

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 30.1.2015 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Meschede

am **03. Februar 2015** entschieden:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer, die verbliebenen Angebote neu zu werten.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte sowie die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb für ihr Gemeindegebiet in einem europaweiten offenen Verfahren nach der VOL/A die Altpapiersammlung für einen Zeitraum vom 1.1.2015 bis zum 31.12.2021 aus. Gegenstand der Ausschreibung war die Einsammlung, der Transport und die Verwertung der Stoffe. Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. xxxxxx € für die Gesamtlaufzeit.

Während der Ausschreibung konkretisierte die Antragsgegnerin aufgrund von Bieteranfragen ihre Leistungsbeschreibung (Stand: 20.8.2014) in Ziffer 1.1 (Grundlagen) dahingehend, dass Gegenstand der Leistungserbringung auch die Verwertung sein sollte, aber Sie entfernte Detailvorgaben, die zunächst im Zusammenhang mit der Verwertung des Altpapiers den Bietern mitgeteilt worden waren. Beispielsweise wollte die Antragsgegnerin zunächst die Verwertungsanlage den Bietern benennen und die Fahrtstrecke zur angegebenen Entsorgungsanlage für alle Bieter gleichermaßen auf eine bestimmte Kilometerzahl festlegen.

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin in Ziffer 1.12 ihrer Leistungsbeschreibung:

Verwertung

Der Auftragnehmer übernimmt die Verwertung des Altpapiers. Dies umfasst die Aussortierung von Störstoffen und die Verpressung des Altpapiers (soweit für die Verwertung und dem Transport erforderlich) sowie den Transport zu einer zugelassenen Recyclinganlage (z.B. Papierfabrik) und die Vermarktung des Altpapiers.

In Ziffer 13 der Bewerbungsbedingungen verfügte die Antragsgegnerin, dass die Bieter bei Einbeziehung anderer Unternehmen entsprechende Verpflichtungserklärungen zum Nachweis der Eignung dieser Unternehmen einzureichen haben. Aufgrund einer Bieteranfrage teilte die Antragsgegnerin dazu mit:

Aus der Liste der geforderten Erklärungen, Eigenerklärungen und Eignungsnachweise sind von Papierfabriken oder Großhändlern die Unterlagen Nr. 1, aktueller Auszug aus dem Handelsregister und Nr. 5, Formular Erklärungen zur Zahlung von Steuern etc. vorzulegen.

Als Zuschlagskriterien nannte die Antragsgegnerin in Ziffer 3.4 der Bewerbungsbedingungen folgende Kriterien

- den Preis ohne Kraftstoffkosten (75%)
- Kosten des Energieverbrauchs (Kraftstoffe für Fahrzeuge bei der Einsammlung) (15%) und
- Schadstoffemissionen der Fahrzeuge (10%).

Bewertungsmaßstab für den Preis sollte die Höhe des Angebotes mit einem Nettogesamtpreis pro Jahr ohne Kraftstoffkosten sein, wobei der Erlös aus der Verwertung des vermarkteten Altpapiers abzuziehen war. Sie fügte auch eine Bewertungsmatrix bei, wonach für die vorstehenden Zuschlagskriterien einzelne Berechnungsformeln enthalten waren, um die Bewertung der Angebote anhand von Punktzahlen vornehmen zu können. Anschließend sollten alle Einzelergebnisse zu einer Gesamtpunktzahl addiert werden.

Darüber hinaus fügte die Antragsgegnerin eine Kalkulationstabelle (Stand: 20.8.2014) bei, die von jedem Bieter mit dem Angebot vorzulegen war. Dort wird unter Ziffer 1.2 die Leistung (Sammlung, Transport und Verwertung) ohne Kraftstoffkosten abgefragt und unter Ziffer 1.4 (ab Zeile 40 ff.) waren die Kraftstoffkosten für die Sammlung, den Transport und die Verwertung einzutragen.

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin in ihren Bewerbungsbedingungen, dass das Zertifikat „Entsorgungsfachbetrieb“ als amtlich beglaubigte Kopie mit dem Angebot einzureichen war und dass dieses Zertifikat zum Zeitpunkt des Schlusstermins für den Eingang der Angebote noch gültig sein musste. Die Antragsgegnerin hat sich vorbehalten, fehlende Unterlagen nachzufordern. Die Angebote waren bis zum 2.9.2014 vorzulegen. Während der Ausschreibung änderte die Antragsgegnerin am 29.8.2014 ihre Angebotsabgabefrist und den Submissionstermin auf den 9.9.2014.

Die Antragstellerin führt zurzeit für die Antragsgegnerin die ausgeschriebenen Leistungen aus und ist - interimswise- noch bis zum 31.5.2015 damit beauftragt worden.

Nach Erhalt der Vergabeunterlagen hat die Antragstellerin erstmals am 5.9.2014 gegenüber der Antragsgegnerin eine Rüge ausgesprochen. Sie war der Auffassung, dass allein die Abfrage der Kraftstoffkosten keinen Sinn mache, sondern nachvollziehbar sei eine solche Angabe nur, wenn man auch die jeweiligen Verbrauchswerte je Fahrzeug sowie auch die Kraftstoffart angeben müsste. Mit Schreiben vom 8.9.2014 wies die Antragsgegnerin diese Rüge zurück. Gegen diese Nichtabhilfeentscheidung hat die Antragstellerin keine Nachprüfung beantragt.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 4 Angebote, und zwar u.a. von der Antragstellerin und der Beigeladenen. Das Angebot der Beigeladenen datiert vom 8.9.2014 und enthält ein Zertifikat „Entsorgungsfachbetrieb“, das bis zum 8.9.2014 gültig war. Auf Nachfrage der Antragsgegnerin legte die Beigeladene nach Angebotsöffnung ein neues „Duplikat“ des Zertifikates vor. Das nachgereichte Duplikat ist bis zum 6.9.2015 gültig.

Ausweislich des Vergabevermerks bewertete die Antragsgegnerin die einzelnen Zuschlagskriterien anhand von Punkten, und zwar entsprechend der zuvor bekannt gegebenen Umrechnungsformeln. Weiterhin ergibt sich aus den Vergabeunterlagen, dass die Antragstellerin und die Beigeladene in der von der Antragsgegnerin geforderten Kalkulationstabelle in den Zeilen 47 und 48 erheblich voneinander abweichende Angaben gemacht haben. Die Bieter hatten dort den Kraftstoffverbrauch pro Jahr in Litern anzugeben, und zwar für die Sammlung, den Transport und die Verwertung des Altpapiers sowie für den Behälteraustausch. Die Antragsgegnerin forderte die Beigeladene auf, die Kalkulation der Kraftstoffkosten zu erklären und den „Transportweg hin und zurück zur Verwertungsanlage“ in Kilometern anzugeben. Die Beigeladene teilte daraufhin mit, dass bislang nur ein Vertragsentwurf mit einem Verwerter vorliege, man aber aus nachvollziehbaren Gründen den Namen nicht mitteilen wolle. Statt die Kilometer anzugeben, notierte sie „Umschlag S“. Auf eine erneute Nachfrage der Antragsgegnerin, ob ihr die Kosten für den Transport zu einer Verwertungsanlage in Rechnung gestellt würden, antwortete die Beigeladene, dass diesbezüglich keine Kosten für die Stadt anfallen würden. Die Antragsgegnerin hielt die Aussagen der Beigeladenen für plausibel und nachvollziehbar.

Nach Wertung der Angebote teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 30.10.2014 mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Nach anwaltlicher Beratung beanstandete die Antragstellerin mit ihrer Rüge vom 4.11.2014 diese Entscheidung der Antragsgegnerin und verfolgt ihre Beanstandungen in einem Nachprüfungsverfahren weiter.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die Bewertung der Angebote auf der 4. Wertungsstufe intransparent und fehlerhaft sei und im Übrigen das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen werden müsste.

Die Antragstellerin trägt zunächst vor, dass sie die "Ungereimtheiten" in Bezug auf die Zuschlagskriterien sehr wohl unverzüglich gerügt habe. Die diesbezüglichen Anforderungen an die Unverzögerlichkeit seien erfüllt, weil sie diese innerhalb von 5 Kalendertagen beanstandet habe. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei auch ihre Rüge in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Kraftstoffkosten" nicht präkludiert. Sie habe am 5.9.2014 zunächst lediglich abstrakt die Vergabeunterlagen beanstandet und nach Erhalt der Nichtabhilfeentscheidung keine Nachprüfung veranlasst.

Mit der Rüge vom 4.11.2014 habe sie aber demgegenüber die Ergebnisse der Wertung in Bezug auf dieses Kriterium (Kraftstoffkosten) beanstandet, da die Hinweise im Absageschreiben vom 30.10.2014 nicht nachvollziehbar gewesen seien.

Darüber hinaus trägt die Antragstellerin nach Auswertung des Vergabevermerks vor, dass die Bewertung der „Kraftstoffkosten“ vergaberechtlich fehlerhaft erfolgt sei. Denn die Beigeladene habe dazu in ihrem Angebot entweder die geforderten Erklärungen nicht gemacht oder sie habe nicht alle Kostenanteile an vorgegebener Stelle erfasst. Nach den Vorgaben in den Bewerbungsbedingungen mussten die „Kosten des Energieverbrauchs“ alle vertragsgegenständlichen logistischen Leistungen umfassen. Dazu gehörten auch die Kraftstoffkosten, die für den Weitertransport des Altpapiers von der Umschlagstation zur Verwertungsanlage anfallen als auch die Kosten für den Behälterdienst. Diese seien in den Zeilen 47 und 48 in der Kalkulationstabelle auszuweisen gewesen. Die Antragstellerin mutmaßt, dass die Beigeladene dort keine zutreffenden Angaben gemacht hat, und möglicherweise die Kosten ausgespart hat, die für den Weitertransport zur Verwertungsanlage anfallen werden. Möglicherweise seien diese Kosten auch in einem anderen Zusammenhang angegeben worden, was aber eine unzulässige Verschiebung bedeuten würde. Die Antragstellerin meint, dass die Bieter - entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – verpflichtet gewesen seien, alle logistischen Leistungen zu erfassen. Im Falle der Beauftragung von Nachunternehmern für den Transport zur Verwertungsanlage seien deshalb auch deren Kraftstoffkosten anzugeben gewesen. Insofern komme es auf das Entsorgungskonzept gar nicht an. Da die Beigeladene diese Kosten nicht ordnungsgemäß ausgewiesen habe und zudem auch noch die Aufklärung verweigert habe, sei ihr Angebot zwingend gemäß § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A auszuschließen.

In der mündlichen Verhandlung führte die Antragstellerin dazu noch aus, dass die anderen Bieter wohl den abfallrechtlichen Begriff der „Verwertung“ angenommen hätten, wonach das Altpapier nicht nur eingesammelt und sortiert wird, sondern zwecks weiterer Verwertung zu einer Papierfabrik gefahren werden muss, so dass entsprechende Transportkosten dafür anfallen.

Das Angebot der Beigeladenen sei aber auch deshalb von der Wertung zwingend auszuschließen, weil diese mit dem Angebot ein EfB-Zertifikat vorgelegt habe, das bereits abgelaufen war. Die Antragsgegnerin habe dieses Zertifikat unzulässigerweise als Eignungsnachweis nachgefordert. Denn es dürften nur solche Eignungsnachweise nachgefordert werden, die tatsächlich fehlen. Vorhandene Eignungsnachweise, die inhaltlich falsch seien, könnten nicht nachgefordert werden. Unabhängig davon habe die Antragsgegnerin ihr Ermessen gemäß § 19 Abs. 2 EG VOL/A nicht ordnungsgemäß ausgeübt.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen komme es für die Gültigkeit des EfB-Zertifikates auch nicht auf den in der Bekanntmachung genannten Termin für die Angebotsabgabe an, da Vergabeunterlagen während einer Ausschreibung geändert werden könnten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen,
2. das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen,

3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen,
4. hilfsweise:
das Vergabeverfahren aufzuheben,
5. festzustellen, dass die Antragsgegnerin gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen hat und dass die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist,
6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen,
7. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag vom 7.11.2014 zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Antragstellerin der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu ersetzen hat,
4. festzustellen, dass für die Antragsgegnerin die Hinzuziehung einer fachlichen Beratung notwendig war.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig ist, weil die Antragstellerin nicht unverzüglich gerügt habe. Denn bei der vorliegenden Sachlage wäre eine Rüge innerhalb von ein bis drei Tagen möglich gewesen. Zudem habe sie bereits vorher die Vergabeunterlagen hinsichtlich der „Kraftstoffkosten“ gerügt, sei aber gegen die Nichtabhilfeentscheidung nicht vorgegangen. Nunmehr würde sie erneut die Berücksichtigung des Kraftstoffverbrauchs rügen, zwar nicht identisch mit dem ersten Vorbringen, aber durchaus vergleichbar. Insofern sei eindeutig Präklusion eingetreten. Im Übrigen habe man es den Bietern freigestellt, ob das gesammelte Altpapier an eine Verwertungsanlage geliefert oder von einem Umschlagplatz abgeholt wird.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass doch für alle Bieter und insbesondere für die Antragstellerin erkennbar gewesen sei, dass das Entsorgungskonzept freigestellt wurde. Die Antragstellerin habe diesbezüglich mehrfach nachgefragt und u.a. die Antwort erhalten, dass die Fahrten zu einer Verwertungsanlage nur einzukalkulieren seien, sofern sie auch im Angebot kalkuliert würden.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass sie auch die Kalkulation der Beigeladenen überprüft habe, da sich hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Kraftstoffkosten“ eine deutliche Spreizung zwischen dem Angebot der Beigeladenen und der Antragstellerin ergeben habe. Die Angemessenheitsprüfung habe keine Ergebnisse gebracht, die von allgemeinen Erfahrungswerten bei der Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen abweichen würden. Die Bieter seien im Übrigen grundsätzlich frei darin, wie sie ihre Angebote kalkulieren würden. Nach Änderung der Leistungsbeschreibung am 20.8.2014 sei den Bietern keine Verwertungsanlage und auch kein Verwertungskonzept mehr vorgegeben worden. Wie ein Bieter den Transport zur Verwertungsanlage regeln würde, sei somit allein ihm überlassen worden. Die Beige-

ladene lasse das Altpapier offensichtlich von ihrem im Stadtgebiet gelegenen Umschlagplatz von einem anderen Unternehmen abholen, während die Antragstellerin möglicherweise selbst das Altpapier zur Verwertungsanlage transportiere. Die Beigeladene habe deshalb ihre Kraftstoffkosten anders kalkuliert als die Antragstellerin, was aber zulässig sei. Für eine von der Antragstellerin vorgetragene unzulässige Mischkalkulation lägen keine Anhaltspunkte vor.

In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragsgegnerin vor, dass aus ihrer Sicht die Leistungsbeschreibung eindeutig gewesen sei und die „Verwertung“ des Altpapiers Teil der Ausschreibung. Damit sei gemeint gewesen - so hätten das wohl die anderen Bieter verstanden-, dass „Verwertung“ erst vorliegt, wenn das Altpapier bei einer Papierfabrik abgeliefert wird.

Die Bewertung der Kraftstoffkosten sei im Übrigen auch ein zulässiges Zuschlagskriterium gewesen und keinesfalls willkürlich. Schließlich sei es nicht Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers die Unwägbarkeiten des Marktes auszugleichen. Die Voraussetzungen für die Bieter hinsichtlich dieses Zuschlagskriteriums seien lediglich unterschiedlich gewesen, da diese vom Entsorgungskonzept abhängig waren. Die Kraftstoffkosten bei einem Bieter, der den Transport zur Verwertungsanlage selbst durchführen würde, seien eben höher als bei einem Bieter, der diese Kosten nicht habe. Aber dafür würde dieser Bieter beim Zuschlagskriterium „Preis“ vermutlich höhere Abzüge haben, weil er das „Abholen“ des Altpapiers dort in Rechnung stellen würde.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass die Kraftstoffkosten als Zuschlagskriterium effektiv überprüfbar seien. Diese setzen sich vorliegend zusammen aus dem Verbrauch der eingesetzten Fahrzeuge, dem Einkaufspreis für den Kraftstoff und die vom Bieter zu fahrende Strecke. Dass weitere Transportvorgänge stattfinden könnten, wenn das Altpapier zu einer Verwertungsanlage gebracht würde, wobei dabei auch weitere Kraftstoffkosten entstehen, sei vom öffentlichen Auftraggeber mit vertretbarem Aufwand nicht kontrollierbar. Darüber hinaus gebe es noch weitere denkbare Transportwege für das Altpapier, die nicht in die Ausschreibung einbezogen worden seien, und die der effektiven Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers entzogen sind und daher nicht mehr in die Bewertung einfließen dürfen. Letztendlich sei es auch gleichgültig, wo die Entsorgungskosten einkalkuliert werden, da sie jedenfalls immer in den Gesamtpreis des Angebots einfließen würden.

Die Antragsgegnerin geht davon aus, dass ihre Leistungsbeschreibung eindeutig gewesen sei. Das Entsorgungskonzept sei freigestellt worden und die „Verwertung“ des Altpapiers sei von den anderen Bietern auch so aufgefasst worden, dass diese bei einer Papierfabrik ende. Insofern seien die verbliebenen Angebote diesbezüglich wohl vergleichbar.

Zudem trägt die Antragsgegnerin vor, dass das Angebot der Beigeladenen nicht wegen Unvollständigkeit auszuschließen sei. Die Nachforderung des EfB-Zertifikates sei vergaberechtlich zulässig gewesen, da wegen der fehlerhaften Angaben zur Gültigkeit das Zertifikat im Angebot der Beigeladenen tatsächlich gar nicht vorhanden gewesen sei. Die Beigeladene habe ein solches Zertifikat nicht etwa falsch, sondern überhaupt nicht vorgelegt. Weder aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg

47/12 noch aus der Entscheidung der VK Münster, VK 22/12, lasse sich das Gegenteil entnehmen.

Darüber hinaus sei auch die Nichtangabe des Nachunternehmers, der die Verwertung des Altpapiers übernehmen sollte, kein Grund, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Die Bewerbungsunterlagen würden zwar eine solche Forderung vorsehen, aber die konkrete Aufforderung an die Beigeladenen bei der Angebotsaufklärung lege einen wesentlich schwächeren Verpflichtungsgrad an, so dass es rechters sei, wenn die Beigeladene aus nachvollziehbaren Gründen den Nachunternehmer nicht benenne. Schließlich müsse man den Bietern zugestehen, dass diese auch auf Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers nicht verpflichtet seien, eine konkrete Antwort zu geben.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet sei.

Die Antragstellerin habe das Kriterium „Kraftstoffkosten“ am 5.9.2014 gerügt, aber keine Nachprüfung gegen die Nichtabhilfeentscheidung der Antragsgegnerin beantragt, sondern sie habe die 15 Tage Frist einfach verstreichen lassen. In der erneuten Rüge vom 4.11.2014 habe sie vorgetragen, die Zuschlagskriterien seien von der Antragsgegnerin modifiziert worden. Das sei abwegig und vorgeschoben gewesen. Der Antragstellerin sei es vielmehr erneut um das Zuschlagskriterium „Kraftstoffkosten“ gegangen. Insofern sei Präklusion gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB, aber auch gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB eingetreten, weil die Vergabeunterlagen dazu eindeutig waren und eine Rüge somit nur bis zur Angebotsabgabe zulässig gewesen sei. Letztlich habe die Antragstellerin aber auch gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB verspätet gerügt, da ihre Rüge vom 4.11.2014 bereits im Laufe des 3.11.2014 hätte erfolgen müssen.

Zudem trägt die Beigeladene vor, dass es keinen Rechtsgrund für den Ausschluss ihres Angebotes gebe. Sie habe zunächst alle erforderlichen Preisangaben in ihrem Angebot gemacht. Auch die Wertung der Antragsgegnerin auf der 4. Wertungsstufe sei vergaberechtsfehlerfrei erfolgt. Insbesondere habe man auch die Bewertung der Kraftstoffkosten zuvor ordnungsgemäß und transparent für alle Bieter veröffentlicht.

Im Übrigen trägt die Beigeladene vor, dass sie in der Stadt Lxxxx über eine Recyclinganlage verfüge, so wie dies in Ziffer 1.12 der Leistungsbeschreibung vorgesehen sei. Dorthin würde das eingesammelte Altpapier gebracht, aussortiert und dann vermarktet. Vermarktung würde bedeuten, dass es von einem anderen Unternehmer dort abgeholt würde, zu größeren „Touren“ zusammengestellt und zu anderen Lagerplätzen gebracht werde, bis dass es dann letztlich zu einer Papierfabrik gefahren wird. Das sei aber nicht mehr Sache der Beigeladenen, sondern des Käufers. Dass dennoch in Ziffer 47 der Kalkulationstabelle der Kraftstoffverbrauch für die „Verwertung“ abgefragt werde, sei im Vergleich zu der Forderung „Kosten des Energieverbrauchs – Kraftstoffe für Fahrzeuge bei der Einsammlung“ nicht zu verstehen gewesen. Auch die Antwort auf die Nachfrage, welche Nachweise für die Verbringung zu einer Papierfabrik für einen möglichen Nachunternehmer vorzulegen seien, beträfe nur die Bieter, deren Entsorgungskonzept eine „Verwertung bis zu einer Papierfabrik“ vorsehen würden.

Zudem trägt die Beigeladene vor, dass ihr Angebot auch nicht wegen eines unzulässigerweise nachgeforderten Eignungsnachweises ausgeschlossen werden könnte. Das EfB-Zertifikat sei in der Bekanntmachung gefordert worden, wobei die Gültigkeit mit dem dort genannten Schlusstermin für den Eingang der Angebote übereinstimmen musste. Wenn man den Schlusstermin nachträglich verschiebe, könne das keine Auswirkungen auf die Gültigkeit des EfB-Zertifikates haben. Vielmehr hätte die Antragsgegnerin dies nur durch eine Änderungsbekanntmachung erreichen können, die aber nicht erfolgt sei. Soweit die Antragsgegnerin dennoch diesen Eignungsnachweis nachgefordert habe, sei sie offensichtlich irrtümlich davon ausgegangen, dass das erforderlich gewesen sei. Dieser Irrtum könne nicht zu Lasten der Beigeladenen gehen.

Die Beigeladene trägt für den Fall, dass die Nachforderung durch die Antragsgegnerin als erforderlich angesehen wird, vor, dass sie mit ihrem Angebot zwar ein körperlich tatsächlich vorhandenes Zertifikat vorgelegt hätte, welches aber mangels Gültigkeit so behandelt werden musste, als wenn es gar nicht abgegeben worden sei. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf sei es unzulässig, Nachweise nachzufordern, die in materieller Hinsicht fehlerhaft sind. Vorliegend läge aber kein materieller Fehler vor, sondern lediglich ein formaler Fehler, was auch ohne weiteres im Rahmen der formalen Prüfung der Angebote zu erkennen gewesen sei.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin stehe auch die Entscheidung der VK Münster vom 17.1.2013, VK 22/12, nicht entgegen. Denn die Beigeladene sei stets geeignet gewesen. Zwischen den vorgelegten EfB-Zertifikaten bestehe kein Unterschied und insbesondere sei ein solches Zertifikat nicht mit einer Eigenkapitalbescheinigung vergleichbar, die Gegenstand der vorgenannten Entscheidung gewesen sei.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens und der Aufwendungen der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer ist gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 27.2.2015 verlängert worden. Am 30.1.2015 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich § 104 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NW. Die bereits von der VK Detmold eingeleiteten Nachprüfungsverfahren sind mit dem Inkrafttreten der neuen Zuständigkeitsverordnung vom 2.12.2014 gemäß § 3 Abs. 2 ZuStVO NRW auf die Vergabekammer Westfalen überleitet worden. Der geschätzte Auftragswert liegt mit ca. xxxxxxxx € für einen Zeitraum von 7 Jahren oberhalb des nach § 2 Nr. 2 VgV erforderlichen Schwellenwertes in Höhe von 207.000 €.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie mit der Einreichung eines Angebotes sich an der Vergabe beteiligt hat und sie reelle Chancen auf Erhalt des Auftrages hat, wenn sie mit ihren Beanstandungen durchdringen würde.

1.2 Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB muss ein Bieter die vermeintlichen Rechtsverstöße rechtzeitig gerügt haben, damit er diese in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen kann.

a) Die Beanstandungen der Antragstellerin hinsichtlich der „Kraftstoffkosten“ sind nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB präkludiert. Sie hat zwar zunächst mit ihrem Schreiben vom 5.9.2014 gerügt, dass die Abfrage der Kraftstoffkosten kein Wertungskriterium sein könne, weil dieses nicht transparent und nachvollziehbar sei. Eine realistische Wertung sei deshalb nicht möglich. Gegen die Nichtabhilfeentscheidung vom 8.9.2014 hat sie keine Nachprüfung beantragt.

Mit der Rüge vom 4.11.2014 hat sie aber nicht erneut die abstrakte Vorgabe des Wertungskriteriums „Kraftstoffkosten“ beanstandet, sondern die konkrete Wertung, die die Antragstellerin durchgeführt hat. Insofern konnte sie aufgrund des Informationsschreibens vom 30.10.2014 nicht nachvollziehen, dass die Angaben der Bieter, die alle auf der Grundlage entsprechender Marktpreise ihren Kraftstoff zu kalkulieren haben, soweit auseinander fallen können. Damit hat sie inhaltlich ihre Rüge auf den mittlerweile erfolgten Wertungsvorgang abgestellt, der zum Zeitpunkt der ersten Rüge noch gar nicht durchgeführt worden war. Die von der Antragstellerin zunächst abstrakt erhobenen Bedenken hatten sich nunmehr bei der konkreten Anwendung des Wertungskriteriums manifestiert, was die Antragstellerin offensichtlich aus den Angaben im Informationsschreiben geschlossen hatte.

b) Die Rüge vom 4.11.2014 war auch unverzüglich iSv § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Denn ausgehend von der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, sind erkannte Vergaberechtsverstöße unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen, zu rügen. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und wann der Bieter die volle Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß erlangt hat, der Auftraggeber, ständige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.9.2002, Verg 25/02. Das Informationsschreiben erhielt die Antragstellerin am 30.10.2014; die Rüge erfolgte am 4.11.2014 und damit innerhalb von 5 Tagen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

2.1 Die Antragsgegnerin hat gegen § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB verstoßen, da der Wertungsvorgang aufgrund der mitgeteilten Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig war. Denn die erforderliche Vergleichbarkeit der Angebote war nicht mehr gewährleistet.

Bei der Wertung der Angebote berücksichtigen gemäß § 19 Abs. 8 EG VOL/A die Auftraggeber entsprechend der bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich die Kriterien, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind. Gemäß § 4 Abs. 4 VgV können energieeffiziente Waren, Geräte oder Ausrüstungen, die wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung sind, als Zuschlagskriterien angemessen berücksichtigt werden.

a) Die Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien konnte aber nur gelingen, wenn die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der geforderten Gesichtspunkte für alle Bieter eindeutig und verständlich war. Die Beachtung der Leistungsbeschreibung ist Voraussetzung für die Vergleichbarkeit der Angebote. Vorliegend hat zumindest die Beigeladene den Begriff „Verwertung“ anders verstanden als die übrigen Bieter, was dazu führte, dass im Angebot der Beigeladenen zu dieser Forderung keine vergleichbaren Angaben gemacht wurden. Den Teilbereich „Verwertung“ hat die Beigeladene nicht zum Inhalt ihres Angebots gemacht, sondern die Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung eigenmächtig reduziert. Da sich aber sogar ein Zuschlagskriterium, und zwar die Kraftstoffkosten auf diesen Teilaspekt der Leistung bezog, war es von entscheidender Bedeutung, dass alle Bieter diesen Teilaspekt der Leistungsbeschreibung mit ihren Angeboten auch erfassten.

b) Die Leistungsbeschreibung war eindeutig und aus der Sicht eines mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Bieters auch verständlich. Der Begriff „Verwertung“ ist nicht abfallrechtlich von der Antragsgegnerin definiert worden, sondern umfasste das, was üblicherweise in der Branche mit dem Altpapier geschieht. Das Altpapier wird in der Regel einer Papierfabrik überlassen und dort wieder verwertet. Die Leistungsbeschreibung wollte auch diesen Teilbereich erfassen, so wie von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung nochmals ausdrücklich bestätigt. Demzufolge war der Transportweg zu einer Anlage, in der eine tatsächliche stoffliche Verwertung des Altpapiers stattfindet, Gegenstand der Leistungsbeschreibung und musste von den Bietern „geleistet“ werden, d.h. angeboten werden.

Erfahrungsgemäß musste diesbezüglich nur eine Verwertung bis zu einer möglichst in der Nähe liegenden Papierfabrik oder Entsorgungsanlage erfolgen. Dies kann man ablesen an den Angaben, die die Antragsgegnerin im 1. Ausschreibungstext machte, der dann im August 2014 geändert wurde. Dort hatte die Antragsgegnerin folgerichtig auch noch Angaben zur Transportentfernung gemacht. Mit der Änderung der Leistungsbeschreibung ist diese Vorgabe ersatzlos gestrichen worden, ohne dass die Antragsgegnerin erkannte, dass dies Auswirkungen auf ein Zuschlagskriterium (Kraftstoffkosten) hatte.

Die Antragsgegnerin hat zwar damit das Entsorgungskonzept den Bietern freigestellt, was sicherlich zulässig war, aber nicht aus der Leistungsbeschreibung herausgenommen. Die „Entsorgung bzw. Verwertung“ des Altpapiers war somit weiterhin von den Unternehmern anzubieten. Die Bieter konnten nach der Änderung lediglich selbst entscheiden, ob sie das eingesammelte Altpapier selbst oder durch andere Händler „vermarkten“ lassen oder welche Papierfabrik sie tatsächlich anfahren.

Aus der Sicht eines verständigen Bieters endete die „Verwertung“ somit nicht auf einem Recyclingplatz oder einer Umschlaganlage, sondern musste noch zu einer Papierfabrik in erreichbarer Entfernung gebracht werden.

Dass die Leistungsbeschreibung auch nach Änderung so zu verstehen war, lässt sich auch aus der Aufklärung der Angebote ersehen. Die Beigeladene wurde mit Schreiben vom 16.9.2014 aufgefordert, ihr Angebot zu erläutern. Die Antragsgegnerin fügte diesem Schreiben eine „Kalkulationstabelle“ bei, in der sie die Beigeladene u.a. auffordert, die Kilometer für den „Transportweg hin und zurück zur Verwertungsanlage“ einzutragen. Daraus kann geschlossen werden, dass die Leistungen des Bieters nicht nur auf das „Einsammeln“ des Altpapiers im Gemeindegebiet begrenzt sein sollten, sondern darüber hinausgingen.

Soweit ersichtlich, haben die anderen 3 Bieter die Leistungsbeschreibung auch so verstanden, denn in allen anderen Angeboten sind Kilometerangaben zu den Transportwegen gemacht worden, die gravierend von den Angaben der Beigeladenen abweichen.

c) Entgegen der Auffassung der Beigeladenen endete die „Verwertung“ nicht auf dem eigenen Umschlagplatz (Recyclinganlage) und dass hat auch nichts mit der Vermarktung des Altpapiers zu tun. Denn auch den anderen Bietern war es freigestellt, das gesammelte Altpapier „ab Umschlaganlage“ zu verkaufen oder von einem anderen Händler abholen zu lassen. Entscheidend ist vielmehr, dass ausweislich der Leistungsbeschreibung der „Verwertungsvorgang“ von der Antragsgegnerin anders vorgegeben war, da die Verbringung zu einer Papierfabrik Teil der Leistungsbeschreibung war, egal wie die Unternehmer das bewerkstelligen.

Die Leistungsbeschreibung war jedenfalls aus der Sicht eines in der Branche tätigen verständigen Bieters eindeutig in Bezug auf die Verwertung. Gefordert war der „übliche Verwertungsweg“, ohne genau vorzugeben, in welche Papierfabrik das Altpapier gebracht wird oder wer es dorthin fährt.

d) Gegen die Benennung der Zuschlagskriterien „Preis, Schadstoffemissionen und Energieverbrauch“ bestehen grundsätzlich auch keine vergaberechtlichen Bedenken.

Insbesondere ist es vor dem Hintergrund der neu eingefügten Regelungen in § 4 Abs. 4 und Abs. 6b VgV zulässig, energierelevante Gesichtspunkte als Zuschlagskriterien aufzunehmen.

Wesentliche Voraussetzung für die Ausführung des Dienstleistungsauftrages ist der Einsatz von „energieverbrauchsrelevanten Ausrüstungen“, wie hier die Fahrzeuge. Im Rahmen des wirtschaftlichsten Angebots ist die zu ermittelnde Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 6b VgV).

Bereits in der Entscheidung des EuGH, vom 4.12.2003, C-448/01 (Wienstrom) hat der EuGH zugelassen, dass Umweltschutzkriterien im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung berücksichtigt werden, sofern diese mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen. Dies ist in §§ 4 ff. VgV konkretisiert worden. Insofern bestehen keine Bedenken. Auch das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.8. 2012, Verg 105/11, geht davon aus, dass die Regelungen in §§ 4 ff. VgV Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind und deshalb bei der Ausschreibung berücksichtigt werden können.

e) Der EuGH (Wienstrom) hat aber darüber hinaus auch entschieden, dass die Zuschlagskriterien bei der Bewertung der Gebote objektiv und einheitlich auf alle Bie-

ter anzuwenden sind. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, so der EuGH, schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein, die es ermöglichen soll, seine Beachtung zu überprüfen, und durch die insbesondere gewährleistet werden soll, dass nachgeprüft werden kann, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.

Die objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.6.2013, Verg 4/13, müssen die konkret zu bezeichnenden Aspekte objektiv bestimmt werden, um eine Vergleichbarkeit der Angebote und eine objektive Bewertung zu ermöglichen.

f) Die Antragsgegnerin hat zwar die Zuschlagskriterien konkret genannt, sich bei der Bewertung der Angebote aber nicht an ihre eigenen Vorgaben gehalten.

Grundsätzlich gilt, dass dem öffentlichen Auftraggeber bei der Prüfung und Bewertung der Angebote auf der 4. Wertungsstufe ein Wertungsspielraum eingeräumt wird. Seine Ausübung ist im Vergabenaachprüfungsverfahren nur beschränkt kontrollierbar, nämlich darauf, ob die rechtlichen Grenzen beachtet worden sind, mit anderen Worten, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und die Entscheidung sich im Rahmen der Gesetze und der allgemein gültigen Wertungsmaßstäbe hält, u.a. vgl. dazu OLG Düsseldorf, 27.3.2013, Verg 53/12 oder auch OLG München, 7.4.2011, Verg 5/11.

Da die „Verwertung“ des Altpapiers Gegenstand der Ausschreibung war und das Zuschlagskriterium „Kraftstoffkosten“ sich auf die gesamte Leistung incl. Verwertung (also den Transport zu einer Papierfabrik) bezog, mussten alle Bieter diese Kosten einkalkulieren – und zwar unabhängig davon, dass die Bieter ansonsten die „Verwertungsanlage“ und auch das Entsorgungskonzept selbst bestimmen durften. Da die Antragsgegnerin aber nicht nur in der Leistungsbeschreibung die „Verwertung“ gefordert hatte, sondern darüber hinaus dies auch Teil eines Zuschlagskriteriums (Kraftstoffkosten; Zeile 47 der Kalkulationstabelle) war, mussten die Angaben der Bieter dazu objektiv vergleichbar sein.

Insofern konnten nur Angebote miteinander verglichen werden, die genau zu diesem Zuschlagskriterium vergleichbare Angaben gemacht hatten. Wenn aber ein Bieter den Bereich „Verwertung“ bei diesem Zuschlagskriterium (Kraftstoffkosten) nicht mit-erfasst, dann kann sein Angebot mit den anderen nicht mehr verglichen werden. Die Antragsgegnerin hat insofern den Sachverhalt nicht zutreffend und vollständig ermittelt und im Übrigen willkürlich die Angaben der Beigeladenen – Verwertung wird durch ein anderes Unternehmen erfolgen und der Stadt werden dafür keine Kosten entstehen- zu Lasten der anderen Bieter ausgewertet. Dann hätte man die anderen Bieter auch darauf aufmerksam machen müssen, dass die Kraftstoffkosten für die Verwertung nicht anzugeben sind, wenn man die Verwertung von einem anderen Unternehmen machen lässt.

g) Zutreffend hat die Antragsgegnerin zwar dazu ausgeführt, dass es auf dem Markt eine ganze Reihe von unterschiedlichen Modellen zur Verwertung gibt. Man

kann das Altpapier als Unternehmer entweder selbst zur Papierfabrik fahren oder durch ein anderes Unternehmen vom Umschlagplatz abholen lassen. Preisverschiebungen, die sich aufgrund dieser unterschiedlichen Modelle ergeben, sind grundsätzlich unproblematisch. Wenn man allerdings in Bezug auf diese Modelle eine Vorgabe in der Form eines Zuschlagskriteriums macht, können solche Preisverschiebungen nicht mehr einfach hingenommen werden.

Vielmehr bedeutete das Zuschlagskriterium „Kraftstoffkosten“ hier einen Eingriff in die Kalkulationshoheit der Unternehmer. In einem solchen Fall muss ein öffentlicher Auftraggeber dann genau die diesbezüglichen Angaben der Bieter miteinander vergleichen, weil er ja Vorgaben für die Kalkulation macht. Die Bieter müssen dazu vergleichbare Angaben machen, ansonsten kann keine Bewertung stattfinden. Denn, so das OLG Düsseldorf a.a.O, diese Aspekte müssen objektiv bestimmt werden, damit die Vergleichbarkeit der Angebote möglich ist und eine objektive Bewertung erfolgen kann.

h) Soweit die Antragsgegnerin auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf, 1.8.2012, Verg 105/11, hinweist, ist für die Vergleichbarkeit der Angebote in der Entscheidung ein Wertungszuschlag nach dem jeweiligen Entsorgungskonzept auf der Grundlage des Transportaufwandes (Anwendung des Routenplaners map24) ermittelt worden. Genau diese Vorgaben hat die Antragsgegnerin hier nicht gemacht, sondern bei dem Zuschlagskriterium "Kraftstoffkosten" die "Verwertung" miteinbezogen, so dass alle Bieter glauben mussten, dass hier - unabhängig vom Entsorgungskonzept - der Kraftstoffverbrauch auch für die Ferntransporte einzupreisen war.

Die Antragsgegnerin hat somit bei der Wertung der Angebote gegen § 97 Abs. 1 und 2 GWB verstoßen, weil sie das Angebot der Beigeladenen, dass sich nach den eigenen Angaben der Beigeladenen nur auf die Entfernungskilometer für das Einsammeln des Altpapiers im Gemeindegebiet bezog, mit in die Wertung gestellt, obwohl der Teilbereich „Verwertung“ dort nicht abgebildet war. Dass die Beigeladene an anderer Stelle, nämlich beim Preis, diese Kosten vermutlich miteingepreist hatte, ist unerheblich, weil es um die Überprüfbarkeit (effektive und objektive Kontrolle) der Angaben zum konkreten Zuschlagskriterium „Kraftstoffkosten“ ging.

2.2 Das Angebot der Beigeladenen ist gemäß § 19 Abs. 3 lit. d) EG VOL/A auszuschließen.

Ausgeschlossen werden gemäß § 19 Abs. 3 lit. d) EG VOL/A Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sind.

a) Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Änderung der Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung abändert oder eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet. Eine Änderung liegt auch vor, wenn ein Unternehmen wesentliche Teile der ausgeschriebenen Leistung nicht so wie verlangt anbietet. Denn in diesen Fällen liegen der Vergabestelle für den Wertungsvorgang keine vergleichbaren Angebote vor, so dass die Chancengleichheit aller Bieter nicht mehr sichergestellt und gewährleistet ist, vgl. dazu u.a. BGH, Beschluss vom 1.8.2006, X ZR 115/04; OLG Frankfurt, 26.5.2009, 11 Verg 2/09; OLG Karlsruhe, 10.6.2011, 15 Verg 7/11. Eine nachträgliche Ergänzung von Angeboten ist dann

nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 VOB/A unstatthaft, OLG Düsseldorf, 12.2.2013, Verg 1/13.

b) Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung hat die Beigeladene Ziffer 9 und 13 der Bewerbungsbedingungen für die Vergabe der Altpapiereinsammlung mit ihrem Angebot „abgeändert“. Denn die Beigeladene hat letztlich dargelegt, dass sie die „Verwertung“ des Altpapiers vom Umschlagplatz zur Papierfabrik nicht selbst durchführen wird, sondern dafür ein anderes Unternehmen einbezieht. Dass das Altpapier ab Umschlagplatz von der Beigeladenen verkauft bzw. vermarktet wird, ändert daran nichts. Denn letztlich musste die Verbringung zu einer Verwertungsanlage im Angebot abgebildet werden. Dieser Teilbereich fehlt im Angebot der Beigeladenen.

Ob die dafür verlangten Verpflichtungserklärungen vorliegen oder nachgereicht werden, kann dahin stehen. Denn die Abänderung bezieht sich nicht nur auf die Anforderungen in Ziffer 9 und 13 der Bewerbungsbedingungen, sondern auch auf die Angaben in Zeile 47 der Kalkulationstabelle. Wenn man die Entgelttabelle als "Anforderung und als Kalkulationsvorgabe" versteht, also als eine Anforderung für die Bieter, dann ändert ein Bieter diese Vorgabe ab, wenn er in seinem Angebot an der dafür vorgesehenen Stelle keine Angaben dazu macht.

Die Antragsgegnerin hat zwar das "Entsorgungskonzept" freigestellt, aber nicht die Anforderungen hinsichtlich der Transportkilometer. Diese sind weiterhin Inhalt der Leistungsbeschreibung gewesen und sogar als Zuschlagskriterium benannt worden. Wenn ein Bieter mit seinem Angebot diese Anforderung nicht erfüllt, ändert er ab und ist damit zwingend auszuschließen.

c) Ob eine Nachforderung der Verpflichtungserklärung für einen Nachunternehmer jetzt noch zulässig ist, kann dahin stehen. Die Antragsgegnerin hat zunächst mit Schreiben vom 16.9.2014 und erneut mit Email vom 26.10.2014 (Wird das Altpapier vom Betriebshof von einem Verwerter abgeholt?), von der Beigeladenen - trotz Nachfrage - keinen Verwerter genannt bekommen und es wurden auch keine Angaben zu einem Transportweg zu einer Verwertungsanlage gemacht. Diesbezüglich bestimmt § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A: Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten, sind (zwingend) auszuschließen.

2.3 Ob das Angebot der Beigeladenen wegen des nicht gültigen EfB-Zertifikates gemäß § 19 Abs. 2 EG VOL/A auszuschließen war, lässt die Kammer vorliegend dahin gestellt.

Gemäß § 19 Abs. 2 EG VOL/A können Erklärungen und Nachweise, die auf Anforderung der Auftraggeber bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden, bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden.

a) Die Vorlage eines gültigen EfB-Zertifikates mit dem Angebot war eindeutig und verbindlich gefordert; eine Änderung der Bekanntmachung war in Bezug auf die Beigeladene nicht erforderlich, da diese die Verschiebung des Angebotsabgabetermins mitbekommen hatte und sich ohne Rüge darauf eingelassen hat.

b) Die Nachforderung von Nachweisen, die bereits im Angebot tatsächlich (körperlich) vorhanden sind, ist gemäß § 19 Abs. 2 EG VOL/A nicht ohne weiteres zulässig. Denn die Vorschrift bezieht sich auf „fehlende Nachweise“, und nicht etwa auf Nachweise, die vorgelegt wurden, aber inhaltlich falsch sind. Nach Auffassung in der

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (vgl. u.a. OLG Düsseldorf, vom 9.5.2011, Verg 41/11 und vom 17.12.2012, Verg 47/12 und vom 12.9.2012, Verg 108/11; OLG München, 15.3.2012, Verg 2/12; OLG Dresden, 21.2.2012, Verg 1/12; OLG Celle, 24.4.2014, 13 Verg 2/14) sind Nachweise und Erklärungen nur dann nicht „nicht vorgelegt“, wenn sie gar nicht eingereicht worden sind oder wenn sie rein formale Mängel aufweisen. Insofern besteht im Falle von eingereichten Nachweisen jedenfalls dann ein Nachforderungsrecht, wenn sie „lediglich“ in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen. Die Grenze zwischen einem formalen Fehler und einem inhaltlichen Fehler ist fließend, so VK Münster, 17.1.2013, VK 22/12, und kann somit nur für den konkreten Fall entschieden werden.

Vor dem Hintergrund, dass die Gesetzesänderung in § 19 Abs. 2 EG VOL/A im Jahre 2009 erfolgte, weil nach Auffassung des BGH (beispielsweise Beschluss vom 18.5.2004, X ZB 7/04), unvollständige Angebote auszuschließen waren und man eben „günstige“ Angebote nicht nur wegen des Fehlens eines unbedeutenden Nachweises ausschließen wollte, spricht vieles dafür, dass ein Nachfordern letztlich nur in Betracht kommt, wenn ein Nachweis tatsächlich nicht vorhanden war, so auch die VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 12.6.2014, 3 VK LSA 37/14; OLG München, Beschluss vom 15.3.2012, Verg 2/12. Denn körperlich vorhandene Nachweise „fehlen“ nicht; diese werden vielmehr „inhaltlich“ nachgebessert. Die Gesetzesänderung sollte aber nicht die Möglichkeit eröffnen, Angebote inhaltlich nachzubessern. Außerdem führt das wiederum in die Diskussion, wie wesentlich denn dieser inhaltlich fehlerhafte (oder fehlende) Nachweis war. Genau diese Diskussion ist aber vom BGH mit seiner Rechtsprechung vor Änderung der Vergabeordnungen beendet worden. Die Kammer lässt dies im Ergebnis dahingestellt, weil das Angebot der Beigeladenen hier jedenfalls gemäß § 19 Abs. 3 lit. d) EG VOL/A auszuschließen war.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Die Antragstellerin ist jedenfalls durch den Wertungsvorgang in ihren Rechten verletzt, weil die Antragsgegnerin im Wettbewerb gegen den Gleichbehandlungs- und gegen den Transparenzgrundsatz verstoßen hat. Die Angebote konnten nicht miteinander verglichen werden. Durch den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen ist der Wettbewerb durchaus wieder möglich. Denn soweit ersichtlich sind die Angebote der anderen Bieter entsprechend den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung erstellt worden, so dass insgesamt eine Vergleichbarkeit und Chancengleichheit besteht. Nach Einschätzung der Kammer wäre somit allein die Wiederholung des Wertungsvorgangs hier ausreichend.

Da der Wertungsvorgang durch die Antragsgegnerin durchzuführen ist, hat die Kammer vorsorglich auch die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung dazu befragt, ob sie sich dazu in der Lage sieht, den Wertungsvorgang mit den verbliebenen Angeboten zu wiederholen. Das hat die Antragsgegnerin ausdrücklich bejaht.

Um so gering wie möglich in das Ausschreibungsverfahren einzugreifen, hält die Kammer deshalb eine Zurückversetzung für erforderlich, aber auch für ausreichend und gibt der Antragsgegnerin auf, nach Ausschluss des Angebots der Beigeladenen,

die verbliebenen Angebote erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.

Demgegenüber hat die Antragstellerin keinen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot. Denn im Nachprüfungsverfahren ist letztlich deutlich geworden, dass die Antragsgegnerin die Angebote sämtlicher Bieter nicht hinreichend in Bezug auf das Zuschlagskriterium „Kraftstoffkosten“ geprüft hat. Diese Prüfmöglichkeit wird ihr mit Wiederholung des Wertungsvorgangs jetzt eingeräumt.

IV.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens 2500 € und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von 50.000 € nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. xxxxxx € über einen Zeitraum von 7 Jahren, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxx €. Diese Gebühren sind der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gemäß § 128 Abs. 3 GWB als Gesamtschuldner aufzuerlegen, wobei die Antragsgegnerin gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG als Kommune von den Gebühren befreit ist. Insofern wird von vornherein bestimmt, dass die beiden Kostenschuldner die Gebühren jeweils zur Hälfte auferlegt bekommen.

Die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gemäß § 128 Abs. 4 GWB auferlegt, wobei die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin aufgrund der Komplexität des Nachprüfungsverfahrens für notwendig erklärt wird.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Diemon-Wies

Stolz