

Oberlandesgericht Rostock

Beschluss vom 30.05.2005

Az.: 17 Verg 4/05

VOL/A § 25 Nr. 1 Abs. 2, § 25 Nr. 1 Abs. 1

1. Bei einer Ausschreibung über die Durchführung der Restabfallentsorgung (Verwertung/Beseitigung) hängt die Leistungsfähigkeit des Bieters von dem gesicherten Vorhandensein der erforderlichen Kapazitäten der angebotenen Anlage(n) ab; fehlen bei dem Angebot geforderte Kapazitäten, ist es zwingend auszuschließen.

2. Der Vergabekammer sowie dem Vergabesenat obliegt es nicht, im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens die Rechtmäßigkeit einer Plangenehmigung zu prüfen bzw. ihre Rechtswidrigkeit festzustellen. Öffentlich rechtliche Genehmigungen für eine Anlage entfalten Tatbestandswirkung mit der Folge, dass die Anlagen- und Betriebszulassung weiteren Entscheidungen unbesehen zugrunde gelegt werden darf.

3. Die Transportentfernung als sog. "vergabefremder" Gesichtspunkt ist ein zulässiges Wertungskriterium.

OLG Rostock, Beschluss vom 30.05.2005 - 17 Verg 4/05

vorhergehend:

VK Mecklenburg-Vorpommern, 12.04.2005 - 1 VK 02/05

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Rostock durch

den Präsidenten des Oberlandesgerichts ...,
den Richter am Oberlandesgericht ... und
den Richter am Oberlandesgericht ...

am 30. Mai 2005 beschlossen:

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern, wird zurückgewiesen.

Gründe:

Unter dem 06.10.2004 schrieb die Antragsgegnerin durch Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Az.: 2004/S 195-166361, die Durchführung der Restabfallentsorgung (Verwertung/Beseitigung) für die Landeshauptstadt S... ab dem 01.06.2005 aus. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren.

Gemäß Ziffer III. 2.1 der Vergabebekanntmachung waren Nachweise für die Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde des Bieters sowie Referenzen für die ausgeschriebene Dienstleistung erforderlich. Näheres hierzu ergebe sich aus den Verdingungsunterlagen. Das Ende der Angebotsfrist war auf den 24.11.2004, 15.00 Uhr bestimmt. Nebenangebote wurden zugelassen.

In dem Anschreiben zur Übersendung der Verdingungsunterlagen wurde hinsichtlich der vom Bieter beizubringenden Unterlagen und Nachweise insbesondere auf den Pkt. 1 Teil F der Verdingungsunterlagen verwiesen. Der Zuschlag erfolge nach § 25 Nr. 3 VOL/A auf das Angebot, das unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheine. Wertungskriterien seien dabei neben dem Angebotspreis (incl. Transport- und Umschlagskosten) auch der Anlagenstandort in Form der **Transportentfernung**. Näheres hierzu sei den Verdingungsunterlagen zu entnehmen.

In den Verdingungsunterlagen, dort Teil A (Grundlagen der Ausschreibung) findet sich unter Ziffer 4.3 (Allgemeine Rechte und Pflichten) folgende Angabe:

"Der Auftragnehmer verpflichtet sich, im Rahmen seiner Leistungen alle vom Auftraggeber überlassenen Abfälle zu übernehmen und bestimmungsgemäß zu entsorgen. Eine Mengengarantie/Mindestlieferverpflichtung wird seitens des Auftraggebers nicht gegeben. Etwaige Mengenschwankungen bei der Anlieferung werden mit gestaffelten Angebotspreisen aufgefangen, wobei eine Restabfallmenge von 15.000 bis 40.000 Mg/a (bei einer erwarteten mittleren Menge von ca. 25.000 Mg/a) erwartet wird. Falls der Bieter zum Zeitpunkt der Abgabe seines Angebotes noch keine vorhandenen Anlagen nutzt, ist er verpflichtet, entsprechende Anlagen zu planen, die Genehmigungsverfahren zu betreiben, sie zu errichten und spätestens zum 01. Juni 2005 in Betrieb zu nehmen.

Für eine Übergangsfrist kann eine temporäre Übergangslösung für die ordnungsgemäße Entsorgung der in diesem Zeitraum im Entsorgungsgebiet anfallenden Restabfälle angeboten werden, die den Bedingungen der Verdingungsunterlagen entsprechen muss (Näheres dazu siehe Teil C, Leistungsbeschreibung)."

Gemäß Teil A Ziffer 4.9 war die Beauftragung vom Subunternehmern lediglich für die Leistungsbestandteile "Optionaler Transport der Abfälle von der Umladestation zur Abfallentsorgungsanlage, Transport und Versorgung der Reststoffe sowie Betrieb einer Anlage als Übergangslösung, soweit nach den Verdingungsunterlagen erforderlich" möglich.

Gemäß Teil A Ziffer 5.1.2 wurden Verfahren nicht zugelassen, falls nicht wenigstens im Rahmen

eines Genehmigungsverfahrens ein Vorbescheid für die Errichtung und den Betrieb der angebotenen Anlage vorgelegt wird. Dieses sei im Angebot des Auftragnehmers jeweils im Einzelfall zu belegen.

Teil A Ziffer 5.1.3 (Prüfung der Eignung der Bieter (gem. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A)) lautet:

"Bieter die ihre Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit nicht nachweisen können, können nicht berücksichtigt werden. Zur Prüfung der Eignung des Bieters muss dieser die in Teil F Nr. 5, 7, 8, 10, 12, 13 und 15 geforderten Nachweise beibringen.

Teil A Ziffer 5.3 (Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots/Zuschlagskriterien) lautet auszugsweise wie folgt:

"Gemäß VOL/A ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. ... Wesentliches Zuschlagskriterium ist der Angebotspreis, der neben den angebotenen Kosten für die Entsorgung auch die erforderlichen Kosten für den Umschlag und den Transport der Abfälle von der Umschlagsanlage zur Entsorgungsanlage umfasst. Neben dem zu bewertenden Angebotspreis geht der Anlagenstandort in Form der Transportentfernung in die Angebotswertung in folgender Weise ein: ... Malus zum ermittelten Angebotspreis in EUR/Mg... Der ermittelte Malus für den Anlagenstandort wird dem bewerteten Angebotspreis zugerechnet, wodurch sich der Gesamtpreis ermittelt. Den Zuschlag erhält der Bieter mit dem geringsten Gesamtpreis."

In Teil C (Leistungsbeschreibung) lautet Ziffer 6.1 (Angaben zur vorgesehenen Entsorgungsanlage für bestehende und noch nicht bestehende Anlagen) auszugsweise wie folgt:

Zu der (den) vom Auftragnehmer angebotenen Entsorgungsanlagen sind im Rahmen des Angebotes die folgenden Angaben erforderlich:

- Angaben zur Gesamtkapazität der Entsorgungsanlage (n) und zu den vertraglich bereits anderweitig gebundenen Teilkapazitäten (aufgeschlüsselt für jedes Jahr der Laufzeit ab dem 01.06.2005),
- Nachweis, dass die angebotenen Kapazitäten in der (den) Entsorgungsanlage (n) über die gesamte Vertragslaufzeit verfügbar sind.

Teil C Ziffer 6.3 (Zusätzliche Angaben zu noch nicht bestehenden Abfallentsorgungsanlagen) lautet auszugsweise wie folgt:

Zu der (den) vom Auftragnehmer angebotenen, noch nicht bestehenden Entsorgungsanlagen sind im Rahmen des Angebotes die folgenden zusätzlichen Angaben erforderlich:

- Vorlage eines Genehmigungsbescheides (soweit vorliegend);

- falls kein Genehmigungsbescheid vorliegt:

- Vorlage eines Vorbescheids

Teil C Ziffer 6.4 (Nachweis von temporären Übergangslösungen vom Vertragsbeginn bis zur gesicherten Inbetriebnahme der angebotenen Anlage) lautet auszugsweise wie folgt:

Unter "temporäre Übergangslösung" wird im Folgenden die Entsorgung der ausgeschriebenen Abfälle in anderen als der (den) angebotenen Anlage(n) verstanden, sofern zu erwarten ist, dass die angebotene(n) Anlage(n) erst nach Vertragsbeginn ihren Regelbetrieb aufnehmen wird. Nur so kann in diesem Fall die termingerechte Leistungserbringung ab dem 01.06.2005 (Vertragsbeginn) sichergestellt werden. Der Nachweis von temporären Übergangslösungen ist bei allen Anlagen zwingend gefordert, bei denen nicht nachweislich bis zum 31.12.2004 mit dem Betrieb der Anlage(n) begonnen werden kann. Die Anlagen, die als temporäre Übergangslösungen dienen sollen, sind vom Auftragnehmer im Angebot zu benennen. Es sind insbesondere folgende Nachweise zu erbringen:

- Voraussichtliche Dauer der temporären Übergangslösungen.

- Der Auftraggeber fordert mindestens die Besicherung (= Nachweis der Zugriffsmöglichkeit) für folgende Dauer:

- bei Vorlage eines Vorbescheides für die eigentliche Behandlungsanlage: Verfügbarkeit einer temporären Übergangslösung für den Zeitraum von mindestens 4 Jahren ab dem 01.06.2005...

- bei Vorlage eines unbefristet gültigen Genehmigungsbescheides für die eigentliche Abfallbehandlungsanlage: Verfügbarkeit einer temporären Übergangslösung für den Zeitraum von mindestens 3 Jahren ab dem 01.06.2005...

- Angaben zu den Kapazitäten der in der als temporären Übergangslösung bezeichneten Anlage (n) während des Übergangszeitraums, der für den Auftraggeber Entsorgungssicherheit garantiert.

- bei Nutzung fremder Anlagen als temporäre Übergangslösung: Nachweis des Zugriffsrechts auf Kapazitäten in der (den) Anlage (n) (verbindliche Erklärung der Betreiber, Vorlage von Verträgen).

Teil C Ziffer 6.5 (Nachweis der Teilnahme an einem Ausfallverbund) lautet auszugsweise wie folgt:

Unter "Ausfallverbund" wird ein Verbund von Anlagen zur Entsorgung von Abfällen verstanden, die für den Fall zur Verfügung stehen, dass die vertraglich gebundene(n) Anlage(n) oder die temporäre Übergangslösung vorübergehend (durch Havarie, Wartung etc.) ausfällt. Der Nachweis der Teilnahme an einem Ausfallverbund ist bei allen Anlagen zwingend erforderlich. Die Anlagen, die als Ausfallverbund dienen sollen, sind vom Bieter zu benennen. Es sind insbesondere folgende Nachweise zu erbringen:

- Nachweis des Zugriffsrechts auf Kapazitäten in der (den) Anlage(n) (verbindliche Erklärung, Verträge, siehe oben unter 6.4).

In Teil F der Verdingungsunterlagen (Anhang des Auftragnehmers - zusätzliche Bieterangaben) findet sich unter Ziffer 1 (Allgemeines) die Vorgabe:

Der nachfolgende Teil F - Anhänge des Auftraggebers ist zwingend vom Bieter vollständig auszufüllen bzw. um die jeweils abgeforderten Unterlagen zu ergänzen. Nicht beigebrachte oder unvollständige Unterlagen können zum Ausschluss des Angebots führen.

Teil F Ziffer 8 (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit; Beschreibung und Darstellung der Leistungsdurchführung für die Restabfallentsorgung) der Verdingungsunterlagen lautet wie folgt:

Es sind die in Pkt. 6, 6.1, 6.2 und 6.3 des Teils C der Verdingungsunterlagen genannten Punkte beizubringen.

Die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten sich an dem Vergabeverfahren. Nach Erhalt der Verdingungsunterlagen übermittelte die Antragstellerin der Antragsgegnerin am 22.10.2004 ein Rügeschreiben, dessen Inhalt sie als Rügen i.S.v. § 107 Abs. 3 GWB verstanden wissen wollte. Dort rügte sie insbesondere, dass Malus-Werte für die Transportentfernung als Wertungskriterium genannt wurden. Des Weiteren rügte sie die in § 11 des Vertragsentwurfs vorgesehene Preisanpassung erstmalig zum 01.06.2008 als ein ungewöhnliches Wagnis, da der Preis für einen zu langen Zeitraum festgeschrieben werde.

Durch die "Zusätzliche Bieterinformation Nr. 1" vom 02.11.2004 half die Antragsgegnerin den Rügen der Antragstellerin teilweise ab. An dem Malus für den **Transportweg** sowie der Regelung der Preisanpassung wurde festgehalten.

Mit Schreiben vom 08.11.2004 erhob die Antragstellerin weitere Rügen.

Mit Schreiben vom 17.11.2004 (Bieterinformation Nr. 2) verlängerte die Antragsgegnerin die Angebotsfrist auf den 01.12.2004, 15.00 Uhr und kündigte eine weitere Bieterinformation an.

Unter dem 19.11.2004 erteilte die Antragsgegnerin die Bieterinformation Nr. 3. Unter deren Ziffer 5 (Anlagengenehmigung - Teil A, Pkt. 4.2 i.V.m. Teil C, Pkt. 6.3 der Verdingungsunterlagen) wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass die hinsichtlich der Zulässigkeit von noch nicht bestehenden Entsorgungsanlagen geforderten Bedingungen (Nachweise) zwingend zu erfüllen seien. Angebote, die die geforderten Bedingungen nicht erfüllten, würden aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Unter Ziffer 6 (Temporäre Übergangslösung - Teil A, Pkt. 4.3, i.V.m. Teil C, Pkt. 6.4 der Verdingungsunterlagen) wies die Antragsgegnerin ergänzend darauf hin, dass insbesondere

folgende Nachweise zu erbringen seien:

- Angaben/Nachweise zu den verfügbaren freien und gebundenen Kapazitäten der in der (den) als temporäre Übergangslösung bezeichneten Anlage(n) während des Übergangszeitraumes, die für den Auftraggeber Entsorgungssicherheit garantieren.

Unter Ziffer 6 (b) führte die Antragsgegnerin - nunmehr neu - aus:

- Zwischenlagerung als Übergangslösung

Wird seitens eines Bieters eine temporäre Übergangslösung angeboten, so muss diese die Anforderung der Verdingungsunterlagen, insbesondere die Anforderungen gem. Teil C, Pkt. 6.4 der Verdingungsunterlagen erfüllen. ... Eine Entsorgung der Restabfälle kann z. B. auch in Form einer Zwischenlagerung mit nachfolgender späterer (zeitversetzter) ordnungsgemäßer Entsorgung erfolgen. Voraussetzung hierfür ist der behördliche Nachweis der Möglichkeit der ordnungsgemäßen zeitlich befristeten Zwischenlagerung der Abfälle nebst eines Nachweises gemäß den Anforderungen der Verdingungsunterlagen für die ordnungsgemäße endgültige Entsorgung der Abfälle spätestens bis Ablauf der genehmigten Zwischenlagerdauer.

Die Antragstellerin teilte durch Anzeige vom 19.11.2004 dem S... R... die Absicht mit, den Jahresdurchsatz ihrer MBA von 85.000 Mg/a auf 120.000 Mg/a zu erhöhen. Die S... R... antwortete unter dem 26.11.2004 mit der Einschätzung, dass die Änderung am vorgesehen Standort genehmigungsfähig sei.

Die Antragstellerin gab am 01.12.2004 ihr Angebot ab. Das Angebot enthielt zu Teil F u.a. folgende Nachweise, Angaben und Erklärungen:

"4. Angaben zur Gesamtkapazität

Die MBA ist auf folgende Kapazitäten ausgelegt:

Input (Annahme und mechanische Abfallbehandlung)

1. Hausmüll 80.000
2. Klärschlamm 5.000

Erweiterung beantragt am 19.11.2004 - 120.000

6. Nachweis der Verfügbarkeit der Angebote in Kapazitäten

Die E... verfügt in ihrer mechanisch-biologischen Abfallbehandlungsanlage zum Zeitpunkt der Leistungserbringung über eine Behandlungskapazität von 120.000 Mg/a.

Langfristig verbindlich gebunden sind

- 45.000 Mg/a aus dem Entsorgungsvertrag mit der H... R...
- 19.000 Mg/a über den Restabfallentsorgungsvertrag mit dem Landkreis G...

Die EVG hat sich an weiteren öffentlichen Ausschreibungen zur Restabfallentsorgung beteiligt... Die genannten Ausschreibungen binden in der Summe Kapazitäten von 110.000 Mg/a. In Abstimmung mit der Vergabestelle Landkreis Nordvorpommern nutzt die EVG ggf. 15.000 Mg/a vertraglich gebundene Kapazitäten in der Restabfallbehandlungsanlage S... zur Erfüllung ihrer Dienstleistungsverpflichtung gegenüber dem Landkreis Nordvorpommern. Folglich verbleiben 25.000 Mg/a freie Kapazitäten in der R... R.... Perspektivisch ist die Erweiterung der MBA auf eine Jahreskapazität von 135.000 Mg/a geplant. Zur Abdeckung der Fehlkapazitäten bis zur maximal zur Restabfallbehandlung ausgeschriebenen Abfallmenge von 40.000 Mg/a können durch die EVG zeitweilig freie Kapazitäten bei der Stadtreinigung H... genutzt werden."

Dem Angebot der Antragstellerin waren als Anlagen u.a. ein Schreiben der S... Entsorgungs GmbH vom 16.11.2004 und der Stadtreinigung H... vom 30.11.2004 beigefügt. Aus diesen ergab sich, dass der Antragstellerin die genannten Kapazitäten ab dem 01.06.2005 zur Verfügung standen. Dies galt hinsichtlich der S... Entsorgungs GmbH für 15 Jahre, hinsichtlich der Stadtreinigung H... bis zum 31.12.2007. Die Angebotserklärung der Stadtreinigung H... war auf den 31.03.2005 beschränkt.

In einem Nebenangebot bot die Antragstellerin die Übernahme des Umschlages der Restabfälle an.

Die Beigeladene bot die Entsorgung in einer neu zu errichtenden MBA an, für deren Errichtung sie eine Genehmigung beifügte. Als temporäre Übergangslösung bot sie eine - nachgewiesene - genehmigte Zwischenlagerung an. Die Genehmigung der Zwischenlagerung enthielt den Vorbehalt, dass die Zwischenlagerung jeweils nach einem Jahr entfernt und behandelt werden musste. Sie bot weiterhin einen Ausfallverbund sowie eine Behandlung von bis zu 40.000 Mg/a in der MBA R... an. Ein Nachweis wurde hierzu vorgelegt.

Am 12.01.2005 erteilte das S... R... der Antragstellerin die Genehmigung zur Erweiterung auf 120.000 Mg/a.

Die Antragstellerin und die Beigeladene wurden zu einem Aufklärungsgespräch am 17.01.2005 eingeladen. Gegenstand des Gespräches mit der Antragstellerin sollte insbesondere die Frage der nachgewiesenen Kapazitäten sein.

Die Antragstellerin wandte sich am 10.01.2005 schriftlich an das S... R..., um von diesem eine Erklärung zur Genehmigungsfähigkeit der Erweiterung ihrer Anlage auf 135.000 Mg/a zu erlangen. Mit Schreiben vom 25.01.2005 ersuchte die Antragstellerin die Antragsgegnerin um Einräumung

der Gelegenheit zur Vorlage einer schriftlichen Auskunft der Genehmigungsbehörde bis zumindest zum 01.02.2005. Unter dem 25.01.2005 teilte das S... R... der Antragstellerin u.a. mit:

Unter Berücksichtigung der Kenntnisse, die hier aus den geprüften Unterlagen Ihrer ersten Genehmigung für die kombinierte mechanisch-biologische und thermische Abfallbehandlungsanlage vorliegen, kann ich davon ausgehen, dass am Standort der MBA R... hinsichtlich der Immissionswerte eine Erweiterung der Anlagenkapazität auf 135.000 Mg/a grundsätzlich möglich sein sollte ... Die Genehmigungsfähigkeit muss in einem Verfahren nach § 16 BImSchG mit der Folge einer Einzelfallprüfung nach UVPG geprüft werden. Da dieses Vorhaben bis Ende des Jahres 2006 umgesetzt werden soll, bitte ich Sie um rechtzeitige Vorlage der notwendigen Antragsunterlagen, so dass ein ordnungsgemäßes Genehmigungsverfahren in Gang gesetzt werden kann." Diese Auskunft übermittelte die Antragstellerin der Antragsgegnerin.

Am 02.02.2005 erhielt die Antragstellerin ein Schreiben gem. § 13 VgV, dass die Antragsgegnerin beabsichtige, die ausgeschriebene Leistung an die Beigeladene zu vergeben. Auf ihr Angebot vom 01.12.2004 könne der Zuschlag nicht erteilt werden, da es nicht den Anforderungen gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A entspreche und insoweit aus dem Vergabeverfahren auszuschließen gewesen sei. Ihr Nebenangebot sei ebenfalls auszuschließen. Darüber hinaus sei das Angebot auch nicht das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot gem. § 25 Nr. 3 VOL/A.

Die Antragstellerin übermittelte der Antragsgegnerin daraufhin am 03.02.2005 ein weiteres Rügeschreiben. Die Antragsgegnerin half dieser wie auch weiteren Rügen nicht ab.

Die Antragstellerin hat am 09.02.2005 die Vergabekammern bei dem Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern angerufen und hierzu vorgetragen, der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin wegen fehlenden Nachweises einer ausreichenden Entsorgungskapazität sei unzulässig. Sie sei der wirtschaftlichste Bieter. Das Zuschlagskriterium eines Malus für die Transportentfernung sei vergaberechtswidrig. Die Preisanpassung erstmalig zum 01.06.2008 sei ein unzulässiges ungewöhnliches Wagnis. Ihre Nebenangebote erfüllten die Mindestbedingungen.

Die Antragstellerin hat u. a. beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, die Angebote der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren oder von der Wertung i.S.v. § 25 Nr. 3 VOL/A auszuschließen,
2. der Antragsgegnerin zu untersagen, die ausgeschriebene Leistung an die Beigeladene zu vergeben,
3. der Antragsgegnerin zu untersagen, ein anderes als ein Angebot der Antragstellerin als das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu werten.
4. Hilfsweise zu 1-3:
der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung der Angebote nach Maßgabe der Rechtsauffassung

der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie hat ihre beabsichtigte Vergabeentscheidung verteidigt.

Die Beigeladene hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten im Vergabenachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer wird auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die 1. Vergabekammer bei dem Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern hat unter dem 12.04.2005 beschlossen, den Nachprüfungsantrag und die weiteren Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei zwar zulässig, er sei jedoch unbegründet. Die Antragstellerin könne sich auf eine Verletzung bieterschützender Vorschriften nicht stützen. Eine Vorschrift sei zu Lasten der Antragstellerin nur dann verletzt, wenn durch die Verletzung die Chance, den Zuschlag zu erhalten, beeinträchtigt sei. Daran mangle es aber, wenn dem Bieter der Zuschlag nicht erteilt werden könne. So liege die Situation hier. Die Antragstellerin könne den Zuschlag nicht erhalten, weil sie den erforderlichen Nachweis einer ausreichenden Entsorgungskapazität nicht erbracht habe.

Ausweislich Teil A, Ziffer 4.1 und Teil C, Ziffer 2.2 der Verdingungsunterlagen habe der Auftragnehmer eine Entsorgungsleistung von bis zu 40.000 Mg/a zu gewährleisten. Diese Verpflichtung könne der Auftragnehmer nur erfüllen, wenn er über Entsorgungskapazitäten mindestens gleichen Umfangs verfüge. Aus den Vergabeakten, namentlich aus denen von der Antragstellerin selbst eingereichten Unterlagen gehe hervor, dass dies für die Antragstellerin nicht zutreffe. Bei Angebotsabgabe habe die Entsorgungskapazität der Antragstellerin eine Gesamtkapazität von 85.000 Mg/a gehabt, nach Erteilung des Genehmigungsbescheides vom 12.01.2005 eine Gesamtkapazität von 120.000 Mg/a. Hinzu kommen 15.000 Mg/a ab dem 01.06.2005 aufgrund der Vereinbarung der S... Entsorgungs GmbH. Die Stadtreinigung H... habe die Abnahme von 40.000 Mg/a Restabfall für die Zeit vom 01.06.2005 bis zum 31.12.2007 garantiert. Folge man den nicht völlig widerspruchsfreien Angaben der Antragstellerin in ihrem Angebot, seien bei Angebotsabgabe von der vorhandenen Kapazität 107.000 bzw. 110.000 Mg/a durch bestehende Verträge bzw. Ausschreibung gebunden. Demnach standen bei Angebotsabgabe keine ausreichenden Kapazitäten zur Verfügung.

Da die Erklärung der Stadtreinigung H... inzwischen gegenstandslos sei, verfüge die Antragstellerin nach ihren eigenen Angaben auch derzeit nur über freie Kapazitäten von 24.700 Mg/a. Aber auch

solange die Erklärung der Stadtreinigung H... wirksam gewesen sei, habe die Antragstellerin ausreichende freie Kapazitäten höchstens bis zum Ende des Jahres 2007 darstellen können, nicht jedoch für den gesamten Rest der vorgesehen Vertragslaufzeit. Der Nachweis über ausreichende freie Kapazitäten sei nach den Verdingungsunterlagen zusammen mit dem Angebot zu erbringen gewesen.

Die Anforderungen der Verdingungsunterlagen stünden im Einklang mit der Vergabebekanntmachung. Die Maßgaben der Verdingungsunterlagen über zu erbringende Nachweise stünden auch im Einklang mit den Bestimmungen der VOL/A. Die vorgelegten behördlichen Akte deckten nur eine Entsorgungskapazität von 120.000 Mg/a. Ein Vorbescheid für die ins Auge gefasste Anlagenerweiterung fehle.

Da Gegenstand des Nachweises ausschließlich die angebotene Anlage sei, seien die Angaben der Antragstellerin zur temporären Übergangslösung nicht geeignet, das Erklärungsdefizit zu füllen. Bei den geforderten Nachweisen handele es sich um Nachweise zur Eignung des Bieters. Fehlten diese, sei das Angebot gem. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zwingend von der Wertung auszuschließen. Nichts anderes ergebe sich dann, wenn die geforderten Nachweise als "geforderte Angaben und Erklärungen" i.S.v. § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A gelten.

Nach Auffassung der Vergabekammer könne der Nachprüfungsantrag selbst dann keinen Erfolg haben, wenn auch das Angebot der Beigeladenen auszuschließen wäre. Die Vergabekammer folge insoweit der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 15.12.2004, Az.: 47/04, nicht.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Ausführungen der Vergabekammer wird auf den Inhalt des genannten Beschlusses Bezug genommen.

Der Beschluss wurde der Antragstellerin am 13.04.2005 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 26.04.2005, eingegangen am gleichen Tage, hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde erhoben und den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gem. § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB gestellt.

Zur Begründung der sofortigen Beschwerde und des letztgenannten Antrages führt die Antragstellerin - unter umfänglicher Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages - insbesondere aus, dass nach den Verdingungsunterlagen ein genehmigungsrechtlicher Nachweis für eine Kapazitätserweiterung in einer Konstellation, wie sie hinsichtlich der Antragstellerin vorliege, in der es nicht um die Genehmigung der Anlage als solche, sondern lediglich um die vertragliche Verfügbarkeit vorhandener Kapazitäten gehe, nicht gefordert gewesen sei, jedenfalls aber nicht mit derjenigen Eindeutigkeit, die Voraussetzung dafür wäre, hieran einen Angebotsausschluss zu knüpfen. Den von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen, insbesondere der vorgelegten Genehmigung sowie der Ausgangsgenehmigung aus dem Jahr 2000, habe nach ihrer Auffassung mit hinreichender Sicherheit die Genehmigungsfähigkeit einer Kapazitätserweiterung, wie sie von ihr im Angebot dargelegt worden sei, entnommen werden können. Die Antragstellerin habe zudem auch den nachträglichen Anforderungen an einen "Nachweis der Genehmigungsfähigkeit für 135.000 Mg/a" in dem von ihr allenfalls zu erwartenden

Umfange genügt. Sie halte einen Ausschluss ihres Hauptangebotes für unrechtmäßig. Auch der Ausschluss ihres Nebenangebotes sei vergaberechtswidrig, da sie den Anforderungen an die Wertung des Nebenangebotes genüge getan habe. Auch wenn ihr Hauptangebot auszuschließen sei, habe ihr Nachprüfungsantrag und auch die Beschwerde Erfolg. Das Angebot der Beizuladenden sei auszuschließen. Das Angebot der Beigeladenen genüge hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, aber auch hinsichtlich der genehmigungsrechtlichen Lage und der Dauer der angebotenen temporären Übergangslösung (Zwischenlager) den Verdingungsunterlagen nicht. Die Beigeladene habe keine auskömmlichen Preise angeboten, sie beabsichtige die Errichtung der angebotenen Anlage nur mit einem Vorbehalt, die vorgelegte Genehmigung des Zwischenlagers sei nichtig, zumindest aber erkennbar rechtswidrig.

Dessen ungeachtet seien die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig. Dieses gelte insbesondere im Hinblick auf den "Umweltmalus", der Auferlegung eines ungewöhnlichen Wagnisses im Zusammenhang mit den Regelungen der Preisanpassung, einer unzureichenden Dokumentation der Vergabeentscheidung sowie die fehlende eigenverantwortliche Wertung und Ermessensentscheidung durch die Vergabestelle.

Die Antragstellerin beantragt,

I. den Beschluss der 1. Vergabekammer bei dem Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern vom 12.04.2005 - 1 VK 2/05 - aufzuheben,

II. in der Sache selbst

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, die Angebote der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren und von der Wertung der Wirtschaftlichkeit i.S.v. § 25 Nr. 3 VOL/A auszuschließen,

2. der Antragsgegnerin zu untersagen, die ausgeschriebenen Leistungen an die Beigeladene R... I... GmbH zu vergeben,

3. der Antragsgegnerin zu untersagen, ein anderes als ein Angebot der Antragstellerin als das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu werten,

4. hilfsweise zu 1) - 3):

der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung der Angebote nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Vergabesenaates zu wiederholen.

5. hilfsweise zu 1) - 4):

festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt ist.

6. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und des Beschwerdeverfahrens der Antragsgegnerin

aufzuerlegen.

7. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig war.

III. Hilfsweise zu II:

die Verpflichtung der Vergabekammer auszusprechen, über die Sache unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden,

IV. Der Antragstellerin weitere Akteneinsicht zu gewähren.

Die Antragstellerin beantragt weiter,

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Die Beigeladene beantragt,

die sofortige Beschwerde und die weiteren Anträge der Antragstellerin abzuweisen.

Sie verteidigt ebenfalls die angefochtene Entscheidung.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten im Verfahren der sofortigen Beschwerde wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Die Antragstellerin hat im Verfahren der sofortigen Beschwerde die beantragte Akteneinsicht und Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme erhalten.

II.

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gemäß § 118 Abs. 1 S. 3 GWB ist nicht begründet. Die sofortige Beschwerde hat im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg. Die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe überwiegen bei dieser Sachlage die damit verbundenen Vorteile.

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht

eingelegt und begründet worden.

2. Die sofortige Beschwerde ist nach einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten nicht begründet. Die Vergabekammer hat den Antrag der Antragstellerin zu Recht als unbegründet zurückgewiesen. Die Antragstellerin ist im Vergabeverfahren nicht in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden.

a. Das Vergabenachprüfungsverfahren ist zulässig.

aa) Die Antragsgegnerin ist - hierüber streiten die Beteiligten nicht - ein öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 97, 98 GWB.

bb) Der Nachprüfungsantrag ist nicht wegen fehlender Antragsbefugnis unzulässig.

Nach § 107 Abs. 2 GWB ist antragsbefugt jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung der Vergabevorschriften geltend macht. Voraussetzung dafür ist die schlüssige Darlegung, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein solcher kann nur entstehen, wenn das Antrag stellende Unternehmen bei korrekter Wertung Aussicht auf Erteilung des Zuschlages hätte (vgl. BGH VergR 2004, 473 ff.; ständige Rechtsprechung des Senates, vgl. Beschluss vom 15.08.2002, 17 Verg 8/02). Die Antragstellerin hat die Möglichkeit eines Schadenseintritts schlüssig dargelegt. Sie hat behauptet, dass sie ein zu wertendes Angebot abgegeben habe und bei zutreffender Wertung den Zuschlag erhalten müsste. Eine genaue Prüfung, ob die behaupteten Vergaberechtsverstöße tatsächlich vorliegen und das Angebot der Antragstellerin bei richtiger Auslegung zuschlagsfähig gewesen wäre, findet im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung nicht statt (vgl. BGH a.a.O.).

cc) Die Antragstellerin hat die in Rede stehenden Vergaberechtsverstöße rechtzeitig i.S.v. § 107 Abs. 3 GWB gerügt.

2. Die Antragstellerin kann den Zuschlag nicht erhalten. Ihr Angebot ist zu Recht gem. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, gleichzeitig auch gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A von der Wertung ausgeschlossen worden.

Die Antragstellerin hat den in den Verdingungsunterlagen in eindeutiger Weise geforderten Nachweis, dass ihr ausreichende Kapazitäten für die Behandlung der ausgeschriebenen Restabfallmengen der Stadt S... in der vorgesehenen Behandlungsanlage, der R... R..., zur Verfügung stehen, nicht erbracht. Darüber hinaus hat sie - hierauf muss es jedoch nicht mehr ankommen - auch den Nachweis nicht erbracht, dass die in den Verdingungsunterlagen geforderte temporäre Zwischenlösung für die dort geforderte Zeitspanne zur Verfügung steht. Ihr Nebenangebot wurde - auch hierauf muss es jedoch nicht mehr ankommen - zu Recht ausgeschlossen, da es die geforderten Erklärungen und Nachweise nicht enthielt.

a. Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind Bieter nicht zu berücksichtigen, die die erforderliche Leistungsfähigkeit nicht besitzen. Die Leistungsfähigkeit des Bieters hängt von dem gesicherten Vorhandensein der erforderlichen Kapazitäten der angebotenen Anlage(n) ab.

Diesbezüglich ist zwischen der angebotenen Anlage (Teil C Ziffer 6.1., 6.2. und 6.3.), der temporären Übergangslösung, falls diese Anlage ganz oder teilweise zum 1.06.2005 nicht zur Verfügung steht (Teil C Ziffer 6.4.) und dem Ausfallverbund (Teil C Ziffer 6.5.) zu unterscheiden.

Gemäß Ziffer 5.1.3 des Teil A der Verdingungsunterlagen waren Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters unter Verweis auf Teil F Ziffer 8 vorzulegen. Die Vergabestelle hat die Beibringung der Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Teil F Ziffer 8 der Verdingungsunterlagen durch den Verweis auf Teil C Ziffer 6.1. - 6.3. auf die angebotene Anlage beschränkt.

Gemäß Teil C Ziffer 6.1. war gefordert, dass der Bieter Angaben zur Gesamtkapazität der Entsorgungsanlagen und zu den vertraglich bereits anderweitig gebundenen Teilkapazitäten, aufgeschlüsselt für jedes Jahr der Laufzeit ab dem 01.06.2005, macht. Desweiteren war der Nachweis beizubringen, dass die angebotenen Kapazitäten in der (den) Entsorgungsanlagen über die gesamte Vertragslaufzeit verfügbar sind. Gemäß Ziffer 6.3 waren zusätzliche Angaben zu noch nicht bestehenden Abfallentsorgungsanlagen erforderlich, nämlich die Vorlage eines Genehmigungsbescheides, und falls kein Genehmigungsbescheid vorliegt, die Vorlage eines Vorbescheides. Zweifel daran, dass die Vergabestelle eine Genehmigung, zumindest aber einen Vorbescheid hinsichtlich der angebotenen, aber noch nicht errichteten Anlage verlangen durfte, hat der Senat nicht (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.07.2003, Verg 26/03).

Enthielten diese Vorgaben der Verdingungsunterlagen bereits in der gebotenen Eindeutigkeit die Forderung nach Vorlage von Nachweisen und Genehmigungen für die angebotenen - freien - Kapazitäten der angebotenen Anlage(n), so wurde in der "Bieterinformation Nr. 3" nochmals ausdrücklich bestimmt: "Hinsichtlich der Zulässigkeit von noch nicht bestehenden Entsorgungsanlagen sind die geforderten Bedingungen (Nachweise) ... zwingend durch den Bieter zu erfüllen. Angebote, die die geforderten Bedingungen nicht erfüllen, werden aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen."

Diesen Anforderungen ist die Antragstellerin nicht nachgekommen. Ihrem Angebot, dort Teil F, Ziffer 8, ist die Angabe zu entnehmen, dass die von ihr angebotene MBA eine Inputkapazität von 85.000 Mg/a aufweist. Die Erweiterung auf 120.000 Mg/a war unter dem 19.11.2004 beantragt. Mit Schreiben vom 26.11.2004 des S... R... wurde bestätigt, dass die Erweiterung auf 120.000 Mg/a genehmigungsfähig ist. Diese Mitteilung als Vorbescheid betrachtend und unter Berücksichtigung "umgewidmeter" Nutzungsmöglichkeiten in der Entsorgungsanlage S... von 15.000 Mg/a waren damit - den Verdingungsunterlagen Teil C Ziffer 6.1. gemäß - Gesamtkapazitäten von 135.000 Mg/a hinreichend belegt.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot - Fragen der rechnerischen Richtigkeit oder Eindeutigkeit

der Angaben bedürfen insoweit keiner Vertiefung - eine vertragliche Bindung bzw. ausschreibungsbedingter Festlegung dieser Kapazitäten über 110.000 Mg/a angegeben. Bereits auf der Grundlage des Angebots der Antragstellerin errechneten sich für sie freie Kapazitäten in der angebotenen Anlage - R... R... - von lediglich 25.000 Mg/a. Diese Kapazität war nicht geeignet, die seitens der Antragsgegnerin ausgeschriebene Menge von 40.000 Mg/a zu bearbeiten.

Die Angabe der Antragstellerin, perspektivisch sei eine Erweiterung der R... R... auf 135.000 Mg/a geplant, wird den Anforderungen der Verdingungsunterlagen, hier insbesondere Teil C, Ziffer 6.3 nicht gerecht. Die ins Auge gefasste Erweiterung hätte nur dann Berücksichtigung finden können, wenn zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist bereits ein Genehmigungsbescheid, mindestens aber ein Vorbescheid vorgelegt worden wäre. Dies war jedoch nicht der Fall. Unstreitig ist die Erweiterung der Anlage erst im Mai 2005, d.h. nach Ablauf der Angebotsfrist beantragt worden.

Die Antragstellerin kann sich diesbezüglich auch nicht darauf berufen, dass sie ursprünglich eine Genehmigung vom 4.09.2000 für eine Behandlungskapazität von 230.000 Mg/a innehatte. Diese ist durch den Genehmigungsbescheid vom 25.05.2005 auf eine Gesamtkapazität von 85.000 Mg/a geändert worden. Die von der Antragstellerin aus dem ursprünglichen Genehmigungsbescheid hergeleitete Indizwirkung ersetzt den geforderten Vorbescheid bzw. eine entsprechende Erklärung der Genehmigungsbehörde zu einem eingereichten Änderungsantrag nicht.

Die von der Antragstellerin angebotene Nutzung freier Kapazitäten bei der Stadtreinigung H... ist bei der Ermittlung der freien Kapazitäten der angebotenen Anlage nicht zu berücksichtigen. Die Abfälle sind in eigenen Anlagen der Bieter zu bearbeiten. Die Nutzung fremder Kapazitäten kommt alleine als temporäre Übergangslösung vom Vertragsbeginn bis zur gesicherten Inbetriebnahme der angebotenen Anlage in Betracht (Teil C, Ziffer 6.4).

Die Antragstellerin kann auch nicht damit gehört werden, dass es sich bei der Frage der Erweiterung ihrer Anlage lediglich um die vertragliche Verfügbarkeit vorhandener Kapazitäten handele. Die Erweiterung einer vorhandenen Anlage, deren Kapazitäten erschöpft sind, setzt die Errichtung einer noch nicht bestehenden Teilanlage voraus. Die Kapazitätsausweitung bedarf demzufolge einer erneuten Prüfung und Entscheidung der Genehmigungsbehörde gemäß § 15, 16 BImSchG.

Die Antragstellerin war daher gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A auszuschließen. Ungeachtet der Frage, ob die Vorbereitung der Entscheidung durch die ... mbH erfolgte, fand eine eigenständige Prüfung und Ermessensentscheidung durch die Antragsgegnerin statt. Das von der Antragsgegnerin ausgeübte Ermessen ist - insbesondere auch im Hinblick auf die zwingend geforderten Nachweise - nicht fehlerhaft. Das Angebot der Antragstellerin bot keine Gewähr für eine ordnungsgemäße Restabfallbehandlung ab dem 01.06.2005. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, neben dem Errichtungsrisiko auch das Genehmigungsrisiko zu übernehmen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.07.2003, Verg 26/03).

b. Die Antragstellerin war - ungeachtet der Frage der Prüfung ihrer technischen Leistungsfähigkeit -

auch gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A auszuschließen. Sie hat weder gemäß Ziffern 6.1. - 6.3. des Teil C der Verdingungsunterlagen vorzulegenden Nachweise über die angebotene Anlage noch die gemäß Ziffer 6.4 vorzulegenden Nachweise über die geforderte temporäre Übergangslösung erbracht. Der Senat folgt insoweit dem Beschluss des OLG Dresden vom 06.04.2004 (WVerg 0001/04), dass die fehlende Vorlage geforderter Nachweise gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A zum zwingenden Ausschluss des Angebotes führt. Das Transparenzgebot und das Erfordernis der Gleichbehandlung aller Bieter erlaubt die Wertung eines Angebotes trotz fehlender Nachweise nicht. Das Angebot der Stadtreinigung H... vom 30.11.2004, Restabfall von 40.000 Mg/a zur Erfüllung des Vertrages mit der Landeshauptstadt S... abzunehmen, galt nur bis zum 31.12.2007, d.h. für 2,5 Jahre.

c. Der Erfolg des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass das Angebot der Beigeladenen ebenfalls auszuschließen wäre. Diesbezüglich bedarf es einer Entscheidung, ob der Senat der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 15.12.2004 - VII Verg 47/04 - folgt, nicht. Das Angebot der Beigeladenen wäre - sofern überhaupt - nicht aus einem gleichen oder gleichartigen Grund auszuschließen. Im Ergebnis ergeben sich keine durchgreifenden Gründe für einen Ausschluss.

aa. Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot der Beigeladenen im Zusammenhang mit einem unlauteren Verhalten stehen könnte, sind nicht in geeigneter Weise belegt worden.

bb. Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht deswegen auszuschließen, weil auch sie ebenfalls ihre Eignung nicht nachgewiesen hätte. Die Beigeladene hat den Genehmigungsbescheid vom 30.09.2004 für die von ihr zu errichtende Anlage mit einer Gesamtkapazität von 150.000 Mg/a vorgelegt. Die geplante Kapazität ist ausreichend, die angebotenen Restabfallmengen der Stadt S... zu entsorgen. Sie hat weiterhin vorgelegt einen Rahmenterminplan zur Errichtung einer MBA am Standort der Deponie I..., wonach der Anlagenbetrieb zum 19.05.2006 erfolgen soll. Dies wird den Voraussetzungen der Verdingungsunterlagen in Teil C Ziffer 6.1. - 6.3 gerecht.

Die Beigeladene hat auch den Nachweis von temporären Übergangslösungen vom Vertragsbeginn bis zur gesicherten Inbetriebnahme der angebotenen Anlage erbracht. Gefordert war diesbezüglich die Verfügbarkeit einer temporären Übergangslösung für den Zeitraum von mindestens 3 Jahren. Sie hat diesbezüglich vorgelegt eine Erklärung ihrer Muttergesellschaft, der I... mbH S... vom 22.11.2004, wonach diese sich bereiterklärt, mindestens für einen Zeitraum von 3 Jahren ab dem 01.06.2005 die Restabfälle der Landeshauptstadt S... mit einem maximalen Jahresaufkommen von 40.000 t auf der Deponie im Rahmen einer temporären Übergangslösung zwischenzulagern.

Zur Zwischenlagerung der in Rede stehenden Abfallmengen wurde eine Plangenehmigung vom 23.11.2004 vorgelegt. Anhaltspunkte dafür, dass diese nichtig oder offenkundig rechtswidrig sein könnte, ergeben sich aus dieser nicht. Der Frage, ob die Genehmigung rechtswidrig erteilt worden sein könnte, muss der Senat insoweit nicht nachgehen. Der Vergabekammer sowie dem Vergabesenat obliegt es nicht, im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens die Rechtmäßigkeit einer Plangenehmigung zu prüfen bzw. ihre Rechtswidrigkeit festzustellen.

Öffentlich rechtliche Genehmigungen für eine Anlage entfalten Tatbestandswirkung mit der Folge, dass die Anlagen- und Betriebszulassung weiteren Entscheidungen unbesehen zugrunde gelegt werden darf. Dieses gilt auch für die Eignungsprüfung im Rahmen einer Vergabeentscheidung (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 24.09.2004, Az.: 6 Verg 2/04).

Soweit die Plangenehmigung unter II. 1.3 den Vorbehalt enthält, dass die R... I... spätestens nach einem Betriebsjahr zwischengelagerte Abfälle zur weiteren Behandlung übernimmt, sollte dies nicht erfolgen, sei 3 Monate vor Beendigung des ersten Betriebsjahres der Nachweis für eine ordnungsgemäße Verwertung/Behandlung der gelagerten Abfälle in zugelassenen Anlagen schriftlich zu erbringen, steht dieses der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen nicht entgegen. Der Nachweis der temporären Übergangslösung ist (s.o.) von der Antragsgegnerin nicht als Kriterium der Eignung der Bieter gefasst worden, wie sich unter Teil F, Ziffer 8 der Verdingungsunterlagen ergibt. Dessen ungeachtet hat die Beigeladene eine Erklärung der A... mbH vom 11.11.2004 vorgelegt, wonach diese für den Fall, dass der R... I... GmbH auf Grund der nicht fristgerechten Inbetriebnahme der vorgesehenen Behandlungsanlage zum 01.06.2005 nicht möglich sei, die im Entsorgungsvertrag vorgesehenen Abfälle der Stadt S... in der vorgesehenen Behandlungsanlage aufzunehmen, die Abfälle übernehme. Der Erklärung ist zu entnehmen, dass die A... mbH sowohl als temporäre Übergangslösung als auch als Ausfallverbund auftreten wollte. Soweit es sich um eine temporäre Übergangslösung handeln sollte, ist der entsprechende Genehmigungsbescheid vom 26.03.2004 vorgelegt worden. Damit hat die Beigeladene zu den Erfordernissen der Ziffern 6.4. - 6.5 des Teils C der Verdingungsunterlagen ausreichend vorgetragen.

d. Die Antragstellerin kann auch nicht mit ihrem weiteren Vorbringen gehört werden, dass die Ausschreibung im Übrigen vergaberechtswidrig gewesen wäre.

Die Antragsgegnerin durfte die Transportentfernung als sog. "vergabefremden" Gesichtspunkt zum Wertungskriterium machen. Dass Umweltschutzgesichtspunkte Vergabekriterien darstellen können, wird auch von der Antragstellerin nicht grundsätzlich in Abrede gestellt (vgl. hierzu Hailbronner in Byok/Jäger, Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 97 Rn. 248 ff., 254 m.w.N. auch zur Rechtsprechung des EuGH). Der Transportaufwand zur Abfallbeseitigungsanlage stellt im Hinblick auf die erheblichen Immissionen der Transportfahrzeuge kein ausschreibungsfernes Kriterium dar.

Anhaltspunkte dafür, dass den Bietern im Hinblick auf die Preisanpassung erstmalig zum 01.06.2008 ein ungebührliches Wagnis auferlegt worden wären, liegen nicht vor. Eine Preissicherheit des Auftraggebers über einen Zeitraum von hier 3 Jahren ist der Ausschreibung von Müllentsorgungsleistungen geradezu immanent.

Da die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot nicht zum Zuge kommen konnte, bedarf es weiterer Ausführungen zur Wertungsfähigkeit ihres Nebenangebotes nicht. Dies wird jedoch, wie die Vergabekammer zu Recht ausgeführt hat, den Ausschreibungsbedingungen nicht gerecht.

Eine Abwägung der Interessen gebietet, da der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin keinen Erfolg haben kann, eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde

nicht.

Einer Kostenentscheidung bedarf es im Verfahren des § 118 Abs. 1 S. 3 GWB nicht.

Zitiervorschlag:

OLG Rostock Urt. v. 30.5.2005 – 17 Verg 4/05, IBRRS null, 52362