

**2. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

**69 d - VK 10/2014**



**Stichworte:**

Auslegung der Auftragsbekanntmachung; positive Kenntnis im Sinne von § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB bei mutwilligem Sich-Verschließen vor der Erkenntnis eines - vermeintlichen - Vergaberechtsverstoßes

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

den

- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen:

Vergabeverfahrens

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel ohne mündliche Verhandlung am 20. Mai 2014 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

### Gründe:

#### I.

Der Antragsgegner (Vergabestelle) schrieb mit Vergabebekanntmachung vom 21. Januar 2014 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Vergabenummer den Dienstleistungsauftrag für den im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach dem 2. Abschnitt Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen europaweit aus. Anlass für die Ausschreibung ist die zum 1. Januar 2015 geltende Pflicht der flächendeckenden getrennten Sammlung von Bioabfällen Die Einsammlung der Bioabfälle (Biotonne) einschließlich des Transportes zu den ist nicht Gegenstand der Ausschreibung. Die Beförderung dieser Abfälle erfolgt durch die kreisangehörigen Kommunen zu den Die Aufteilung des Auftragsumfanges erfolgt in Form von Gebietslosen (West und Ost). Die Vertragslaufzeit beträgt zehn Jahre.

Unter Ziffer II.1.5) „Kurze Beschreibung des Auftrages oder Beschaffungsvorhabens“ der Vergabebekanntmachung heißt es:

„[...] Gegenstand der zu vergebenden Leistungen ist insbesondere:

- die Übernahme der angelieferten Bioabfälle an einer oder bis zu max. zwei Übernahmestellen je Gebietslos des zukünftigen Auftragnehmers. Die Übernahmestelle(n) (Umschlaganlage, Erstbehandlungsanlage oder Verwertungsanlage) sollen sich im Sinne einer Zielvorgabe im oder in einer max. Distanz (Luftlinie) von 7,5 km um den befinden

- sämtliche Transport- und Logistikaufwendungen, die sich von der Übernahme der Bioabfälle (Übernahmestellen(n) des AN) bis zu deren vollständigen Verwertung ergeben.“

Unter Ziffer III.2.1) – „Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister – Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen“ – heißt es:

„Alle geforderten Nachweise und Erklärungen gemäß Ziffer III.2.1 bis III.2.1 bis III.2.3 sind innerhalb der Bewerbungsfrist mit Teilnahmeantrag vorzulegen, soweit sich der Auftraggeber dies nicht ausdrücklich anders vorbehalten hat. Der Auftraggeber weist ausdrücklich darauf hin, dass unvollständige Bewerbungen von der Teilnahme am weiteren Verfahren ausgeschlossen werden können.“

Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung lautet: „Technische Leistungsfähigkeit – Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

1. [...],
7. Vorlage eines ersten Grobkonzeptes für die Behandlung und Verwertung von Bioabfällen unter besonderer Berücksichtigung energetischer und stofflicher bzw. ökologischer Aspekte mit folgenden Angaben:
  - Anzahl, Lage (Ort) und Ausstattung der Übernahmestelle (N),
  - Angaben über die Art der Behandlung und Verwertung, insbesondere Angaben zu den vorgesehenen Anlagen und deren Kapazitäten“.

Unter Ziffer IV.1.2 heißt es: „Beschränkung der Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden: „Mindestens drei Teilnehmer / höchstens fünf Teilnehmer.

Objektive Kriterien für die Auswahl der begrenzten Zahl von Bewerbern:

Auf der Grundlage der gemäß Ziffer III.2.1 bis III.2.3 vollständig eingereichten Unterlagen erfolgt die Auswahl der Teilnehmer durch Bewertung der vorgelegten Unterlagen gemäß Ziffer III.2.1 bis III 3.2.3, insbesondere der Referenzen und Schlüssigkeit des vorgelegten Grobkonzeptes gemäß Ziffer III.2.3) Ziffer VII“.

Die Antragstellerin gehörte zu den Bewerbern. Die in der Folgezeit aufkommenden Bewerberfragen fasste der Antragsgegner schriftlich zusammen und ließ sie allen Bewerbern zusammen mit deren Beantwortung zukommen. Die Antragstellerin stellte kein Fragen. Ihren Teilnahmeantrag vom \_\_\_\_\_ reichte die Antragstellerin fristgerecht beim Antragsgegner ein.

Mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ schloss der Antragsgegner die Antragstellerin vom weiteren Verfahren aus, da ihr Teilnahmeantrag wegen nicht ausreichend nachgewiesener materieller Eignung nicht weiter berücksichtigt werden könne. Unter Ziffer III.2.3) Nr. 7 der Bekanntmachung sei explizit die Vorlage eines Grobkonzeptes gefordert, in dem unter anderem konkrete Angaben zu „Anzahl, Lage (Ort) und Ausstattung der

Übernahmestelle (n)“ zu machen gewesen seien. Damit sei eine Übernahmestelle mit der Bewerbung nachzuweisen gewesen. Mit dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin seien jedoch keine hinreichend konkreten Angaben oder Informationen über die von der Antragstellerin in Aussicht gestellte Übernahmestelle vorgelegt worden. Vielmehr habe sie lediglich einen Hinweis auf stattfindende Verhandlungen ohne Nennung der Örtlichkeit und des Verhandlungspartners gegeben.

Ein solcher Hinweis könne nicht für die erforderliche Nachweisqualität herangezogen werden. Damit sei der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht hinreichend geführt worden.

Mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ übermittelt per Fax am selben Tag, rügte die Antragstellerin ihren Ausschuss. Die Ausführungen des Antragsgegners stünden in erheblichem Widerspruch zu der europaweiten Ausschreibung sowie den übersandten Ausschreibungsunterlagen. Sie seien darüber hinaus in einem Teilnahmewettbewerb unangemessen und diskriminierend und damit rechtswidrig. Unter Bezugnahme auf die Ziffer III.2.3. Nr.7 und die sich in den Ausschreibungsunterlagen befindliche Anlage 11 führt die Antragstellerin aus, sie habe ein 18-seitiges Verwertungskonzept vorgelegt und hinsichtlich der Übernahmestelle mitgeteilt, dass sie bereit und willens sei, eine Übernahmestelle im \_\_\_\_\_ bzw. in der vorgegebenen Entfernung von 7,5 km von der Kreisgrenze einzurichten und dass sie hierzu eine konkrete Übernahmestelle im Auge habe, die bereits über eine Genehmigung nach AVV-Nr. 200 301 verfüge. Mit dieser befinde sie sich in Verhandlungen über eine Nutzung im Auftragsfall. Mehr sei nach dem Text der EU-Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert. Insbesondere sei es nicht zulässig, in einem Teilnahmewettbewerb und in einem „Grobkonzept“ die Benennung konkreter Übernahmestellen zu fordern, die, da ja ein derartiger Auftrag derzeit nicht bestehe, erst eingerichtet werden müssten.

In einem Teilnahmewettbewerb könne von Interessenten nicht der Nachweis von Anlagen im Gebiet der auszuschreibenden Stelle gefordert werden. Dies würde es Interessenten, die bisher im \_\_\_\_\_ nicht tätig seien, unmöglich machen, sich zu bewerben. Eine solche Forderung wäre diskriminierend, da sie nur dem Fernhalten von Interessenten dienen könne und klar vergaberechtswidrig sei. Im Rahmen des Angebotes könne die konkrete Benennung von Anlagen gefordert werden, nicht aber in einem Teilnahmewettbewerb. Hier könnten allenfalls Konzepte oder Referenzen verlangt werden, nicht aber Anlagen im Gebiet der ausschreibenden Stelle.

Darüber hinaus gebe das auch der Wortlaut der Ausschreibung nicht her. Dort werde kein konkreter Nachweis oder eine Benennung der Übernahmestelle gefordert, sondern nur die Anzahl, Lage (Ort) und Ausstattung. Hierzu habe sie, die Antragstellerin jeweils Ausführungen dazu gemacht. Mithin habe sie alle erforderlichen Angaben geliefert, die der Ausschreibungstext fordere und wie sie in einem Teilnahmewettbewerb und im Rahmen eines Grobkonzeptes überhaupt gefordert werden dürften. Die vom Antragsgegner bemängelte fehlende Nennung der konkreten Örtlichkeit und des Vertragspart-

ners entspringe alleine ihrer – falschen – Interpretation des Ausschreibungstextes. Von Nachweisen sei dort nämlich keine Rede, auch nicht von konkreten Angaben. Die generelle Eignung eines Bewerbers könne nicht vom Nachweis von konkreten Anlagen im abhängig gemacht werden, denn dies sei kein geeignetes Kriterium im Rahmen einer Eignungsprüfung.

Mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom teilte der Antragsgegner mit, die Rüge sei aus zwingenden rechtlichen Gründen zurückzuweisen. Der Teilnahmeantrag habe nicht den in Ziffer III.2.3) Nr. 7 formulierten Anforderungen genügt, so dass der Antragstellerin die Eignung insgesamt habe abgesprochen werden müssen. Eine Eignungsprüfung im Rahmen der formulierten Anforderungen sei nur dann möglich, wenn die Antragstellerin auch konkret eine Übernahmestelle benenne und nicht lediglich ihre Bereitschaft formuliere, eine Übernahmestelle in dem vom Antragsgegner bezeichneten Gebiet einzurichten. Die im Teilnahmeantrag der Antragstellerin enthaltenen Angaben erlaubten daher keine prognostische Prüfung, ob die Antragstellerin tatsächlich eine Übernahmestelle wird nachweisen können. Es sei schon von Rechts wegen auch unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB ausgeschlossen, einen geforderten Eignungsnachweis unter diesen Voraussetzungen als geführt anzusehen.

Darüber hinaus sei dies auch kein unangemessener Eignungsnachweis. Mit Rücksicht auf die zum 1. Januar 2015 erstmals neu einzuführende Biotonne im stünden nach den Marktanalysen des Antragsgegners im Vorfeld der Ausschreibung derzeit nur eingeschränkte Verwertungskapazitäten im größeren zur Verfügung. Es sei daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass eine oder mehrere Übernahmestellen als Umschlaganlage für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages benötigt werden würden. Da der Antragsgegner als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger für die Entsorgung der Bioabfälle gemäß den einschlägigen rechtlichen Vorschriften zuständig sei, habe sich dieser die Meinung gebildet, dass eine ordnungsgemäße Verwertung der aus dem Kreisgebiet stammenden Bioabfälle zum 1. Januar 2015 nur dann möglich sei, wenn im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit von den Bewerbern neben den vorhandenen Entsorgungseinrichtungen auch etwa erforderliche Übernahmestellen im Teilnahmeantrag konkret benannt werden. Denn nur in diesem Falle sei davon auszugehen, dass zum 1. Januar 2015 eine abfallrechtlich ordnungsgemäße Entsorgung von dem auszuwählenden erfolgreichen Bieter gewährleistet werden könne. Des Weiteren sei darauf hinzuweisen, dass die Forderung des Nachweises einer Übernahmestelle in einem bestimmten Gebiet, das übrigens nicht auf das Kreisgebiet beschränkt sei, verhältnismäßig sei und keinerlei diskriminierenden Charakter aufweise. Der Wettbewerb habe gezeigt, dass auch ortsfremde Bewerber unproblematisch in der Lage gewesen seien, mit ihrem Teilnahmeantrag die geforderten Eignungsnachweise zu erbringen. Auch dies bestätige, dass die im Bekanntmachungstext im Zusammenhang mit der Übernahmestelle erfolgten Angaben

und Anforderungen an die Teilnahmeanträge klar und eindeutig gewesen seien. Die Mitbewerber hätten dies jedenfalls nicht missverstanden.

Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Rüge der Antragstellerin jedenfalls verfristet und auch schon deshalb zurückzuweisen sei. Die angebliche Unzulässigkeit des Nachweises einer konkreten, örtlich zu benennenden Übernahmestelle sei unproblematisch erkennbar gewesen. Die Bewerbungsfrist sei am \_\_\_\_\_ abgelaufen und mit-  
hin die Rüge vom \_\_\_\_\_ verspätet.

Mit Schriftsatz vom \_\_\_\_\_ stellt die Antragstellerin den diesem Beschluss zugrundeliegenden Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie im Wesentlichen ihr Vorbringen aus dem Rügeschreiben vom \_\_\_\_\_

Des Weiteren trägt sie vor, von der Forderung nach einer konkreten Benennung einer Übernahmestelle stehe in den Ausschreibungsunterlagen und in der Ausschreibung nichts. Weder auf der Grundlage von Ziffer III.2.3. Nr. 7 noch auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung unter Ziffer II.1.5) der EU-Bekanntmachung könne ein vernünftiger Mensch und fachkundiger Bewerber auf die Idee kommen, dass damit die konkrete Benennung, mit anderen Worten der Nachweis einer Übernahmestelle in dem genannten Gebiet, verlangt werde. Vielmehr hätte es heißen müssen: „Angabe einer oder mehrerer Übernahmestelle(n) mit konkreter Bezeichnung der Lage (Adresse).“ Fachkundige Bewerber müssten nicht unterstellen, dass eine Vergabestelle im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbes schon auf der ersten Stufe rechtswidrige Nachweise fordere. Das Verlangen der Vorhaltung eines Geschäftslokales, wie hier einer Übernahmestelle im örtlichen Gebiet, könne nicht zum Kriterium einer Eignungsprüfung im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbes gemacht werden. Dies sei eine klassische diskriminierende Bedingung, die nur einen Zweck habe, nämlich ortsansässige Unternehmen zu bevorzugen und andere zu benachteiligen. Die Bevorzugung ortsansässiger oder regional verwurzelter Unternehmen stelle einen typischen Fall einer sogenannten mittelbaren Diskriminierung dar. Ein vernünftiger Bewerber müsse unterstellen, der Antragsgegner wolle sich rechtskonform verhalten und könne den Text deshalb nur so auslegen, dass er vergaberechtskonform sei. Eine rechtswidrige Forderung müsse man nicht unterstellen, wenn auch eine rechtmäßige Auslegung möglich sei. Rechtmäßig und dem Wortlaut objektiv auch entsprechend, sei allein die Angabe, ob ein Bewerber Willens sei, in dem benannten Gebiet eine oder mehrere Übernahmestelle(n) einzurichten und wie diese beschaffen, das heißt zertifiziert sein sollen. Diese Angaben habe die Antragstellerin gemacht. Sie habe hinsichtlich der Übernahmestelle mitgeteilt, dass sie bereit und willens sei, eine Übernahmestelle im \_\_\_\_\_ bzw. in der vorgegebenen Entfernung von 7,5 km von der Kreisgrenze einzurichten und dass sie hierzu eine konkrete Übernahmestelle im Auge habe, die bereits über eine Genehmigung für die Annahme von Siedlungsabfällen verfüge, mit der sie sich in Verhandlungen über eine Nutzung befinde. Diese Angaben seien nach dem Ausschreibungstext vollkommen ausreichend, da im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbes nicht mehr gefordert werden dürfe und

die Ausschreibungsunterlagen so zu interpretieren seien, dass sie keine rechtswidrigen Bedingungen enthalten.

Wegen des weiteren Vortrages im Hinblick auf die Antragsbefugnis, wird auf die Seiten 7 bis 12 des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 8. Mai 2014 Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass sie durch den Antragsgegner mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ nicht wirksam aus dem Teilnahmewettbewerb für das Vergabeverfahren „Kooperation bei der Behandlung und Verwertung einschließlich Transport von Bioabfällen“, Verhandlungsverfahren mit europaweiterem Teilnahmewettbewerb, ABL.-EU Nr. 2014/S 014-021068 vom \_\_\_\_\_ ausgeschlossen wurde,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, sie im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes weiter an dem Verfahren zu beteiligen, hilfsweise,
3. festzustellen, dass sie durch den Antragsgegner in ihren Rechten verletzt worden ist.
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Er ist der Auffassung, die Antragstellerin sei nicht gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, denn sie habe keine reelle Chance auf Erteilung des Zuschlages. Wegen des Vortrages insoweit wird auf die Seiten 3 bis 9 des Schriftsatzes des Antragsgegners vom 30. April 2014 Bezug genommen.

Des Weiteren sei die Antragsbefugnis der Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 2 GWB auch insoweit zu verneinen, als sich diese unter Ziffer II.2. auf Seite 5 des Nachprüfungsantrages vom \_\_\_\_\_ auf eine mit dem Eignungsnachweis der konkreten Benennung einer Übernahmestelle vermeintlich verbundene diskriminierende Wirkung dieses Eignungsnachweises berufe. Die Antragsbefugnis scheitere insoweit daran, dass die vermeintlich diskriminierende Wirkung des Eignungsnachweises die Antragstellerin selbst offensichtlich nicht treffe. Denn die Antragstellerin befinde sich nach ihrem eigenen Vortrag bereits in Verhandlungen zur Nutzung einer vorhandenen Übernahmestelle in dem gegebenen räumlichen Umkreis. Damit dokumentiere die Antragstellerin, dass jedenfalls sie selbst grundsätzlich in der Lage sei, eine konkrete Übernahmestelle zu benennen. An einer Verletzung der Antragstellerin in eigenen Rechten im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB, mithin an der Antragsbefugnis, fehle es daher insoweit. Dies ergebe sich daraus, dass das Nachprüfungsverfahren ein Verfahren des subjektiven Rechtsschutzes darstelle, also gerade nicht als ein objektives Beanstandungsverfahren zu erachten sei.

Dem Nachprüfungsantrag fehle es im Übrigen an der Zulässigkeitsvoraussetzung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Das Erfordernis der konkreten Benennung einer Übernahmestelle im Rahmen des vorzulegenden Grobkonzeptes sei eindeutig aus dem Wortlaut des Bekanntmachungstextes zu entnehmen. Prüfungsmaßstab für die Erkennbarkeit vermeintlicher Vergaberechtsverstöße im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB sei dabei die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Antragstellers. Erkennbar seien damit Vergaberechtsverstöße, die von einem Durchschnittsanbieter bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen erkannt werden. Anknüpfend an diesen Sorgfaltsmaßstab fielen unter den Anwendungsbereich des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB insbesondere vermeintlich überzogene oder vermeintlich unzumutbare (Mindest-)Anforderungen an die Eignung. Unter Zugrundelegung dessen ergebe sich aus dem Wortlaut der Bekanntmachung und dem Sinn und Zweck des geforderten Eignungsnachweises, dass der Ort der von den Unternehmen vorgesehenen Übernahmestelle(n) konkret zu benennen gewesen sei. Darüber hinaus ergebe sich auch aus dem der Vergabekammer vorliegenden Auswertungsvermerk für den Teilnahmewettbewerb, dass keiner der Mitbewerber den Inhalt und die Bedeutung des Eignungsnachweises nach Ziffer III.2.3) Nr. 7 der Bekanntmachung missverstanden habe. Da die Bewerbungsfrist am   
 abgelaufen sei, sei mithin die Rüge der Antragstellerin vom   
 verspätet und damit unbeachtlich.

Darüber hinaus sei die erhobene Rüge der Antragstellerin in Bezug auf den vermeintlich vergaberechtswidrigen Eignungsnachweis nach Ziffer III.2.3) Nr. 7 der Bekanntmachung auch nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB verfristet. Selbst wenn man zu Gunsten der Antragstellerin, bei ausdrücklich unterstelltem, besonders schwierigem und umfangreichen Sachverhalt und damit der vergaberechtlich ausnahmsweise zulässigen Ausschöpfung der maximalen Rügefrist von zwei Wochen ausgehen würde, wäre die Rüge der Antragstellerin vom   
 verfristet. Denn die für solche Fälle als zulässig erachtete maximale zweiwöchige Rügefrist endete gerechnet vom Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung am   
 am   
 Folglich sei die Beanstandung der Antragstellerin mit Schreiben vom   
 die der Antragsgegnerin am   
 zugegangen ist, erst deutlich nach Ablauf der zweiwöchigen maximalen Rügefrist erfolgt.

Des Weiteren sei der Nachprüfungsantrag im Übrigen auch unbegründet. Wegen dieses Vortrages wird auf die Seiten 18 bis 23 des Schriftsatzes des Antragsgegners vom   
 Bezug genommen.

Mit Verfügung vom   
 verlängerte die Vorsitzende gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer bis zum

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakten des Antragsgegners Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.



## II.

Die Vergabekammer hat nach Lage der Akten entschieden, da der Nachprüfungsantrag unzulässig ist, § 112 Abs. 1 Satz 3, 2. Var. GWB.

Der Nachprüfungsantrag ist sowohl im Hinblick auf den Hauptantrag (dazu A.) als auch im Hinblick auf die Hilfsanträge (dazu B.) unzulässig.

A. Der Hauptantrag ist unzulässig.

- I. Die Vergabekammer versteht das in den Anträgen zu 1) und zu 2) zum Ausdruck kommende Antragsbegehren dahingehend, dass die Antragstellerin die Rückgängigmachung ihres Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren erwirken und weiterhin am Vergabeverfahren beteiligt sein möchte. Eine solche Verpflichtung beinhaltet auch gleichzeitig die Feststellung des nicht rechtmäßigen Ausschlusses, auch wenn diese nicht explizit ausgesprochen wird. Nach allgemeinen verwaltungs- wie zivilprozessualen Grundsätzen sind Feststellungsanträge unzulässig, wenn ein Antrag auf den Erlass einer gestaltenden Entscheidung zulässig ist. Es ist kein Grund ersichtlich, dies im Nachprüfungsverfahren anders zu handhaben.
- II. Die Vergabekammer kann es offen lassen, ob die Antragstellerin antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB ist, woran jedoch erhebliche Zweifel bestehen. Jedenfalls ist die Antragstellerin mit ihrem behaupteten Vorwurf der vergaberechtlichen Unzulässigkeit des Eignungsnachweises nach Ziffer III.2.3) Nr. 7 der Vergabebekanntmachung hinsichtlich der konkreten Benennung mindestens einer Übernahmestelle gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 (dazu 1.) und Nr. 1 (dazu 2.) GWB präkludiert. Dass der Ausschluss der Antragstellerin als Rechtsfolge der unterlassenen örtlichen Benennung mindestens einer Übernahmestelle gegen Vorschriften des Vergaberechts verstoßen könnte, wurde überhaupt nicht gerügt (dazu 3.).
1. Der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts war aufgrund der Bekanntmachung erkennbar und hätte mithin spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung gegenüber dem Antragsgegner gerügt werden müssen, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB. Aus der Bekanntmachung geht hervor, dass die von den Bewerbern vorgesehene(n) Übernahmestelle(n) bereits konkret in den Teilnahmeanträgen zu benennen sind. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut (dazu a)) und dem Zweck (dazu b)) der Ziffer III.2.3 Nr.7 der Bekanntmachung. Der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts war für diese auch erkennbar (dazu c)).

- a) Die Auftragsbekanntmachung ist grundsätzlich nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen (§§ 133, 157 BGB) und zwar aus der Sicht eines verständigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters. Voraussetzung für eine Auslegung ist allerdings die Auslegungsbedürftigkeit. Hat eine Erklärung nach ihrem Wortlaut einen eindeutigen Inhalt, so ist für eine Auslegung kein Raum (Palandt / Ellenberger, BGB, 72. Auflage 2014, § 133 RdNr. 6).

So liegt der Fall auch hier. Der Wortlaut der Ziffer III.2.3) Nr. 7 der Bekanntmachung ist eindeutig. Der Begriff „Ort“ ist eindeutig und daher keiner Auslegung zugänglich. Der Begriff bezeichnet den Teil einer Adresse oder Anschrift, der einer Postleitzahl zugeordnet ist, in der Regel also eine bestimmte Stadt oder Gemeinde. Bezogen auf die Ausschreibung bedeutet dies für die Nummer 7 der Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung, dass Bewerber den Ort der möglichen Übernahmestelle(n) konkret in ihren Teilnahmeanträgen zu benennen hatten.

Daraus ergibt sich zugleich, dass entgegen der Auffassung der Antragstellerin eben keine Adresse / Anschrift im postalischen Sinn verlangt war. In jedem Formular wird zwischen der Anschrift / Adresse einerseits und ihren Bestandteilen (Straße, Hausnummer, Postleitzahl, Ort) andererseits unterschieden.

Auch ein Verfügbarkeitsnachweis war von den Bewerbern mit dem Teilnahmeantrag nicht vorzulegen, da ein solcher weder in der Ausschreibung noch in den Vergabeunterlagen gefordert war.

- b) Dieses am Wortlaut orientierte Verständnis entspricht auch dem vom Antragsgegner offensichtlich intendierten Zweck. Es erscheint ohne Weiteres sinnvoll und nachvollziehbar, dass sich die Vergabestelle aufgrund der zu erwartenden Abfallmenge und der nur begrenzt zur Verfügung stehenden Verwertungskapazitäten im Großraum des \_\_\_\_\_ durch die konkrete Benennung der möglichen Übernahmestelle(n) bereits im Teilnahmeantrag einen Überblick darüber verschaffen wollte, ob eine oder mehrere Übernahmestelle(n) als Umschlaganlage für die ordnungsgemäße abfallrechtliche Entsorgung bzw. Ausführung des Auftrages benötigt werden, um damit ihren gesetzlichen Auftrag zu erfüllen. Darüber hinaus müssen die Transportwege zu den Übernahmestellen für die kreisangehörigen Gemeinden, die hierfür zuständig sind, zumutbar sein, dies insbesondere auch im Hinblick auf die daraus entstehenden Kosten. Nur bei Benennung des Ortes / der Orte der Übernahmestelle(n) konnte der Antragsgegner zudem prüfen, ob die Mindestanforderung einer Maximalentfernung von 7,5 km vom Landkreis Offenbach erfüllt ist.



- a) Die Antragstellerin hat im Vorfeld ihrer Bewerbung damit begonnen, (jedenfalls im Auftragsfall) (eine) Übernahmestelle(n) örtlich benennen zu können. Bereits mit Beginn dieser Bemühungen muss der Antragstellerin klar geworden sein, dass die örtliche Benennung der Übernahmestelle(n) bestimmten Bewerbern leichter fallen kann als anderen. Damit hat sie den behaupteten Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts erkannt. Denn dieses Vorbringen gegenüber der Vergabestelle hätte als Rüge nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ausgereicht, um den Antragsgegner dazu zu veranlassen, die Vereinbarkeit seines Vorgehens mit § 97 Abs. 2 GWB zu prüfen und der Rüge der Antragstellerin gegebenenfalls (frühzeitig) abzuhelfen.
- b) Die positive Kenntnis im Sinne von § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB kann auch in dem Fall bejaht werden, in welchem der Kenntnisstand des Antragstellers in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht einen solchen Grad erreicht hat, dass ein weiteres Verharren in Unkenntnis als ein mutwilliges Sich -Verschließen vor der Erkenntnis eines Vergaberechtsverstoßes gewertet werden muss (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06 - Juris). Neben dem eindeutigen Wortlaut der Vergabebekanntmachung erhielt die Antragstellerin auch die kompletten Bewerberfragen und den dazugehörigen Antwortkatalog. Hier sind insbesondere die Bieterfragen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 9 sowie die jeweiligen Antworten maßgebend. Hinsichtlich der Bieterfrage Nr.3 führt der Antragsgegner aus, dass mindestens eine Übernahmestelle zu benennen ist. Aus der Antwort auf Frage Nr.4 ergibt sich nochmals, dass die Schlüssigkeit des vorgelegten Grobkonzeptes maßgebend ist und aus der Antwort zu der Bieterfrage Nr. 9 ergibt sich eindeutig, dass die konkrete örtliche Benennung der Übernahmestellen in Bezug zu dem zu erwartenden Transportaufwand der Kommunen steht (Kosten, die der jeweiligen Kommune entstehen). Auch hieraus ergibt sich, dass es dem Antragsgegner im Teilnahmewettbewerb darauf ankam, dass interessierte Unternehmen konkret den Ort der vorgesehenen Übernahmestelle(n) benennen. Das heißt, die Antragstellerin hatte genügend „Anhaltspunkte“ für den von ihre gerügten vermeintlichen Vergaberechtsverstoß, so dass sie jedenfalls ab diesem Zeitpunkt diesen hätte unverzüglich rügen müssen. Jedenfalls ist die mit Schreiben vom [ ] erhobene Rüge nicht mehr unverzüglich. Den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß - unzulässige Eignungsnachweise - hätte die Antragstellerin auch schon zum damaligen Zeitpunkt formulieren können und müssen. Weitergehende Informationen durch den Antragsgegner waren hierfür nicht erforderlich.
3. Die Frage, ob - bei analoger Anwendung des § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs - eine Erklärung im Sinne dieser Vorschrift fehlte, sodass jedenfalls ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung einer Nachforderung der fehlenden Erklärung bestanden hätte, wurde seitens der Antragstellerin überhaupt nicht thematisiert.

Damit fehlt es auch diesbezüglich an einer Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, so dass die Vergabekammer auf diese, vor allem im Hinblick auf die notwendige Abgrenzung zu unzulässigen Verhandlungen im Sinne des § 18 EG Satz 2 VOL/A nicht ohne Weiteres zu beantwortende Frage nicht eingehen muss bzw. darf.

- B. Auch der Hilfsantrag ist unzulässig. Der Antrag ist unstatthaft, weil gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB ein solcher Fortsetzungsfeststellungsantrag nur zulässig ist, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung eines Zuschlages, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt hat. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt er die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB).
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach dem im Hinblick auf das Verfahren entstandenen Verwaltungsaufwand sowie der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes für die Antragstellerin, § 128 Abs. 1, 2 GWB.
1. Der Wert des Verfahrensgegenstandes liegt nach der Kostenschätzung des Antragsgegners, die, bezogen auf den insoweit maßgeblichen Einheitspreis pro Tonne, von den eingegangenen Angebotspreisen bestätigt wird, bei annähernd Da die Antragstellerin sich für beide Gebietslose beworben, aber wegen des Ausschlusses kein Angebot abgegeben hat, ist die Kostenschätzung zugrundezulegen. Dabei erscheint es sachgerecht einen Abschlag (bezogen auf den Gesamtpreis) von 10% vorzunehmen, da die volle Abfallmenge erst nach einer Vertragszeit von drei Jahren erreicht sein dürfte. Daraus ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, zunächst eine Gebühr in Höhe von § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB.
2. Aufgrund der Tatsache, dass vorliegend eine Entscheidung nach Lage der Akten ergangen ist und wegen der Unzulässigkeit der Anträge der Antragstellerin keine materiellen Rechtsfragen zu erörtern waren, erscheint eine Reduktion der Regelgebühr auf angemessen.

- III. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu erklärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,  
- Vergabesenat - Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth  
Vorsitzende

Denz- Kinzel  
Ehrenamtliche Beisitzerin

Schwarz  
Hauptamtlicher Beisitzer