

Leitsätze

Beschluss 69d • VK - 47/2009 -

Spruchkörper: 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

Verkündungsdatum: 10.12.2009

Aktenzeichen: 69d • VK - 47/2009

Typ des Spruchkörpers: Vergabekammer

Ort: Darmstadt

Bundesland: Hessen

Entscheidungserhebliche Normen: § 8 Nr.1 Abs.3 VOL/A, § 15 Nr. 2 VOL/A

Typ der Entscheidung: Beschluss

Sofortige Beschwerde: **keine**

1. Ein ungewöhnliches Wagnis i. S. des Vergaberechts liegt nur vor, wenn die für den jeweiligen Vertragstyp rechtlich, wirtschaftlich bzw. technisch branchenübliche Risikoverteilung einseitig und nicht nur unerheblich zu Ungunsten des Auftragnehmers verändert vorgegeben wird und ihm Risiken aufgebürdet werden, die er nach der in dem jeweiligen Vertragstyp üblicherweise geltenden Wagnisverteilung an sich nicht zu tragen hat
2. Das ist nicht der Fall bei solchen, dem Vertragstyp generell innewohnenden Risiken oder bei der Überwälzung sog. Bagatellrisiken, insb. solchen Risiken, die vertragstypisch ohnehin den Auftragnehmer treffen, das gilt namentlich für das Leistungs- und Erfüllungsrisiko
3. Die Anwendung einer Preisgleitklausel nach § 15 Nr. 2 VOL/A, steht im Ermessen der Vergabestelle.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Abfallabfuhr von Restmüll, Bioabfall, Altpapier, Grünabfall und sperrige Abfälle in der Gemeinde xxx (Offenes Verfahren nach VOL/A, EU- Amtsblatt 2009/xxx).

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 2009 durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, die hauptamtliche Beisitzerin ROR' in Jensen-Löbl und die ehrenamtliche Beisitzerin RA' in Trutzel am 14. Dezember 2009 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 3.274,40 Euro erhoben, die von der Antragstellerin zu zahlen ist.
3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin notwendigen Kosten sind von der Antragstellerin zu tragen.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 07.10.2009 die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Abfallabfuhr von Restmüll, Bioabfall, Altpapier, Grünabfall und sperrigen Abfällen für die Gemeinde xxx unter der HAD Referenznummer xxx im Offenen Verfahren aus.

Die Antragstellerin forderte die Angebots- und Verdingungsunterlagen an, um als Bieterin an dem Vergabeverfahren teilzunehmen. Sie wurden ihr am 08.10.2009 übermittelt. In den Besonderen Vertragsbedingungen enthält die Ziff. 12 Regelungen über Preise und Abrechnungsverfahren, die Ziff. 13 eine Nachverhandlungsklausel.

Die Regelungen lauten wie folgt:

„ 12. 1 Für die Leistungen werden die in den Verrechnungssätzen genannten Preise vereinbart. Maßgeblich für die Berechnung des Entgeltes sind die Daten des AG (z. B. Behälterstatistik des AG) sowie die Gewichtsermittlungen an den benannten Transportzie-

len und/oder sonstiger Nachweise über die erbrachten Leistungen. Die Preise sind Endpreise incl. aller Steuern (z. B. Lohn- und KFZ- Steuern, die Ust. wird separat in den VS ausgeworfen), Nebenkosten, Zertifizierungskosten usw.

12.2 Die Einheitspreise sind als Festpreise über die gesamte Laufzeit des Vertrages gemäß den nachfolgend genannten Bedingungen kalkuliert (Hinweis: Es ist ein sogenannter. "bedingter Festpreis, der nur unter den im Folgenden genannten Bedingungen ein Festpreis darstellt). Eine automatische Preisanpassung (Preisgleitung) findet nicht statt. Der AN hat alle Lohn- und Materialpreiserhöhungen sowie sonstige kalkulationsrelevante Preissteigerungen in die Preise einkalkuliert, die für ihn zum Zeitpunkt der Kalkulation des Angebots absehbar waren. Eine Nachverhandlung gemäß Nr. 13ft dieser BVB findet nur im Fall nicht absehbarer Preisänderungen statt.

Nicht absehbar sind Preisänderungen, die den Betrag der linearen Fortschreibung der bekannten Preisänderungen im Vergleichszeitraum der vergangenen 5 Jahre (gemessen ab dem Monat der Angebotserstellung) übersteigen. Bezüglich nicht absehbarer Änderungen in den Kalkulationsgrundlagen gelten die Regelungen gemäß BVB Nr. 13ff.

13. 1 Nachverhandlungen über die Vergütung oder andere Vertragsbestimmungen sind nur vorgesehen in den in diesem Vertrag sowie in der diesem Vertrag vorangegangenen Ausschreibung und den nachfolgenden Bestimmungen sowie den gesetzlichen Vorschriften genannten/geregelten Fällen unter den dort ausgeschriebenen Voraussetzungen, z. B. im Fall einer Mengenmehrung oder Minderung (vgl. VS Seite 1). Darüber hinaus sollen Nachverhandlungen stattfinden im Falle einer durch äußere, d. h. durch die Vertragspartner nicht zu beeinflussende, nicht kontrollierbare und nicht vorhersehbare Umstände hervorgerufenen wesentlichen Störung des vertraglichen Gleichgewichts. In diesem Fall ist eine Kündigung oder eine Leistungsverweigerung ausgeschlossen; an ihre Stelle tritt der Anspruch auf Nachverhandlungen entsprechend den nachfolgenden Bestimmungen. "

Zu dieser Regelung Ziff. 13.1 sehen die Vertragsbedingungen folgende Erläuterungen vor:

„ Tarifliche Lohn- bzw. Gehaltsanpassungen, Preisänderungen bzw. -steigerungen im Bereich der Kfz- und Dieselposten usw. in bekanntem Umfang entsprechend den (bekanntem) Preisänderungen der vergangenen 5 Kalenderjahre sind vorhersehbare Kosten, sie unterliegen somit nicht den Regelungen nach BVB Nr. 13ft. Diese bekannten Kostenänderungen sind linear fortgeschrieben und auf diese Weise in die Preise eingerechnet.

Basis für die Ermittlung der "Kostenänderungen in bekanntem Umfang" sind hierbei die Kostenänderungen auf der Basis der Durchschnittskosten bezogen auf das jeweilige Kalenderjahr, ggf. Daten des Statistischen Bundesamtes. Zum Zeitpunkt der Angebotserstellung absehbare Kostensteigerungen, z. B. aufgrund von Gesetzesänderungen sind ebenfalls in die Preise einzurechnen, sie unterliegen ebenfalls nicht den Regelungen nach BVB Nr. 13ff."

13.4 Ein Nachverhandlungsverfahren für eine geringfügige Vertragsanpassung kommt nicht in Betracht (Bagatellklausel). Geringfügig ist ein Anspruch zumindest dann, wenn wesentliche Vertragsbestimmungen oder Risikozuweisungen nicht betroffen sind. Ein Anpassungsverlangen hinsichtlich der Vergütung ist zumindest dann als geringfügig anzusehen, wenn es insgesamt weniger als 5 % bezogen auf die Gesamtvergütung (= Summe der Jahresvergütungen über die Vertragslaufzeit) ausmacht.

Eine Nachverhandlung über eine Erhöhung der Vergütung in den ersten beiden Vertragsjahren ist ausgeschlossen. Für den Fall, dass die Summe al/er vom AN nicht vorhersehbaren Kosten die Bagatellklausel von 5 % übersteigt, erhält der AN den gesamten überschießenden Betrag der vom AN nachgewiesenen nicht vorhersehbaren Kosten. Ein weiteres Anpassungsverlangen kommt nur dann in Betracht, wenn die Abweichung zur bereits erhöhten Vergütung mind. 5 % bezogen auf die Gesamtvergütung beträgt ..."

Die Antragstellerin rügte nach Erhalt der Verdingungsunterlagen die vorgenannten Regelungen in Ziff. 12 und 13 der BVB mit Schreiben vom 12.10.2009 und begründete die Rüge damit, dass die Vorgabe von Festpreisen über eine Vertragslaufzeit von acht Jahren ohne Preisgleitung gegen das Transparenzgebot, das Gleichbehandlungsgebot sowie gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A verstoße und deshalb eine Vergleichbarkeit der Bieterpreise nicht möglich sei.

Des Weiteren rügte sie, dass der Bieter nach Nr. 7 BVB verpflichtet sei, bereits mit Abgabe seines Angebotes einen Nachunternehmer zu benennen. Zudem wurde gerügt, dass der Bieter nach Nr. 9 der BVB im Falle eines Nachprüfungsverfahrens bis vier Wochen nach Rechtskraft des letztinstanzlichen Beschlusses an sein Angebot gebunden sein solle.

Mit Schreiben vom 13.10. 2009, der Antragstellerin am 14.10.2009 per Fax zugegangen, teilte die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Bieterinformation Nr. 1 vom 12.10.2009 mit, dass sie den Rügen nicht abhelfen werde.

Die Antragstellerin nahm daraufhin mit Schreiben vom 19.10.2009 zum Schreiben der Antragsgegnerin vom 13.10.2009 Stellung und bat bezüglich mehrerer Punkte um Aufklärung.

Das Schreiben der Antragstellerin vom 19.10.2009 blieb jedoch unbeantwortet.

Daraufhin hat sie mit Schreiben vom 28. 10.2009 einen Nachprüfungsantrag gem. § 107 GWB gestellt.

Sie ist der Ansicht, dass die Vertragskonstruktion, die die Antragsgegnerin zur Preisanpassung gewählt hat, den Bietern und somit auch ihr ein ungewöhnliches Wagnis auferlege und damit gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A sowie das Transparenz und das Gleichbehandlungsgebot verstoße.

Der vergaberechtliche Verstoß bestehe insbesondere darin, dass die Bieter verpflichtet seien, zukünftige Preisänderungen bei ihrer Kalkulation berücksichtigen zu müssen, ohne zu wissen, wie die Preisänderungen ausfallen würden und ohne zu wissen, anhand welcher Faktoren die Preisfortschreibung zu kalkulieren sei.

Allein die Tatsache, dass den Bietern für die Kalkulation der zukünftigen Preisentwicklung keine verbindlichen einheitlichen Vorgaben gemacht würden, führe unvermeidlich dazu, dass die Preise nicht vergleichbar seien. Hinzu komme, dass die Bieter gezwungen würden, Kosten in ihrer Kalkulation zu prognostizieren, die unter Umständen in der kalkulierten Form nicht entstünden. Auch hier gäbe es keine Kalkulationsvorgaben und die Preisbildung sei damit völlig intransparent.

Auch führe der Hinweis der Antragsgegnerin, dass tarifliche Lohn- bzw. Gehaltsanpassungen, Preisänderungen bzw. -steigerungen im Bereich der Kfz und Dieselskosten usw. im bekannten Umfang entsprechend den (bekannten) Preisänderungen der vergangenen fünf Kalenderjahre "*vorhersehbare Kosten*" seien, die "*somit nicht den Regelungen nach BVB Nr. 13 ff.*" unterlägen, nicht weiter. Hier werde von der Antragsgegnerin unterstellt, dass auch Dieselskosten vorhersehbare Kosten seien. Sie sage aber nichts darüber, wie diese Kosten zukünftig zu kalkulieren seien und bei der Kalkulation für die kommenden acht Vertragsjahre berücksichtigt werden sollten.

Bekanntermaßen hätten gerade die Dieselskosten in den letzten fünf Jahren gravierenden Schwankungen unterlegen. Insoweit sei fraglich, was auf der Grundlage dieser Preisschwankungen als "*vorhersehbar*" in die Kalkulation des Dieselpreises eingestellt werden solle. Es werde in vergaberechtswidriger Weise den Bietern überlassen, die maßgeblichen Kalkulationsgrundlagen zu wählen, anstatt konkrete Vorgaben durch die

Vergabestelle zu machen, was für eine Vergleichbarkeit der Bieterangebote jedoch unabdingbar sei.

Nach den Verdingungsunterlagen der Antragsgegnerin hätten die Bieter die künftige Preisentwicklung bei ihrer Kalkulation über die Vertragslaufzeit von acht Jahren zu berücksichtigen.

Basis dieser linearen Preisfortschreibung sollten die Erkenntnisse aus den letzten fünf Jahren sein. Die Antragsgegnerin gehe davon aus, dass diese Vorgehensweise einer üblichen Preisgleitklausel entspräche. Dies treffe aber nicht zu.

Bei „üblichen Preisgleitklauseln“ seien die Parameter, die für eine Preisanpassung maßgeblich seien, konkret abgebildet und für alle Bieter gleich. Zudem würden diese Parameter zu der tatsächlichen Kostenentwicklung in Bezug gesetzt.

Diesen Anforderungen genüge die in den Verdingungsunterlagen vorgegebene *„lineare Fortschreibung“* jedoch nicht. Es fehle bereits an einer verbindlichen Vorgabe der maßgeblichen Faktoren für die Kalkulation der linearen Fortschreibung. Es werde den Bietern lediglich vorgegeben, *„bekannte“* Preisänderungen der vergangenen fünf Kalenderjahre bzw. *„sonstige kalkulationsrelevante Preissteigerungen“* in die Preise einzukalkulieren.

Eine solche Vorgehensweise führe zwangsläufig dazu, dass die Kalkulationsgrundlagen der Bieter nicht identisch seien und somit zukünftig die Preise auch unterschiedliche Entwicklungen nähmen.

Werde die Festlegung der maßgeblichen Preisindices aber den Bietern überlassen, sei eine Vergleichbarkeit der Bieterpreise nicht möglich. Damit sei die erforderliche vergaberechtliche Gleichbehandlung aufgrund der vorliegenden Verdingungsunterlagen nicht gegeben.

Weshalb sich die Antragsgegnerin zu Lasten eines fairen und transparenten Wettbewerbs weigere, eine der üblichen Preisgleitklauseln vorzugeben, sei daher nicht nachvollziehbar. Der Antragsgegnerin solle vielmehr aufgegeben werden, die beanstandeten Regelungen in Ziff. 12. und 13. der Besonderen Vertragsbedingungen zu streichen und durch eine übliche Preisgleitklausel zu ersetzen.

Die **Antragstellerin** beantragt daher,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Verdingungsunterlagen in Ziff. 12.2 und Ziff.13 der Besonderen Vertragsbedingungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu fassen und das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes zurückzusetzen.

2. hilfsweise: der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen.
3. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war.

Die **Antragsgegnerin** beantragt,

- den Antrag zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Sie ist der Ansicht, dass die Antragstellerin im mit ihrem Rügeschreiben vom 12.10.2009 verspätet gerügt habe und deshalb mit ihrem Vorbringen präkludiert sei. Da ihr die beanstandeten Regelungen aus vorherigen Verfahren mit identischen Regelungen bekannt gewesen seien, hätte sie bei Eingang der Unterlagen sofort erkennen müssen, dass die beanstandeten Regelungen auch vorliegend enthalten waren. Somit hätte sie unverzüglich- im Sinne von „sofort“ rügen müssen. Dies habe sie aber nicht getan. Sie habe am 07.10.2009 die Vergabeunterlagen angefordert diese seien ihr am 07.10.2009 übersandt worden und am 08.10.2009 um 8:58 Uhr bei ihr eingegangen.

Sie hätte per Telefax spätestens am 09.10.2009 rügen können und müssen. Sie habe dies aber erst am 12.10.2009 um 14:30 Uhr getan. Dies sei zu spät gewesen, der Antrag bereits aus diesem Grunde unzulässig.

Der Antrag sei aber auch unbegründet. Die Antragstellerin werde nicht in ihren Rechten im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Auch ein Verstoß gegen das Transparenz- bzw. Gleichbehandlungsgebot dadurch, dass die streitgegenständlichen Verdingungsunterlagen keine Preisgleitklausel enthielten und die Vorgabe eines Festpreises über eine Vertragslaufzeit von acht Jahren ohne Preisanpassungsklausel vergaberechtswidrig sei und als ungewöhnliches Wagnis überdies gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A verstoße, sei nicht ersichtlich.

Zwar dürfe gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A soll einem Bieter kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss habe und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen könne aufgebürdet werden, gleichwohl stehe ihm kein subjektives Recht auf Einbeziehung einer Preisanpassungsklausel in die Verdingungsunterlagen zu.

Die Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses liege im Übrigen nur dann vor, wenn dem Bieter Risiken auferlegt würden, die er nach der in dem jeweiligen Vertragstyp üblichen Weise geltenden Wagnisverteilung an sich nicht zu tragen habe. Die Vorschrift fin-

de deshalb von vorn herein auf solche Risiken keine Anwendung, die vertragstypisch ohnehin den Auftragnehmer träge.

Der Auftragnehmer einer Dienstleistung - hier einer Abfallbeseitigungsleistung - trüge im Sinne der Tragung des Leistungs- und Erfolgsrisikos nach allgemeinen Grundsätzen aber nicht nur das Risiko, seine vertraglich übernommenen Verpflichtungen erfüllen zu können, ihm sei überdies auch das Risiko zugewiesen, die versprochene Leistung über den gesamten Vertragszeitlauf zu den vereinbarten Preisen kostendeckend erbringen zu können.

Der Umstand, dass bei einem vorliegend unverändert bleibenden Leistungsgegenstand die Kosten des Auftragnehmers aufgrund veränderter gesetzlicher oder wirtschaftlicher Rahmenbedingungen stiegen, so dass die Vertragsleistung zu einem erhöhten Kostenaufwand erbracht werden müsse, falle in den Risikobereich des Auftragnehmers. Es sei deshalb kein ungewöhnliches Wagnis, wenn insoweit eine Entgeltanpassung ausgeschlossen werde. Es sei nämlich gerade nach der vertragstypischen Risikoverteilung und insbesondere in der Abfallwirtschaft Sache des Auftragnehmers, für derartige Kostensteigerungen Vorsorge zu treffen und sie ggf. durch einen entsprechenden Wagniszuschlag in seiner Preiskalkulation zu berücksichtigen.

Soweit die Antragstellerin auf das Vorliegen eines "bedingten Festpreises" im Sinne des Inhalts der Ziffer 12.2, Sätze 4 ff. i. V. m. Ziffer 13 BVB abstelle und darin ein ungewöhnliches Wagnis sehe, sei sie gemäß § 107 Abs. 3 GWB mit diesem Vorbringen präkludiert, da sie erst im Nachprüfungsantrag ihre Einwendungen gegen die lineare Fortschreibung der Preise i. S. d. Ziffer 12.2 Sätze 4 ff. BVB als Grundlage für ein Nachverhandlungsverlangen i. S. d. Nr. 13 BVB vorgebracht habe.

Im Übrigen sei aber auch unter diesem Aspekt keine Verletzung ihrer Rechte gegeben. Insbesondere die Berechnung der Steigerungsraten (lineare Fortschreibung) sei in der Bieterinformation Nr.2 erläutert worden. Damit sei jedem Bieter bekannt gemacht worden, dass er beispielsweise beim Diesel eine Steigerung von 2,5216 ct/l und pro Jahr kalkulatorisch ansetzen müsse. Tue er dies nicht und wähle er eine andere Preissteigerungsrate, könne er nicht nachweisen, dass er die Preissteigerung ordnungsgemäß durchgerechnet habe, mit der Folge, dass damit einer (erfolgreichen) Nachverhandlung die Grundlage entzogen wäre. Aus der Unterlassung bzw. nicht ordnungsgemäßen Berechnung könne somit kein Vorteil gezogen werden.

Die vorliegenden Regelungen seien marktüblich, seit dem Jahr 2001 in den Ausschreibungen enthalten und der Antragstellerin seit langem bekannt und auch von ihr bereits angewendet worden.

Der Auftragnehmer sei vor zu großen Wagnissen geschützt und sollte tatsächlich der Fall eintreten, dass Ereignisse die Kosten "explodieren" ließen (z. B. bei einer "Explosion" der Dieseldkosten), könne nachverhandelt werden. Vorliegend sei eine Nachverhandlung vorgesehen, wenn der Unternehmer nachweisen könne, dass der sog. Selbstbehalt von 5% bezogen auf die Gesamtvergütung überschritten worden sei (Bagatellklausel).

Den Nachweis müsse er anhand seiner Kalkulation führen. Das System sei auch bei stark volatilen Entwicklungen, zum Beispiel der Entwicklung der Dieseldkosten in 2008, stabil. Auch die Ansicht der Antragstellerin, dass sich die Bieter die Preissteigerungsraten frei auswählen könnten sei fehlerhaft. Aber selbst wenn es richtig wäre, dass sich die Bieter die Preissteigerungsraten frei auswählen könnten, so würde dies natürlich auch für die Antragstellerin gelten. Damit wäre sie genauso gestellt wie alle anderen Bieter. Die freie Auswahl sei aber vor dem Hintergrund der Inhalte in Bieterinformation Nr. 2 ausgeschlossen. Damit bleibe die Bieterreihenfolge bestehen.

Am 18. November 2009 fand die mündliche Verhandlung statt, in welcher die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Zulässigkeit

1.1 Weder gegen die örtliche noch gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen unter Berücksichtigung des streitgegenständlichen Auftragswerts in Höhe von rund 2.500.000 Euro gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff. GWB i. V. m. § 2 Nr. 3 VgV Bedenken.

1.2 Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Die Antragstellerin hat durch die Anforderung der Verdingungsunterlagen und die Benennung der vergaberechtlichen Verstöße in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen, die sie an der Abgabe eines Angebotes hindern würden, ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie durch die Verletzung von Vorschriften des Vergaberechts in eigenen Rechten verletzt ist. Die Möglichkeit infolge einer fehlerhaften Aus-

schreibung kein Angebot abgeben zu können und bei der Erteilung eines Auftrages nicht zum Zuge kommen zu können, führt dazu, dass ihr ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

1.3 Die Antragstellerin hat die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist die Antragstellerin mit ihrer Rüge vom 12. Oktober 2009 nicht präkludiert. Die Unverzüglichkeit der Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist entsprechend § 121 Abs. 1 BGB dann anzunehmen, wenn die Rüge ohne schuldhaftes Zögern erfolgt. Dabei sind die Umstände des Einzelfalles maßgeblich. Bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Rüge sind die rechtliche und tatsächliche Komplexität der vermeintlichen Vergaberechtsverstöße unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen zu beachten.

Als Obergrenze für die Rechtzeitigkeit der Rüge ist ein Zeitraum von zwei Wochen ab Kenntniserlangung anzusehen. Diese Frist gilt nur in Ausnahmefällen, wenn eine schwierige Sach- oder Rechtslage umfangreichen Prüfungen -und gegebenenfalls auch externen Beratungsbedarf des Bieters erfordert, und die Problematik auch unter Beachtung des Beschleunigungsgrundsatzes nicht zumutbar abgeschlossen werden kann (vgl. hierzu Wiese in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 107 Rn. 78).

Vorliegend ist jedoch nicht zu beanstanden, dass sich die Antragstellerin fünf Tage Zeit genommen hat, um die Verdingungsunterlagen zu sondieren und erst dann ihr Rügeschreiben zu formulieren.

In Fällen durchschnittlicher Komplexität wird im Allgemeinen eine Rügefrist von einer Woche bzw. vier bis fünf Werktagen eingeräumt (vgl. 2.VK Hessen, 69 d VK 24-2006; Beschluss vom 15.05.2006). Im vorliegenden Fall mag die Sach- und Rechtslage in Anbetracht der Tatsache, dass die Antragstellerin es nicht zum ersten Mal mit den von ihr beanstandeten Formulierungen der Verdingungsunterlagen zu tun gehabt hat, etwas unterdurchschnittlich schwierig und umfangreich sein, der Rügezeitraum von fünf Tagen kann jedoch nach Ansicht der Kammer gerade noch als ausreichend angesehen werden. Diesen Zeitraum durfte die Antragstellerin ausschöpfen, um eine mögliche Vergaberechtsverletzung aufgrund des Inhaltes der Verdingungsunterlagen zu überprüfen.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Antragstellerin ist nicht in Ihren Rechten nach § 97 GWB verletzt, insbesondere wird ihr durch die Verdingungsunterlagen in den von ihr gerügten Aspekten kein ungewöhnliches Wagnis i. S. d. § 8 Nr.1 Abs.3 VOL/A aufgebürdet.

Ein ungewöhnliches Wagnis i. S. des Vergaberechts liegt nur vor, wenn die für den jeweiligen Vertragstyp rechtlich, wirtschaftlich bzw. technisch branchenübliche Risikoverteilung einseitig und nicht nur unerheblich zu Ungunsten des Auftragnehmers verändert vorgegeben wird und ihm Risiken aufgebürdet werden, die er nach der in dem jeweiligen Vertragstyp üblicherweise geltenden Wagnisverteilung an sich nicht zu tragen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. September 2003, Verg 26/03). Das ist nicht der Fall bei solchen, dem Vertragstyp generell innewohnenden Risiken oder bei der Überwälzung sog. Bagatellrisiken. Die Vorschrift findet deshalb von vornherein auf solche Risiken keine Anwendung, die vertragstypisch ohnehin den Auftragnehmer treffen, das gilt namentlich für das Leistungs- und Erfüllungsrisiko (vgl. OLG Düsseldorf a. a. O. m. w. N.) Der Auftragnehmer eines Dienstleistungsauftrags trägt nach allgemeinen Grundsätzen nicht nur das Risiko, seine vertraglich übernommenen Verpflichtungen erfüllen zu können; ihm ist nach allgemeinem Vertragsrecht überdies auch das Risiko zugewiesen, die versprochene Leistung über die gesamte Vertragslaufzeit zu dem vereinbarten Preis kostendeckend erbringen zu können. Es fällt mithin auch in seinen Risikobereich, wenn bei einem unverändert bleibenden Leistungsgegenstand seine Lieferkosten aufgrund veränderter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen steigen, so dass er seine Vertragsleistung mit einem erhöhten Kostenaufwand erbringen muss.

Die Antragsgegnerin bürdet der Antragstellerin deshalb kein ungewöhnliches Wagnis auf, wenn sie in ihren Verdingungsunterlagen für Steigerungen des Kraftstoffpreises eine automatische Entgeltanpassung in Gestalt einer Preisgleitklausel ausschließt. Es ist nach der vertragstypischen Risikoverteilung im Dienstleistungsvertrag gerade in der Abfallwirtschaft Sache des Auftragnehmers, für derartige Kostensteigerungen Vorsorge zu treffen und sie beispielsweise durch einen entsprechenden Wagniszuschlag in seiner Preiskalkulation zu berücksichtigen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008, 1 Verg 9/08; OLG Düsseldorf a. a. O.) Für den Fall einer zu gravierenden Preisabweichung sehen die Verdingungsunterlagen für alle Bieter gleichermaßen die Möglichkeit zu Nachverhandlungen unter genau vorgegebenen Bedingungen vor.

Es ist bereits zweifelhaft, ob hier die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Preisgleitklausel überhaupt vorliegen. Nach §15 Nr. 2 VOL/A kommt dies nur bei längerfristigen Verträgen in Betracht und ist davon abhängig, dass wesentliche Änderungen der

Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind. Die Vorschrift ist dahin auszulegen, dass der Maßstab des anzustellenden Vergleichs die gesamten Preisermittlungsgrundlagen in ihrer Summe sind und wesentliche Änderungen einzelner Preisermittlungsgrundlagen nur dann erheblich sein können, wenn sie auf die gesamte Preisermittlung nicht unerhebliche Auswirkungen entfalten. Hinsichtlich der Kraftstoffkosten sind hier zwar erhebliche Preisschwankungen möglich und tendenziell u. U. auch ein Preisanstieg zu erwarten. Dass dieser im Verhältnis zu den Gesamtkosten der Auftragsdurchführung wesentlich sein wird, ist zumindest nicht offensichtlich.

Selbst wenn eine Preisgleitklausel nach § 15 Nr. 2 VOL/A zulässig wäre, so steht sie im Ermessen der Antragsgegnerin. Diese hat ihr Ermessen ausgeübt und sich gegen eine Preisgleitung entschieden. Diese Ermessensausübung ist auch unter dem Aspekt des Verbots der Überwälzung eines ungewöhnlichen Wagnisses nicht zu beanstanden. Der Auftraggeber darf und muss sogar bei seiner Abwägungsentscheidung berücksichtigen, dass jede "automatische" Preisgleitung - anders als eine flexiblere Preisanpassungsregelung i. S. von § 2 Nr. 3 VOL/B - auch geeignet ist, die Geldentwertung zu befördern. Eine flächendeckende Anwendung von Preisgleitungsklauseln durch die öffentlichen Auftraggeber hätte u. U. erhebliche Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft.

Die Antragsgegnerin hat zutreffend berücksichtigt, dass die in Aussicht genommene Vertragslaufzeit für einen Abfallentsorgungsauftrag letztlich überschaubar ist, die genannten Risiken branchenüblicher Weise vom Auftragnehmer getragen werden und regelmäßig eine vertragliche Preisanpassungsregelung für den Bedarfsfall, dessen Voraussetzungen sie präzise vorgegeben hat, ausreicht.

Nach vorstehenden Maßstäben begegnen die gerügten Umstände deshalb keinen durchgreifenden Bedenken. Mit der beanstandeten Regelung der Antragsgegnerin sind vielmehr schon zahlreiche Bieter zurechtgekommen und haben wertungsfähige Angebote abgeben können. Auch der Antragstellerin war es nach ihrem eigenen Vortrag nicht gänzlich unmöglich zu kalkulieren.

Die in den Verdingungsunterlagen niedergelegten von der Antragstellerin beanstandeten Regelungen stellen auch keine Verletzung des Transparenz- oder Gleichheitsgebotes dar.

Vorgaben in der Leistungsbeschreibung werden denotwendig unterschiedlich aufgefasst und unterschiedlich kalkulatorisch umgesetzt. Allein hierin liegt noch keine Verletzung des Transparenzgrundsatzes. Dadurch, dass alle Bieter diese Vorgaben gleicher-

maßen konkretisiert durch die Bieterinfo Nr.2 umzusetzen haben ist auch eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet.

Festzustellende Mängel in dem einen oder anderen Punkt der Leistungsbeschreibung bedeuten per se nicht zwingend eine Aufhebung oder Zurückversetzung der Ausschreibung. Diese wäre nur dann geboten, wenn die wettbewerbliche und wirtschaftliche Vergabe nicht mehr möglich ist. Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor.

Da die Rügen bezüglich der Nachunternehmerbenennung und der Bindefrist im Nachprüfungsverfahren nicht aufrechterhalten wurden, waren sie von der Vergabekammer nicht mehr zu prüfen.

Der Nachprüfungsantrag war daher insgesamt zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.
2. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Anhand der Bruttoauftragssumme im Angebot der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 3.274,40 Euro.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin gem. § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB zu tragen.

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung