



# VERGABEKAMMER SCHLESWIG-HOLSTEIN

beim

**Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr  
Düsternbrooker Weg 104, 24105 Kiel**

Entscheidungserhebliche Normen:

- § 97 Abs. 1 und 2 GWB
- § 133 BGB
- § 2 Nr. 3 VOL/A
- § 8 Nr. 1 VOL/A
- § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG
- § 8 Abs. 2 VwKostG

Leitsätze:

1. Auch im Verhandlungsverfahren unterliegt der Auftraggeber den wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts.
2. Es stellt einen Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) und das Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 2 GWB) dar, wenn der Auftraggeber nach Ausschluss eines Bieters mit diesem „vorsorglich“ weiterverhandelt.
3. Die Aufforderung an einen Bieter, ein neues Angebot abzugeben, stellt nach bereits erfolgtem Ausschluss dieses Bieters die konkludente Aufhebung der Ausschlussentscheidung dar.
4. Ändert der Auftraggeber im Laufe des Verhandlungsverfahrens zuvor als nicht disponibel bezeichnete kalkulationserhebliche Teile der Verdingungsunterlagen, ist dem Grunde nach die Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Abgabe der ersten Angebote geboten. Die Vergabekammer ist allerdings aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gehindert, dies auch für die Bieter anzuordnen, deren Verzicht auf die Teilnahme am Verhandlungsverfahren nicht auf die ursprüngliche Kalkulationsbasis zurückzuführen ist.
5. Ein Zweckverband (im Bereich der Abfallentsorgung) ist ein Gemeindeverband i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG und von daher persönlich von der Gebührenzahlung befreit. Auch ein Wegfall der Gebührenbefreiung nach § 8 Abs. 2 VwKostG kommt nicht in Betracht.



den hauptamtlichen Beisitzer Frankenstein und das Geschäftsführende Vorstandsmitglied Dr. Alberts als ehrenamtlichen Beisitzer **beschlossen**:

- 1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Verfahren unter Einbeziehung des Angebotes der Antragstellerin, welches diese aufgrund der Aufforderung der Antragsgegnerin vom 28.07.2004 abgegeben hat, weiterzuführen.**
- 2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin.**
- 3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.**
- 4. Für diese Entscheidung wird eine Gebühr in Höhe von 25.000,00 € festgesetzt.**
- 5. Die Antragsgegnerin ist gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG von der Zahlung der Gebühr befreit.**

Der von der Antragstellerin geleistete Vorschuss auf die Verfahrensgebühren in Höhe von 2.500,00 € wird nach der Bestandskraft dieser Entscheidung erstattet.

#### **Gründe:**

##### **I.**

Die AG schrieb unter dem Datum der Absendung der Vergabebekanntmachung vom 20.02.2004 den streitgegenständlichen Auftrag im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem öffentlichem Teilnahmewettbewerb unter der Nummer XXX im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften aus.

Die AG beabsichtigt, 49,9 % der Geschäftsanteile an einer zu gründenden Eigengesellschaft (XXX Abfallwirtschaftsgesellschaft GmbH i. Gr. – XXX) an einen strategi-

schen Partner im Wege der Kapitalerhöhung zu veräußern. Mit der Anteilsveräußerung soll die XXX mit folgenden Entsorgungsdienstleistungen gemäß § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG beauftragt werden, die derzeit von der AG als Zweckverband für den Kreis XXX erbracht werden:

- die Sammlung, der Transport, die Verwertung und die Beseitigung von Abfällen aus privaten Haushaltungen (Restmüll, Biomüll, PPK und Sperrmüll),
- die Sammlung und Entsorgung von Schadstoffen,
- die Sammlung und Entsorgung von Abfällen zur energetischen Verwertung,
- die Durchführung der Stilllegung, der Nachsorge und der Rekultivierung einer Abfalldeponie der AG und
- weitere Leistungen jeweils im Kreis XXX.

Weiterhin entsorgt die AG Abfälle aus anderen Herkunftsbereichen und ist ferner von der Duales System Deutschland AG (DSD) bis zum 31.12.2006 mit der Erfassung, Sortierung und Bereitstellung zur Verwertung von Leichtverpackungen beauftragt worden. Die Vertragsverhältnisse mit DSD sowie hinsichtlich der Abfälle aus anderen Herkunftsbereichen sollen vollständig in die XXX eingebracht werden. Es ist vorgesehen, dass in die XXX u.a. das Müllheizkraftwerk XXX, der Fuhrpark, eine Wertstoffsartieranlage und ein Wertstoffannahmepplatz eingebracht werden. Der Entsorgungsvertrag mit der AG soll für eine Dauer von 20 Jahren geschlossen werden und sich einmalig um fünf Jahre verlängern, wenn die AG diesen nicht zwei Jahre vor Vertragsende kündigt: Der AG ist das Recht einzuräumen, zu einem späteren Zeitpunkt weitere Geschäftsanteile zu verkaufen (put-option).

Die Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge endete am 28.03.2004 um 0:00 Uhr. Von den 11 Teilnahmeanträgen waren nur 2 insoweit vollständig, als sie alle geforderten Unterlagen vollständig enthielten. Insbesondere war das Angebot eines Bewerbers zum Teil erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist eingegangen. Mit Schreiben vom 13.04.2004 forderte die AG die betroffenen Bewerber auf, jeweils benannte Unterlagen nachzureichen bzw. vorgelegte Unterlagen zu erläutern und räumte allen Bewerbern die Möglichkeit ein, ihre Teilnahmeanträge ggfs. hinsichtlich etwaiger PPP-Projekte zu ergänzen. Hierfür wurde den Bewerbern Frist bis zum 19.04.2004, 16:00 Uhr gesetzt. Die AG entschied aufgrund der eingereichten Unterlagen am

21.04.2004, welche Bewerber für das Verhandlungsverfahren zugelassen werden sollten. Dabei wurde die in der Vergabebekanntmachung benannte Höchstzahl von 9 Teilnehmern ausgeschöpft.

Mit Schreiben vom 22.04.2004 (von der AG und nachfolgend als „Verfahrensbrief“ bezeichnet) wandte sich die AG an die für das Verhandlungsverfahren qualifizierten Bieter, unter anderem auch an die ASt, und informierte diese über den weiteren Fortgang des Verfahrens und lud zu weiterführenden rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und technischen Prüfungen (sog. „Due Diligence“) ein. Zugleich wurden die Bewerber für den Fall ihres fortbestehenden Erwerbsinteresses aufgefordert, bis zum 09.06.2004, 12:00 Uhr ein sog. „erstes Angebot“ mit folgenden Bestandteilen abzugeben:

- ein verbindliches Angebot zum Abschluss des Entsorgungsvertrages auf der Basis des nicht disponiblen Vertragsentwurfes vom 25.05.2004, nebst Urkalkulation,
- ein vorläufiges Angebot zu den ggfs. mit Änderungsvorschlägen gesellschaftsrechtlichen Verträgen zum Abschluss eines Beteiligungsvertrages über die Beteiligung in Höhe von 49,9 % an den Geschäftsanteilen der XXX, eines Gesellschaftsvertrages und eines Konsortialvertrages,
- eine verbindliche Erklärung, dass die Regelung von Mindestbedingungen des Schutzes der Arbeitnehmer der AG anlässlich der Umstrukturierung von Betriebsteilen der AG (sog. „Mindestkatalog“) als verbindlich anerkannt wird.

Daneben war dem verbindlichen Angebot zum Entsorgungsvertrag für die Angabe der Leistungspreise ein sog. „Angebotsdeckblatt“ zugrunde zu legen.

Dieses Angebotsdeckblatt gliedert sich wie folgt:

Unter Ziffer 1 („Preisangebot“) findet sich folgender Text:

*„Wir verpflichten uns, für den Fall, dass der Zuschlag auf unser Angebot erteilt wird und wir als Gesellschafter 49,9 % der Geschäftsanteile der XXX Abfallwirtschaftsgesellschaft GmbH (,XXX) übernehmen, dass die XXX die im Entsorgungsvertrag ein-*

*schließlich der Leistungsbeschreibung bezeichneten Leistungen gegenüber dem Zweckverband XXX zu den in den beiden nachstehenden Tabellen dargestellten Höchstpreisen multipliziert mit dem folgenden prozentualen Abschlag erbringen wird (Erläuterung: siehe Kapitel 6 der Leistungsbeschreibung):“*

Im Folgenden war dann ein Prozentsatz einzutragen, welcher sich auf die nachfolgenden Entgeltsätze bezieht.

Unter Ziffer 2 („Rechtsverbindliche Erklärungen des Bieters / der Bietergemeinschaft“) findet sich folgender Text:

*„Wir bestätigen durch unsere Unterschrift, dass (Zutreffendes bitte ankreuzen)*

- wir den Entsorgungsvertrag einschließlich Leistungsbeschreibung und Anhängen vollständig erhalten haben und diesen im Falle der Auftragserteilung als verbindlich anerkennen,*
- die uns überlassenen Verdingungsunterlagen - ggf. nach Rückfrage - ausreichend waren, um die vertraglich geschuldeten Leistungen zu kalkulieren,*
- unsere Rückfragen eindeutig und erschöpfend beantwortet wurden,*
- unser Angebot – mit Ausnahme der als Betriebsgeheimnis gekennzeichneten Angaben – erforderlichenfalls im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens von allen Beteiligten eingesehen werden kann,*
- uns die Gelegenheit gegeben war, die örtlichen Verhältnisse an den Abholorten und Entsorgungseinrichtungen kennen zu lernen,*
- unser Angebot ohne Preis- oder sonstige wettbewerbsbeschränkende Absprachen zustande gekommen ist,*
- gegenüber den Angaben, die wir im Teilnahmeantrag zu Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gemacht haben, keine Änderungen eingetreten sind, die unsere Eignung in Frage stellen könnten.*

*Sofern eine der vorstehenden Erklärungen nicht abgegeben wurde, sind die Gründe hierfür in einem gesonderten Anhang zu erläutern.*

*An unser Angebot halten wir uns bis zum 31. Dezember 2004 gebunden.“*

Es folgt ein Feld zur Angabe von Ort, Datum, Stempel und Unterschrift.

Der Verfahrensbrief enthielt auf Seite 10 folgenden Hinweis:

*„Der Entwurf des ggf. modifizierten Entsorgungsvertrages einschließlich der Leistungsbeschreibung und des Angebotsdeckblattes, der Ihnen am 25. Mai 2004 übergeben wird, ist dem verbindlichen Angebot zum Abschluss des Entsorgungsvertrages unverändert zu Grunde zu legen. Bitte beachten Sie, dass dennoch vorgenommene Änderungen dazu führen, dass Ihr Angebot nicht berücksichtigt werden kann und Ihren Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge hat.“*

Den Bewerbern wurde die Möglichkeit eingeräumt zum Entwurf des Entsorgungsvertrages Änderungs- und Ergänzungsvorschläge bis zum 18.05.2004, 12:00 Uhr, bei der AG anzubringen. Die Bewerber erhielten weiterhin die Gelegenheit, im Rahmen der „Due Diligence“ ausführliche Informationen zu der XXX in einem hierfür bereitgestellten „Datenraum“ einzusehen (die ASt vom 03.05. bis 06.05.2004), sowie im Rahmen von Anwaltsvorgesprächen zu den zur Verfügung gestellten Vertragsentwürfen Verständnisfragen mit den Rechtsberatern der AG zu klären (die ASt am 05.05.2004). Ebenso wurden seitens der AG Betriebsbesichtigungen angeboten (für die ASt am 10.05.2004) sowie die Bewerber zu Managementpräsentationen eingeladen (die ASt zum 17.05.2004).

Im Anschluss an die Abgabe der ersten Angebote beabsichtigte die AG, mit 3 bis 5 Bieter in Verhandlungen zu treten. Für die Auswahl der Bieter sollten neben der Anerkennung des sog. „Mindestkataloges“ ausschließlich die angebotenen Leistungspreise entscheidend sein. Für die Abgabe verbindlicher, notariell beurkundeter Angebote der Bieter, die zur Abgabe eines endgültigen Angebotes aufgefordert werden sollten, war der 05.08.2004, 12:00 Uhr, vorgesehen.

Aufgrund des Verfahrensbriefes teilten 5 Bieter der AG mit, dass sie sich nicht weiter am Verfahren beteiligen wollten.

Die ASt gab ihr „erstes Angebot“ unter dem 08.06.2004 ab. Das Angebotsschreiben umfasst 16 Seiten und ist von einem Vorstand und einem Prokuristen der ASt unter-

zeichnet. Dem Angebot waren 6 Anlagen beigefügt, darunter als eine als „Leistungspreise (Angebotsdeckblatt)“ bezeichnete Anlage 1. In dem Angebotsdeckblatt hatte die ASt unter Ziffer 1 einen Prozentsatz als Abschlag von den aufgeführten Höchstpreisen eingetragen, im Übrigen jedoch unter Ziffer 2 keine Kennzeichnung bei den Rechtsverbindlichen Erklärungen vorgenommen und das Angebotsdeckblatt nicht an der dafür vorgesehenen Stelle unterschrieben. Zugleich enthielt das Angebot der ASt unter Ziffer 5 lit. c) selbst sowie die Heftung der Anlage 1 des Angebotes der ASt folgende durch die ASt selbst gefertigte Erklärung:

*„XXX akzeptiert den Entwurf des Entsorgungsvertrages vom 25. Mai 2004 (einschließlich Leistungsbeschreibung) in allen Punkten und unterstützt einen zügigen Abschluss des Entsorgungsvertrages mit den im Angebotsdeckblatt angebotenen Leistungspreisen. Da XXX weder Vertragspartei ist noch zum gegenwärtigen Zeitpunkt Gesellschafter der XXX ist, kann XXX zur Zeit kein direktes Angebot zum Abschluss des Entsorgungsvertrages abgeben.“*

Die eingegangenen „ersten Angebote“ wurden am 09.06.2004 submittiert. Die formelle Prüfung des Angebotes der ASt durch die Rechtsberater der AG ergab, dass aufgrund der Tatsache, dass

- das Angebotsdeckblatt des Entsorgungsvertrages nicht an der dafür vorgesehenen Stelle unterschrieben war,
- die unter Ziffer 1 des Angebotsdeckblattes geforderte Erklärung zum Abschluss des Entsorgungsvertrages nicht in der geforderten Form abgegeben sondern durch eine selbst formulierte Erklärung auf einem Vorblatt und im Angebotsschreiben ersetzt wurde und
- die unter Ziffer 2 des Angebotsdeckblattes geforderten Erklärungen nicht, wie vorgesehen durch Ankreuzen, abgegeben wurde

zu prüfen sei, ob das Angebot der ASt deshalb auszuschließen sei. Die Rechtsberater kamen in einem daraufhin gefertigten Gutachten vom 14.06.2004 zu dem Ergebnis, dass „gute Gründe“ dafür sprächen, dass das Angebot der ASt nicht aus den vorgenannten Gründen ausgeschlossen werden müsse. Allerdings wiesen die



Rechtsberater der AG darauf hin, dass nicht auszuschließen sei, dass die zuständigen Nachprüfungsinstanzen zu einem anderen Ergebnis kommen könnten.

Mit Schreiben vom 15.06.2004 wandte sich die AG an die zuständige Vergabeprüfstelle und bat um Überprüfung der im Gutachten ihrer Rechtsberater zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassung. Mit Schreiben vom 16.06.2004 teilte die AG der ASt mit, dass ihr Angebot nicht in allen Punkten den Verdingungsunterlagen entspreche, sie – die AG – allerdings die Einschätzungen des Gutachtens vom 14.06.2004 teile, jedoch zur Vermeidung rechtlicher Risiken die Vergabeprüfstelle angerufen habe.

Mit Schreiben vom 17.06.2004 stellte die ASt klar, dass sie im Falle des Zuschlages als Gesellschafterin der XXX alles dafür tun werde, dass die Gesellschaft die im Entsorgungsvertrag vom 25.05.2004 einschließlich der Leistungsbeschreibung bezeichneten Leistungen gegenüber der AG zu den im Angebotsdeckblatt dargestellten Höchstpreisen multipliziert mit dem angebotenen prozentualen Abschlag erbringen werde. Zur Klarstellung füge man das vollständig ausgefüllte Angebotsdeckblatt rechtsverbindlich unterzeichnet bei.

Mit einem auf den 25.06.2004 datierten (bei der ASt am 24.06.2004 eingegangenen) Schreiben teilte die AG der ASt mit, dass man nach rechtlicher Beratung durch die Vergabeprüfstelle beschlossen habe, das Angebot wegen zweier Mängel von der weiteren Wertung auszuschließen: Zum einen gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOL/A, weil das Angebot nicht an der hierfür vorgesehenen Stelle des Angebotsdeckblattes unterschrieben sei, zum anderen gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOL/A, weil die ASt die unter Ziffer 1 des Angebotsdeckblattes geforderte Erklärung nicht in der vorgesehenen Form abgegeben sondern durch eine selbst formulierte Erklärung ersetzt habe und hierdurch entgegen § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen habe. Die AG habe insoweit auch kein Ermessen, da die genannten Ausschlußgründe zwingend seien. Bezüglich der unter Ziffer 2 des Angebotsdeckblattes geforderten Erklärungen, die erst nach Ablauf der Angebotsfrist nachgereicht worden seien, halte die AG einen Ausschluss – entgegen der Auffassung der Vergabeprüfstelle – nicht für gerechtfertigt, da die Ermessensentscheidung gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A zugunsten der ASt ausgefallen sei, weil die

dort geforderten Angaben und Erklärungen sich weder auf die Wettbewerbsposition der ASt noch auf die Eindeutigkeit des Angebotsinhaltes auswirkten.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 28.06.2004 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebotes gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.

Das Angebot sei unterschrieben worden. Die auf Seite 16 des „ersten Angebotes“ der ASt befindlichen Unterschriften eines Vorstandsmitgliedes und eines Prokuristen seien rechtsverbindlich, weshalb es rechtlich unerheblich sei, dass am Schluss des Angebotsdeckblattes die Unterschrift fehle. Mit der Erklärung unter Ziffer 5 lit. c) des Angebotsschreibens habe die ASt eindeutig ihren rechtsgeschäftlichen Willen zum Abschluss des Entsorgungsvertrages zwischen der XXX und der AG zu den im Angebotsdeckblatt dargestellten Konditionen zum Ausdruck gebracht, sobald sie die Gesellschaftsanteile der XXX zu 49,9 % übernommen habe. Dass sich die Unterschrift nicht noch zusätzlich auf dem Angebotsdeckblatt befinde sei rechtlich unerheblich, da das Angebotsdeckblatt Anlage 1 zum Angebotsschreiben sei und die in der Anlage enthaltenen Erklärungen von dem im unterschriebenen Angebotsschreiben dokumentierten Bieterwillen mit umfasst seien. Entscheidend sei, dass Angebote unterschrieben seien; an welcher Stelle des Angebotes sich diese Unterschrift befinde, sei unerheblich.

Ebenso habe die ASt keine Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen. Die Erklärung, welche die ASt auf der ersten Seite des Angebotsdeckblattes abgegeben habe, entspreche inhaltlich der geforderten Verpflichtung zur verbindlichen Akzeptanz des übermittelten Entwurfes für einen Entsorgungsvertrag. Aus Rechtsgründen könne ein Bieter in diesem Stadium des Verfahrens eine Verpflichtung nach dem Wortlaut der Ziffer 1 des Angebotsdeckblattes nicht abgeben, da die angesonnene Erklärung bei wörtlicher Betrachtung auf etwas Unmögliches gerichtet sei, weil der Bieter als (künftiger) Minderheitsgesellschafter die zu erwerbende Gesellschaft nicht rechtswirksam verpflichten könne; hierzu bedürfe es der Zustimmung des Mehrheitsgesellschafters. Der Bieter könne sich lediglich verpflichten, das sei-nige dazu beizutragen, dass der von ihm in allen Punkten akzeptierte Entsorgungsvertrag von der Gesellschaft umgesetzt werde. In diesem Sinne sei auch die geforderte Erklärung von der AG gewesen. Im Anwaltsgespräch am 05.05.2004 habe der Ver-

treter der ASt, Herr Rechtsanwalt XXX, darauf hingewiesen, dass der Investor den Entsorgungsvvertrag nicht abschließen könne und deshalb ein entsprechendes Angebot des Bieters nicht möglich sei. Der Bevollmächtigte der AG, Herr Rechtsanwalt XXX, habe daraufhin erklärt, der Investor solle sich verbindlich zu den von ihm übermittelten Preisen auf der Grundlage des am 25.05.2004 erhaltenen Entsorgungsvtrages *bekennen*. Aufgrund dieser Erläuterung habe die ASt eine modifizierte Erklärung mit dem Angebotsdeckblatt und ihrem Angebot abgegeben. Die Erklärung habe damit genau dem entsprochen, was die AG, modifiziert durch die Klarstellung im Anwaltsgespräch am 05.05.2004, verlangt habe, so dass eine Änderung an den Verdingungsunterlagen in dieser Erläuterung nicht gesehen werden könne.

Da die AG der ASt mit Schreiben vom 28.06.2004 mitteilte, sie werde der Rüge der ASt nicht abhelfen, stellte diese unter dem 02.07.2004 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein.

Die ASt wiederholt und vertieft darin ihr Vorbringen.

Die Bevollmächtigten der AG hätten in ihrem eigenen Gutachten der Formulierung der ASt in ihrem Angebotsdeckblatt zutreffend lediglich „klarstellenden Charakter“ attestiert und festgestellt, dass sich diese „durch den missverständlichen Text des Angebotsdeckblattes“ zu dieser Klarstellung veranlasst gesehen hätte, was der ASt nicht zum Nachteil gereichen dürfe. Die AG habe in ihrem an die ASt gerichteten Schreiben vom 16.06.2004 ausdrücklich mitgeteilt, dass sie sich der Einschätzung ihrer Bevollmächtigten anschließe. In der Mitteilung vom 25.06.2004 beziehe sich die AG allein auf die abweichende Beurteilung der Vergabeprüfstelle, die der ASt nicht vorliege. Die AG schließe damit ein Angebot, das nach ihrer Überzeugung offenbar den Anforderungen der Verdingungsunterlagen entspreche, allein wegen eines vermeintlichen Prozessrisikos aus, was vergaberechtlich weder geboten noch statthaft sei. Nachdem die Aufforderung, ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Entsorgungsvtrages abzugeben, missverständlich gewesen sei und die ASt im Anwaltsgespräch vom 05.05.2004 ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen habe, hätte sie erwarten können, dass ihre entsprechend dem im Gespräch vom 05.05.2004 gemeinsam herausgearbeiteten Erklärungssinn abgegebene Erklärung

den Anforderungen entspreche. Eine objektive Mehrdeutigkeit dürfe jedenfalls nicht zum Nachteil des Bieters ausschlagen.

Die ASt ist der Auffassung, dass, selbst wenn die von der AG beanstandeten formalen Mängel tatsächlich vorlägen, diese keinen Ausschluss ihres Angebotes rechtfertigen würden, sondern dass nach § 24 Nr. 1 VOL/A die Möglichkeit bestanden hätte, den tatsächlich gewollten Angebotsinhalt aufzuklären. Dazu wäre die AG vor dem Ausschluss des Angebotes der ASt verpflichtet gewesen. Außerdem habe die ASt etwa bestehende Unklarheiten mit ihrem Schreiben vom 17.06.2004 ungefragt endgültig ausgeräumt.

Ebenso sei zu berücksichtigen, dass das Angebot im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens abgegeben wurde. Das „erste Angebot“ markiere nicht den Schlusspunkt der Verhandlungen, sondern deren Beginn. Die monierten Mängel wären – selbst wenn sie vorlägen – nicht wettbewerbserheblich. Es bestehe im Verhandlungsverfahren keine Notwendigkeit, formelle Ausschlussgründe bei ersten, indikativen Angeboten streng auszulegen.

Mit Schriftsatz vom 21.07.2004 und vom 27.07.2004 hat die ASt ergänzend vorge-  
tragen.

Sie tritt dem Vortrag der AG insoweit entgegen, als er sich auf das Gespräch am 05.05.2004 bezieht. Herr XXX habe erklärt, das erste Angebot am 09.06.2004 solle kein verbindliches Angebot zum Abschluss des Entsorgungsvertrages enthalten. Darüber hinaus sei es aus Sicht der ASt ebenfalls letztlich irrelevant, ob bei dem Gespräch eine Änderung der Vergabeunterlagen vereinbart worden sei. Maßgeblich sei, dass die AG einräumt habe, dass die in den Ausschreibungsunterlagen gewählten Formulierungen rechtlich unpräzise und tatsächlich dahingehend zu verstehen gewesen seien, dass sich der Bieter verbindlich zu den Preisen und dem Entwurf des Entsorgungsvertrages bekenne. Da damit inhaltlich eine vollständige Übereinstimmung zwischen dem Angebot der ASt und den Vergabeunterlagen bestehe, liege kein Ausschlussgrund gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A vor. Auf die fehlende Schriftlichkeit des Hinweises komme es nicht an, da zwischen der AG

und der ASt offenbar keine Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt der abzugebenden Erklärung bestünden.

Mit Schreiben vom 29.07.2004 überreichte die ASt der Vergabekammer einen Schriftsatz der AG vom 28.07.2004, mit welchem die AG die ASt zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes im streitgegenständlichen Verfahren aufforderte. Zugleich wurde der ASt als Appendix 1 ein geändertes Angebotsdeckblatt übersandt, welches nach einer erneuten Überprüfung der angegebenen Höchstpreise durch die AG neue Bezugsgrößen für die anzugebenden Prozentsätze enthält.

Die ASt ist der Auffassung, dass sich durch die Korrektur der Höchstsätze im Angebotsdeckblatt und durch die Aufforderung, hinsichtlich des Entsorgungsvertrages nunmehr ein neues Angebot anzugeben der Ausschluss der ASt und damit das Nachprüfungsverfahren erledige. Streitgegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei das ursprüngliche Angebot der ASt, welches nach der Konzeption des Verfahrensbriefes verbindlich sein und im weiteren Verlauf „nicht mehr verhandelt“ werden sollte; insbesondere sollte der angebotene Prozentsatz nicht mehr verändert werden dürfen. Die ursprünglich mit dem indikativen Angebot abgegebene Erklärung werde damit gegenstandslos; maßgeblich sei das jetzt abgeforderte neue Angebotsdeckblatt. Auf die Frage, ob die ASt das ursprünglich angebotene Angebotsdeckblatt vollständig und unverändert ausgefüllt habe, komme es nicht mehr an. Die Vergabestelle selbst sei von der Vorgabe im Verfahrensbrief abgerückt und betrachte das ursprüngliche Angebot hinsichtlich des Entsorgungsvertrages nicht mehr als verbindliche, unveränderliche Grundlage der weiteren Verhandlungen. Die Übersendung eines geänderten Angebotsdeckblattes sei eine partielle Korrektur der Aufforderung im Verfahrensbrief. Insoweit werde das Verfahren in das Stadium vor der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes zum Abschluss eines Entsorgungsvertrages im Verfahrensbrief zurückversetzt. Erklärungen, die Bieter aufgrund des nunmehr insoweit unbeachtlichen Verfahrensbriefes abgegeben hätten, seien damit ebenfalls unbeachtlich und könnten einen Ausschluss nicht mehr begründen. Der Ausschluss der ASt müsste also korrigiert werden; sie müsse wie alle anderen Bieter Gelegenheit erhalten, ein Preisangebot auf das korrigierte Angebotsdeckblatt abzugeben und sich weiter am Verfahren zu beteiligen. Von einer weiteren Einbeziehung der ASt in das Vergabeverfahren gehe offenbar auch die AG aus, welche die ASt mit Schreiben vom

28.07.2004 zur Aufforderung eines notariell beurkundeten, verbindlichen Angebotes aufgefordert habe. Es werde angeregt, dass die Kammer die AG zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens um Rücknahme der Ausschlussentscheidung und um Zustimmung zur Erledigungserklärung ersuche.

Die ASt hat unter dem 03.08.2004 nochmals Stellung genommen. Durch die partielle Korrektur der Verfahrensbriefes werde das streitgegenständliche Verfahren in wettbewerbserheblicher Weise umgestaltet. Das aufgrund des Verfahrensbriefes abzugebende verbindliche Angebot zum Abschluss eines Entsorgungsvertrages, welches im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr hätte verhandelt oder verändert werden dürfen, sei das entscheidende Kriterium für die Auswahl der Bieter für weitere Verhandlungen gewesen; die Entsorgungspreise sollten im weiteren Verlauf nicht mehr verhandelbar sein. Da die AG nunmehr die angegebenen Höchstpreise selbst mit der Folge korrigiere, dass sich diese insgesamt um 1,35 Mio. Euro netto pro Kalenderjahr erhöhten, und zugleich auffordere, das eigentlich nicht mehr verhandelbare Angebotsdeckblatt neu auszufüllen, werde das nicht verhandelbare und unabänderliche Angebot damit gegenstandslos. Es liege auf der Hand, dass die Bieter ihr Angebot nunmehr völlig neu kalkulieren könnten und müssten und dass die ursprünglichen Angebote wohl anders ausgefallen wären. Im Verhandlungsverfahren könne der Auftraggeber Maßgaben nachträglich korrigieren oder aufheben, allerdings müsse er dann auch den noch im Verfahren befindlichen Bietern, die sich nach den ursprünglichen Maßgaben am Verfahren beteiligt hätten, die erneute Chance geben, sich unter den korrigierten Bedingungen wieder am Verfahren zu beteiligen. Die von der AG angestellten Kausalitätsüberlegungen seien nicht nachvollziehbar. Werde ein Verfahrensschritt wiederholt oder das Verfahren zurückversetzt, erledigten sich alle Verfahrenshandlungen, die sich auf den zurückversetzten Verfahrensabschnitt beziehen.

Die ASt beantragt,

1. die AG zu verpflichten, das Verhandlungsverfahren unter Einbeziehung des aufgrund der Aufforderung vom 28.07.2004 abgegebenen Angebotes der ASt fortzuführen,

2. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der AG aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die AG beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AG gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Mit Schriftsatz vom 08.07.2004 bestreitet sie, dass seitens der Bevollmächtigten der AG in dem Anwaltsgespräch am 05.05.2004 eine Aussage, dass eine klarstellende Ergänzung zum Verfahrensbrief gemacht werde, getätigt worden sei. Fortbestehende Einwände bzw. Unklarheiten auf Seiten der ASt seien nach dem klarstellenden Hinweis von Herrn XXX für die Vertreter der AG nicht erkennbar gewesen. Es sei somit nur der Inhalt der in Rede stehenden Erklärung erläutert und der ASt folglich nicht freigestellt worden, sich bei der Abgabe des Angebotes von der Erklärung unter Ziffer 1 des Angebotsdeckblattes zu lösen. Der Inhalt des Gespräches am 05.05.2004 könne aber letztlich auch dahinstehen, weil die AG aus dem weiteren Verhalten der ASt jedenfalls hätte schließen dürfen, dass diese keine Einwände mehr gegen das Angebotsdeckblatt habe, weil sie sich bis zum 09.06.2004 nicht mehr unverzüglich und schriftlich an die AG selbst in Person des Vorstandsvorstehers gewandt habe, wozu sie bei Unklarheiten gemäß Ziffer VIII.2. des Verfahrensbriefes verpflichtet gewesen wäre. Der Einwand im Gespräch genüge dem nicht, da es zum einen für die Bevollmächtigten der AG nicht erkennbar gewesen sei, dass der erhobene Einwand gegen den Inhalt des Angebotsdeckblattes durch die klarstellenden Hinweise nicht ausgeräumt worden sei. Daneben sei dem Schriftformerfordernis nicht genügt worden, welches gemäß Ziffer VIII.2. auch dann zu beachten gewesen sei, wenn der Hinweis auf Unklarheiten etc. bereits zu einem früheren Zeitpunkt in anderer Form gegeben worden sei. Darüber hinaus wäre es von der ASt zu erwarten gewesen, dass sie ihr Vorgehen bei der Angebotsabgabe nochmals hinterfragt hätte, da die AG

den Inhalt des Angebotsdeckblattes im Vorfeld der Angebotsabgabe nicht zur Disposition gestellt habe.

Die zuständige Vergabepflichtstelle hätte dem Vorstandsvorsteher der AG am 21.06.2004 den telefonischen Rat erteilt, das Angebot der ASt wegen der in dem Gutachten vom 14.06.2004 thematisierten Ausschlussgründe auszuschließen. Insbesondere sei die Vergabepflichtstelle dem Hinweis, dass die unter Ziffer 1 des Angebotsdeckblattes vorgegebene Bietererklärung – bei formaljuristischer Auslegung – missverständlich formuliert sein könnte, nicht gefolgt. Diese Einschätzung erscheine zutreffend, weil die den Bietern abgeforderte Erklärung vor dem Hintergrund gesehen werden müsse, dass die Konditionen des Entsorgungsvertrages zwischen der XXX und der AG ausschließlich vom Bieter kalkuliert würden und dieser auch als künftiger Minderheitsgesellschafter der XXX die alleinige Verantwortung tragen werde, während sich die AG gemäß Ziffer III.1. des Verfahrensbriefes auf eine Auskömmlichkeitsprüfung beschränke. Zudem hätten die anderen Bieter die Erklärung zutreffend verstanden und das Angebotsdeckblatt ohne Vorbehalte unterzeichnet. Die Vergabepflichtstelle habe zwar nicht von ihren Befugnissen nach § 103 Abs. 2 Satz 2 GWB Gebrauch gemacht, gleichwohl sei durch die AG zu berücksichtigen, dass die Vergabepflichtstelle bei der zuständigen Kommunalaufsicht angesiedelt sei. Der Hauptausschuss der AG habe demnach in seiner Sitzung am 23.06.2004 einstimmig entschieden, das Angebot der ASt mit der Begründung des Schreibens vom 25.06.2004 auszuschließen.

Es sei darauf hinzuweisen, dass die ASt – vorsorglich und vorbehaltlich der Entscheidung der Vergabekammer – weiterhin am Verfahren beteiligt sei, um eine mit ihrer möglicherweise erforderlich werdenden Wiedereinbeziehung verbundene Verzögerung des Vergabeverfahrens zu vermeiden.

Mit Schreiben vom 02.08.2004 teilte die AG auf die Verfügung der Kammer vom 29.07.2004 hin mit, dass sie den verfahrensgegenständlichen Ausschluss der ASt weder aufgehoben habe noch beabsichtige, dies zu tun und sich der Erledigungserklärung der ASt nicht anschließe. Zur Begründung führt sie aus, dass ein Abgehen von der ursprünglichen Konzeption des Verhandlungsverfahrens erforderlich geworden sei, nachdem sich eine Planungsannahme, die die AG der Ermittlung der



Höchstpreise zugrunde gelegt hatte, bei nochmaliger Überprüfung als unzutreffend erweisen habe. Ursprünglich sei die AG davon ausgegangen, dass die zusätzlichen Kosten, die durch die anderweitige Entsorgung von Abfällen nach Schließung der Deponie in XXX ab dem 01.06.2005 entstehen werden, durch Einsparungen in anderen Bereichen kompensiert werden könnten. Angesichts der geänderten Annahmen habe sich die AG entschlossen, die Höchstpreise in Höhe der voraussichtlichen Mehrkosten um insgesamt 1,35 Mio. Euro zu erhöhen, da die ursprünglich vereinbarten Höchstpreise nicht mehr auskömmlich seien. In der mündlichen Verhandlung hat die AG unwidersprochen dargelegt, dass sich damit die voraussichtlichen Einnahmen der XXX ab Juni 2005 auf ca. 12,8 Mio. Euro per anno erhöhen. Entgegen der Auffassung der ASt hätte die an diese gerichtete Aufforderung, ein neues Preisangebot abzugeben, allerdings nicht zur Folge, dass der Ausschluss der ASt hinfällig sei. Die ASt werde, wie mit Schriftsatz vom 08.07.2004 dargelegt, nur vorsorglich am weiteren Verfahren beteiligt.

Von einer Rückversetzung des Verfahrens und der damit verbundenen Wiederholung von Verfahrensschritten, wie sie die Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 1 GWB anordnen könne, sei im vorliegenden Fall für die ASt nichts zu gewinnen. Die Wiederbeziehung bereits ausgeschiedener oder ausgeschlossener Bieter in das Vergabeverfahren sei aufgrund der Verfahrensgerechtigkeit und des Grundsatzes der Gleichbehandlung nur dann gerechtfertigt, wenn die Gründe, die zur Rückversetzung des Verfahrens geführt hätten, zugleich ursächlich für das Ausscheiden oder den Ausschluss gewesen wären. Die vorliegende Anhebung der Höchstpreise stehe allerdings nicht in einem wie auch immer gearteten Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Unregelmäßigkeiten bei der Ausfüllung des Angebotsdeckblattes durch die ASt. Käme es hierauf nicht an, würde allein der Zufall entscheiden, ob sich Vergaberechtsverstöße der ASt zu ihren Lasten auswirken oder nicht. Es würde daneben ebenso zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung der Bieter führen, wenn ein Bieter, der sein indikatives Angebot verspätet abgeben habe, vor einer Rückversetzung profitiere, während ein Bieter der sein endgültiges Angebot verspätet abgebe, zwingend auszuschließen sei.

Unabhängig davon sei die AG im vorliegenden Fall auch gar nicht berechtigt, den Ausschluss der ASt durch eine Rückversetzung des Verfahrens in das Stadium der

vor Abgabe der ersten Angebote zu „heilen“. Eine solche Kompetenz stehe der Vergabestelle nur zu, wenn die Rückversetzung zwingend geboten sei, weil Verfahrensschritte wiederholt werden müssten, um eingetretene Verfahrensfehler zu heilen. Im vorliegenden Fall sei dies nicht der Fall, da es der AG offen gestanden hätte, das Verhandlungsverfahren unverändert weiterzuführen und der XXX die Mehrkosten, die aus der Stilllegung der Deponie entstehen, auf Basis einer sachverständigen Kostenermittlung zu erstatten. Entsprechende Regelungen hätten ohne Anpassung der Höchstpreise und der Preisangebote außerhalb des Entsorgungsvertrages im gesellschaftlichen Regelungswerk getroffen werden können, so dass eine Rückversetzung somit nicht zwingend sei. Der zwingende Charakter der dem Angebot der ASt anhaftenden Ausschlussgründe könne nicht durch eine Rückversetzung des Verfahrens unterlaufen werden. Schließlich gebiete es auch die Rechtssicherheit, die Rechtmäßigkeit eines Ausschlusses, mit Ausnahme des geschilderten Falles eines Ursachenzusammenhanges, ausschließlich auf der Grundlage der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ausschlusses zu bewerten, da anderenfalls die Vergabestelle stets gegenwärtig sein müsste, dass bereits ausgeschiedene Bieter zu einem späteren Zeitpunkt wieder einzubeziehen sein könnten, was das Vergabeverfahren mit schwer hinnehmbaren Rechtsunsicherheiten belasten würde und ggf. zu erheblichen Verzögerungen führen könne.

Mit Verfügung der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 14.07.2004 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 17.08.2004 verlängert.

Unter dem 29.07.2004 hat die Vergabekammer der ASt im Rahmen der Akteneinsicht nach § 111 GWB die Vergabevermerke der AG in der für einsichtsfähig befundenen Fassung zur Verfügung gestellt, nachdem die ASt fernmündlich auf die ansonsten übliche Akteneinsicht in den Geschäftsräumen der Vergabekammer verzichtet hatte.

Hinsichtlich des sonstigen Sachverhaltes und Vorbringens der Beteiligten wird auf die Vergabeakten sowie auf die von den Beteiligten eingereichten Schriftsätze verwiesen.

Der Antrag ist zulässig (1.) und begründet (2.).

1.

a) Die AG ist als Zweckverband öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 3 GWB (vgl. Reidt / Stickler / Glaß, Vergaberecht, Rn. 46 zu § 98). Es handelt sich auch um einen öffentlichen Auftrag i.S.v. § 99 GWB, da Ziel der Ausschreibung nicht nur die entgeltliche Veräußerung von 49,9 % der Geschäftsanteile der XXX ist. Der AG geht es darüber hinaus - auch und vor allem - um die Suche nach einem Geschäftspartner, der als (künftiger) Anteilseigner für die Dauer von 20 Jahren vielfältige Leistungen auf dem Gebiet der Abfallentsorgung erbringen soll. Damit zielt die Ausschreibung der AG auf die Beschaffung von Dienstleistungen und kann zwanglos als ein Beschaffungsvorhaben im Sinne von §§ 97 Abs. 1, 99 Abs. 4 GWB beurteilt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003, Verg 66/02). Der Wert der Dienstleistungen, die der Erwerber der Geschäftsanteile im Rahmen der vorgesehenen Kooperation zu erbringen hat, überschreitet den maßgeblichen Schwellenwert von 200.000 € (vgl. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV).

b) Die ASt ist auch gemäß § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB antragsbefugt. Sie ist mit ihren Tochterfirmen ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen im Bereich Entsorgung und Recycling, hat ein offenkundiges Interesse an dem streitgegenständlichen Auftrag und macht eine mögliche Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in Gestalt ihres Ausschlusses vom weiteren Verhandlungsverfahren geltend. Der drohende wirtschaftliche Schaden bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes ist evident.

Der Antragsbefugnis steht auch nicht die Auffassung des OLG Dresden (Beschluss vom 31.03.2004, WVerg 0002/04) entgegen, wonach dem Bieter eines unvollständigen Angebotes als Antragsteller fehlende Antragsbefugnis i.Sv. § 107 Abs. 2 GWB für die Beanstandung anderer möglicher Vergabeverstöße entgegengehalten werden kann (so z.B. auch OLG Koblenz, Beschluss vom 09.06.2004, 1 Verg 4/04; OLG Hamburg, Beschluss vom 21.01.2004, 1 Verg 5/03). Das OLG Dresden (a.a.O.) hat diese Fallkonstellation dann als gegeben angesehen, wenn der Antragsteller aufgrund der Mängel des eigenen Angebotes von vornherein keine Chance auf Erteilung

des Zuschlages hatte, im Übrigen jedoch wertungsfähige Angebote vorliegen und mithin eine Aufhebung der Ausschreibung ausscheidet.

Zwar könnte aus der Tatsache, dass die ASt das Angebotsdeckblatt nicht an der dafür vorgesehenen Stelle unterzeichnet und eine abzugebende Erklärung durch eine selbst formulierte Erklärung ersetzt hat, geschlossen werden, dass sie kein vollständiges Angebot abgegeben hat; indes liegt der Fall hier anders, da es auf die Wertung des Angebotes der ASt vom 08.06.2004 nicht mehr ankommt. Bei verständiger Wertung ist das Schreiben der AG vom 28.07.2004 dahingehend zu interpretieren, dass die von den Bietern bis zum 09.06.2004 einzureichenden „ersten Angebote“ für das weitere Verhandlungsverfahren, jedenfalls bezüglich der mit dem Angebotsdeckblatt abzugebenden Erklärungen, obsolet geworden sind, mithin auch das ursprünglich streitbefangene Angebot der ASt.

c) Es bestand seitens der ASt keine Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 GWB in Bezug auf die weitere Teilnahme der ASt an dem Verhandlungsverfahren aufgrund der geänderten Angebotsunterlagen gemäß dem Schreiben der AG vom 28.07.2004, da die AG die Änderung der der Angebotsunterlagen erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens vorgenommen hat.

Es kann deshalb dahin gestellt bleiben, ob bereits die nach Ansicht der ASt missverständliche Formulierung im Verfahrensbrief vom 22.04.2004 bezüglich des verbindlichen Angebotes zum Abschluss des Entsorgungsvertrages sowie die nach Ansicht der ASt nicht weniger missverständliche Formulierung des Angebotsdeckblattes bezüglich der Verpflichtung zur Leistungserbringung durch die ZAG einen gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu rügenden Vergaberechtsverstoß darstellen und ob die ASt einer daraus resultierenden möglichen Rügepflicht durch ihr Vorbringen im Anwaltsvorgespräch am 05.05.2004 form- und fristgerecht nachgekommen ist oder aber ob die Rüge vom 28.06.2004 aufgrund des auf den 25.06.2004 datierten Schreibens der AG, in dem die AG der ASt den Ausschluss ihres Angebotes von der weiteren Wertung mitgeteilt hat, insoweit ausreichend ist.

2.

Der Antrag ist auch begründet, da die Kammer davon überzeugt ist, dass die ASt weiterhin am Verhandlungsverfahren beteiligt ist (a.). Selbst wenn man eine tatsächliche Beteiligung verneinen würde, wäre die AG aufgrund des auch im Verhandlungsverfahren geltenden Transparenzgebotes (§ 97 Abs. 1 GWB) und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß § 97 Abs. 2 GWB verpflichtet gewesen, die ASt mit ihrem aufgrund der Aufforderung vom 28.07.2004 eingereichten Angebot am weiteren Verfahren zu beteiligen (b.).

Es kann deshalb dahin gestellt bleiben, ob das Angebot der ASt vom 08.06.2004 gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 VOL/A oder § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A von der Wertung auszuschließen ist oder ob das Angebot der ASt trotz seiner möglichen formellen Mängel Aufklärungsgesprächen im Sinne von § 24 Nr. 1 VOL/A zugänglich gewesen wäre.

a) Die ASt ist weiterhin tatsächlich am Verhandlungsverfahren beteiligt, da die AG den Ausschluss vom weiteren Verfahren aufgehoben hat.

aa) Die Kammer hat bereits erhebliche Zweifel, ob der mit Schreiben vom 25.06.2004 vorgenommene Ausschluss der ASt dem tatsächlichen Willen der AG entspricht. Im Schreiben an die ASt vom 16.06.2004 hat die AG deutlich gemacht, dass sie die Einschätzung ihrer Rechtsberater in deren Gutachten vom 14.06.2004 teile, wonach es trotz der möglichen Mängel des Angebotes der ASt „gleichwohl vertretbar“ sei, das Angebot der ASt in der Wertung zu belassen. Die AG hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass der Ausschluss der ASt im Zusammenhang damit stehe, dass die zuständige Vergabepflichtstelle bei der Kommunalaufsicht angesiedelt sei und die AG deshalb Schwierigkeiten mit der Kommunalaufsicht befürchte, wenn sie sich über das Votum der Vergabepflichtstelle hinwegsetzte.

Die Vergabepflichtstelle hat unwidersprochen nicht von Ihrer Befugnis gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 GWB Gebrauch gemacht, d.h. sie hat die AG nicht *verpflichtet*, eine rechtswidrige Maßnahme aufzuheben bzw. eine rechtmäßige Maßnahme zu treffen (hier: möglicherweise Ausschluss des Angebotes der ASt), sondern die AG lediglich gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 GWB *beraten* und darauf hingewiesen, dass die Entscheidung über den Ausschluss der ASt in der Verantwortung der AG

liege (vgl. S. 3 der Niederschrift über die Sitzung des Hauptausschusses der AG am 23.06.2004, Ordner 5.1, Bl. 11).

Die Kammer hat im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens den Eindruck gewonnen, dass sich die AG die Rechtsauffassung der Vergabeprüfstelle nicht zu Eigen gemacht hat. Demnach drängt sich der Kammer die Vermutung auf, dass der Ausschluss der ASt durch die AG lediglich mit dem Ziel betrieben worden ist, in einem daraufhin von der ASt eingeleiteten Nachprüfungsverfahren ein Plazet der Vergabekammer zu erhalten, welches die eigene Rechtsauffassung stützt, um alsdann die Entscheidung, die ASt im Verfahren zu belassen, rechtfertigen zu können. Als Ergebnis der mündlichen Verhandlung hat die Kammer auch die Erkenntnis gewonnen, dass bereits unmittelbar nach dem Ausschluss des Angebotes der ASt durch die AG am 25.06.2004 weitere Verhandlungen zwischen der AG und der ASt geführt worden sind. Auch dies rechtfertigt die Annahme, dass die AG von dem Vorliegen von zwingenden Ausschlußgründen bezüglich des Angebotes der ASt nicht restlos überzeugt war und ist.

Dies widerspricht bereits dem Grundsatz des § 2 Nr. 3 VOL/A, wonach Leistungen „unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestelle zu vergeben“ sind (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 26.02.2004, 1 Verg 17/03). Das bedeutet, dass die Vergabestelle die ausschließliche und unteilbare Verantwortung dafür trägt, dass die Grundsätze der Vergabe, die aus ihnen sich ergebenden Einzelvorschriften der VOL/A und die in § 2 Nr. 3 VOL/A besonders genannten Anforderungen gewahrt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2000, Verg 3/00). Die Vergabestelle kann die Verantwortung nicht mit anderen Stellen, Organisationen oder Personen teilen, etwa dadurch, dass sie einen Teil der Verantwortung auf Sachverständige abwälzt (vgl. Müller in: Daub/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl., 2000, Rn. 40 zu § 2), vorliegend nicht auf die Vergabeprüfstelle und schon gar nicht auf die Vergabekammer. Aufgabe des Sachverständigen ist es, durch schriftliche oder mündliche Äußerungen die Prüfung und Auswertung vorgegebener Tatsachen zu unterstützen, indem er aufgrund seines Fachwissens subjektive Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen bekundet. Will sich der Auftraggeber den Inhalt der gutachterlichen Äußerungen eines besonderen Sachverständigen bei seiner Entscheidung zu Eigen machen, so ist er verpflichtet, sich zuvor nochmals damit auseinanderzusetzen (vgl. VK Lüne-

burg, Beschluss vom 23.02.2004, 203-VgK-01/2004). Die Vergabeprüfstelle ist im vorliegenden Fall zweifelsfrei als Sachverständige in diesem Sinne tätig geworden. Indes fehlt es – im Gegensatz zur Bewertung des Gutachtens ihrer Rechtsberater durch die AG – an einer nachvollziehbaren Auseinandersetzung der AG mit der Rechtsauffassung der Vergabeprüfstelle. Ob § 2 Nr. 3 VOL/A auch unter diesem Blickwinkel bieterschützenden Charakter hat (so wohl Fett: in Müller-Wrede, VOL/A-Kommentar, 1. Aufl., 2001, Rn. 35 zu § 2), kann dahingestellt bleiben.

bb) Die ASt ist jedenfalls – entgegen der Auffassung der AG – weiterhin auch tatsächlich und nicht nur vorbehaltlich am Verhandlungsverfahren beteiligt, da die AG den mit Schreiben vom 25.06.2004 vorgenommenen Ausschluss der ASt durch die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 28.07.2004 *objektiv* durch konkludentes Handeln aufgehoben hat. Auf die *subjektive* Vorstellung der AG, die erneute Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sei lediglich parallel zum eigentlichen Verhandlungsverfahren erfolgt, um im Falle einer entsprechenden Entscheidung der Vergabekammer das Verhandlungsverfahren unter Einbeziehung der ASt zügig zum Abschluss bringen zu können, kommt es nicht an.

Die Kammer schließt nicht aus, dass bereits durch die Verhandlungen, die die AG mit der ASt nach Ausschluss des Angebotes am 25.06.2004 geführt hat, eine Aufhebung des Angebotsausschlusses bewirkt sein könnte. Keine endgültige Klarheit konnte die Kammer bezüglich der Frage gewinnen, ab welchem Zeitpunkt die AG die ASt wieder in die Verhandlungen mit einbezogen hat. Jedenfalls hat die AG in der Sitzung ihres Hauptausschusses vom 23.06.2004 (a.a.O., S. 13) beschlossen, dass die ASt für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens – unter Vorbehalt – weiter am Verfahren beteiligt werden könne, sofern die ASt den Ausschluss vor der Vergabekammer angreife. Bereits hierin könnte eine – wenn auch interne – Entscheidung über die Aufhebung des Ausschlusses der ASt zu erkennen sein.

Jedenfalls stellt aber die Aufforderung vom 28.07.2004 eine Aufhebung des Angebotsausschlusses dar. Das entsprechende Schreiben, welches durch die AG unmittelbar an die ASt übermittelt wurde, enthält an keiner Stelle den Hinweis, dass die Aufforderung zur Angebotsabgabe unter dem Vorbehalt stehe, dass die ASt nach einer entsprechenden Entscheidung der Vergabekammer weiter am Verfahren betei-

ligt werden könne. Der Frage, ob eine entsprechende Aufforderung zur Angebotsabgabe daneben ohnehin bedingungsfeindlich ist, braucht demnach nicht nachgegangen werden.

Auf die beschriebene subjektive Vorstellung der AG kommt es nicht an, da für die objektive Bedeutung einer Willenserklärung nicht der empirische Wille des Erklärenden sondern der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert seines Verhaltens entscheidend ist. Auch wenn es darum geht, ob ein bestimmter Erklärungsakt als Willenserklärung aufzufassen ist oder nicht, ist nicht der innere Wille des Erklärenden sondern die objektive Erklärungsbedeutung seines Gesamtverhaltens maßgebend. Da das Erklärungsbewusstsein kein notwendiger Bestandteil der Willenserklärung ist, kann schlüssiges Verhalten auch dann als Willenserklärung gewertet werden, wenn der Handelnde an die Möglichkeit einer solchen Wertung nicht gedacht hat. Voraussetzung ist jedoch, dass der Handelnde bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen konnte, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden durfte und der andere Teil es auch tatsächlich so verstanden hat. Trotz des in § 133 BGB enthaltenen Verbotes der Buchstabeninterpretation hat die Auslegung einer Willenserklärung vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Daneben sind bei der Auslegung die außerhalb des Erklärungsaktes liegenden Begleitumstände einzubeziehen (vgl. Palandt, BGB, 62. Aufl. 2003, Rn. 9 ff. zu § 133). Auf den vorliegenden Fall gewendet ergibt sich, dass die AG zwar offenbar von einem Vorbehalt bezüglich der weiteren Beteiligung der ASt ausging und es ihr somit an dem notwendigen Erklärungsbewusstsein gemangelt hat, indes hat die ASt – im Nachprüfungsverfahren sowohl schriftsätzlich vorgetragen als auch nach eigenem Bekunden in der mündlichen Verhandlung – die Erklärung der AG dahingehend aufgefasst, dass der Ausschluss gemäß Schreiben vom 24.06.2004 durch die Aufforderung vom 28.07.2004 aufgehoben worden sei. Ebenso ist nach dem Sachverhalt, wie er sich der Kammer aufgrund der mündlichen Verhandlung darstellt, nicht davon auszugehen, dass die ASt den Vorbehalt der AG kannte, so dass eine Nichtigkeit der Willenserklärung nach § 116 Satz 2 BGB ausscheidet; dies insbesondere auch deshalb, weil die ASt davon ausgehen durfte, die Aufforderung zur Abgabe eines neuen Angebotes beruhe auf der Tatsache, dass sich die Höchstsätze im Angebotsdeckblatt geändert hatten und deshalb das ursprüngliche, den Ausschluss der ASt begründende Angebot vom 08.06.2004 obsolet sei.



cc) Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die von der AG nach ihrer subjektiven Vorstellung unter Vorbehalt geführten weiteren Verhandlungen mit der ASt vergaberechtlich ohnehin unzulässig wären, da dadurch mit einem ausgeschlossenen Bieter quasi ein „Parallelverfahren“ zum eigentlichen Vergabeverfahren eröffnet wurde. Dabei ist es völlig unerheblich, ob die AG aufgrund der offenkundigen Besorgnis, sie könne durch die Vergabekammer dazu verpflichtet werden, die ASt weiter beteiligt hat, um das Vergabeverfahren alsdann zu einem zügigen Abschluss zu bringen. Ein solches Verhalten ist bereits geeignet, aufseiten der ASt Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Ausschlussentscheidung zu begründen (vgl. oben unter aa.). Es liegt für die Vergabekammer die Vermutung nahe, dass der Grund für die weiteren Verhandlungen mit der ASt der Tatsache geschuldet ist, dass deren Angebot „sehr interessant und geeignet (sei,) den Wettbewerb zu fördern“ (vgl. Niederschrift über die Sitzung des Hauptausschusses der AG am 23.06.2004, a.a.O., S. 13). Wegen des noch laufenden Verhandlungsverfahrens ist es der Kammer verwehrt, die Gründe der AG, weshalb das Angebot der ASt „sehr interessant und geeignet sei, den Wettbewerb zu fördern“, zu offenbaren. Allerdings liegt auf der Hand, dass die ASt wohl kein Interesse an weiteren Verhandlungen mit Bietern hätte, deren Angebote ausgeschlossen werden müssten und die darüber hinaus nicht in die engere Wahl für den Zuschlag kommen.

Damit verkennt die AG, dass ihr Verhalten ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB und zugleich gegen das Gebot der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 2 GWB) darstellt.

Das Verhandlungsverfahren ist geringen formalen Anforderungen unterworfen, aber kein wettbewerbsfreier Raum. Auch im Verhandlungsverfahren unterliegt der Auftraggeber wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts; dies gilt namentlich für die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 15.09.2003, 2 Verg 8/03; BayObLG, Beschluss vom 05.11.2002, Verg 22/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.06.2003, Verg 15/03, jeweils m.w.N.).

Das Transparenzgebot im Vergaberecht ist verletzt, wenn ein Auftraggeber eine Ausschlussentscheidung fällt, dies dem betroffenen Bieter mitteilt und alsdann – aus

welchen Gründen auch immer – wie im vorliegenden Fall mit dem Bieter weitere Verhandlungen über das gleiche Vergabeverfahren führt. Der Auftraggeber ist nach einer einmal getroffenen Ausschlussentscheidung an diese gebunden, es sei denn, er erkennt im Nachhinein, dass die den Ausschluss begründenden Tatbestände doch nicht vorliegen oder – im Verhandlungsverfahren – dass Gründe der Gleichbehandlung eine Wiedereinbeziehung des Bieters indizieren und nimmt darauf hin die Ausschlussentscheidung zurück. Dies gilt insbesondere auch deshalb im Verhandlungsverfahren, als der Auftraggeber durch die „nachträglichen“ Verhandlungen Erkenntnisse gewinnen kann, die er im weiteren Verlauf des Verfahrens verwerten könnte, ohne dass dies dem erkenntnisauslösenden Bieter zugute käme.

Auch das Gebot der Gleichbehandlung ist verletzt, wenn der Auftraggeber wie im vorliegenden Fall unter Missachtung einer einmal getroffenen Ausschlussentscheidung aufgrund des tatsächlichen oder vermeintlichen Vorliegens von Ausschlussstatbeständen mit dem ausgeschlossenen Bieter weiterverhandelt. Es ist nämlich schlechterdings nicht vorstellbar, welche einheitlichen Maßstäbe der Auftraggeber an seine Entscheidung, mit welchen Bietern er trotz deren Ausschluss zu welchem Zweck auch immer weiterverhandeln will, anlegen sollte. Dass damit dem Missbrauch des Vergaberechts Tür und Tor geöffnet wird, ist evident; insbesondere dann, wenn aufgrund der weiterführenden Verhandlungen der Ausschluss einzelner Bieter zurückgenommen wird.

Deshalb kann es vorliegend nicht darauf ankommen, dass die Verhandlungen der AG mit der ASt – ungeachtet der subjektiven Vorstellung der AG – nur „vorsorglichen Charakter“ hatten. Da diese Verhandlungen rechtswidrig waren, kann sich die AG nicht darauf berufen, dass aufgrund dieser Verhandlungen dem Schreiben vom 28.07.2004 der Charakter einer bedingungslosen Aufforderung zur Abgabe eines neuen Angebots abzusprechen sei. Auch der Hinweis der AG, sie habe der ASt „telefonisch ausführlich erläutert, warum sie den Ausschluss als nicht erledigt ansehe“ (vgl. Schriftsatz vom 02.08.2004, S. 4), ist damit unbeachtlich. Spätestens die Aufforderung an die ASt zur Abgabe eines neuen Angebotes vom 28.07.2004 stellt somit die Rücknahme der unter dem 16.06.2004 mitgeteilten Ausschlussentscheidung dar.

b) Selbst wenn die ASt nicht durch das Verhalten der AG erneut zur Beteiligten am Verhandlungsverfahren geworden wäre, hätte sie wieder am Verhandlungsverfahren beteiligt werden müssen, da die nachträgliche – im Verfahrensbrief vom 22.04.2004 ausgeschlossene – Erhöhung der Höchstpreise eine wesentliche Änderung an den Verdingungsunterlagen darstellt, welche auch im Verhandlungsverfahren unzulässig ist, soweit den Bietern nicht die Gelegenheit eingeräumt wird, ihr Angebot den veränderten Bedingungen anzupassen. Im vorliegenden Fall wäre das Verfahren deshalb in den Stand vor Abgabe der „ersten Angebote“ zurückzusetzen gewesen.

aa) Wegen des auch im Verhandlungsverfahren geltenden Transparenz- und Gleichheitsgebotes hätte die AG ohnehin die ASt zur Abgabe eines neuen Angebotes auffordern müssen. Auch im Verhandlungsverfahren ist der Auftraggeber verpflichtet, allen Bietern die gleichen Informationen zukommen zu lassen und ihnen die Chance geben, innerhalb gleicher Fristen zu gleichen Anforderungen Angebote abzugeben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.06.2003, Verg 15/03; VK Münster, Beschluss vom 09.04.2003, VK 05/03; OLG Celle, Beschluss vom 16.01.2002, 13 Verg 1/02). Das Transparenzgebot verpflichtet den Auftraggeber, den Verfahrensablauf – soweit bekannt – mitzuteilen und davon nicht überraschend und willkürlich abzuweichen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.06.2003, Verg 15/03). Zu beachten sind auch die Interessen von potentiellen Bietern, die sich, wenn eine Änderung an den Verdingungsunterlagen bekannt gemacht worden wäre, eventuell ebenfalls an dem Vergabeverfahren beteiligt hätten (vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 10.12.2002, VK1 93/02).

Ob der Auffassung der VK Nordbayern (Beschluss vom 23.06.2003, 320.VK-3194-17/03) beigetreten werden kann, nach der auch im Verhandlungsverfahren das Nachverhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/A (sinngleich mit § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A) gelten soll, bedarf keiner Entscheidung. Die AG weicht entgegen ihrer ausdrücklichen Ankündigung im Verfahrensbrief vom 22.04.2004 von ihrer eigenen Maßgabe ab, dass die Preise nach Abgabe der „ersten Angebote“ nicht mehr verhandelbar sein sollten. Wie die AG selbst einräumt, erhöhen sich die ursprünglich als fix bezeichneten Höchstpreise um insgesamt 1,35 Mio. Euro per anno. Dass aufgrund dieser geänderten Kalkulationsbasis auch die 5 Bieter, die auf die Abgabe eines „ersten Angebotes“ bis zum 09.06.2004 verzichtet haben, möglicherweise doch

ein Angebot abgegeben hätten, ist bei verständiger Betrachtung jedenfalls nicht auszuschließen. Die AG führt in ihrem Schriftsatz vom 02.08.2004 insoweit zutreffend selbst aus, dass die Wiedereinbeziehung bereits ausgeschiedener Bieter aufgrund der Verfahrensgerechtigkeit und des Grundsatzes der Gleichbehandlung dann gerechtfertigt sei, wenn die Gründe, die zur Rückversetzung des Verfahrens geführt hätten, zugleich ursächlich für das Ausscheiden gewesen seien. Die Kammer sieht aufgrund des Vortrags der AG in der mündlichen Verhandlung und aufgrund der Aktenlage keine Veranlassung, über die tatsächlichen Beweggründe der einzelnen Bieter Spekulationen anzustellen.

Die Annahme der AG, dass es ihr im vorliegenden Verfahren offen gestanden hätte, das Verfahren ohne Anpassung der Höchstpreise unverändert fortzuführen und der ZAG die Mehrkosten, die aus der Stilllegung der Deponie entstehen, auf Basis einer sachverständigen Kostenermittlung zu erstatten, ist unzutreffend. Es stellt nämlich einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar, wenn nicht jedem Bewerber wesentliche Änderungen an den Verdingungsunterlagen unverzüglich mitgeteilt werden (vgl. Daub / Eberstein, Kommentar zur VOL/A, 5. Aufl. 2000, Rn. 21 zu § 2). Darüber hinaus liegt ein ebensolcher Verstoß im Verhandlungsverfahren vor, wenn nicht allen Unternehmen, die in der ersten Verhandlungsrunde ein Angebot abgegeben haben, die inzwischen geänderten Vertragsbedingungen mitgeteilt werden (vgl. ebenda). Da die AG in ihrem Verfahrensbrief gerade postuliert hat, dass die nunmehr geänderten Höchstpreise und die diesen zugrunde liegenden prozentualen Abschläge nach dem 09.06.2004 nicht mehr verhandelbar sein sollten, muss die ASt Gelegenheit erhalten, auf die geänderten Vertragsbedingungen zu reagieren und ein neues Angebot abzugeben.

Das Verhandlungsverfahren eröffnet dem Auftraggeber bei der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung keine größeren Freiheiten als bei den anderen gemäß § 101 GWB zulässigen Arten von Vergabeverfahren. Das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 8 Nr. 1 VOL/A) gilt auch für das Verhandlungsverfahren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.08.2002, Verg 25/02). Das Verhandlungsverfahren kann sich zwar in Stadien gliedern, nach deren jeweiligem Ende einzelne Bieter ausscheiden, weil sie z.B. die gewünschte Leistung nicht erbringen können oder wollen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 16.01.2002, 13 Verg 1/02), je-

doch müssen allen Bietern die dieselben Informationen zur Verfügung stehen, die für das konkrete Angebot und die Kalkulation von Bedeutung sind, um eine Wettbewerbsverzerrung zu vermeiden (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 21.04.2004, 24-04/04).

Da die Vergabestelle gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A „alle“ die Preisermittlung beeinflussenden Umstände angeben muss, hat der öffentliche Auftraggeber umfangreiche Prüfungen - gegebenenfalls durch Sachverständige - vorzunehmen, um den Bietern auch tatsächlich alle Umstände mitteilen zu können, die sich auf die Preisermittlung auswirken können (vgl. Daub / Eberstein, a.a.O., Rn. 35 zu § 8; 2. VK Bund, Beschluss vom 24.06.2003, VK 2 - 46/03).

Dass es sich bei der Änderung der Höchstpreise um einen Umstand handelt, der die die Preisermittlung beeinflusst, ist offensichtlich (vgl. zu den Tatbestandsmerkmalen Umstand und Einfluss: Ingenstau / Korbion, VOB-Kommentar, 15. Aufl., 2004, Rn. 43 ff. zum (inhaltsgleichen) § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A).

bb) Da die ASt ohnehin weiterhin Beteiligte des streitgegenständlichen Verhandlungsverfahrens ist (vgl. oben unter a.), konnte die Kammer davon absehen, das Verfahren insoweit in den Stand vor Abgabe der „ersten Angebote“ zurückzusetzen, als *alle* für das Verhandlungsverfahren qualifizierten Bieter erneut zur Abgabe eines „ersten Angebotes“ aufzufordern gewesen wären. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kammer eine entsprechende Verpflichtung zur Rückversetzung des Verfahrens hätte aussprechen dürfen. Jedoch muss die – entgegen der ausdrücklichen Maßgabe des Verfahrensbriefes vom 22.04.2004 – vorgenommene Änderung der Verdingungsunterlagen zumindest der ASt insoweit zugute kommen, dass sie aufgrund der Aufforderung vom 28.07.2004 ein neues Angebot abgeben kann.

Gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB hat die Vergabekammer zu entscheiden, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. Sie trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist dabei nicht an die Anträge gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken (§ 114 Abs. 1 Satz 2 GWB). Stellt die Vergabekammer daher andere als die von der Antragstellerin

ausdrücklich gerügten Rechtsverletzungen fest, kann sie diese Verstöße prüfen und ihrer Entscheidung zugrunde legen. Ziel Ihrer Entscheidung ist in jedem Fall die Einwirkung auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 28.05.2002, 15-04/02). Wenn man demnach eine umfassende Kontrollmöglichkeit bejaht, ermächtigt diese die Vergabekammer dazu, vom Antragsteller zur Begründung seines Nachprüfungsantrages nicht herangezogene, ihn aber gleichwohl belastende Rechtsverstöße der Kammerentscheidung zugrunde zu legen; es muss sich dabei also um Rechtsverstöße handeln, die den Antragsteller - auch wenn er sie unter Umständen nicht gesehen hat - in seinen Rechten verletzt haben (OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.11.2002, 2 Verg 14/02).

Bezüglich der in der Rechtsprechung umstrittenen Frage, inwieweit die Vergabekammer bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag auf das Vergabeverfahren einwirken kann, wenn sie Vergaberechtsverstöße in der Sache für gegeben hält, ist die erkennende Kammer zusammen mit dem OLG Naumburg (Beschluss vom 12.06.2001, 1 Verg 3/01) der Auffassung, dass die Vergabekammer grundsätzlich allein auf der Grundlage der Existenz eines Beschwerdeantrages unabhängig von dessen Zulässigkeit und Begründetheit überprüfen kann, ob sie Maßnahmen zur Wiederherstellung oder Sicherung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens für erforderlich hält. Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem Wortlaut des § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB, aber auch aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Der ursprüngliche Regierungsentwurf zum VgRÄG sah sogar eine unbeschränkte Prüfungsaufgabe und -kompetenz für die Vergabekammer vor. Im Gesetzgebungsverfahren wurde die vorgenannte Norm von einer zwingenden Vorschrift in eine Kann-Bestimmung umgewandelt. Der Gesetzgeber wollte aber an einer über die erhobenen Verfahrensrügen hinausgehenden Rechtskontrolle durch die Vergabekammer festhalten. Den Argumenten der gegenläufigen Rechtsauffassung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02; OLG Thüringen, Beschluss vom 30.05.2002, 6 Verg 3/02), wonach ein Eingreifen gemäß § 114 GWB voraussetze, dass es sich um einen zulässigen Nachprüfungsantrag handle, weil ansonsten die strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen (Antragsbefugnis, Rügeobliegenheit) praktisch sinnentleert würden, vermag die Kammer nicht beizutreten. Soweit hier ersichtlich, ist die Frage aufgrund der Divergenzvorlage des OLG Thüringen durch den BGH nicht entschieden worden.

Eine Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Abgabe der „ersten Angebote“ wäre dem Grunde nach geboten gewesen. Maßgeblich hierfür ist, dass – entgegen der ursprünglichen Maßgabe des Verfahrensbriefes vom 22.04.2004 – die als im weiteren Verfahren nicht mehr verhandelbaren Höchstpreise durch die AG nunmehr erhöht werden und sich damit die voraussichtlichen Einnahmen des strategischen Investors erhöhen. Diese mögliche Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der bereits freiwillig ausgeschiedenen Bieter wäre durch die Kammer deshalb auch von Amts wegen zu prüfen gewesen, da die zum Verhandlungsverfahren zwar zugelassenen, gleichwohl nicht mehr daran beteiligten Bieter selber nicht in der Lage waren, sich gegen die Ungleichbehandlung durch die AG zur Wehr zu setzen (vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 15.10.2000, VK2 64/02). Sie konnten nämlich nicht ahnen, dass die AG zwischenzeitlich die vorgegebenen und als nicht disponibel bezeichneten Höchstsätze entgegen ihrer eigenen Vorgaben im Laufe des Verfahrens noch ändern würde.

Die Vergabekammer würde diesbezüglich jedoch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit unterliegen. Sie darf nur diejenigen Maßnahmen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um den festgestellten Vergaberechtsverstoß zu beseitigen und - soweit geboten - darüber hinaus die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht, den Rechtsverstoß zu beseitigen, muss die Vergabekammer diejenige auswählen, welche die Interessen der Beteiligten möglichst wenig beeinträchtigt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.11.2000, Verg 15/00, m.w.N.).

Die AG hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, die fünf freiwillig ausgeschiedenen Bieter hätten aufgrund anderer als kalkulatorischer Erwägungen auf eine weitere Teilnahme am Verhandlungsverfahren verzichtet. Hierzu mit den betroffenen Bietern telefonisch erörterte Einzelheiten könnten durch die AG allerdings wegen des noch laufenden Verhandlungsverfahrens nicht offenbart werden. Den Vergabeakten (Ordner 4.2, Bl. 160 ff.) lässt sich insoweit nichts Gegenteiliges entnehmen.

Eingedenk dessen wäre unter Berücksichtigung des berechtigten Interesses der Beteiligten an einem zügigen Fortgang des Verfahrens die Anordnung, *alle* für das Ver-

handlungsverfahren qualifizierten Bieter mit einem aufgrund der Aufforderung vom 28.07.2004 einzureichenden Angebot am weiteren Verfahren zu beteiligen, wohl unverhältnismäßig. Die ASt hat jedoch in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass die durch die AG vorgenommene Änderung der Höchstpreise erhebliche Auswirkungen auf ihre Kalkulation hat. Da die Kammer aus den dargelegten Gründen der Verhältnismäßigkeit davon abgesehen hätte, die AG zu verpflichten, *allen* für das Verhandlungsverfahren qualifizierten Bietern die Möglichkeit einzuräumen, ein neues Angebot abzugeben, kann dies nicht zu Lasten der ASt gehen, so dass zumindest sie – wie bereits geschehen – zur Abgabe eines neuen Angebotes aufzufordern war.

cc) Der erneuten Einbeziehung der ASt würde auch nicht die Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 30.05.2001, Verg 23/00) entgegenstehen, wonach es gegen die Gebote des Wettbewerbs und der Transparenz und der Gleichbehandlung verstößt, wenn ein Bieter nach Ablauf der Frist für die Angebotsabgabe zum Verhandlungsverfahren zugelassen wird. Diesem Beschluss lag insoweit ein anderer Sachverhalt zugrunde, als der betreffende Bieter es bereits versäumt hatte, sich fristgerecht um die Teilnahme am Verhandlungsverfahren zu bewerben. Auch ist nicht ersichtlich, dass sich in jenem Fall – wie hier – die Verdingungsunterlagen nach Ablauf der Angebotsfrist geändert hätten.

Ebenso kommt es im vorliegenden Fall nicht auf die von der AG für notwendig erachtete Kausalität zwischen den (vermeintlich) vorliegenden Ausschlussgründen in Bezug auf das Angebot der ASt und den Gründen für die mögliche Zurückversetzung des Verfahrens an, da die von der AG befürchtete mögliche Entwertung des zwingenden Charakters von Ausschlussgründen hier nicht zu befürchten steht. Die AG erkennt nämlich, dass es – entgegen ihrer Auffassung – aus den dargelegten Erwägungen dem Grunde nach zwingend geboten gewesen wäre, das Verfahren in das Stadium vor Abgabe der ersten Angebote zurückzusetzen. Auch das Argument der AG, dass das Vergabeverfahren mit schwer hinnehmbaren Rechtsunsicherheiten belastet und erheblich verzögert würde, wenn bereits ausgeschiedene Bieter zu einem späteren Zeitpunkt wieder einzubeziehen sind, kann nicht verfangen, da die AG den Grund dafür selbst gesetzt hat, indem sie erst im Verhandlungsverfahren erkannt hat, dass ihre eigenen Annahmen zu den Höchstpreisen teilweise unzutreffend waren.



### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB. Danach hat ein Beteiligter die Kosten (Gebühren und Auslagen) der Vergabekammer zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Im vorliegenden Fall ist die AG als unterlegen anzusehen, da ihre Sachanträge zurückgewiesen wurden und die ASt mit ihrem Begehren, weiter am Verhandlungsverfahren beteiligt zu werden, durchdringt.

a) Nachprüfungsverfahren nach § 107 ff. GWB sind gebührenpflichtig. Die Gebühr beträgt mindestens 2.500,00 Euro und soll den Betrag von 25.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 128 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB).

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB). Entspricht die wirtschaftliche Bedeutung dem Durchschnitt, ist grundsätzlich eine mittlere Gebühr angemessen.

Unter dieser Prämisse gilt hier Folgendes:

Der Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist von außerordentlich hoher wirtschaftlicher Bedeutung für alle Verfahrensbeteiligten. Das wird bereits durch das streitgegenständliche Auftragsvolumen, allein bezogen auf die Entsorgungsdienstleistungen für die Dauer von 20 Jahren unter Zugrundelegung der von der AG vorgegebenen Höchstpreise, deutlich. Die AG hat hierzu in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgetragen, dass sich die Erlöse der XXX für die durch sie zu erbringenden Leistungen ab Juni 2005 voraussichtlich auf 12,8 Mio. Euro per anno belaufen werden. Unter Berücksichtigung der Laufzeit des Entsorgungsvertrages (20 Jahre) und des Anteils des potentiellen Investors an den Erlösen (49,9 %) geht die Vergabekammer von einem streitgegenständlichen Auftragsvolumen in Höhe von ca. 127 Mio. Euro aus.

Der personelle und sachliche Aufwand bei der Vergabekammer ist als überdurchschnittlich anzusehen, da die Verfahrensbeteiligten umfassend vorgetragen haben und der Umfang der von der Vergabekammer bei der Entscheidungsfindung auszuwertenden Vergabeakten erheblich war.

Von daher erscheint der Kammer vorliegend die Höchstgebühr des § 128 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 GWB in Höhe von 25.000,00 Euro als angemessen, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (vgl. BayObLG, Beschluss vom 20.01.2004, Verg 21/03; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2004, VII Verg 55/02; OLG Naumburg, Beschluss vom 22.09.2003, 1 Verg 10/03), welche ab einem Auftragswert von 70 Mio. Euro eine Gebühr in Höhe von 25.000,00 Euro vorsieht.

b) Die AG ist als Zweckverband jedoch ein Gemeindeverband i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG und von daher persönlich von der Gebührenzahlung befreit (vgl. VK Thüringen, Beschluss vom 27.02.2003, 216-4002.20-041/02-G-S; VK Brandenburg, VK Sachsen, Beschluss vom 29.05.2002, 1/SVK/044-02; Beschluss vom 07.03.2002, 1 VK 113/01). Die Entscheidung der Vergabekammer betrifft auch die AG als Zweckverband selbst und nicht ein wirtschaftliches Unternehmen der AG (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 VwKostG).

Auch ein Wegfall der Gebührenbefreiung der AG nach § 8 Abs. 2 VwKostG kommt nicht in Betracht. Die Norm sieht vor, dass in Fällen, in denen die Gebühren Dritten auferlegt werden können, die Befreiung gemäß § 8 Abs. 1 VwKostG nicht eintritt. Die AG wäre zwar grundsätzlich in der Lage, die ihr auferlegten Gebühren über die Entsorgungsgebühren an die ihr gegenüber Gebührenpflichtigen als nicht befreiten Dritten weiterzugeben. Jedoch ist insofern eine Einschränkung erforderlich, dass die Kostenauflegung dem Dritten gegenüber unverändert und für diesen erkennbar erfolgen muss (vgl. OVG Münster, GemHH 1980, 126). Eine bloße Berücksichtigung in Form von Gemeinkosten bei der Berechnung der Entsorgungsgebühren durch die AG würde hierfür nicht genügen, da die Beziehung zur von der AG zu zahlenden Gebühr und ihrer Höhe für die Schuldner der Entsorgungsgebühren nicht mehr ersichtlich wäre (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 27.2.1987, 1 A 166/85).

Auslagen, welche nicht bereits durch die Gebühr abgegolten wären, sind nicht angefallen.

c) Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch Antragsteller im Vergabenachprüfungsverfahren ist regelmäßig zu bejahen (vgl. statt vieler: Glaes in: Reidt / Stickler / Glaes, a.a.O., Rn. 23 zu § 128). Die entsprechenden Kosten der ASt sind damit im Rahmen des § 128 Abs. 4 GWB erstattungsfähig.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gem. § 116 Abs. 1 GWB kann gegen diese Entscheidung sofortige Beschwerde eingelegt werden. Sie wäre innerhalb einer Notfrist von 2 Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Gotorfstraße 2, 24837 Schleswig, 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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten (§ 117 Abs. 4 GWB).

---

Tahal

---

Frankenstein

---

Dr. Alberts