

Nachprüfungsantrag:
vertreten durch:
.....
(Antragstellerin – ASt)

Vergabestelle:
vertreten durch:
.....
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladener
(Beigeladener - BGI)

Dienstleistungsauftrag: Verwertung von Biogut

Vergabeverfahren: Offenes Verfahren nach § 15 VgV

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 20.12.2021 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer am 20.01.2022 folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle und des Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xx.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt

1.

Die Vergabestelle veröffentlichte am xx.xx.xxxx im EU-Supplement im Offenen Verfahren den Dienstleistungsauftrag für die Verwertung von Biogut ab 01.01.2023. In der Bekanntmachung wurde der Auftrag wie folgt beschrieben:

- *Übernahme und Verwiegung des angelieferten Biogutes an einer vom Bieter zu stellenden Übernahmestelle in einem Radius von 50 km zu,*
- *Behandlung und Vergärung des übernommenen Biogutes,*
- *Kompostierung der anfallenden Gärreste,*
- *Verwertung und Vermarktung der daraus gewonnenen Erzeugnisse,*
- *sowie sonstige erforderlichen Nachtransporte*

Unter III.1.2 bb) der Auftragsbekanntmachung (Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) legte die Vergabestelle fest, dass der Bieter/die Bietergemeinschaft über einen angemessenen Versicherungsschutz im Sinne einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme für Personen- und Sachschäden i.H. v. 3 Mio. € sowie Vermögensschäden i.H. v. 500.000 € je Schadensfall oder pauschal 3,5 Mio. € für alle Schadensfälle verfügen bzw. eine Anpassung der Versicherung auf diese Höhe beabsichtigen müsse. Mit dem Angebot mussten gem. der Auftragsbekanntmachung die Bieter entsprechende Bestätigungen ihrer Versicherungsinstitute über das Bestehen einer solchen Versicherung oder aber die Bereitschaft des Versicherungsinstitutes zum Abschluss der Anpassung einer Versicherung an die geforderte Deckungssumme hochladen.

Unter III.1.3 bb) (Technische und berufliche Leistungsfähigkeit) bestimmte die Vergabestelle u.a., dass der Bieter/die Bietergemeinschaft spätestens zum Vertragsbeginn die Verfügbarkeit einer rechtlich zulässigen und einschlägigen Verwertungsmöglichkeit im Sinne einer Vergärungsanlage mit anschließender Kompostierung gemäß Anforderungen sicherzustellen habe.

Unter Ziffer 15 der Bewerbungsbedingungen legte die Vergabestelle fest, dass der für die Behandlung des Biogutes vorgesehene Betrieb hinsichtlich der eingesetzten Verwertungsanlage(n) spätestens zum 01.12.2022 die Anforderungen der EfbV erfüllen und von einem zugelassenen Büro geprüft und zertifiziert worden sein müsse.

Unter Ziffer 21 c bb) der Bewerbungsbedingungen legte die Vergabestelle fest, dass mit dem Angebot bereits Angaben dazu zu machen sind, wie bzw. in welcher Anlage/welchen Anlagen die ordnungsgemäße Erbringung der Leistungen der Verwertung des Biogutes erfolgen werde und gewährleistet sei. Zu diesem Zweck würden folgende Angaben verlangt (vgl. Formular 8):

- Benennung der Übernahmestelle sowie (falls abweichend) der Behandlungsanlage/n für die Vergärung und die Kompostierung (Anlagenbezeichnung, Betreiber, Standort) mit Beschreibung des Vergärungs- und Kompostierverfahrens und der damit verbundenen Verfahrensschritte von der Anlieferung durch den Auftraggeber, der Aussortierung von Fremdstoffen vor der Behandlung, Zugabe von ggf. fehlendem, aber erforderlichem Strukturmaterial, der Vergärung des Materials, Austrag aus der Vergärungsanlage in die anschließende Kompostierung (z.B. eingehaute Kompostieranlage).
- Angaben zur Gesamtkapazität der vorgesehenen Behandlungsanlage/n und zur freien Verarbeitungskapazität pro Jahr während der Mindest-Vertragslaufzeit.
- Konzept für die Nutzung der erzeugten Gasmengen (Norm-m³) und die Weitergabe/Vermarktung der erzeugten Komposte.
- Erläuterungen zur Genehmigungslage für die Vergärungs- und Kompostieranlagen einschl. ggf. angestrebter Anpassungen oder Änderungen.
- Konzept zur Sicherstellung der Verwertung bei Teil-/oder Gesamtausfall der Anlage (z.B. Revision, umfangreiche Umbaumaßnahmen) durch Angabe von Ausfallanlagen, Zwischenlagermöglichkeiten u.ä..

Unter Ziffer 18 der Bewerbungsbedingungen legte die Vergabestelle bezüglich der Vorlage der Urkalkulation fest, dass diese der Bieter innerhalb von 7 Tagen nach Aufforderung noch vor Zuschlagserteilung zu übermitteln habe.

2.

Die Antragstellerin und der Beigeladene gaben fristgerecht innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot ab.

Der Beigeladene benannte im Formular 8 (Erklärung zur technischen Ausrüstung) der Vergabeunterlagen als vorgesehene Verwertungsanlage das Recyclingzentrum in Rxxx. Unter Ziffer 8 des Formulars 8 musste der Bieter Erläuterungen zur Genehmigungslage einschließlich gegebenenfalls geplanter Anpassungen und Änderungen machen. Der Beigeladene machte diesbezüglich entsprechende Angaben zum Standort Rxxx und erläuterte zudem, dass er in Pxxx die Vergärung und Kompostierung mit derselben Verfahrens-

technik einsetze wie in Rxxx. Zudem erläuterte er im Formular 8 die geplanten Änderungen am Standort Rxxx. Weiter führte der Beigeladene aus, dass die technische Planung für die Umbaumaßnahmen abgeschlossen seien und bereits Vorgespräche mit der Genehmigungsbehörde erfolgt seien und ab 01.01.2023 die Verwertung der gesamten Bioabfallmenge gesichert sei.

Mit dem Angebot reichte die Antragstellerin inhaltsgleiche Bestätigungsschreiben (unter Angabe der jeweiligen Versicherungsnummer) eines Assekuranzmaklers ein. Darin wird bestätigt, dass für die Vergärungsanlage bzw. die Kompostanlage eine Berufshaftpflicht-/Betriebshaftpflicht besteht und „Personen-, Sach- und Vermögensschäden mit 3.000.000 Euro abgedeckt seien. Der Vertrag bestehe bis xx.xx.xxxx und verlängere sich ungekündigt jährlich weiter.

3.

Am 15.10.2021 forderte die Vergabestelle den Beigeladenen über die Vergabepattform auf, bis spätestens 21.10.2021 die Urkalkulation zur Klärung der Auskömmlichkeit gegebenenfalls mit Erläuterungen zur Auskömmlichkeit zu übermitteln. Nach einem Telefonat zwischen Vergabestelle und dem Beigeladenen am 18.10.2021 teilte die Vergabestelle dem Beigeladenen mit E-Mail am 18.10.2021 mit, dass eine kurze Stellungnahme ausreichend sei, in der erklärt werde, dass die Auskömmlichkeit gewährleistet sei. (Anmerkung: Diese E-Mail vom 18.10.2021 und auch eine Dokumentation über das Telefonat vom 18.10.2021 befand sich nicht in der der Vergabekammer vorgelegten Vergabeakte).

Mit Schreiben vom 18.10.2021, eingegangen auf der Vergabepattform am 20.10.2021, machte der Beigeladene Angaben zur Auskömmlichkeit, die er über die Vergabepattform einstellte.

4.

Mit Bieterinformationsschreiben vom 02.11.2021 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen. Der Beigeladene habe beim Preiskriterium die höchste Punktzahl erzielen können. Unter Berücksichtigung der weiteren Zuschlagskriterien habe der Beigeladene insgesamt xxx Punkte für sich verbuchen können. Demgegenüber seien für das Angebot der Antragstellerin nur xxx Punkte berechnet worden.

5.

Mit Schriftsatz vom 10.11.2021 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung. Der Zuschlag dürfe auf das Angebot des Beigeladenen nicht erteilt werden, weil er über keine geeignete Annahmestelle innerhalb eines Radius von 50 km um den Verwaltungssitz der Vergabestelle verfüge. Zudem verfüge die von dem Beigeladenen betriebene Behandlungsanlage nicht über ausreichend freie Kapazitäten. Außerdem habe offensichtlich die gemäß § 60 Abs. 2 VgV gebotene Prüfung, ob das Angebot des Beigeladenen auskömmlich sei, nicht stattgefunden.

6.

Am 16.11.2021 forderte die Vergabestelle erneut die Urkalkulation über die Vergabeplattform bis spätestens 19.11.2021, 9:00 Uhr. Ausweislich der Vergabeplattform wurde am 16.11.2021 die geforderte Urkalkulation passwortgeschützt auf der Vergabeplattform durch den Beigeladenen eingestellt und am 17.11.2021 das Passwort mitgeteilt, damit die Kalkulation von der Vergabestelle geöffnet werden konnte.

7.

Mit Schreiben vom 19.11.2021 wies die Vergabestelle die Rüge zurück.

Der Auftraggeber könne nach § 56 Abs. 2 VgV den Bewerber auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren. Die mit dem Angebot vorgelegten Versicherungsbestätigungen hätten aber im Grunde genommen nicht gefehlt, es seien in Bezug auf die geforderte Deckungssumme unzureichende Bestätigungen vorgelegt worden. Diese Bestätigungen seien auch nicht unvollständig, denn die formalen Anforderungen seien erfüllt. Vielmehr würden die Bestätigungen von den inhaltlichen Anforderungen abweichen. In einem solchen Fall könnten sie nicht im Wege der Nachforderung ausgetauscht werden. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschließen.

Anders als die Antragstellerin in ihrer Rüge angenommen habe, befinde sich die Übernahmestelle des Beigeladenen in Rxxx, an der zugleich auch die Behandlungsanlage liegen werde, innerhalb eines Radius von 50 km um den Verwaltungssitz der Vergabestelle.

8.

Mit Schriftsatz vom 25.11.2021 nimmt der Bevollmächtigte der Antragstellerin zur Zurückweisung der Rüge Stellung.

Nach dem klaren Wortlaut der Bekanntmachung müsse ein den Anforderungen entsprechender Versicherungsschutz erst zum Leistungsbeginn bestehen. Der Antragstellerin zu unterstellen, diese werde zum Vertragsbeginn nicht über einen den Anforderungen ent-

sprechenden Versicherungsschutz verfügen, entbehre jeder Grundlage. Die von der Antragstellerin überobligatorisch eingereichten Bestätigungen würden einen ausreichenden Versicherungsschutz vollumfänglich nachweisen.

Soweit die Vergabestelle in der Rügezurückweisung mitteile, dass der Beigeladene am Standort Rxxx die Übernahmestelle unterhalten und dort auch die Behandlungsanlage einrichten werde, müsse dem entgegnet werden, dass bisher weder Annahmestelle noch Behandlungsanlage dort genehmigt seien und erst recht nicht errichtet seien. Nach den Vorgaben der Vergabebekanntmachung seien Erläuterungen zur Genehmigungslage im Angebot zu machen. Daraus folge eindeutig, dass die Genehmigung jedenfalls für die Behandlungsanlage bereits mit dem Angebot nachgewiesen werden müsse. Bereits der Begriff „Genehmigungslage“ setze den Vorhandensein einer Genehmigung voraus. Eine positive Eignungsprognose sei dann ausgeschlossen, wenn eine Genehmigung noch nicht mit dem Angebot nachzuweisen sei. Denn die Leistungen seien bereits ab dem 01.01.2023 zu erbringen. In dem damit zur Verfügung stehenden Zeitfenster sei es ausgeschlossen, dass das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen über eine bestandskräftige Genehmigung verfügen werde. Insofern sei zu berücksichtigen, dass ein förmliches Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung unumgänglich sei. Alleine für das Genehmigungsverfahren sei ein Zeitraum von mehr als 12 Monaten einzuplanen. Die Realisierung der erforderlichen Anlagen beanspruche einen weiteren Zeitraum von mindestens 8 Monaten, wobei zudem zu berücksichtigen sei, dass das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen als öffentlicher Auftraggeber an die §§ 97 ff. GWB gebunden sei und sämtliche Leistungen europaweit ausschreiben müsse. Nachdem ausgeschlossen sei, dass die Beigeladene über eine bis zum 01.01.2023 genehmigte und betriebsbereite Anlage verfügen werde, sei es beurteilungsfehlerhaft, wenn die Vergabestelle den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen wolle. Zudem hätte der Antrag auf Nachprüfung im Hinblick auf die sog. 2. Chance auch dann Erfolg, wenn das Angebot der Antragstellerin – was aber bestritten werde - ausgeschlossen werden müsste, weil das Angebot des Beigeladenen zwingend ausgeschlossen werden müsse.

9.

Am 26.11.2021 forderte die Vergabestelle den Beigeladenen auf, zum aktuellen Stand der Genehmigung der Anlage in Rxxx mit entsprechendem Zeitplan in Bezug auf die geplanten Änderungen bis zum 30.11.2021 Stellung zu nehmen. Weiterhin solle der Beigeladene darlegen, welche Anlagenteile bereits vorhanden seien und welche noch errichtet werden müssen.

Am 29.11.2021 stellte der Beigeladene - wie von der Vergabestelle gefordert - entsprechende Angaben zur Genehmigungssituation und zum Zeitplan auf der Vergabepattform ein.

10.

Mit Schriftsatz vom 29.11.2021 beantragte der anwaltliche Bevollmächtigte der Antragstellerin:

- 1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf ein Angebot der zu erteilen.*
- 2. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakte des Antragsgegners gewährt.*
- 3. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin auferlegt.*
- 4. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.*

Zur Begründung vertieft die Antragstellerin ihren Sachvortrag, den sie bereits im Rüge-schreiben vom 10.11.2021 und im Erwiderungsschreiben zur Zurückweisung der Rüge vom 25.11.2021 vorgetragen hat.

11.

Am 02.12.2021 wurde xxxxx zum Verfahren beigeladen.

12.

Mit Schriftsatz vom 03.12.2021 beantragt der Beigeladene:

- 1. Der Nachprüfungsantrag der vom 29.11.2021 gegen (Antragsgegner) wegen der Vergabe der Verwertung von Biogut aus der Biotonne wird zurückgewiesen.*
- 2. Der Antragstellerin wird zur Wahrung von Betriebs-und Geschäftsgeheimnissen des eine Einsicht in Vergabeunterlagen und Ausführungen in dieser Stellungnahme versagt, auf die in dieser Stellungnahme hingewiesen wird.*
- 3. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.*

Bei dem Beigeladenen würden keine Ausschlussgründe vorliegen. Er betreibe am Standort Rxxx ein Kompostwerk für die Verarbeitung von ca. xx.000 Mg/a Bioabfall sowie eine Vergärungsanlage für die Verarbeitung von xx.000 Mg/a Grüngut. Für beide Anlagen würden entsprechende Genehmigungen vorliegen. Im Rahmen einer Umwidmung solle die

bestehende Grüngut-Vergärungsanlage in eine Bioabfall-Vergärungsanlage umgewandelt werden mit der Folge, dass die Kapazität zur Verarbeitung von Bioabfall auf xx.000 Mg/a verdoppelt werde.

Die Planungsleistungen für die hierzu benötigte Änderungsgenehmigung zur Mengenerhöhung sowie Änderung des Einsatzstoffes seien bereits beauftragt. Ebenso seien umfangreiche Gespräche mit der Genehmigungsbehörde geführt worden. Der Genehmigungsantrag werde in den nächsten Wochen eingereicht. Der Standort in Rxxx bestehe bereits seit mehr als 20 Jahren. Von der Erteilung einer entsprechenden Genehmigung bis Mai 2022 sei auszugehen. Die notwendigen Umbaumaßnahmen würden sich auf untergeordnetem Niveau bewegen und der Schwellenwert für eine EU-weite Ausschreibung werde nicht erreicht.

13.

Mit Schriftsatz vom 06.12.2021 beantragen die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle:

1. Den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, im Einzelnen:

a) den Antrag der Antragstellerin auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zurückzuweisen;

b) den Antrag der Antragstellerin, dem Antragsgegner die Erteilung des Zuschlags auf ein Angebot der, zu untersagen, zurückzuweisen.

2. der Antragstellerin nur insoweit Akteneinsicht in die Vergabeakte des verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsverfahrens „Verwertung von Bio gut aus Biotonnen aus xxxxx“ zu gewähren, als hiervon die Wertung ihres Angebotes betroffen ist und den Antrag auf Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB im Übrigen zurückzuweisen;

3. die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Antragsgegners, der Antragstellerin aufzulegen;

4. die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners festzustellen.

Zur Begründung wurde vorgetragen, dass das Angebot der Antragstellerin keinen ausreichenden Nachweis des geforderten Versicherungsschutzes enthalte. Die vorgelegten Versicherungsbestätigungen hätten nur eine Deckungssumme von 3 Millionen € für Personen-, Sach- und Vermögensschäden insgesamt aufgewiesen, anstelle der erforderlichen 3,5 Millionen €.

Dem gegenüber bestehe kein Grund, das Angebot des Beigeladenen auszuschließen. Die Antragstellerin behauptet zu Unrecht, der Beigeladene sei nicht geeignet, weil er ver-

meintlich nicht über die geforderte technische Ausrüstung verfüge. Nach den Vergabeunterlagen sei es ausreichend, wenn der Bieter über die erforderliche Anlage für die Übernahme des Biogutes bis zum Vertragsbeginn verfüge. Das ergebe sich eindeutig aus den Vergabeunterlagen. Dies setze auch nicht denotwendig das Vorhandensein einer Genehmigung voraus. Zudem lasse die Darstellung des Beigeladenen zur Genehmigungslage sowie den einzusetzenden Einrichtungen durchaus annehmen, dass er die Anforderungen zum Leistungsbeginn am 01.01.2023 erfüllen werde. Es bedürfe somit hierzu lediglich einer Änderungsgenehmigung für die Mengenerhöhung und die Änderung des Einsatzstoffes. Angesichts der im Bundesimmissionsschutzgesetz genannten Entscheidungsfristen sei es nicht ausgeschlossen, dass die Genehmigung - wie von dem Beigeladenen eingeschätzt - bis Ende des 1. Quartals, zumindest aber im 1. Halbjahr 2022 erteilt werde. Die Vergabestelle gehe daher weiterhin davon aus, dass der Beigeladene in der Lage sein werde, zum Leistungsbeginn die Anforderungen an die Verwertung des Biogutes zu erfüllen. Es würden auch keine Anhaltspunkte für ein Unterkostenangebot des Beigeladenen vorliegen. Dies sei anhand der Urkalkulation geprüft worden.

14.

Am 07.12.2021 wurde der Antragstellerin unter Beachtung des Geheimschutzes Akteneinsicht erteilt.

15.

Mit Schriftsatz vom 13.12.2021 moniert die Antragstellerin die verspätete Vorlage der Urkalkulation. Dies müsse zum Ausschluss des Angebotes des Beigeladenen führen.

Auch die Nachforderungen vom 26.10.2021 zum Genehmigungstand lasse darauf schließen, dass die Ausführungen des Beigeladenen im Angebot, insbesondere im Formular 8, nicht ausreichend gewesen seien. Auch diese Nachforderung sei nicht von § 56 Abs. 2 VgV gedeckt. Eine Korrektur formal vorliegender Unterlagen sei nicht zulässig. Da eine positive Eignungsprüfung offensichtlich nicht möglich gewesen sei, ansonsten wäre eine Nachforderung nicht notwendig gewesen, sei das Angebot auch aus diesem Grund zwingend auszuschließen. Die Anlage werde auch nicht von dem Beigeladenen, sondern von der xxxxx betrieben, an der zudem auch ein privates Unternehmen beteiligt sei.

Der Beigeladene verfüge deshalb nicht über eine entsprechende Anlage und hätte den Einsatz des Eigentümers der Anlage als Nachunternehmer benennen müssen.

Die vorgesehene Anlage des Beigeladenen verfüge nicht über die erforderliche Genehmigung. Ein Anlagenbetrieb zum 01.01.2023 sei ausgeschlossen. Es müsse ein förmliches Genehmigungsverfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz durchgeführt werden. Somit könne mit einer Genehmigungserteilung frühestens Ende 2022 gerechnet werden.

Für die Errichtung der Anlage/Vergabeverfahren habe der Beigeladene ebenfalls eine realitätsferne Zeitplanung angesetzt. Außerdem erfordere die Erweiterung eine komplette Anlagenneuplanung. Außerdem würden die Kosten für die erforderlichen Maßnahmen deutlich im Oberschwellenbereich liegen. Daher müsste der Beigeladene die Vergaben europaweit ausschreiben. Auch die notwendige Anpassung der Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb bis spätestens zum 01.12.2022 werde der Beigeladene nicht bewerkstelligen können. Zudem könne aus den überlassenen Auszügen der Vergabeakte nicht entnommen werden, ob Anlass für eine Preisauflärung bestanden habe.

Zudem sei die Dokumentation einer Eignungsprüfung des Beigeladenen unzureichend in der Vergabeakte dokumentiert. Bei der Überprüfung der Entfernung zwischen dem Sitz der Vergabestelle und der vorgesehenen Übernahmestelle liege unter Nutzung des Routenplaner Google Maps die Entfernung über 50 km. Gemäß den Vergabeunterlagen müsse diese aber in einer Entfernung von maximal 50 km vom Verwaltungssitz der Vergabestelle liegen.

16.

Mit Schriftsatz vom 16.12.2021 teilt die Vergabestelle mit, dass die Anforderung der Urkalkulation vom 15.10.2021 mit E-Mail der Vergabestelle vom 18.10.2021 zurückgenommen worden sei. Die Vergabestelle habe nicht den Eindruck gehabt, dass das Angebot des Beigeladenen ungewöhnlich niedrig sei. Die Anforderung der Urkalkulation am 15.10.2021 sei rein vorsorglich erwogen worden. Der preisliche Abstand zwischen den Angeboten sei nicht ungewöhnlich gewesen. Außerdem habe das Angebot des Beigeladenen bereits über der Auftragswertschätzung der Vergabestelle gelegen. Zudem wisse die Vergabestelle, dass die Antragstellerin deutliche Investitionskosten zur Herrichtung der Anlage und Anpassung an einen Genehmigungsfreibetrieb aufwenden müsse. Dagegen sei laut Angaben des Beigeladenen dessen Aufwand geringer.

Am 16.11.2021 habe die Vergabestelle vom Beigeladenen aufgrund der Rüge der Antragstellerin zur Auskömmlichkeit um Übermittlung der Urkalkulation gebeten. Aus der vorgelegten Kalkulation in Verbindung mit den schon erhaltenen Erläuterungen hätten sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Beigeladene nicht in der Lage wäre, die Leistungen zu den kalkulierten Preisen zu erbringen.

Aufgrund des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 25.11.2021 sah sich die Vergabestelle veranlasst, Nachfragen zur genaueren Zeitschiene für die Genehmigungsplanung und Bauplanung zu stellen. Auch diese Nachfragen seien aber nicht als Nachforderungen im Rechtsinne zu verstehen, sondern als Nachfragen zur näheren Aufklärung schon gemachter Angaben. Der Beigeladene habe in seinem Angebot im beigefügten Formular 8 nämlich bereits ausführliche Angaben zur Genehmigungslage gemacht. Für Zweifel an der Belastbarkeit der Angaben des Beigeladenen habe es keine Anhaltspunkte gegeben. Erst infolge der Rüge

der Antragstellerin sei eine Plausibilitätsprüfung der Angaben des Beigeladenen notwendig geworden. Angaben zur Zeitplanung seien auch nicht in den Vergabeunterlagen gefordert gewesen. Der Beigeladene habe eine aktuelle Anpassung des Zeitrahmens unter Berücksichtigung aller erforderlichen Schritte einschließlich Öffentlichkeitsbeteiligung und Prüfung der Antragsunterlagen im Rahmen der Aufklärung vorgelegt. Auch nach Überprüfung der umfangreichen Ausführungen der Antragstellerin zu dem aus ihrer Sicht erforderlichen Zeitrahmen für die Erlangung der Änderungsgenehmigung habe die Vergabestelle keine Zweifel, dass der Beigeladene rechtzeitig zum 01.01.2023 eine Anlage für die Verkehrung des Biogutes im erforderlichen Umfang bereithalten werde. Die Vergabestelle habe zur Überprüfung der Einwürfe der Antragstellerin die Prüfung insofern neu aufgenommen. Aus der Antwort des Beigeladenen werde deutlich, dass das Genehmigungsverfahren durchaus innerhalb von 5 Monaten abgeschlossen sein könne. Dies sei zum einen der Erfahrungswert aus dem Verfahren zur erstmaligen Errichtung der Anlagen am Standort Rxxx. Zum anderen habe der Beigeladene eine aktuelle Anpassung des Zeitrahmens und der Zeitplanung erstellt, welche alle erforderlichen Schritte einschließlich Öffentlichkeitsbeteiligung und Prüfung der Antragsunterlagen umfasse.

Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragstellerin aus den Vergabeunterlagen ableiten möchte, dass die vorgesehene Anlage bereits zum Zeitpunkt der Angebotsfrist über die erforderliche Genehmigung für die spätere Leistungserbringung verfügen müsse.

Die Vergabestelle habe auch die Eignung des Beigeladenen anhand von den mit dem Angebot übermittelten Erklärungen überprüft und dies auch in einem Vermerk vom 13.10.2021 dokumentiert.

Hinsichtlich des baulichen Zeitrahmens gehe die Antragstellerin von falschen Annahmen zum erforderlichen Bauumfang aus.

Die Übernahmestelle des Beigeladenen liege innerhalb eines Radius von 50 km und erfülle damit die vorgegebenen Mindestanforderungen. Eine Streckenentfernung nach Google Maps sei nicht maßgeblich.

17.

Mit Schriftsatz vom 16.12.2021 trägt der Beigeladene vor, dass sich die Anlage in Rxxx im Eigentum der xxxxx befinde. Der Beigeladene könne im Rahmen eines Gestattungsvertrages uneingeschränkt die Anlage nutzen und sei seit 1995 mit dem Betrieb der Anlage beauftragt. Das Privatunternehmen, das die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz benenne, sei bereits 2011 ausgeschieden.

Aufgrund des beschwerdefreien Betriebs (Kompostwerk seit 25 Jahren und Verklärungsanlage seit 13 Jahren) gehe der Beigeladene von einem problemlosen Genehmigungsverlauf

aus. Da sogar eine Verbesserung der Emissionssituation erzielt werde, sei nicht mit Einwendungen zu rechnen. Im Rahmen einer Antragskonferenz am 11.11.2021 sei der notwendige Genehmigung-und Gutachtensumfang besprochen worden. Dieser sei auch schon beauftragt worden. Ohne Einwendungen sei mit einer Genehmigungserteilung im Juni 2022 zu rechnen. Mit Einwendungen gehe man von einer Genehmigungserteilung im Juli 2022 aus. Die Vergärungsanlage erlaube technisch die Verarbeitung von bis zu xx.000 t/pro Jahr ohne Ausbau der wesentlichen Anlageteile. Für den Umbau der bestehenden Vergärungsanlage in eine Bioabfallvergärungsanlage seien nur geringe Investitionsmaßnahmen notwendig, die deutlich unter dem Oberschwellenbereich liegen würden.

Der Beigeladene erfülle die Anforderungen der EfbV und sei bereits entsprechend zertifiziert.

18.

Mit Schriftsatz vom 17.12.2021 bemängelt die Antragstellerin die unzureichende Dokumentation in Bezug auf das Telefonat vom 18.10.2021. Soweit sich der Vermerk über den Gesprächsinhalt nicht in der Vergabeakte befinde, müsse das Gespräch als nicht erfolgt gelten. Eine Nachforderung der Urkalkulation sei daher entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht zulässig.

Weiter müsse das Näheverhältnis zwischen der Vergabestelle und dem Beigeladenen bemängelt werden. Die Neutralität der Vergabestelle sei ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Zudem vertieft die Antragstellerin ihren Sachvortrag, dass die Anlage des Beigeladenen nicht zum 01.01.2023 in Betrieb gehen werde und dass die Eignungsprüfung des Beigeladenen insoweit unzureichend dokumentiert sei.

19.

In der mündlichen Verhandlung am 20.12.2021 hatten die Parteien die Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf die Sitzungsniederschrift wird verwiesen.

20.

Mit E-Mail vom 04.01.2022 versicherte der Vorstand des Beigeladenen, dass die E-Mail vom 18.10.2021 von Herrn xxxxx um 15:21 Uhr beim Beigeladenen eingegangen sei.

21.

Mit Schriftsatz vom 06.01.2022 betonen die Bevollmächtigten der Vergabestelle, dass beiden Bietern die gleichen Chancen eingeräumt worden seien. Die von der Antragstellerin behauptete Vorfestlegung auf einen bevorzugten Bieter sei abwegig.

Die E-Mail vom 18.10.2021 (die sich nicht in der der Vergabekammer vorgelegten Vergabeakte befand), sei tatsächlich versandt worden. Dies belege auch ein Screenshot, der als Anlage dem Schriftsatz beigefügt wurde.

Die Ausführungen des Beigeladenen zur Eigentümerstellung der xxxxx würden nicht den Schluss auf einen Nachunternehmereinsatz nahelegen. Eine Trennung zwischen Besitz- und Betriebsgesellschaft sei in der Praxis häufig. Soweit die xxxxx lediglich die Anlage zur Verfügung stelle, ohne diese selbst zu betreiben, komme ihr keine Funktion als Unterauftragnehmer zu.

Die Eignungsprüfung sei nach Eingang der Angebote zunächst auf der Grundlage der vorliegenden Angebote vorgenommen worden. Dementsprechend seien die umfangreichen Ausführungen des Beigeladenen in Formular 8 gewürdigt worden. Die diesbezügliche Auswertung sei in der Vergabeakte dokumentiert, ebenso der weitere Austausch zu Einzelfragen betreffend die Eignung im Zuge der Überprüfung von Rüge und Nachprüfungsantrag. Vorsorglich fasse die Vergabestelle ihre Überlegungen zu den gerügten Aspekten nochmals in einem Vermerk zusammen. Die entsprechenden Schlussfolgerungen seien der Antragstellerin bereits mitgeteilt worden. Nach wie vor sei der vom Beigeladenen vorgesehene Zeitplan für die Anpassung der Genehmigung plausibel und stehe im Einklang mit den Anforderungen des Bundesimmissionsschutzgesetzes. Insofern gehe die Vergabestelle weiterhin davon aus, dass die Leistungen zum 01.01.2023 angebotskonform erbracht werden können.

Der vom Beigeladenen vorgesehene Standort in Rxxx sei bereits nach der EfbV zertifiziert. Dem im Internet abrufbaren Zertifikat lasse sich insofern klar entnehmen, dass schon jetzt eine Zertifizierung für diese Tätigkeiten des Lagerns, Behandelns und Verwertens von Bioabfall bestehe. Damit würden die Anforderungen an die Zertifizierung für den vorgesehenen Standard schon jetzt erfüllt.

22.

Mit Schriftsatz vom 13.01.2022 vertieft die Antragstellerin ihren Sachvortrag. Das Angebot des Beigeladenen sei zwingend auszuschließen, weil nach dem dokumentierten Stand der Vergabeakte die Urkalkulation nicht rechtzeitig vorgelegt worden sei. Der behauptete Verzicht könne nicht berücksichtigt werden.

Zudem müsse das offensichtliche „Näheverhältnis“ zwischen Antragsgegner und Beigeladenem vergaberechtlich berücksichtigt werden. Es spreche Bände, wenn die Vergabestelle außerhalb des im Verfahren vorgegebenen Kommunikationsweges mit dem Beigeladenen korrespondiere und vertrauliche Informationen weitergebe. Somit liege ein Verstoß gegen § 5 VgV auf der Hand, der zur Zurückversetzung des Verfahrens vor Abgabe der Angebote führen müsse.

Weiter sei der Beigeladene nicht leistungsfähig. Eine fristgerechte Aufnahme des Anlagenbetriebs bis zum 01.01.2023 sei ausgeschlossen. Der für die Behandlung von Bioabfällen aus der Biotonne zutreffende Abfallschlüssel 20 03 01 04 nach der Anlage zur Abfallverzeichnisverordnung (AVV) sei unstreitig nicht von der derzeitigen Zertifizierung umfasst. Der Nachweis der Zertifizierung nach der EfBV bis zum 01.12.2022 könne denklogisch erst im laufenden Betrieb auf der Grundlage der neuen Genehmigung erfolgen. Auch aus diesem Grund sei das Angebot des Beigeladenen zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig aber nicht begründet. Der beabsichtigte Zuschlag an den Beigeladenen ist nicht vergaberechtswidrig und verletzt deshalb die Antragstellerin nicht in ihren Rechten.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 S. 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

b)

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

c)

Bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB.

d)

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

e)

Die Antragstellerin ist als teilnehmende Bieterin antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB.

f)

Die Antragstellerin hat den beabsichtigten Zuschlag an den Beigeladenen nach Erhalt der Information gemäß § 134 GWB rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

g)

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 29.11.2021 war die 15-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der Antragstellerin nach der Rügezurückweisung vom 19.11.2021 zur Verfügung stand.

h)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

a)

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt kein Verstoß gegen die Dokumentationspflichten gemäß § 8 VgV vor, der es rechtfertigen würde, das Vergabeverfahren zu wiederholen.

In Übereinstimmung mit der Antragstellerin geht die Vergabekammer zwar davon aus, dass ein Dokumentationsmangel vorliegt, soweit die E-Mail der Vergabestelle vom 18.10.2021 und das vorausgegangene Telefonat weder in der vorgelegten Vergabeakte noch auf der Vergabepattform dokumentiert wurden. Allerdings ist ein solcher Dokumentationsmangel insoweit heilbar, soweit bereits abgeschlossene tatsächliche Ereignisse vorgelegen haben (Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl., Kapitel 7 § 36 Rn. 50). Die Vergabekammer hat keinen Zweifel, dass am 18.10.2021 ein Telefonat zwischen einem Vertreter der Vergabestelle und dem Vorstand des Beigeladenen stattgefunden hat und anschließend die Vergabestelle auf die Vorlage der Urkalkulation mit E-Mail vom 18.10.2021 verzichtet hat und nur noch eine Stellungnahme zur Auskömmlichkeit vom Beigeladenen forderte. Die Antragstellerin geht in ihrem Schriftsatz vom 13.01.2022 auch von der Existenz der E-Mail vom 18.10.2021 und des vorausgegangenen Telefonats aus, soweit sie das „Näheverhältnis“ zwischen dem Beigeladenen und der Vergabestelle thematisiert.

Es liegt auch kein Dokumentationsmangel vor, soweit die Vergabestelle die Angemessenheit des Angebotes des Beigeladenen geprüft hat. Der Abstand zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin und dem Beigeladenen lag unterhalb der Aufgreifschwelle von

20 %. Zudem lag selbst der Angebotspreis des Beigeladenen über der Auftragswertschätzung der Vergabestelle. Eine zwingende Überprüfung der Urkalkulation des Beigeladenen war aus diesem Grund zunächst nicht erforderlich. Die Vergabestelle hat sich dennoch mit der Auskömmlichkeit des Angebotes des Beigeladenen beschäftigt und eine Stellungnahme zur Auskömmlichkeit des Angebotes gefordert. Diese Stellungnahme des Beigeladenen zur Auskömmlichkeit wurde am 20.10.2021 durch den Beigeladenen über die Vergabepattform eingereicht. Entsprechend ist der Vorgang auch in der Vergabeakte ausreichend dokumentiert.

Es liegt auch kein Dokumentationsmangel vor, soweit die Vergabestelle die Eignung des Beigeladenen im Rahmen der Wertung des Angebotes festgestellt hat. Die Bevollmächtigten der Vergabestelle haben zutreffend vorgetragen, dass der Beigeladene umfangreiche und ausführliche Angaben zu seiner Eignung im Formular 8 der Vergabeunterlagen gemacht hat. Insbesondere hat der Beigeladene in Ziffer 8 des Formulars 8 dargestellt, dass er am Standort Rxxx ein Kompostwerk sowie eine Grüngutvergärungsanlage betreibe, die bereits genehmigt sei. Zudem hat der Beigeladene vorgetragen, dass er am Standort Pxxx eine Anlage mit derselben Verfahrenstechnik einsetze und dort Bioabfall vergäre. Weiter erklärte der Beigeladene in Ziffer 8 des Formulars 8, dass die technische Planung für die nötigen Umbaumaßnahmen bereits abgeschlossen sei, Vorgespräche mit der Genehmigungsbehörde bereits erfolgt seien und die Umrüstung im Jahr 2022 umgesetzt werden könne, sodass ab 01.01.2023 die Verwertung der gesamten Bioabfallmenge gesichert sei. Zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung bestand nach Auffassung der Vergabekammer für die Vergabestelle deshalb keine Verpflichtung, die Eignungsprüfung umfangreicher zu dokumentieren. Das OLG München, Beschluss vom 26.02.2021, Verg 14 / 20, hat in Bezug auf die Dokumentation der Bewertung einer Bieterpräsentation ausgeführt, dass letztendlich die Zusammenschau zwischen der schriftlichen Präsentation, den konkret dargestellten und erläuterten Kriterien sowie den Bewertungsmaßstäben maßgeblich sei, ob die Bewertung einer Bieterpräsentation ausreichend dokumentiert sei. Übertragen auf die Dokumentationspflicht der Eignungsprüfung im gegenständlichen Vergabeverfahren waren die Angaben des Beigeladenen in Formular 8 seines Angebotes ausreichend, so dass die Dokumentation der Eignungsprüfung des Beigeladenen den Anforderungen genügt. Im Vergabevermerk (Teil III, Ziffer 3) hat die Vergabestelle in Bezug auf die fachliche Prüfung des Beigeladenen festgestellt, dass das Formular 8 mit ausführlicher Beschreibung des Verwertungsverfahrens abgegeben worden sei. Die Vergabekammer erachtet deshalb die Dokumentation der Eignungsprüfung, die Grundlage für die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung war, für ausreichend.

Erst im Schriftverkehr ab der Rüge der Antragstellerin hat die Vergabestelle aufgrund der erhobenen Behauptungen der Antragstellerin gegenüber dem Beigeladenen nochmals abgeklärt, ob tatsächlich der Anlagenbetrieb bis zum 01.01.2023 möglich ist. Dieser Schriftverkehr liegt der Vergabekammer vollständig vor. Vorsorglich hat die Vergabestelle die Dokumentation ergänzt. Nachdem die Vergabestelle aber von der ursprünglich festgestellten Eignung des Beigeladenen nicht Abstand nehmen wollte und der gesamte Schriftverkehr ab der Rüge dokumentiert ist, kann dahinstehen, ob eine Ergänzung des Vergabevermerkes überhaupt notwendig war.

Sowohl in Bezug auf die Angemessenheit des Angebotspreises des Beigeladenen als auch in Bezug auf die Eignungsprüfung ist die Dokumentation bis zum Bieterinformationsschreiben nach Auffassung der Vergabekammer ausreichend. Soweit die Vergabestelle nach ihrer Entscheidung gemäß dem Bieterinformationsschreiben, wer den Zuschlag erhalten soll, vom Beigeladenen weitere Unterlagen und Auskünfte anforderte, um einerseits zu prüfen, ob doch der Rüge der Antragstellerin abgeholfen werden soll und andererseits – sollte die Vergabestelle an ihrer Zuschlagsentscheidung festhalten wollen – im Nachprüfungsverfahren den Rügen der Antragstellerin besser entgegen zu können - liegt ebenfalls keine Verletzung der Dokumentationspflichten vor.

b)

Es liegt auch kein Ausschlussgrund gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV vor, weil die Vergabestelle nach ihrer Wertung in Bezug auf die Rügen der Antragstellerin weitere Auskünfte einholte und die Vorlage der Urkalkulation forderte. Wie bereits oben unter 2 a) ausgeführt, ist die Wertungsentscheidung, die die Vergabestelle mit Bieterinformationsschreiben vom 02.11.2021 mitgeteilt hat, nachvollziehbar und ausreichend dokumentiert. Soweit die Vergabestelle nach den Rügen der Antragstellerin weitere Unterlagen nachforderte und den Sachverhalt weiter aufklärte, kann sich die Antragstellerin nicht darauf berufen, dass das Angebot des Beigeladenen nicht die geforderten Unterlagen enthielt. Das eingereichte Angebot des Beigeladenen war zum Zeitpunkt der Wertung vollständig.

c)

Es liegt auch kein Ausschlussgrund gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV vor, weil der Beigeladene die Urkalkulation nicht bereits bis zum 21.10.2021 bei der Vergabestelle einreichte. Wie bereits oben ausgeführt, hat die Vergabestelle mit E-Mail vom 18.10.2021 auf die Vorlage der Urkalkulation nach einem vorausgegangenem Telefonat verzichtet. Somit scheidet ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV schon aus diesem Grund aus.

Zudem legte die Vergabestelle unter Ziffer 18 der Bewerbungsbedingungen fest, dass die Vorlage der Urkalkulation innerhalb von 7 Tagen nach Aufforderung zu erfolgen habe. Somit beachtete die Vergabestelle die von ihr festgelegte Frist nicht. Aus Gründen der Rechtsklarheit setzt eine - entgegen der Vergabeunterlagen zu kurz angesetzte Frist - auch nicht eine angemessene Frist in Gang (siehe dazu auch OLG Celle, Beschluss vom 14.12.2015, 13 Verg 9 / 15).

d)

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle davon ausgeht, dass der Beigeladene den Betrieb der Anlage in Rxxx bis zum 01.01.2023 aufnehmen wird, und deshalb die Eignung des Beigeladenen für gegeben erachtet. Auch nach der Rüge der Antragstellerin durfte die Vergabestelle weiterhin von der Eignung des Beigeladenen ausgehen. Eine zwingende Vorlage des Genehmigungsbescheides war nach dem eindeutigen Wortlaut der Auftragsbekanntmachung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht verlangt. Vielmehr muss zum Vertragsbeginn eine rechtlich zulässige Verwertungsmöglichkeit bestehen. Die Vergabestelle wusste, dass die Anlage in Rxxx bereits existent ist und in einer baugleichen Anlage in Pxxx bereits Bioabfälle vergoren werden. Die Anlage muss nur geringfügig baulich verändert werden. Die Verfahrensvorschriften im Bundesimmissionsschutzgesetz und den dazugehörigen Verordnungen schließen es nicht aus, dass ab dem 01.01.2023 die Bioabfälle der Vergabestelle entsprechend der Leistungsbeschreibung vergoren werden können. Auch nachdem die Vergabestelle im Hinblick auf die Rüge der Antragstellerin die Genehmigungslage beim Beigeladenen hinterfragte, bewegt sich die Vergabestelle innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes, wenn sie weiterhin davon ausgeht, dass der Beigeladene rechtzeitig die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Verwertung der Bioabfälle in Rxxx sorgen wird.

e)

Auch nach den Recherchen der Vergabekammer besitzt der Beigeladene bereits eine Zertifizierung nach der EfbV für die Anlage in Rxxx. Diese Zertifizierung umfasst das Lagern, Behandeln und Verwerten von Bioabfall. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin umfasst die schon jetzt vorhandene Zertifizierung alle relevanten Abfallschlüsselnummern gem. der Anlage zu § 2 AVV. Soweit die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 13.01.2022 den Abfallschlüssel 20 03 01 04 zitiert, muss festgestellt werden, dass ein solcher Abfallschlüssel gar nicht existiert. Die Abfallschlüssel sind max. sechsstellig. Biologisch abbaubare Küchen- und Kantinenabfälle haben gem. Anlage zu § 2 AVV die Schlüsselnummer 20 01 08. Zudem umfasst die bestehende Zertifizierung die Abfallschlüssel 20 01 25 (Speiseöle und- fette), 20 02 01 (biologisch abbaubare Abfälle) und 20 03 02 (Marktabfälle) Die Änderung, die der

Beigeladene anstrebt, ist in Bezug zur vorhandenen Zertifizierung nicht wesentlich und kann im Rahmen der jährlichen Überprüfung der Zertifizierung angepasst werden, weil keine neue abfallwirtschaftliche Tätigkeit erfolgen. Somit ist dieser Einwand der Antragstellerin unzutreffend.

Zudem muss eine Zertifizierung erst zum 01.12.2022 vorliegen. Weiterhin ist die Zertifizierung nach der EfbV nicht in der Auftragsbekanntmachung als Eignungskriterium aufgeführt. Ein Ausschluss des Angebotes des Beigeladenen mangels Eignung wäre schon aus diesem Grund nicht zulässig.

f)

Unzutreffend ist auch die Behauptung der Antragstellerin, dass der Beigeladene einen Unterauftragnehmer einsetzen würde, weil die Anlage sich nicht im Eigentum des Beigeladenen befinde. Vertragsgegenstand ist die Verwertung der Bioabfälle, also eine Dienstleistung. Diese wird ausschließlich durch den Beigeladenen erbracht. Die Trennung von Besitz- und Betriebsgesellschaft, die beide Töchter des sind, lassen keine Anhaltspunkte zu, dass der Beigeladene die vom ihm geschuldete Dienstleistung nicht selbst erbringen wird. Das Privatunternehmen, das die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz benennt, ist nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beigeladenen bereits 2011 ausgeschieden.

g)

Die Übernahmestelle des Beigeladenen liegt unwidersprochen innerhalb eines Radius von 50 km und erfüllt damit die vorgegebenen Mindestanforderungen. Eine Streckenentfernung nach Google Maps ist nicht maßgeblich.

h)

Der Preisabstand zwischen dem Angebot der Antragstellerin und dem Angebot des Beigeladenen liegt unterhalb der Aufgreifschwelle von 20 %. Zudem liegt selbst das Angebot des Beigeladenen noch über der Auftragswertschätzung der Vergabestelle. Die Vergabestelle hat zudem bereits im Oktober 2021 und nach der Rüge der Antragstellerin die Auskömmlichkeit geprüft. Später hat die Vergabestelle anhand der Urkalkulation des Beigeladenen auch die Kosten der Störstoffentsorgung nachvollzogen. Ein Verstoß gegen § 60 VgV ist somit nicht erkennbar. Obwohl die Aufgreifschwelle nicht erreicht wurde, hat die Vergabestelle nachvollziehbar und ausreichend geprüft, ob das Angebot des Beigeladenen unangemessen niedrig sein könnte und den Angebotspreis nach entsprechender Prüfung für auskömmlich erachtet.

i)

Die Vergabekammer kann nicht erkennen, dass die Vergabestelle die beiden Bieter unterschiedlich behandelt hat und eine Vorfestlegung auf das Angebot des Beigeladenen erfolgt ist. Die Vergabestelle hätte eine Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb bereits mit der Angebotsabgabe verlangen können. Die Antragstellerin ist derzeit nicht als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziert und im Vergabevermerk wurden explizit Überlegungen angestellt, dass eine Zertifizierung erst zum 01.12.2022 verlangt wird, um auch der Antragstellerin die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Schon allein dieser Umstand spricht dafür, dass die Vergabestelle das Vergabeverfahren neutral durchgeführt hat. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot ist nicht erkennbar. Das Angebot des Beigeladenen wurde korrekt gewertet. Dagegen hätte das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen werden müssen (siehe dazu unten Ziff. j)

Ebenso liegt keine Antragsbefugnis vor, soweit die Antragstellerin sich auf einen Verstoß gem. § 5 VgV beruft. Ob überhaupt eine Verletzung von § 5 VgV vorliegt, wenn die Vergabestelle nach der Angebotsabgabe im Rahmen der Preisauflärung den Abstand zwischen dem Zuschlagsdestinatär und dem preislich zweitbesten Bieter offenlegt, kann dahinstehen. Selbst wenn ein Verstoß gegen die Vertraulichkeitspflichten vorliegen würde, müsste die Verletzung einen Schaden auslösen. Ein solcher wurde von der Antragstellerin nicht vorgebracht, noch ist dieser ersichtlich. Im Gegenteil: würde das Vergabeverfahren zurückversetzt, würde die Wiederholung der Angebotsabgabe möglicherweise die neuerlichen Angebote beeinflussen, weil die Bieter nun den Angebotspreis des Konkurrenten kennen.

j)

Im Übrigen ist die Kammer der Auffassung, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV zwingend auszuschließen ist. Unter III.1.2 bb) der Auftragsbekanntmachung (Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) legte die Vergabestelle fest, dass der Bieter/die Bietergemeinschaft über einen angemessenen Versicherungsschutz im Sinne einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme für Personen- und Sachschäden i.H. v. 3 Mio. € sowie Vermögensschäden i.H. v. 500.000 € je Schadensfall oder pauschal 3,5 Mio. € für alle Schadensfälle verfügen bzw. eine Anpassung der Versicherung auf diese Höhe beabsichtigen müsse.

Mit dem Angebot reichte die Antragstellerin inhaltsgleiche Bestätigungsschreiben (unter Angabe der jeweiligen Versicherungsnummer) eines Assekuranzmaklers ein. Darin wird bestätigt, dass für die Vergärungsanlage bzw. die Kompostanlage eine Berufshaftpflicht-/Betriebshaftpflicht besteht und „Personen-, Sach- und Vermögensschäden mit 3.000.000 Euro abgedeckt seien. Der Vertrag bestehe bis 01.04.2022 und verlängere sich ungekündigt jährlich weiter. Insoweit hat die Antragstellerin Bescheinigungen vorgelegt, die zwar

körperlich vorliegen, aber inhaltlich unzureichend sind. Eine Nachforderungspflicht gem. § 56 Abs. 2 VgV besteht aber nur für fehlende Unterlagen. Eine inhaltliche Nachbesserung ist nicht zulässig. Die Versicherungssumme für alle Schadensfälle hätte pauschal bei 3,5 Mio. € liegen müssen und nicht nur bei 3 Mio. €, wie die Antragstellerin dies angeboten hat. Auf die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 14.08.2019, 15 Verg 10/19, wird Bezug genommen.

Die Antragstellerin ist deshalb nicht in ihren Rechten verletzt. Der Antrag auf Nachprüfung war daher abzulehnen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

b)

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Vergabestelle und dem Beigeladenen ergibt sich aus § 182 Abs. 4 GWB.

c)

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Vergabestelle notwendig (§ 182 Abs. 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Vergabestelle nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Auch die Antragstellerin war gleichermaßen rechtsanwaltlich vertreten.

d)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der Antragstellerin und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von xx.xxx,-- €.

e)

Der von der Antragstellerin geleistete Kostenvorschuss von 2.500,-- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Die Antragstellerin erhält über den Differenzbetrag eine Kostenrechnung i.H.v. x.xxx,-- €.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....