



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

1. der GmbH & Co. KG, vertreten durch die Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer

– Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte -

gegen

2. Stadt, vertreten durch den Magistrat ,

**– Vergabestelle als
Antragsgegnerin –**

Weitere Beteiligte:

3. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer

– Beigeladene –

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt

wegen der Vergabe landwirtschaftlicher und stofflicher Verwertung von Klärschlamm
(Offenes Verfahren nach VOL/A)

hat die Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16.09.2002

durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung,
die hauptamtliche Beisitzerin MORin Lausen
und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Volkswirt Stockhorst

am 19.09.2002 beschlossen:

1. Die Anträge der Antragstellerin 1. bis 6. werden verworfen.
2. Dem Antrag der Antragsgegnerin, ihr zu gestatten, den Zuschlag an die Firma GmbH nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Entscheidung der Vergabekammer zu erteilen, wird stattgegeben.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu tragen.
4. Für das Verfahren wird eine Gebühr von € 2.500,00 festgesetzt.
5. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im April 2002 im Rahmen eines Offenen Verfahrens nach VOL einen Dienstleistungsauftrag über die landwirtschaftliche und stoffliche Verwertung von Klärschlamm EU-weit aus. Die Ausschreibung bezog sich auf das Verwertungsjahr 2002/2003. In der *„Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“* (EVM(L)A EG), die Bestandteil der Verdingungsunterlagen war, waren als Kriterien für die Auftragserteilung Preis, Qualität und Wirtschaftlichkeit angegeben.

In den *„Besonderen Vertragsbedingungen“* (EVM(L) BVB), die ebenfalls Bestandteil der Verdingungsunterlagen waren, hieß es unter Punkt 9.7.: *„Die im Leistungsverzeichnis einzusetzenden Preise sind Grundlage für die jährliche Endabrechnung gem. 9.2 BVB. Alle evtl. möglichen Materialpreis- und Lohnerhöhungen innerhalb der Vertragslaufzeit sind bereits bei der Angebotsabgabe zu berücksichtigen. Eine zwischenzeitliche oder nachträgliche Preiskorrektur, ganz gleich aus welchem Grund, wird nicht anerkannt.“*

In Punkt 9.16. der *„Besonderen Vertragsbedingungen“* war eine Preisanpassungsklausel enthalten, nach der die im Vertrag genannten Einheitspreise bis zum 31.07.2003 gelten und danach entsprechend einem bestimmten Preisindex des Statistischen Bundesamtes angepasst werden sollten.

In den *„Besonderen Vertragsbedingungen“* war außerdem unter Punkt 9.3.1 festgelegt, dass der Klärschlamm vorrangig auf landwirtschaftlichen Flächen im Einzugsbereich des Klärwerkes bzw. dem Landkreis zu verwerten ist. Die Verwertung war auf des Bundesland Hessen begrenzt und durfte nur in einem maximalen Radius von 150 km um das Klärwerk erfolgen. Ausnahmen von dieser Regelung sollten im Einzelfall der ausdrücklichen schriftlichen Genehmigung des Auftraggebers bedürfen.

Nach Punkt 9.9. der „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ war die Abgabe von Nebenangeboten zulässig.

Unter Punkt 12 in dem Formblatt „*Zusätzliche Angaben des Bieters*“, das Bestandteil der Verdingungsunterlagen war, war festgelegt, dass die Bieter in ihrem Angebot eine verbindliche Liste der geeigneten landwirtschaftlichen Flächen mit bestimmten Angaben vorzulegen hatten, die für die Aufbringung des Klärschlammes vorgesehen waren. Es war darauf hingewiesen, dass diese Angaben/Unterlagen auf Verlangen des Auftraggebers vor der möglichen Auftragserteilung vorzulegen waren.

Ausweislich des Vergabevermerks (ohne Datum) wurde die Auftragssumme auf über 500.000,00 Euro geschätzt.

Die Verdingungsverhandlung fand am 03.07.2002 statt. Es lagen sechs Angebote vor.

Die Antragstellerin gab ein Haupt- und zwei Nebenangebote ab. In ihrem Anschreiben zu dem Angebot vom 28.06.2002 führte sie folgendes aus: *„Alle Preise verstehen sich zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Sie beruhen auf den derzeit gültigen Gesetzen und Verwertungsmöglichkeiten. Wir behalten uns vor, bei gravierenden Änderungen diesbezüglich die Preise neu zu kalkulieren. Sollte es beispielsweise zur Einführung einer km-abhängigen Transportpauschale (Maut) kommen, erhöht sich anteilmäßig der Frachtsatz.“*

Die Antragstellerin reichte mit ihrem Angebot ein „*Verzeichnis der Nachunternehmerleistung*“ (BE (B/L) NUL) ein, das Bestandteil der Verdingungsunterlagen war. Sie trug darin drei Positionen ein, wobei sie die erste und zweite Position als „*landwirtschaftliche Verwertung*“ und die dritte Position als „*Kompostierung/Rekultivierung*“ bezeichnete. Außerdem gab die Antragstellerin die geforderten Nachunternehmernamen für die einzelnen Positionen an.

Die Beigeladene gab ein Haupt- und drei Nebenangebote ab. Sie fügte eine Liste über Nachunternehmer bei. Darin gab sie die Namen und Adressen von drei Labors sowie die Namen und Adressen von drei Speditionen an. Welche Leistungen von den einzelnen Institutionen bzw. Firmen erbracht werden sollten, war aus der Liste nicht ersichtlich. Dem Angebot fügte sie darüber hinaus Vertragsmuster über die Aufbringung von Klärschlamm bei, die jedoch nicht ausgefüllt waren.

Mit Schreiben vom 10.07.2002 reichte die Beigeladene ein Schreiben der Firma xxx GmbH vom 09.07.2002 nach, in dem diese versicherte, dass sie im Fall der Auftragsvergabe an die Beigeladenen die regionale landwirtschaftliche Verwertung von 2.500 t Klärschlamm, optional von weiteren 1.500 t, vornehme; die beschlammbaren Flächen lägen in einem Umkreis von max. 50 km. Ferner stellte die Beigeladene Klärschlamm aufbringungsverträge vom 09.07.2002 mit zwei weiteren Firmen zur Verfügung, die dem bereits mit dem Angebot vorgelegten Muster entsprachen.

Ein dritter Mitbieter gab das rechnerisch niedrigste Hauptangebot ab. Das rechnerisch zweitniedrigste Hauptangebot war das der Beigeladenen.

Am 01.08.2002 beschloss der Magistrat der Antragsgegnerin, mit der Beigeladenen für den Zeitraum vom 01.08.2002 bis 31.07.2003 einen Vertrag zur Klärschlammverwertung für eine zu verwertende Klärschlammmenge von 14.000 t abzuschließen. Der Auftrag sollte auf der Grundlage der VOL sowie des Haupt- und ersten Nebenangebotes der Beigeladenen erfolgen.

In der Magistratsvorlage waren die rechnerischen Grundlagen für den geprüften Angebotspreis aufgeführt. Außerdem war darin begründet, warum es sich bei der Beigeladenen um ein zuverlässiges, leistungsstarkes und fachlich kompetentes Unternehmen handele. Im Vergleich dazu sei die günstigste Mitbieterin ein „*Neueinsteiger*“.

Aus der Magistratsvorlage war schließlich ersichtlich, dass das Zwischenlager im Klärwerk bereits überfüllt war.

Mit Schreiben vom 06.08.2002 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, dass ihr Angebot nicht das wirtschaftlich vertretbarste gewesen sei und dass der Zuschlag an die Beigeladene erteilt werden solle. Das Schreiben ging bei der Antragsgegnerin am 08.08.2002 ein.

Mit Anwaltschreiben vom 19.08.2002 rügte die Antragstellerin die geplante Vergabe an die Beigeladene. Sie führte darin aus, sie sehe den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, weil das Angebot der Beigeladenen nicht den Anforderungen der Verdingungsunterlagen entspreche. Nach diesen Unterlagen dürfe die landwirtschaftliche Verwertung nur innerhalb eines Radius von 150 km um das Einzugsgebiet der Antragsgegnerin erfolgen. Die Beigeladene verfüge jedoch über keine derartige Verwertungsmöglichkeit.

Die Antragsgegnerin antwortete mit Schreiben vom 20.08.2002, dass das Angebot der Beigeladenen alle Bedingungen der Ausschreibung erfülle.

Am 20.08.2002 ging bei der Vergabekammer Hessen ein Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ein.

Die Antragstellerin trägt vor, dass sie über die geforderten landwirtschaftlichen Flächen im Einzugsgebiet des Klärwerks der Antragsgegnerin verfüge und damit leistungsfähig im Sinne der Verdingungsunterlagen sei. Die entsprechenden Nachweise über die Verfügbarkeit der Flächen könne sie nachreichen. Demgegenüber könne die Beigeladene nicht über Flächen in dem geforderten Einzugsbereich zurückgreifen, so dass sie nicht leistungsfähig sei.

Die von der Beigeladenen nachgereichten Verträge mit den Klärschlammverwertungsfirmen genügten nicht den Verdingungsunterlagen. Darüber hinaus werde in einem Vertrag nicht erwähnt, wo sich die bereitgestellten Flächen befänden. Es genüge auch nicht, dass die Beigeladene nur die beauftragten Labors und Spediteure benannt habe. Beide Berufsgruppen seien keine Verwerter.

Sie, die Antragstellerin, habe den Verstoß gegen Vergaberecht unverzüglich gerügt. Ihr sei zwar bereits durch ihre Tätigkeit im Gebiet der Antragsgegnerin bekannt gewesen, dass die Beigeladene nicht über landwirtschaftliche Flächen in dem geforderten Radius verfüge. Diesbezüglich habe sie jedoch nochmals Recherchen anstellen müssen, nachdem sie das Schreiben der Antragsgegnerin vom 06.08.2002 erhalten habe. Entscheidend für die Unverzüglichkeit der Rüge sei, wann ein Bieter einen Rechtsverstoß erkenne, also positive Kenntnis von allen Umständen erhalte, die zu der Bewertung führten, dass ein Verstoß vorliege. Diese Kenntnis habe sie erst durch die Konsultation ihres Rechtsanwaltes erhalten, der sie im Übrigen ständig in vergaberechtlichen Angelegenheiten berate, aber vor dem 19.08.2002 - dem Datum des Rügeschreibens - wegen auswärtiger Termine nicht erreichbar gewesen sei.

Ein Sachverhalt, der eine vorherige Gestattung des Zuschlags rechtfertige, läge nicht vor. Die Antragsgegnerin hätte weitaus früher ausschreiben können. Es könne ihr darüber hinaus zugemutet werden, die angefallenen Mengen Klärschlamm anderweitig zwischenzulagern.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin wird untersagt, der Beigeladenen den Zuschlag in dem Vergabeverfahren „*Landwirtschaftliche und stoffliche Verwertung von Klärschlamm*“ (Vergabe-Nr.: 66.02313) zu erteilen,
2. der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Angebot der Beigeladenen aus dem Vergabeverfahren auszuschließen,
3. hilfsweise: die Kammer wirkt unabhängig von den Anträgen zu 1. und 2. von Amts wegen auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens hin,
4. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt,
5. die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen,
6. der Antrag der Antragsgegnerin, ihr zu gestatten, den Zuschlag an die Beigeladene nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Entscheidung der Vergabekammer zu erteilen, zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge zurückzuweisen,
2. ihr zu gestatten, den Zuschlag an die Beigeladene nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Vergabekammer zu erteilen.

Sie behauptet, der Vergabeverstoß sei nicht unverzüglich gerügt worden. Der Antragstellerin sei es ohne weiteres möglich gewesen, einen anderen im Vergaberecht versierten Rechtsanwalt zu erreichen und ihn mit der Rüge zu beauftragen. Im Übrigen habe es keines anwaltlichen Beistandes bedurft, um die Rüge, die sich auf Tatsachen beziehe, selbst auszusprechen.

Ferner sei der Beigeladenen kein Dispens von dem Verwertungsradius erteilt worden. Die Beigeladene habe nachgewiesen, dass bestimmte Firmen die Verwertung auf Flächen bestimmter Größe in dem geforderten Einzugsbereich für sie durchführen würden.

Ihr Antrag auf vorzeitige Zuschlagsgestattung rechtfertige sich aus der Situation im Klärschlamm-Lager, weil die dortige Lagerkapazität von 6.000 t demnächst erschöpft sei und erhebliche Umweltgefahren drohten, wenn der Auftrag nicht alsbald erteilt werde.

Jeder Bieter, auch die Antragstellerin, sei befugt gewesen, die Nachweise für geeignete landwirtschaftlichen Flächen nachzureichen. Die Verwertung des Klärschlammes innerhalb des geforderten Radius durch die Beigeladene sei sichergestellt.

Die Beigeladene beantragt,

die Anträge 1. bis 6. der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie führt aus, sie verfüge über die landwirtschaftlichen Flächen, die gefordert worden seien. Sie habe dies durch die Klärschlamm-Aufbringungsverträge nachgewiesen. Die gegenteilige Behauptung der Antragstellerin sei falsch. Im übrigen habe die Antragstellerin selbst keine Nachweise über die Verfügbarkeit der landwirtschaftlichen Flächen vorgelegt.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.
 - a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Landes Hessen ist gegeben, weil die Antragsgegnerin eine hessische Kommune ist (§ 104 Abs.1 GWB).
 - b) Die Antragsgegnerin ist als Gebietskörperschaft öffentliche Auftraggeberin (§ 98 Nr. 1 GWB).

- c) Der zu vergebende Dienstleistungsauftrag übersteigt den maßgeblichen Schwellenwert für EU-weite Ausschreibungen (§§ 99 Abs. 1 und Abs. 4 GWB, 4 Abs. 1 VgV und 1 a VOL/A). Da ausweislich des Vergabevermerks der geschätzte Auftragswert höher als 500.000,-- Euro ist, ist der Schwellenwert von 200.000,-- Euro, der im vorliegenden Fall gilt, überschritten (§ 2 Nr. 3 VgV).
- d) Die Antragstellerin hat den von ihr behaupteten Vergaberechtsverstoß unverzüglich gerügt (§ 107 Abs. 3 GWB).

Der Begriff „unverzüglich“ ist in Anlehnung an § 121 Abs. 1 S. 1 BGB auszulegen. Danach hat ein Unternehmen den von ihm im Vergabeverfahren erkannten Verstoß gegen Vergabevorschriften unter Berücksichtigung der für Prüfung und Begründung der Rüge notwendigen Zeit so bald gegenüber dem Auftraggeber zu rügen, wie es ihm nach den konkreten Umständen des Einzelfalls möglich und zumutbar ist; dabei ist dem Unternehmen auch eine angemessene Überlegungszeit zuzugestehen, ob es überhaupt in dieser Art gegen den Auftraggeber vorgehen will (, Beschluss vom 13.04.1999, Verg. 1/99, BauR 1999, S. 751 ff.).

Voraussetzung ist, dass das Unternehmen positive Kenntnis von dem zu rügenden Vergabeverstoß erlangt hat (Beschluss vom 24.01.2002, VK 24/01; Beschluss vom 14.01.2002, 2103-VgK-22/2001). Positive Kenntnis setzt zunächst voraus, dass dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ein tatsächlicher und möglicher Vergabefehler ergibt (Beschluss vom 01.07.2002, 1 VK 22/02; Beschluss vom 22.01.2002, VK 2-17/2001). Hinzu kommen muss allerdings eine zumindest laienhaft rechtliche Wertung des Bieters, dass es sich in den betreffenden Punkten um ein zu beanstandendes Vergabeverfahren handelt (Beschluss vom 16.01.2002, 6 Verg 7/01).

Im vorliegenden Fall trägt die Antragstellerin selbst vor, dass sie durch ihre Tätigkeit im Gebiet der Antragsgegnerin sowie durch weitere Verwertungsmaßnahmen in Hessen im Detail davon Kenntnis hatte, dass die Beigeladene keine Zugriffsmöglichkeit auf landwirtschaftliche Flächen zur Aufbringung von Klärschlamm in dem geforderten Einzugsgebiet hatte. Sie behauptet dazu allerdings ergänzend, dass sie nach Zugang des Schreibens der Antragsgegnerin dann doch noch genauere Recherchen darüber anstellte, ob ihre Information auch tatsächlich zutrif. D.h., dass die Antragstellerin zunächst einmal einen gewissen Zeitraum benötigte, um die Tatsachen zu verifizieren, aus denen der Vergaberechtsverstoß abgeleitet wurde. Es ist davon auszugehen, dass sie auf Grund dieser Tatsachen auch die erforderliche laienhafte Wertung vollzog, wonach sich daraus aus ihrer Sicht ein Vergaberechtsverstoß herleiten ließ.

Aus einem solchen rechtlichen Verdacht ergibt sich jedoch erst eine Rügeobliegenheit, wenn der Verdacht es bei vernünftiger Betrachtung gerechtfertigt erscheinen lässt, das Verfahren in rechtlicher Sicht als fehlerhaft zu beanstanden (Beschluss vom 22.08.2000, Verg 9/00; Beschluss vom 16.01.2002, 6 Verg 7/01). D. h. der Bieter muss grundsätzlich noch die Möglichkeit haben, diesbezüglich konkreten Rechtsrat einzuholen (vgl. Beschluss vom 26.03.2002, 1 VK 7/02). Die Einholung eines derartigen Rechtsrats war im vorliegenden Fall insbesondere dadurch gerechtfertigt, dass auf Grund der Einzelheiten der Ausschreibung, besonders auf Grund der Vorgaben in den Verdingungsunterlagen, überprüft werden musste, ob das von der Antragstellerin behauptete Fehlen der geforderten landwirtschaftlichen Flächen bei der Beigeladenen tatsächlich so relevant war, dass dadurch ein rechtlich fehlerhaftes Vergabeverfahren begründet wurde.

Nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ist die Rüge als unverzüglich im Sinne des § 121 BGB anzusehen. Zwar kann mangels genauer Anhaltspunkte nicht exakt nachvollzogen werden, wann die Antragsteller ihre Recherchen über die Verfügungsmöglichkeiten der Beigeladenen über die landwirtschaftlichen Flächen abschloss und wann genau sie selbst die erforderlichen Wertungen vornahm. Jedenfalls ist aber die Spanne zwischen der Information, an der sich die Recherchen erst anschließen konnten, und dem Rügeschreiben des Rechtsanwalts nicht zu groß, um die Unverzüglichkeit zu verneinen. Denn zu Gunsten der Antragstellerin ist zu berücksichtigen, dass ihr nach der Recherche noch eine angemessene Überlegungsfrist eingeräumt werden musste, um die Qualität ihrer Argumente zu überprüfen und eine Chancen-Risiko-Abwägung vorzunehmen (vgl. Beschluss vom 31.01.2002, 216-4004.20-002/02 GTH). Auch die Tatsache, dass der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin zunächst nicht anwesend war und deshalb keine schnellere Reaktion erfolgte, führt zu keinem anderen Ergebnis. Abgesehen davon, dass der Antragstellerin zugestanden werden muss, zunächst den Anwalt zu konsultieren, der sie ständig in vergaberechtlichen Angelegenheiten betreut, lag auch kein Grund vor, einen anderen Anwalt zu beauftragen. Denn zwischen Zugang des Informationsschreibens - und damit auch zwischen der Kenntnis der Antragstellerin bezüglich der Verfügungsmöglichkeit der Beigeladenen über die Flächen - und dem Zugang des Anwaltsschreibens lagen nur sechs Arbeitstage. Insgesamt ist daher die Rüge in diesem Fall als unverzüglich anzusehen.

2. Die Antragstellerin ist nicht antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB).

- a) Sie hat ein Interesse an dem Auftrag, da sie an der Ausschreibung der Antragsgegnerin teilgenommen und auf Grund der rechnerischen und sachlichen Prüfung ihres Angebotes auch eine Chance auf den Zuschlag hat.
- b) Ferner macht sie eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend, weil sie behauptet, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt worden sei.
- c) Sie hat aber nicht darlegen können, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin hat nämlich ein Angebot abgegeben, bei dem Änderungen bzw. Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen worden sind, so dass es von der Wertung der Angebote hätte ausgeschlossen werden müssen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d) VOL/A).

Die Notwendigkeit des Ausschlusses von der Wertung ergibt sich jedoch nicht daraus, dass das Angebot der Antragstellerin der Regelung unter Punkt 9.7. der „Besonderen Vertragsbedingungen“ widerspricht. Zwar enthält das Angebot einen Vorbehalt, wonach die Preise unter bestimmten Umständen neu kalkuliert werden sollen, während gemäß der Klausel in den „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ eine Preiskorrektur, **ganz gleich aus welchem Grund**, nicht anerkannt wird.

Die Regelung unter Punkt 9.7. in den „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ ist jedoch unwirksam, da es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt und sie eine unangemessene Benachteiligung zu Lasten der Bewerber bzw. Bieter beinhaltet (§§ 307 Abs. 1 und 2, 305 BGB).

„*Besondere Vertragsbedingungen*“ als Vertragsbestandteil eines Angebotes sind Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 BGB, da sie für eine Vielzahl, mindestens für drei bis fünf Verwendungsfälle, vorformuliert, d.h. schriftlich fixiert, worden sind (in Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu Palandt, BGB, 61. Auflage, 2002, § 305, Randnr. 8, 9). Es handelt sich auch um „gestellte“ Vertragsbedingungen, da der Auftraggeber als Vertragspartei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag verlangt (in Palandt, a.a.O., § 305, Randnr. 10). Daher sind die in den „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ enthaltenen Regelungen nach den Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB, überprüfbar.

Im vorliegenden Fall stellt die Klausel unter Punkt 9.7. der „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ eine unwirksame, unangemessene Benachteiligung für die Bieter bzw. Bewerber dar, weil sie bestimmt, dass eine zwischenzeitliche oder nachträgliche Preiskorrektur (bezogen auf das jeweilige Angebot und die Vertragslaufzeit) nicht anerkannt wird, gleichgültig aus welchem Grund sie vorgenommen wird. D.h., es handelt sich um einen kompletten, alles umfassenden Ausschluss, der keine Ausnahmetatbestände zulässt, selbst dann nicht, wenn nach der gesetzlichen Lage eine Preisänderung in Betracht käme (z.B. bei dem Wegfall der Geschäftsgrundlage oder bei einem Irrtum). Damit versucht der Auftraggeber, durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. in Palandt, a.a.O., § 307, Randnr. 8 mit weiteren Nachweisen).

Zwar sollen bei einem Vertrag, dem die VOL/A zu Grunde liegt, Leistungen zu festen Preisen vergeben werden (§ 15 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A), d.h. beide Vertragspartner sollen eine bindende Vereinbarung über die Vergütung treffen, die nicht einseitig abgeändert werden kann (in Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A, 5. Auflage 2000, § 15 Randnr. 12). Diese dient der Sicherheit des öffentlichen Auftraggebers bezüglich der Angebotspreise, die seiner Haushaltsplanung zugute kommt (in Müller-Wrede, Verdingungsordnung für Leistungen, VOL/A, 1. Auflage 2001, § 15, Randnr. 2). Das bedeutet aber nicht, dass keine Ausnahmen zulässig sein dürfen. Vielmehr muss bei längerfristigen Verträgen eine Ausnahmeregelung möglich sein. Dafür spricht bereits der Wortlaut des § 15 Nr. 2 VOL/A. Im Übrigen ergibt sich auch aus § 2 Nr. 3 VOL/B, dass bei der Abwicklung eines Vertrages, der der VOL unterliegt, ein neuer Preis vereinbart werden muss, wenn sich durch die Änderung in der Beschaffenheit der Leistung die Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung ändert.

Längerfristige Verträge liegen vor, wenn eine Mindestlaufzeit von 10 Monaten vereinbart wird (in Müller-Wrede, a.a.O., § 15, Randnr. 20; in Daub-Eberstein, a.a.O., § 15, Randnr. 26). Hier ist ein solcher längerfristiger Vertrag gegeben, da eine Laufzeit von 1 Jahr vorgesehen ist. Demzufolge gilt zum einen die Regelung des § 15 Nr. 2 VOL/A, die eine Preisänderung zulässt. Zwar handelt es sich dabei um eine Ermessens-, also keine zwingende Entscheidung. Dennoch darf eine solche Regelung nicht, ohne Schaffung eines Ausgleichs, durch „*Besondere Vertragsbedingungen*“ eingeschränkt werden. Ferner widerspricht Punkt 9.7. der „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ den Vorgaben des § 2 Nr. 3 VOL/B, so dass die Klausel auch aus diesem Grund der Inhaltskontrolle nicht standhält. Insgesamt führt daher die Regelung unter Punkt 9.7. der „*Besonderen Vertragsbedingungen*“, die für die Vertragslaufzeit keinerlei einseitige Preiserhöhung durch einen Bieter zulässt, zu dessen unangemessener Benachteiligung, weil seine Belange nicht ausreichend berücksichtigt werden.

Da die Klausel somit unwirksam ist, erfüllt die Formulierung in dem Angebotsschreiben der Antragstellerin nicht den Tatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d) VOL/A, so dass das Angebot nicht aus diesem Grund hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die Antragsbefugnis der Antragstellerin und damit die Möglichkeit darzulegen, dass ihr ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, entfällt aber deshalb, weil ihr Angebot gegen die Regelung in Punkt 9.16. der „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ verstößt, wonach die im Vertrag genannten Einheitspreise bis zum 31.07.2003 gelten sollen und (erst) danach eine Preiserhöhung gemäß einer Preisindexklausel möglich sein soll (§§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d), 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A).

Gegen die Rechtmäßigkeit des Regelung Nr. 9.16. in den „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ bestehen keine Bedenken, weil Leistungen grundsätzlich zu festen Preisen vergeben werden sollen (§ 15 Nr.1 Abs. 1 VOL/A), so dass im vorliegenden Fall eine Festschreibung des vereinbarten Preises für die Laufzeit des Vertrages von einem Kalenderjahr gerechtfertigt ist. Da nach diesem Zeitraum eine Preisanpassungsklausel vorgesehen ist, deren Vereinbarung im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers steht (vgl. in Müller-Wrede, a.a.O., § 15, Randnr. 19), ist kein Verstoß gegen das AGB-Gesetz ersichtlich.

Die Antragstellerin hat die Regelung in Punkt 9.16. der „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ nicht beachtet und hat ein Angebot mit Änderungen bzw. Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen abgegeben, weil sie in dem Anschreiben zum Angebot ausdrücklich erklärte, dass die von ihr kalkulierten Preise zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer auf den derzeit gültigen Gesetzen und Verwertungsmöglichkeiten beruhten, sie sich jedoch vorbehielt, bei gravierenden Änderungen diesbezüglich die Preise neu zu kalkulieren. Als Beispiel gab sie die Einführung einer km-abhängigen Transportpauschale (Maut) an.

Damit hat sie gegen die Vorgabe der Antragsgegnerin, dass für die Vertragslaufzeit von einem Jahr ein Festpreis gelten sollte, einen Vorbehalt gemacht. Zu diesem einseitigen Vorbehalt war die Antragstellerin jedoch nicht berechtigt, so dass eine unzulässige Änderung bzw. Ergänzung der Verdingungsunterlagen gegeben ist.

Ein derartiger Vorbehalt, die Preise – außerhalb der ohnehin von der Antragsgegnerin vorgegebenen Preisanpassungsklausel – anzupassen, wäre nur dann möglich und gerechtfertigt, wenn die Geschäftsgrundlage des Vertrages wegfiel, was eine Anpassung seines Inhaltes an die geänderten Verhältnisse zur Folge hätte (in Palandt, a.a.O., § 242, Randnr. 130).

Die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage liegen aber bei dem Fall, den die Antragstellerin erfassen wollte, nicht vor. Zwar mag der Eintritt von Gesetzesänderungen bzw. die Änderung der Verwertungsmöglichkeiten des Klärschlammes wesentlich sein, weil die Antragstellerin bei Kenntnis dieser Änderungen den Vertrag nur mit anderen Bedingungen geschlossen hätte (vgl. in Palandt, a.a.O., § 242, Randnr. 125). Diese wesentliche Änderung führt aber nicht zu der Überschreitung der Grenze der Risikozuweisung, weil sich damit lediglich ein Risiko verwirklichen würde, dass eine Partei des Vertrages zu tragen hätte (vgl. in Palandt, a.a.O., § 242, Randnr. 126 mit weiteren Nachweisen). Grundsätzlich trägt der Bieter das Kalkulationsrisiko. Wenn, wie in diesem Fall, bereits mit einer Gesetzesänderung, nämlich der Einführung der Maut, zu rechnen ist, liegt die Vorhersehbarkeit der Änderung vor, was dazu führt, dass die Grenze der Risikozuweisung gerade nicht überschritten wird (vgl. in Palandt, a.a.O., § 242, Randnr. 127 f.).

Unabhängig davon ist aber jedenfalls nicht die Grenze der Zumutbarkeit überschritten, was der Fall wäre, wenn der Antragstellerin die unveränderte Vertragserfüllung nicht mehr zugemutet werden könnte (vgl. in Palandt, a.a.O., § 242, Randnr. 129 mit weiteren Nachweisen). Da hier der Festpreis nur für ein Jahr gelten sollte und danach die Möglichkeit der Preisanpassung vorgesehen war und darüber hinaus die erwarteten Änderungen (insbesondere die als Beispiel angeführte Einführung der Maut) ohnehin erst nach einer gewissen Vertragslaufzeit eintreten würden, ist es dem Bieter zumutbar, den Vertrag für die relativ kurze Restlaufzeit zu den unveränderten Bedingungen fortzuführen. Hinzu kommt, dass die Maut – bezogen auf den Auftragswert – der Höhe nach nicht eine solche entscheidende Rolle spielt, dass die Kalkulationsgrundlagen schlechthin nicht mehr gelten würden. Da der Bieter die Risiken für die Kalkulation zu tragen hat, kann keine grundsätzliche Absicherung durch eine allgemeine gültige Klausel, wie sie hier verwendet wurde, erfolgen.

Alle anderen Unwägbarkeiten, die die Antragstellerin erfassen wollte, wie z. B. die Änderung in den Verwertungsmöglichkeiten, sind zu unkonkret, um bereits von vornherein daraus eine Unzumutbarkeit abzuleiten. Diesbezüglich wäre auch schon deshalb der Vorbehalt der Antragstellerin überflüssig, weil bereits nach § 2 Nr. 3 VOL/B die Möglichkeit der Preisanpassung – außerhalb der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Preisanpassungsklausel – besteht.

Unabhängig davon basierte der von der Antragstellerin gemachte Vorbehalt zwar auf dem Eintritt objektiver Kriterien, nämlich der Änderung von Gesetzen und Verwertungsmöglichkeiten. Letztlich war er aber von der subjektiven Auslegung der Antragstellerin abhängig, weil die Preisanpassung nur bei „*gravierenden Änderungen*“ eintreten sollte, und es ausschließlich ihrer eigenen Beurteilung oblag, wann ein „*gravierender*“ Fall gegeben war. Daher war die Frage, wann die Voraussetzungen des Vorbehalts vorliegen sollten, von der Bewertung des Bieters abhängig und der Dispositionsmöglichkeit durch den Auftraggeber entzogen. Ein derartiges einseitiges Bestimmungsrecht des Bieters führt aber im Ergebnis dazu, dass die von der Antragsgegnerin vorgegebenen Grundlagen des Angebots in unzulässiger Weise verändert werden.

Demnach stellt der Vorbehalt der Antragsgegnerin einen Widerspruch zu Nr. 9.16. S. 1 der „*Besonderen Vertragsbedingungen*“ dar. Diese Einschränkung in dem Angebot der Antragstellerin führt dazu, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleistet ist (vgl. Noch in Müller-Wrede, a.a.O., § 21, Randnr. 46). Die Antragsgegnerin hätte daher das Angebot zwingend ausschließen müssen, ohne dass ihr diesbezüglich ein Ermessensspielraum zustand (Noch in Müller-Wrede, a.a.O., § 21 Randnr. 46; Eberstein in Daub-Eberstein, a.a.O., § 21, Randnr. 23).

Insgesamt ist daher der Nachprüfungsantrag unzulässig, weil der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehlt (§ 107 Abs. 2 GWB).

3. Der Antragsgegnerin wird gestattet, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung vorab zu erteilen (§ 115 Abs. 2 S. 1 GWB).

Hier liegt ein Fall vor, bei dem unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

Bei den in die Interessenabwägung einzustellenden Interessen sind die Interessen der Beteiligten des Vergabeverfahrens, die Interessen der Allgemeinheit, aber auch die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags als zusätzlicher Gesichtspunkt einzustellen (Boesen, Vergaberecht, 1. Auflage 2000, § 115, Randnr. 29 ff.). Interessen der Allgemeinheit bestehen hier insofern, als dass eine ordnungsgemäße Lagerung und Verwertung des Klärschlammes aus umwelt- und gesundheitsrechtlichen Gründen gewährleistet sein muss. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin, gerade aus den oben genannten Gründen, ein Beschleunigungsinteresse geltend gemacht, denn sie hat aus Kapazitätsgründen keine Möglichkeit mehr, weiteren Klärschlamm zwischenzulagern.

Hinzu kommt, dass der Vergabenachprüfungsantrag unzulässig ist und dass dessen Erfolgsaussichten insoweit in die Interessenabwägung einzubeziehen sind, als dass der zu beurteilende Sachverhalt offen zu Tage liegt und bei der im Eilverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung unschwer berücksichtigt werden kann (vgl. Beschluss vom 04.11.2001, 6 Verg 6/01).

Bei Abwägung aller dieser Gesichtspunkte überwiegen die Nachteile einer Verzögerung des Vergabeverfahrens die damit verbundenen Vorteile. Der Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags ist daher begründet.

III.

1. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, weil sie mit ihrem Nachprüfungsantrag unterlegen und der Antrag der Antragsgegnerin auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags begründet ist (§ 128 Abs. 3 S. 1 GWB).
2. Sie hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen im Verfahren zu tragen (§ 128 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB). Über eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen ist nach billigem Ermessen zu entscheiden (§ 162 Abs. 3 VwGO analog) Eine Erstattung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn ein Beigeladener erfolgreich Anträge gestellt hat (Entscheidung vom 08.02.2001, Verg 13/00). Das war hier bei der Beigeladenen der Fall.
3. Die Zuziehung eines Rechtsanwalts durch die Beigeladene war im Verfahren angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls notwendig.

IV.

Die Festsetzung der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 S. 1 GWB).

Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Gebühren und Höhe werden von den Vergabekammern üblicherweise Erfahrungswerte der Vergabekammern des Bundes herangezogen.

Die Vergabekammern des Bundes haben auf der Basis der beim Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes von 1996 bis 1998 anhängigen Verfahren eine Gebührentabelle erarbeitet, die die Vergabekammer des Landes Hessen im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt. Diese Tabelle nimmt eine Staffelung nach der Höhe der Ausschreibungssumme vor. Auf Grund des Wertes des von der Antragstellerin gemachten Angebotes ist hier die Mindestgebühr von 2.500,00 Euro anzusetzen.

V.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Oberlandesgericht
Frankfurt am Main
- Vergabesenat –
Zeil 42

60256 Frankfurt am Main

einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Jung

Lausen

Stockhorst