen Wettbewerbs (§ 97 Abs. 1 GWB) nicht hinreichend beachtet und die Antragstellerin entgegen § 97 Abs. 2 GWB unangemessen benachteiligt. Die Antragstellerin könnte die Durchführung eines bestimmungsgemäßen Verfahrens beanspruchen (§ 97 Abs. 7 GWB).

c. Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Verstöße ordnungsgemäß gerügt und ihre Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB erfüllt. Die Rüge des Angebotsausschlusses vom 11. August 2009 erfolgte innerhalb von drei Tagen nach Benachrichtigung und damit unverzüglich im Sinn des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die unterbliebene Mitteilung nach § 101a GWB machte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 2. September 2009 unmittelbar nach Kenntnisnahme im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geltend. Einer gesonderten Rüge gegenüber dem Antragsgegner bedurfte es hierzu nicht.

Der damit zugleich gestellte Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages mit der Bietergemeinschaft JH erfüllt die Voraussetzungen des § 101b Abs. 2 GWB.

2. Der Antrag ist nur zum Teil begründet, da der Ausschluss ihres Angebots die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 und 2 GWB nicht verletzt.

a. Der Antrag nach § 101b Abs. 2 GWB ist begründet. Der Antragsgegner hat mit Erteilung des Zuschlags an die JH gegen § 101a Abs. 1 GWB verstoßen, weil er die Antragstellerin nicht über den Namen des ausgewählten Unternehmens und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unterrichtet hat.

Entgegen der Ansicht des Antragsgegners war das Informationsschreibens nicht aufgrund des Umstandes entbehrlich, dass er die Antragstellerin zuvor über den Ausschluss ihres Angebots informiert hatte. Im Umkehrschluss zu § 101a Abs. 1 Satz 2 GWB sind zwar „Bewerber“, die bereits eine Mitteilung über die Ablehnung ihrer Bewerbung erhalten haben, nicht noch einmal vor Zuschlagserteilung in Kenntnis zu setzen. Ob diese Regelung dem Sinn nach auch auf „Bieter“ Anwendung finden kann, die frühzeitig über ihren Ausschluss informiert worden sind, mag dahingestellt bleiben. Denn der Auftraggeber darf auf eine förmliche Unterrichtung nach § 101a Abs. 1 Satz 1 GWB nur dann verzichten, wenn ein Bewerber oder Bieter endgültig aus dem weiteren Vergabeverfahren ausgeschieden ist, das heißt wenn der Auftraggeber sicher sein kann, dass die Ablehnung rügelos hingenommen worden ist, oder die Wirksamkeit eines Ausschlusses rechtskräftig festgestellt wurde (vgl. Bundesrats-Drucksache 349/08, S. 37 f., Begründung zu § 101a, zu Abs. 1). Andernfalls würde dem Bewerber oder Bieter die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer rechtlichen Überprüfung des Vergabeverfahrens abgeschnitten. Hier hat die Antragstellerin ihren Ausschluss unverzüglich gerügt. Wegen der noch möglichen Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens konnte der Antragsgegner zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht davon ausgehen, dass der Angebotsausschluss rechtskräftig abgeschlossen ist.

Die Informationspflicht ist auch nicht wegen besonderer Dringlichkeit (§ 101a Abs. 2 GWB) weggefallen. Zur Bemessung der besonderen Dringlichkeit kann als Maßstab die Frage herangezogen werden, inwieweit aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit des Auftrags ein Zuwarten von zehn Tagen untunlich oder unzumutbar wäre. Als Beispiele hierfür mögen Havarien, Katastrophen, Unfälle oder Gefahrensituationen dienen, die unmittelbares Eingreifen

erfordern und bei denen ein verzögerter Einsatz offensichtlich zu spät käme. Daran gemessen hätte die zehntägige Wartezeit die vorgesehene Baumaßnahme zwar weiter verzögert, aber über die Erhöhung witterungsbedingter Risiken hinaus nicht erheblich erschwert oder unmöglich gemacht. Dementsprechend setzt sich auch der Vergabevermerk nicht mit der „besonderen“ Dringlichkeit auseinander. Vielmehr wird seitens des Auftraggebers selbst davon ausgegangen, dass eine förmliche Information zu erfolgen hat.

b. Soweit die Antragstellerin den Ausschluss der konkurrierenden Bietergemeinschaft JH und sowie die Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot begehrt, hat der Antrag allerdings keinen Erfolg. Zwar hat der Antragsgegner nicht in allen Punkten vergaberechtskonform gehandelt. Durch die geltend gemachten und festgestellten Verstöße ist die Antragstellerin aber nicht im Sinn des § 114 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt, weil sie kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Hauptangebot abgegeben hat.

aa. Die Antragstellerin wurde zu Unrecht wegen fehlender Zertifikate und Nachweise ausgeschlossen.

Der im Schreiben des Antragsgegners vom 13. August 2009 zunächst übermittelte pauschale Hinweis auf Buchstabe A) der Ergänzungen des Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebots, mit dem dieser Passus lediglich noch einmal wörtlich zitiert wird, war untauglich, den Ausschluss zu begründen, weil sich daraus nicht zu entnehmen ließ, welche Unterlagen nach Auffassung des Antragsgegners dem Angebot der Antragstellerin hätten beiliegen müssen.

Das im Antwortschreiben auf die Rüge dann bemängelte Fehlen der Baugenehmigung für die aufzustellende Siebanlage und die Lagerung des Bodens kann als Ausschlussgrund nicht auf die zitierten Ergänzungen A) zur Angebotsaufforderung gestützt werden. Denn, unabhängig von der Frage, ob für die Anlage eine gesonderte Genehmigungspflicht bestand, waren nach Buchstabe A) der Ergänzungen lediglich abfallrechtliche Genehmigungen und Zertifizierungen zwingend mit Angebotsabgabe gefordert, nicht aber eine Baugenehmigung. Denn diese war nach der vom Auftraggeber beabsichtigten Vorgehensweise gar nicht vorgesehen und daher nicht erforderlich. Auch bei der von der Antragstellerin vorgesehenen Variante wäre sie allenfalls unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich bei Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks, erforderlich gewesen. Im Einzelnen ist hierauf nicht einzugehen.

Eine Baugenehmigung hätte bei Bedarf jedenfalls deshalb ohne Weiteres nachgereicht werden können, weil sie nicht zu den mit dem Aufforderungsschreiben abschließend benannten Nachweisen gehörte, die mit dem Angebot vorzulegen waren (vgl. § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A). Auf die von den beteiligten aufgeworfene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Siebanlage und die Bodenlagerung oder die mobile Halle einer gesonderten Baugenehmigung bedürfen, kommt es hinsichtlich der Begründung des Ausschlusses nicht an.

Die fehlende Zertifizierung der für den Einsatz vorgesehenen Siebanlage nach ASN 170503 stellt, für sich genommen, ebenfalls keinen Ausschlussgrund dar. Unstreitig hat die Antragstellerin keine derartige Zertifizierung vorgelegt. In der mündlichen Verhandlung bestand aber zwischen den Beteiligten auch Übereinstimmung darüber, dass mobile Anlagen wie die Siebanlage der Antragstellerin keine Zertifizierung nach Abfallrecht erhalten. Das ergibt sich ebenfalls aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Abfallverzeichnisverordnung – AVV, wonach zur Zertifizierung eines Entsorgungsfachbetriebes ein Überwachungszertifikat auszustellen ist, das Name und Sitz des Betriebes sowie seine „zertifizierten Standorte“ und Tätigkeiten enthält. Für eine mobile Anlage kann es nämlich keinen zertifizierten Standort geben.

bb. Der Ausschluss hätte sich im vorliegenden Fall aber auch verboten, wenn man von der Erforderlichkeit einer Zertifizierung der Antragstellerin für Abfälle nach ASN 170503 im Zusammenhang mit dem Betreiben der Siebanlage ausginge. Denn die Bietergemeinschaft JH hat ebenfalls nicht alle Zertifikate vollständig vorgelegt. Die vorgelegte Zertifizierung des Mitgliedes F war bereits im April 2009 abgelaufen. Legt man den strengen Maßstab zugrunde, den die erkennende Kammer bisher vertreten hat (zuletzt Beschl. vom 18.3.09, VK B-2 30/08), reicht dies im Zusammenhang mit der zwingenden Ausschlussregelung (Ergänzungen A) zur Angebotsaufforderung) des Antragsgegners aus, um den Ausschluss der Bieter-

gemeinschaft herbeizuführen. Da in diesem Fall kein Bieter mehr im Verfahren verblieben wäre, hätte der Antragsgegner das Vergabeverfahren aufheben müssen, oder, wenn eine Aufhebung unverhältnismäßig wäre und mit einer erneuten Ausschreibung kein besseres Ergebnis zu erzielen wäre, jedenfalls aus Gründen der Gleichbehandlung, das Verfahren nur unter Einbeziehung der Antragstellerin fortsetzen müssen (vgl. BGH, Beschl. vom 26.9.06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.05.2006 - Verg 19/06; OLG Celle Beschl. vom 2.10.08 13 Verg 4/08).

cc. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin war jedoch aus anderen Gründen gerechtfertigt. Diese hat mit ihrem Angebot nämlich ein alternatives Verfahren vorgeschlagen, das den Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht entspricht. Damit hat sie ein unzulässiges Nebenangebot ohne Hauptangebot abgegeben. Nebenangebote waren gemäß Ziffer 7.1 des Aufforderungsschreibens nicht zugelassen.

Gemäß Positionen 1.3.2, 1.3.3, 1.3.4 des Leistungsverzeichnisses war der gelagerte Oberboden, der als gefährlicher Bauabfall eingestuft wurde (> Z 2), zu entsorgen, das heißt „aufzunehmen, aufzuladen, abzutransportieren und zu reinigen“. Damit war eine klare Reihenfolge der Arbeitsschritte vorgegeben, sodass zusammen mit den Erläuterungen in Ziffer 1.3.5 der „Zusätzlichen technischen Vorbemerkungen“ zum Leistungsverzeichnis (Bl. 66 f. d.A.) nur der Transport in eine dafür zertifizierte Reinigungsanlage (in der Regel eine Bodenwaschanlage) zur Reinigung und Entsorgung in Betracht kam. Abweichungen waren nicht vorgesehen. Dementsprechend stellte der Antragsgegner mit seinem Schreiben vom 30. Juli 2009 auf eine Bieteranfrage für alle Teilnehmer klar, dass diese Reihenfolge einzuhalten sei und Änderungen nicht vorgenommen werden dürften. Die Antragstellerin ging nach eigenem Bekunden in der mündlichen Verhandlung und schriftsätzlichem Vortrag selbst zunächst ebenfalls davon aus, dass sie den vorgegebenen Entsorgungsweg in der beschriebenen Reihenfolge einzuhalten habe. Erst als sie zu dem Schluss kam, dass mit den erreichbaren Entsorgungsanlagen und Bodenwaschanlagen ein ihrer Einschätzung nach konkurrenzfähiges Angebot nicht zu erstellen wäre, wick sie auf die nun vorgesehene Abfallbehandlung mittels einer mobilen Siebanlage aus. Ihr war dabei offenbar klar, dass dies nicht der Intention der Ausschreibung entsprach. Denn sonst hätte sie es nicht für nötig befunden, die ausführliche Projektbeschreibung einschließlich der Unterlagen und Ausführungen zur Siebanlage und S-Technologie mit dem Angebot einzureichen. Aus Sicht des verständigen, fachkundigen Bieters musste sie nämlich davon ausgehen, dass ihr Verfahren sich nicht unter die vorgegebene Leistungsbeschreibung fassen ließ.

Die Abweichungen zeigen sich darin, dass die Antragstellerin vorschlägt, den kontaminierten Boden nicht zur Reinigung abzutransportieren, sondern ihn vor Ort zu klassieren, also vor zu behandeln, um dann Boden mit anderen Schadstoffkonzentrationen zu erhalten, im Wesentlichen schwach kontaminierte Fraktionen, die wieder verwertbar sind, sowie eine zu entsorgende Restmenge, die in eine zertifizierte Entsorgungsanlage abzutransportieren wäre. Hiermit wären Register- und Nachweispflichten nach §§ 42, 43 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz - KrW-/AbfG i.V.m. § 24 Nachweisverordnung verbunden, die behördlicher Kontrolle unterliegen. Während sich der Antragsgegner dem Abtransport an zertifizierte Entsorgungsanlagen des gefährlichen Abfalls und damit des Problems der Überwachung von Reinigung und Entsorgung entledigen wollte, hätte ihn das Angebot der Antragstellerin dazu veranlasst, sich mit den Voraussetzungen und der Effizienz der Abfallbehandlung mittels der Siebanlage auseinanderzusetzen sowie das Reinigungsverfahren selbst im Rahmen seiner Aufsichtspflichten zu begleiten. Die Vertreter des Antragsgegners haben in der mündlichen Verhandlung deutlich zum Ausdruck gebracht, dass genau dies mit dem vorgeschriebenen Entsorgungsablauf ausgeschlossen werden sollte. Allein schon die Gefahr eines erhöhten Überwachungsaufwandes war wegen des zu befürchtenden Personalaufwandes auf Seiten des Antragsgegners nicht erwünscht.

Zwar sprechen sowohl Gründe des sparsamen Einsatzes von Haushaltsmitteln als auch das Wettbewerbsgebot dafür, auch innovative kostensparende Lösungen, wie der von der An-

tragstellerin vorgeschlagene Weg, durch Zulassung von Alternativen bei der Ausschreibung zu berücksichtigen. So kann der Wettbewerbsgrundsatz den Auftraggeber verpflichten, vor Festlegung der Ausschreibungsbedingungen sich einen möglichst breiten Überblick über die in Betracht kommenden technischen Lösungen ("Verfahren" i.S.d. § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A) zu verschaffen und einzelne Lösungswege nicht von vornherein auszublenden. Sind mehrere technische Verfahren möglich, hat er zu prüfen und positiv festzustellen, warum eine durch die technischen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses (auch nur inzident) ausgeschlossene Lösungsvariante zur Verwirklichung des Beschaffungszwecks nicht geeignet erscheint. (OLG Jena, Beschl. vom 26.06.2006 – 9 Verg 2/06). Allerdings hat der Bieter gerade dann, wenn er einen innovativen Verfahrensweg beschreiten will und sieht, dass die Ausschreibung hierfür (insbesondere durch Nichtzulassung von Nebenangeboten) keinen Spielraum lässt, eine Verpflichtung, diesen Umstand rechtzeitig zu rügen (VK Berlin, Beschl. vom 20.4.09, VK-B-2 2/09; Beschl. vom 8.2.08 VK-B-2-38/07).

Die Antragstellerin hat dagegen, als sie den Eindruck gewann, dass sie mit dem von der Leistungsbeschreibung vorgezeichneten konventionellen Vorgehen nicht erfolgreich wäre, nicht die engen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses gerügt, sondern stillschweigend ihr Verfahren in das Leistungsverzeichnis eingebaut. Mit der rügelosen Hinnahme der einschränkenden Leistungsvorgaben und fehlenden Zulassung von Nebenangeboten hat sich die Antragstellerin die Möglichkeit genommen, ein wertungsfähiges Alternativangebot abzugeben. Soweit sie die Ansicht vertritt, ihre Angaben unter „vorgesehene Reinigungsanlage/ Menge in t“ entsprechen den Ausschreibungsbedingungen, weil mehrere Eintragungen möglich gewesen seien, ist dies nicht nachvollziehbar. Aus Sicht eines verständigen Bieters konnte die Mehrfachnennung nur so verstanden werden, dass es sich um eine reine Mengenverteilung desselben Substrats auf mehrere Abnehmer handeln sollte: Wenn schon zweifelhaft ist, ob die Siebanlage der Antragstellerin als „Reinigungsanlage“ anzusehen ist, so wird spätestens bei dem Eintrag „Hergestellte Böden zur Lieferung für Baufeld JH“ deutlich, dass es sich dabei um keine Reinigungsanlage handeln kann. Der Einwand der Antragstellerin, es handle sich bei dem Wiedereinbau um eine Option, trägt nicht. Denn die Ausschreibung ließ – entgegen der Titulierung als Verhandlungsverfahren – keine Varianten zu. Insofern war auch der Vorschlag der Antragstellerin, die mobile Siebanlage wahlweise auf der Baustelle oder auf dem benachbarten Grundstück aufzustellen, abgesehen von den genannten Gründen nicht zulässig. Denn damit fehlte es an der hinreichenden Eindeutigkeit (vgl. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5, Nr. 2 Satz 2 VOB/A).

dd. Der Streit der Beteiligten über die Frage, inwieweit die von der Antragstellerin eingesetzte Siebanlage den zugesagten Erfolg, nämlich die Abtrennung nicht gefährlicher Bestandteile des gefährlichen Abfalls tatsächlich garantieren kann, muss nicht abschließend geklärt werden, da der Antrag zu 2. aus den genannten Gründen (cc.) keinen Erfolg hat.

ee. Die abgelaufene Zertifizierung eines Mitglieds der Bietergemeinschaft JH führt im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis. Der diesbezüglich vorzunehmende Ausschluss beruht nämlich nicht auf dem gleichen oder einem gleichwertigen Mangel wie das Angebot der Antragstellerin. Ein Bieter kann auch, unabhängig davon, ob er selbst ausgeschlossen wurde, seinen Nachprüfungsantrag auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß § 97 Abs. 2 GWB stützen, wenn der konkurrierende Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, wegen des gleichen oder eines gleichwertigen Mangel ebenfalls ausgeschlossen werden müsste und kein zuschlagsfähiges Angebot mehr in der Wertung verbleibt (s.o. bb. BGH, Beschl. vom 26.9.06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.05.2006 - Verg 19/06; OLG Celle, Beschl. vom 2.10.08 13 Verg 4/08; VK Berlin, Beschl. vom 18.3.09 VK-B-2-30/08, vom 27.2.09 VK B-2-31/08).

Wann ein gleichwertiger Mangel vorliegt, wird von der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. In der Regel wird Gleichwertigkeit jedenfalls dann bejaht, wenn das Angebot des konkurrierenden Bieters auf der gleichen oder einer früheren Wertungsstufe auszuschließen wäre wie das des Antragstellers (1. VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 31.7.08 - 1 VK LVwA

04/08; 1. VK Sachsen, Beschl. v. 17.12.07 - 1/SVK/073-07; Beschl. v. 24.5.07 - 1/SVK/029-07; Beschl. v. 11.1.07 – 1/SVK/116/06). Ein Anspruch nach § 97 Abs. 7 GWB setzt allerdings auch voraus, dass dem antragstellenden Bieter kein derart schwerwiegender Ausschlussgrund anhaftet hat, dass er auch in einer „zweiten Runde“ keine Chance auf den Zuschlag hätte (3. VK Bund, Beschl. vom 6.4.09 - VK 3 - 49/09). Ähnlich liegt der Fall hier. Auch eine von der Ausschreibung nicht zugelassene wesentliche Abweichung des Verfahrens der Leistungserbringung ist nicht mit dem Fehlen einer Bescheinigung für eine kleinere Teilleistung vergleichbar und daher nicht als gleichwertiger Mangel anzusehen. Die Antragstellerin bietet eine grundlegend andere Vorgehensweise an, während die Bietergemeinschaft JH alle Anforderungen des Auftraggebers bis auf die Vorlage eines Nachweises erfüllt. Angesichts des Verfahrensstandes (Fortführung eines gekündigten Auftrags) und der Tatsache, dass lediglich zwei Bieter im Verfahren zur Verfügung stehen, käme eine Aufhebung nicht in Betracht. Dies wäre eine für alle Seiten unzumutbare und unverhältnismäßige Verzögerung. Vielmehr wäre dem Antragsgegner aufzuerlegen, im Rahmen des bestehenden Verfahrens zu beseitigenden Mängeln zu korrigieren (vgl. VK Berlin, Beschl. vom 18.3.09 VK-B-2-30/08, vom 27.2.09 VK B-2-31/08). In diesem Rahmen könnten fehlende Unterlagen nachgereicht oder Unklarheiten ausgeräumt werden. An dem grundlegend anderen Entsorgungsverfahren, das die Antragstellerin anbietet, würde sich allerdings nichts ändern. Eine Verpflichtung des Antragsgegners, sich darauf einzulassen, besteht nach den obigen Ausführungen jedenfalls im jetzigen Verfahrensstadium nicht mehr. Somit kann die Antragstellerin eine Wiederholung des Verfahrens mit ihrer Einbeziehung unter den Umständen dieses Falles nicht geltend machen.

ff. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Ausschluss der Bietergemeinschaft JH wegen wettbewerbsbeschränkender Abrede nach § 97 Abs. 7 GWB i.V.m. § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A besteht nicht. Zwar kommt nach Auffassung der Kammer diesbezüglich ein mit dem unzulässigen Alternativangebot von seinem Gewicht her vergleichbarer Ausschlussgrund in Betracht, so dass die Antragstellerin trotz ihres fehlerhaften Angebots einen Anspruch auf Durchführung eines den Vergabevorschriften entsprechenden Verfahrens geltend machen könnte. Über die Frage der Gleichwertigkeit des Mangels dieses Gesichtspunktes ist jedoch nicht abschließend zu befinden, weil die Antragstellerin die vermeintliche Wettbewerbsbeschränkung nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt hat. So bleibt beispielsweise im Unklaren, zu welchen Konditionen Mitglieder oder Nachunternehmer der Bietergemeinschaft der Antragstellerin ihre Leistungen anboten, welche sonstigen Entsorgungsanlagen im weiteren Umkreis zur Verfügung gestanden hätten und wie sich der Zusammenschluss der Bietergemeinschaft tatsächlich auf den Angebotspreis der Antragstellerin bei einem dem Leistungsverzeichnis entsprechenden Ablauf ausgewirkt hätte.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert (Angebot der Antragstellerin 2.559.39, 21 Euro brutto) unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Da keine Verfahrensbevollmächtigten beauftragt waren und kein Bieter beizuladen war, andererseits aber eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und durch die umfangreichen Materialien zur Abfallentsorgung und zum Abfallrecht zusätzlicher Aufwand verursacht wurde, bewegte sich der Verwaltungsaufwand der Vergabekammer insgesamt im durchschnittlichen Bereich. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hält die Kammer den der Gebührentabelle entsprechenden Betrag von 3300 EUR für angemessen. Billigkeitsgründe für eine Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB ein Beteiligter zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Da beide Beteiligte teilweise unterlagen, war eine Kostenverteilung vorzunehmen. Dabei wiegt der Gesichtspunkt der Abweisung deutlich schwerer als die Feststellung der Unwirksamkeit des bisher geschlossenen Vertrages. Dementsprechend wurde der Anteil der Antragstellerin an den Kosten auf zwei Drittel festgelegt, während der Antragsgegner das weitere Drittel zu tragen hat. Kosten durch Verschulden eines Beteiligten (§ 128 Abs. 3 Satz 2 GWB) sind nicht entstanden. Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung durch Verfahrensbevollmächtigte sind nicht angefallen und waren daher nicht zu erstatten.

IV. Rechtsmittelbelehrung

Vorsitzender