

Melden Sie sich **jetzt** an unter www.ibr-online.de, um **sämtliche Entscheidungen im Volltext** lesen zu können.

ibr-online ist **DIE Datenbank** für das gesamte **Bau-, Architekten- und Immobilienrecht** und ein unverzichtbares Arbeitsmittel für alle Baubeteiligten.

Mit ibr-online haben Sie außerdem **jederzeit und überall** Zugriff auf über 39.000 IBR-Beiträge nach dem 1-Seiten-Prinzip, über 125.306 Entscheidungen im Volltext, zahlreiche Kommentare, Musterschreiben und vieles mehr.

**Hier
30 Tage
kostenfrei
testen**

OLG Koblenz

Beschluss

vom 12.10.2020

Verg 8/20

GWB §§ 121, 173

ohne amtlichen Leitsatz

OLG Koblenz, Beschluss vom 12.10.2020 - Verg 8/20

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

wegen der Vergabe des Auftrags "*Übernahme und Verwertung von Bioabfall aus der Stadt ...[Z]*"

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz ... am 12. Oktober 2020

beschlossen:

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 11. September 2020 gerichteten sofortigen Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner hat die Übernahme, gegebenenfalls den Nachtransport und die Verwertung von jährlich voraussichtlich 4.600 Mg Bioabfällen für die Zeit vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2024 - mit der Option einer zweimaligen Verlängerung um jeweils ein Jahr - europaweit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die entsprechende Auftragsbekanntmachung wurde am ... im ...[A] veröffentlicht. Der Submissionstermin war für den 25. August 2020 und die Erteilung des Zuschlags für Mitte September 2020 vorgesehen.

Bestandteil der Vergabeunterlagen ist unter anderem der Entwurf eines Vertrages "zur Übernahme und Verwertung von Bioabfall aus der Stadt ...[Z]".

In dessen § 4 Abs. 1 Ziff. 1.1 ist Bioabfall wie folgt definiert:

"Unter Bioabfall sind vergärbare und kompostierbare organische Hausabfälle, Garten- und Grünabfälle wie sie über die Behältersammlung mittels Bioabfallbehältern anfallen, zu verstehen. Die Leistungen beziehen sich somit auf die Abfälle der Abfallschlüsselnummern 20 02 01 (Abfallbezeichnung: biologisch abbaubare Abfälle) und 20 03 01 (Abfallbezeichnung: gemischte Siedlungsabfälle; hier: getrennt erfasste Bioabfälle, Biotonne aus Haushaltungen) gemäß der Verordnung über das Europäische Abfallverzeichnis (Abfallverzeichnis-Verordnung - AVV) vom 10. Dez. 2001, BGBl. Teil I, S. 3379, zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2644). Fehlwürfe durch die Benutzer des Erfassungssystems können ebenfalls in der Bioabfall-Fraktion enthalten sein."

Die "Allgemeinen Vorgaben zum Leistungsgegenstand" (§ 4 Abs. 2 Ziff. 2.1 des Vertragsentwurfs) lauten unter anderem wie folgt:

"Leistungsgegenstand ist die Übernahme, ggf. der Nachtransport und die Verwertung der vertragsgegenständlichen Bioabfälle.

Folgende Leistungen sind vom AN durchzuführen:

[...]

Notwendige Vorbereitungsmaßnahmen zur Verwertung sowie vollständige und ordnungsgemäße Verwertung der vertragsgegenständlichen Bioabfälle inkl. ordnungsgemäße Beseitigung von Störstoffen.

Der AG übernimmt keine Garantie für die genaue Abfallzusammensetzung. Vielmehr ist Leistungsgegenstand die Verwertung der Bioabfälle aus der haushaltsnahen behältergestützten Erfassung so wie sie anfallen. Der AN muss die Zusammensetzung aus eigener Fachkunde einschätzen.

Tatsächliche Abweichungen von der Einschätzung des AN berechtigen nicht zu einer Preisanpassung.

In der Anlage 4 sind die Ergebnisse einer aktuellen Sortieranalyse enthalten. Diese Angaben sind rein informatorischer Art und begründen keine Ansprüche des AN bei Abweichungen der

tatsächlichen Anteile des Bioabfalls gegenüber den Werten der Sortieranalyse."

Weiter heißt es in § 4 Abs. 5 des Entwurfs unter anderem:

"Nach Übernahme der Bioabfälle hat der AN die Bioabfälle einer ordnungsgemäßen und rückstandslosen Verwertung bzw. Entsorgung zuzuführen.

Der AN hat sodann die ordnungsgemäße Verwertung der Bioabfälle durchzuführen, wobei die Leistungspflichten bzw. die von ihm zu erbringenden Teilleistungen an dieser Stelle noch einmal konkretisiert werden:

[...]

Der AN hat durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass der ihm vom AG übergebene Bioabfall den vertraglichen Spezifikationen entspricht und zum Einsatz in der/den bedingten Anlage/n geeignet ist um dort insbesondere nicht zu Schäden an der Anlagentechnik führen kann. Der AN haftet daher ausschließlich gegenüber dem Betreiber der/den Anlage/n wegen dort entstehender Schäden aufgrund von Störstoffen im durch den AN übernommenen Bioabfall. Von etwaigen Ansprüchen des Betreibers der Anlage/n stellt der AN den AG auf erstes Anfordern frei.

Will sich der AN darauf berufen, dass der übernommene Bioabfall vertragswidrige Störstoffe enthält, die dazu führen, dass die entsprechende Charge auch bei Anwendung einer dem Stand der Technik entsprechenden Vorbehandlung nicht in der/den vom AN bedienten Anlage/n entsorgt werden kann, so hat er dies dem AG unverzüglich schriftlich oder in Textform unter Beifügung der maßgeblichen Informationen (Zeitpunkt der Übernahme, Zeitpunkt des Abladens bei der Anlage, usw.) und einer Bilddokumentation anzuzeigen. Die Angaben des AN müssen prüffähig sein. Eine Verletzung dieser unverzüglichen Anzeigepflicht führt zum Ausschluss sämtlicher Ansprüche des AN gegen den AG wegen vermeintlich enthaltener Störstoffe. Der Nachweis, dass in dem vom AG übernommenen Bioabfall Störstoffe enthalten sind, obliegt dem AN. Wie mit der betroffenen Charge umzugehen ist, regeln die Vertragspartner einvernehmlich im Einzelfall.

Übliche Fehlwürfe der Benutzer des Bioabfalleffassungssystems stellen keine vertragswidrigen Störstoffe dar. Unter dem Begriff "übliche Fehlwürfe" sind insbesondere nicht biogene Bestandteile zu verstehen, die typischerweise als Fehlwürfe auftreten wie zum Bsp. Folientüten aus Kunststoff, sonstige Kunststoff- und Verbundverpackungen, Dosen und Büchsen aus Metall, Flaschen, Gläser, Blumentöpfe aus Kunststoff oder Keramik, Windeln.

Unter nicht üblichen Fehlwürfen sind insbesondere nicht biogene Bestandteile zu verstehen, die keine typischen Fehlwürfe darstellen, weil sie etwa in bewusster Missbrauchsabsicht in die Bioabfallsammelbehälter gelangen und einer ordnungsgemäßen Verwertung der gesamten Charge entgegenstehen, weil sie auch nach einer dem Stand der Technik entsprechenden Störstoffentfrachtung nicht ausgesondert werden können. Als Beispiel mögen nicht biogene Bestandteile dienen, die die biogenen Bestandteile der Charge derart nachteilig beeinflussen, dass diese nicht mehr ordnungsgemäß verwertet werden können."

§ 5 Abs. 2 des Vertragsentwurfs lautet zudem:

"Der AN verpflichtet sich, sämtliche notwendigen Maßnahmen durchzuführen, um die in diesem Vertrag beschriebenen Leistungspflichten zu erfüllen. Er hat zur Sicherstellung seiner Leistungserbringung die notwendigen technischen Voraussetzungen zu treffen, um eine den anerkannten Regeln der Technik entsprechende, insbesondere staubfreie, auslaufsichere, lärm- und geruchsreduzierte und umweltschonende Leistungserbringung zu gewährleisten. Er hat in eigener

Verantwortung die zur Vertragserfüllung gegebenenfalls erforderlichen Spezialmaschinen anzuschaffen oder bereitzustellen."

Die Antragstellerin hat bis heute kein Angebot abgegeben. Stattdessen teilte sie dem Antragsgegner unter dem 29. Juni 2020 schriftlich ihre Absicht mit, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen. Mit demselben Schreiben rügte sie zudem unter anderem die Störstoffregelungen im Vertragsentwurf, die aus ihrer Sicht keine ordnungsgemäßen kaufmännischen Kalkulationen zulassen. Die Antragstellerin forderte den Antragsgegner auf, für die Störstoffanteile eine Obergrenze von maximal 2 % vorzugeben.

Nachdem der Antragsgegner mit Schreiben vom 6. Juli 2020 der Antragstellerin gegenüber erklärt hatte, den Rügen nicht abzuweichen, stellte die Antragstellerin nach nochmaligem Rügeschreiben vom 14. Juli 2020 und erneuter Nichtabhilfemitteilung des Antragsgegners vom 16. Juli 2020 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer. Der Antrag wurde am 21. Juli 2020 an den Antragsgegner übermittelt.

Die Antragstellerin hat unter anderem die Auffassung vertreten,

die Störstoffregelungen des Vertragsentwurfs, der Bestandteil der Vergabeunterlagen sei, entsprächen nicht den Anforderungen des § 121 GWB.

Die Leistungsbeschreibung enthalte nämlich Anforderungen, die unmöglich zu erfüllen seien. Mit der Regelung in § 4 des Vertragsentwurfs, wonach "*übliche Fehlwürfe*" der Benutzer des Bioabfallerfassungssystems keine vertragswidrigen Störstoffe darstellten, setze sich der Antragsgegner in Widerspruch zur Abfallwirtschaftssatzung der Stadt ...[Z] und in Widerspruch zu den Regelungen der Bioabfallverordnung. Das in der Satzung niedergelegt Verbot der Vermischung von Bioabfällen mit Störstoffen könne nicht durch eine Regelung in einem zivilrechtlichen Vertrag legalisiert werden. Es gebe auch keine geeigneten Maßnahmen, durch die sich Störstoffe wie "*Windeln*" im Rahmen einer Vorbehandlung aus dem Bioabfall beseitigen ließen. Es fehle daher an einer erschöpfenden Leistungsbeschreibung mit der Folge, dass für etwaige Bieter die Risiken aus der Störstoffregelung nicht kalkulierbar seien. Auftraggeberseitig sei daher eine Mengenbeschränkung der Störstoffe im Inputmaterial Bioabfall unabdingbar. Zudem sei im Falle der Überschreitung der zulässigen Menge an Störstoffen eine angemessene Entgeltanpassung erforderlich. Der Auftragnehmer habe nach dem aktuellen Stand der Ausschreibungsunterlagen keine Möglichkeit, hochgradig verunreinigte Bioabfälle zurückweisen zu können.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Antragsgegner zu verpflichten, die Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu ändern und das Vergabeverfahren auf den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten,

er als Auftraggeber sei nicht verpflichtet, eine Obergrenze für den Störstoffgehalt festzulegen. Die

Regelung sei nicht widersprüchlich, weil es nicht möglich sei, störstofffreien Bioabfall zu erhalten. Das Ziel des Gesetz- und Satzungsgebers sei lediglich, eine möglichst störstofffreie Bioabfallqualität zu erreichen. Die Leistungsbeschreibung sei insgesamt erschöpfend, denn er habe diejenigen Informationen erteilt, über die er verfüge, indem er die Ergebnisse einer Analyse des Bioabfalls in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht habe. Den Bietern sei damit der Störstoffgehalt der Bioabfallfraktion bekannt und sie könnten ihre Angebotspreise kalkulieren. Es sei auch sehr wohl möglich, durch eine entsprechende Vor- und oder Nachbehandlungstechnik die Störstoffe weitestgehend aus dem Bioabfall auszuschließen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 11. September 2020 zurückgewiesen.

Zur Begründung hat sie - soweit hier von Relevanz - im Wesentlichen ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil die Antragstellerin durch die beanstandeten Regelungen der Vergabeunterlagen nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sei.

Der Antragsgegner setze sich mit der Vorgabe, dass "*übliche Fehlwürfe*" der Benutzer keine vertragswidrigen Störstoffe darstellten, auch nicht in Widerspruch zur Bioabfallverordnung oder zur Abfallwirtschaftssatzung der Stadt ...[Z]. Es sei allgemein bekannt, dass es keinen störstofffreien Bioabfall gebe. Die Deklaration bestimmter Störstoffe als "*nicht vertragswidrig*" betreffe erkennbar lediglich die Frage der Risikoverteilung. Bei solchen Störstoffen bestehe nicht die Möglichkeit, Chargen zurückzuweisen und eine zusätzliche Kostenbeteiligung des Auftraggebers zu erreichen, was bedeute, dass eine schlechte Verwertungsqualität in den Risikobereich des Bieters falle. Er müsse entsprechende Risikozuschläge kalkulieren. Mit der Definition von "*vertragswidrigen*" und "*nicht vertragswidrigen*" Störstoffen legalisiere der Antragsgegner die Verschmutzung von Bioabfall mit Störstoffen nicht, sondern handele im Rahmen seiner zivilrechtlichen Vertragsfreiheit.

Auch eine Verletzung von § 121 GWB, der den Auftraggeber zu einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verpflichte, sei insoweit nicht feststellbar. Die Kosten für die Entsorgung des Störstoffanteils, den der Antragsgegner als "*nicht vertragswidrig*" deklariert habe, seien in den Angebotspreis einzurechnen. Die Antragstellerin sei in der Lage, den Störstoffanteil verlässlich abzuschätzen und in die Kalkulation mit einzupreisen. So verfüge die Antragstellerin zum einen über jahrzehntelange Erfahrungen in der Bioabfallbranche. Zum anderen seien ihr mit den Vergabeunterlagen über die Anlage 4 die Ergebnisse der Bioabfallanalyse in der Stadt ...[Z] für die 1. und 2. Sortierkampagne im Zeitraum 2019/2020 zur Verfügung gestellt worden. Diese wiesen konkrete Anteile von Fremdstoffen insgesamt sowie darüber hinaus die Anteile von Fremdstoffen der einzelnen Kategorien "*BAW-Beutel*", "*verpackte Lebensmittel*" sowie "*Kunststoffe, Glas, Metalle, Sonstiges*" aus.

Gegen diese ihr am 15. September 2020 zugestellte Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 29. September 2020 bei dem erkennenden Oberlandesgericht eingegangenen sofortigen Beschwerde.

Mit dieser hat sie einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 GWB verbunden.

Die Antragstellerin macht insoweit geltend,

die Auffassung der Vergabekammer, dass die Leistungsbeschreibung in Bezug auf die Regelungen zum Störstoffgehalt vergaberechtlich beanstandungsfrei sei, könne nicht gefolgt werden. Denn die Vergabekammer habe nicht zwischen den betroffenen Abfallarten differenziert.

Bei der Verwertung des Bioabfalls bestünden nach der Abfallwirtschaftssatzung der Stadt ...[Z], die ausdrücklich ein Verbot der Vermischung der Bioabfälle mit Störstoffen vorsehe, sowie der bundesweit zu beachtenden Düngemittelverordnung und Bioabfallverordnung nämlich besondere Pflichten der Verwertungsunternehmen. Die entsprechenden gesetzlichen Regelungen hätten gleichermaßen das Ziel, im Rahmen der Verwertung schadstofffreie Produkte herstellen und vermarkten zu können. Eine bestmögliche Reduzierung der Störstoffpartikel in Komposten könne indes nur dann erreicht werden kann, wenn die Störstoffe im Bioabfall auf ein Mindestmaß begrenzt würden. In den einschlägigen Fachgremien werde insoweit die Auffassung vertreten, dass bereits Störstoffgehalte von mehr als einem Prozent im Bioabfall die Produktion eines gütegesicherten Kompostes nicht mehr zulassen würden. Vor diesem Hintergrund könne nicht davon ausgegangen werden, dass die vorliegende Leistungsbeschreibung durch das Leistungsbestimmungsrecht des Antragsgegners gedeckt sei.

Das Leistungsbestimmungsrecht habe nämlich dort seine Grenzen, wo es gegen gesetzliche Bestimmungen verstoße. Auch spezialgesetzliche Bestimmungen wie die Bioabfallverordnung und die Düngemittelverordnung könnten deshalb die Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers begrenzen. Beide Regelwerke sähen indes Obergrenzen für Störstoffe in Bioabfällen vor. Mit dem Kunstgriff über "*übliche Fehlwürfe*" sollten aus Störstoffen, die nach den maßgeblichen abfallrechtlichen Vorschriften wegen ihres Plastikanteils nicht mit Bioabfällen vermischt werden dürften, keine "*vertragswidrigen Störstoffe*" werden. Damit werde das in den abfallrechtlichen Vorschriften niedergelegte Verbot der Vermischung für Bioabfälle mit Störstoffen über die Leistungsbeschreibung ad absurdum geführt.

Es sei vielmehr die Aufgabe des Auftraggebers, dafür zu sorgen, dass er dem Auftragnehmer Bioabfälle übergebe, die auch der Verwertung zugeführt werden könnten. Sollte der Auftraggeber dazu nicht in der Lage sein, müsse er etwaige Vorbehandlungsmaßnahmen zum Gegenstand der Ausschreibung machen, sodass die Bieter in die Lage versetzt würden, die zur Vertragserfüllung geforderten Leistungen auch kalkulieren zu können.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Entscheidung der Vergabekammer, VK 1 - 23/20 aufzuheben;
2. dem Antragsgegner aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats zu ändern;
3. gemäß § 173 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde abzulehnen;
2. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung,

die Frage, ob die Antragstellerin als Fachunternehmen die Entsorgung der betreffenden

Abfallfraktion hinreichend kalkulieren könne, habe die Vergabekammer zutreffend bejaht. Dies gelte im Streitfall umso mehr, als die Vergabeunterlagen die Ergebnisse einer aktuellen Sortieranalyse enthielten, sodass die Zusammensetzung der vertragsgegenständlichen Bioabfall-Fraktion sogar bekannt gewesen sei.

Es mache auch keinen Unterschied, dass es für das Produkt der Bioabfallverwertung, den Kompost, Obergrenzen für Störstoffe bei der Ausbringung gebe. Denn die Herstellung eines Komposts, der den entsprechenden gesetzlichen Anforderungen genügt, sei gerade eine vertragliche Pflicht.

Die vertraglichen Regelungen zum Umgang mit Störstoffen verstießen auch nicht gegen abfallrechtliche Vorschriften. Sie dienten, wie die Vergabekammer zur Recht festgestellt habe, ausschließlich der Risikoverteilung für Störstoffe, die unweigerlich immer im Bioabfall enthalten sein würden. Es könne daher auch keine Rede davon sein, dass er - der Antragsgegner - durch die Gestaltung von Vergabeunterlagen Störstoffe bewusst dem Bioabfall zuführe. Auch die von der Antragstellerin eingeforderte Obergrenze für den Störstoffanteil hätte keinerlei Einfluss auf die Qualität des Bioabfalls.

Ergänzend wird auf den gesamten Inhalt der Akten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der dort vorgelegten Vergabeakten sowie auf die vorliegenden Gerichtsakten im Übrigen Bezug genommen.

II.

Der auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde über den in § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB bestimmten Zeitraum hinaus gerichtete Antrag der Antragstellerin ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig. In der Sache hat er aber keinen Erfolg.

Gemäß § 173 Abs. 2 GWB ist ein Antrag wie der vorliegend zu bescheidende abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2020 - **15 Verg 1/20**; OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019 - **Verg 5/19**; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. Mai 2018 - **11 Verg 5/18**; Beschluss vom 24. August 2017 - **11 Verg 12/17**).

Dabei sind die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde vorrangig zu berücksichtigen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2019 - **Verg 51/16**; Beschluss vom 3. August 2018 - **Verg 30/18**; Beschluss vom 9. April 2014 - **VII Verg 8/14**; OLG München, Beschluss vom 19. März 2019 - **Verg 3/19**; OLG Rostock, Beschluss vom 21. Januar 2019 - **17 Verg 8/18**; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. August 2017 - **54 Verg 3/17**; OLG Celle, Beschluss vom 8. Juli 2016 - **13 Verg 2/16**; OLG Hamburg, Beschluss vom 2. Oktober 2012 - **1 Verg 2/12**, m.w.N.; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 173 GWB, Rdnr. 41 f.; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 173 GWB, Rdnr. 53; MünchKomm-Wilke, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 54; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 23; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173, Rdnr. 24, m.w.N.). Wenn nämlich die Beschwerde ohnehin nicht zum Erfolg führen kann, kann das Interesse des Beschwerdeführers an der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung von vornherein die Interessen der Vergabestelle bzw. der Allgemeinheit nicht überwiegen (vgl. OLG Schleswig, a.a.O.;

Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O.; Burgi/Dreher-Vavra, a.a.O.).

Danach kann dem Verlängerungsantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben werden. Das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Verfahrens über die Auftragsvergabe sowie das Interesse der Antragsgegnerin, das Vergabeverfahren zügig fortzuführen und so eine kontinuierliche Übernahme sowie Verwertung des Bioabfalls aus der Stadt ...[Z] zu sichern, überwiegt das Interesse der Antragstellerin, das von ihr eingeleitete Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung abzuschließen. Denn die sofortige Beschwerde hat bei der gebotenen und im Verfahren nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB allein möglichen summarischen Prüfung (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2020 - **15 Verg 1/20**; OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019 - **Verg 5/19**; OLG München, Beschluss vom 30. Juli 2018 - **Verg 05/18**; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. Mai 2018 - **11 Verg 5/18**; Beschluss vom 24. August 2017 - **11 Verg 12/17**; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rdnr. 28) auf der Grundlage der bis zum heutigen Tage eingegangenen Schriftsätze keine Aussicht auf Erfolg. Zudem ist auch im Übrigen kein Grund ersichtlich, dem Antragsgegner weiterhin den Abschluss des Vergabeverfahrens durch Erteilung des Zuschlags zu versagen.

Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin die Störstoffregelungen des ausgeschriebenen Vertrags(-entwurfs) als Verstoß gegen abfall- und düngemittelrechtliche Vorschriften. Die entsprechenden Vorgaben beeinträchtigen die Antragstellerin nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB.

Grundsätzlich darf der öffentliche Auftraggeber entscheiden, ob und was beschafft werden soll (Beschaffungsautonomie). Das Vergaberecht regelt demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung, das "Wie". Das Bestimmungsrecht betrifft die Art, Menge und Qualität der Leistung sowie die Regelung des Vergütungsmodells. Die Bestimmung des Auftragsgegenstandes muss lediglich sachlich gerechtfertigt sein und es müssen dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe vorliegen. Die Festlegung muss zudem willkür- und diskriminierungsfrei erfolgen. Voraussetzung dafür ist eine zutreffende und vollständige Sachverhaltsermittlung; es dürfen keine sachwidrigen Erwägungen eingeflossen sein und alle zu berücksichtigenden Gesichtspunkte müssen angemessen und vertretbar gewichtet worden sein (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 21. Juli 2020 - **11 Verg 9/19**; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012 - **VII Verg 10/12**, m.w.N.; BeckOK Gabriel/Mertens/Prieß/Stein-Stein/Wolf, Vergaberecht, 17. Edition, Stand: 30. April 2020, § 121, Rdnr. 7 ff., m.w.N.; Burgi-Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 12, Rdnr. 4 ff., m.w.N.).

So liegt der Fall hier. Denn auch wenn die durch Satzung vom 23. Oktober 2019 zuletzt geänderte Abfallwirtschaftssatzung des Antragsgegners vom 4. Februar 2009 (§ 4 Abs. 8), die Düngemittelverordnung (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 c)) und die Bioabfallverordnung (§ 4 Abs. 4 Satz 1) an Bioabfälle allgemein, an zulässigerweise zur Behandlung zu verwendende Bioabfälle sowie an das Produkt dieser Behandlung gewisse Anforderungen bezüglich des Maximalgehalts bestimmter Störstoffe gestellt werden, ändert dies nichts an dem Umstand, dass der hier auftragsgegenständliche (Bio-)Abfall diesen Anforderungen - insbesondere aufgrund unbeabsichtigter Fehlwürfe - regelmäßig nicht gerecht werden wird.

Mit dieser Realität müssen die Partner des abzuschließenden Vertrags umgehen. Das Risiko einer - von der Antragsgegnerin nicht zu vertretenden - unzureichenden Qualität des antragsgegnerseits eingesammelten Bioabfalls bedarf deshalb gerade einer entsprechenden vertraglichen Regelung wie der hier in Rede stehenden. Mit den entsprechenden Störstoffregelungen und der insoweit eindeutigen Definition von vertragsgemäßen einerseits sowie nicht (mehr) vertragsgemäßen Bioabfällen andererseits wird die Antragsgegnerin gerade dem in § 121 Abs. 1 GWB normierten Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gerecht.

Die antragsgegnerseits vorgegebenen Modalitäten der ausgeschriebenen Leistungen verstoßen auch weder gegen § 4 Abs. 1 Nr. 4 c) der Düngemittelverordnung noch gegen § 4 Abs. 4 Satz 1 der Bioabfallverordnung. Denn die dort normierten Anforderungen an zu verwertende Bioabfälle können - hierauf weist die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung selbst zu Recht hin ("*Sollte der Auftraggeber dazu nicht in der Lage sein, müsste er etwaige Vorbehandlungsmaßnahmen zum Gegenstand der Ausschreibung machen, [...]*") - durch entsprechende Vorbehandlungsmaßnahmen gewahrt werden. Diese nicht selbst vorzunehmen, sondern vielmehr durch den Auftragnehmer durchführen zu lassen, steht dem Antragsgegner aufgrund seiner Beschaffungsautonomie indes - dies stellt auch die Antragstellerin ausdrücklich nicht in Zweifel - frei. Zu diesem Zwecke sind die erforderlichen Vorbehandlungsmaßnahmen zum Gegenstand der Ausschreibung zu machen.

Nichts anderes hat der Antragsgegner mit den vorliegend antragstellerseits beanstandeten Regelungen getan. Dementsprechend ist auch in § 4 Abs. 2 Ziff. 2.1 des in den Vergabeunterlagen enthaltenen Vertragsentwurfs ausdrücklich geregelt, dass zum Umfang der auftragnehmerseits geschuldeten Leistungen unter anderem "*Notwendige Vorbereitungsmaßnahmen zur Verwertung [...] der vertragsgegenständlichen Bioabfälle inkl. ordnungsgemäße Beseitigung von Störstoffen*" zählen.

Der Auftragnehmer wird nach alledem also gerade nicht gezwungen, bei der von ihm zu erbringenden Leistung gegen gesetzliche Bestimmungen zu verstoßen. Ganz im Gegenteil wird von ihm als Bestandteil der vertragsgemäßen Leistung erwartet, dafür zu sorgen, dass die gesetzlichen Bestimmungen zur ordnungsgemäßen Verwertung der ihm antragsgegnerseits überlassenen Bioabfälle eingehalten werden. Die Herstellung eines Komposts, der den entsprechenden gesetzlichen Anforderungen genügt, ist gerade eine vertragliche Pflicht, was im Übrigen auch nicht zuletzt § 4 Abs. 5 des hier maßgeblichen Vertragsentwurfs eindeutig entnommen werden kann.

Nach alledem liegt es in der Natur der Sache, dass nicht jeder Bioabfall, der nicht den oben genannten gesetzlichen Bestimmungen entspricht, als vertragswidrig eingestuft werden muss. Denn die Herstellung eines den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Bioabfalls beziehungsweise Kompostes ist ja gerade (auch) Gegenstand des Vertrages und von dem Auftragnehmer erst zu leisten.

Die Antragstellerin ist auch in der Lage, den Störstoffanteil verlässlich abzuschätzen und in einer etwaigen Kalkulation mit einzupreisen. Diesbezüglich nimmt der Senat - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die entsprechenden Ausführungen der Vergabekammer in den Gründen der angefochtenen Entscheidung (dort II. Ziffern 11. bis 13.) Bezug. Diesen ist aus Sicht des Beschwerdegerichts insoweit nichts hinzuzufügen.

Soweit die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer darüber hinaus auch die Regelungen der Vergabeunterlagen zur Übergabestelle beanstandet hat, verfolgt sie ihre Rügen im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr weiter. Das Beschwerdevorbringen verhält sich hierzu nicht; eine entsprechende Beanstandung der angefochtenen Entscheidung fehlt insoweit. Die in diesem Zusammenhang gemachten - und nach vorläufiger Bewertung seitens des Senats wohl auch nicht zu beanstandenden - Ausführungen der Vergabekammer unterliegen mithin auch nicht der Überprüfung des Senats im vorliegenden Beschwerdeverfahren (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 12. Januar 2010 - **Verg W 5/09**; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 8. Februar 2005 - **11 Verg 24/04**; OLG Schleswig, Beschluss vom 13. Februar 2001 - **6 Verg 1/01**; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § **178** GWB, Rdnr. 9 ff.; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § **172** GWB, Rdnr. 14 f.; MünchKomm-Gröning, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § **178** GWB, Rdnr. 10; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 178, Rdnr. 7).

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Kosten des Verfahrens nach § **173** Abs. 1 Satz 3

GWB stellen Kosten des Beschwerdeverfahrens dar, über die (erst) mit der Hauptsacheentscheidung zu befinden ist (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 21. Juli 2017 - **17 Verg 3/17**; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20. Januar 2016 - **11 Verg 8/15** -, **BeckRS 2016, 5259**, Rdnr. 5; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § **173** GWB, Rdnr. 59; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § **173** GWB, Rdnr. 33, m.w.N.; MünchKomm-Wilke, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § **173** GWB, Rdnr. 66, m.w.N.; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173, Rdnr. 34, m.w.N.).

.....

Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz am 10. Dezember 2020

beschlossen:

Das Nachprüfungsverfahren ist durch Zuschlag erledigt. Der Beschluss der 1. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 11. September 2020 ist wirkungslos.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) sowie die dort zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners hat ebenfalls die Antragstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer war nicht notwendig.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... Euro festgesetzt.

Gründe:

Durch übereinstimmende Erledigungserklärungen der Verfahrensbeteiligten ist das Vergabenachprüfungsverfahren beendet und die Entscheidung der Vergabekammer wirkungslos geworden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Januar 2019 - **Verg 30/18**). Es ist gemäß §§ **175** Abs. 2, **78** GWB, **91a** Abs. 1 Satz 1 ZPO nur noch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie gemäß § **182** Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten zu befinden (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2020 eine ausdrückliche Erledigungserklärung abgegeben. Der Antragsgegner hatte schon mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2020 die Auffassung vertreten, das Nachprüfungsverfahren habe sich durch Zuschlagserteilung erledigt, und die Feststellung der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens beantragt. Damit hatte er bereits vorweggenommen sein Einverständnis mit einer eventuellen Erledigungserklärung der

Antragstellerin erklärt (vgl. insoweit auch Musielak/Voit-Flockenhaus, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 91a, Rdnr. 49 und Rdnr. 12, m.w.N.; MünchKomm-Schulz, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 91a, Rdnr. 101).

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist gemäß §§ **175** Abs. 2, **78** GWB, **91a** Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu befinden. Dabei genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Kann in diesem Rahmen der voraussichtliche Ausgang des Verfahrens mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden, kommt ihm maßgebende Bedeutung zu (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, Beschluss vom 23. Januar 2013 - **X ZB 8/11**; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Januar 2019 - **Verg 30/18**).

Danach entspricht es der Billigkeit, dass die Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt. Denn die Erledigung und das erledigende Ereignis hinweggedacht, wäre sie mit ihrer sofortigen Beschwerde aller Voraussicht nach unterlegen. Auf den Beschluss des Senats vom 12. Oktober 2020, mit dem der auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde über den in § **173** Abs. 1 Satz 2 GWB bestimmten Zeitraum hinaus gerichtete Antrag der Antragstellerin abgelehnt worden ist, wird diesbezüglich - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - Bezug genommen.

Die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 - einschließlich der insoweit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten - stellen Kosten des Beschwerdeverfahrens dar (vgl. (OLG Celle, Beschluss vom 8. Juli 2016 - **13 Verg 2/16**; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Mai 2016 - **1 Verg 1/16**; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Januar 2016 - **11 Verg 8/15**; OLG München, Beschluss vom 6. November 2006 - **Verg 17/06** -, **BeckRS 2006, 13073**; OLG Schleswig, Beschluss vom 11. August 2006 - **1 Verg 1/06** -, **BeckRS 2006, 9504**; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § **173** GWB, Rdnr. 9; MünchKomm-Wilke, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § **173** GWB, Rdnr. 66; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § **173** GWB, Rdnr. 34, m.w.N.). Eine gesonderte Entscheidung über die Kosten des Verfahrens nach § **173** Abs. 1 Satz 3 GWB ist mithin nicht veranlasst.

Über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten ist gemäß § **182** Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB ebenfalls nach billigem Ermessen zu befinden. Insoweit gilt derselbe Prüfungsmaßstab wie im Rahmen des § **78** GWB (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Düsseldorf, a.a.O., Rdnr. 48).

Danach entspricht es auch der Billigkeit, dass die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners trägt. Insoweit wird - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - ergänzend auf die oben zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens gemachten Ausführungen Bezug genommen.

Weiter ist auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer antragsgegnerseits nicht notwendig war. Dies folgt aus gemäß § **182** Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. §§ 1 Abs. 1 LVwVfG Rh.-Pf., 19 Abs. 2 AGVwGO Rh.-Pf..

Ob die Kosten eines Rechtsanwalts als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendige Kosten erstattungsfähig sind, ist vorliegend nach § **182** Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. §§ 1 Abs. 1 LVwVfG Rh.-Pf., 19 Abs. 2 AGVwGO Rh.-Pf. zu entscheiden. Danach sind Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten in der Kostenentscheidung für notwendig erklärt wird, wenn sie also notwendig war (vgl. Senat, Beschluss

vom 26. August 2020 - **Verg 5/20**; Beschluss vom 16. Januar 2017 - **Verg 5/16**).

Notwendig in diesem Sinne ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes dann, wenn sie von dem Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte (vgl. Senat, a.a.O., Rdnr. 31; OLG Frankfurt am Main, **ZfBR 2018, 198**, 199; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § **182** GWB, Rdnr. 53, m.w.N.). Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Beteiligte im konkreten Fall auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (vgl. Senat, a.a.o.; BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - **X ZB 14/06**; Senat, Beschluss vom 16. Januar 2017 - **Verg 5/16**).

Über die Notwendigkeit für den öffentlichen Auftraggeber, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden.

Dabei ist - regelmäßig für den Zeitpunkt der Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten - danach zu fragen, ob sich das Nachprüfungsverfahren auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen nebst den zugehörigen Vergabevorschriften konzentriert hat. In einem solchen Fall ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts durch den öffentlichen Auftraggeber im Allgemeinen nicht erforderlich. Denn in seinem originären Aufgabenbereich muss er sich die für ein Nachprüfungsverfahren notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse grundsätzlich selbst verschaffen; er kann dies nicht auf einen Rechtsanwalt abwälzen.

Umgekehrt kann die Beteiligung eines Rechtsanwalts dann notwendig sein, wenn sich im Nachprüfungsverfahren darüber hinaus nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, insbesondere verfahrensrechtlicher oder solcher Art stellen, die auf einer höheren Rechtsebene als jener der Vergabeordnungen zu entscheiden sind (vgl. zu allem Vorstehenden Senat, a.a.O., Rdnr. 32; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Januar 2019 - **Verg 9/18**; OLG Frankfurt am Main, a.a.O.).

Danach war die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten antragsgegnerseits nicht notwendig. Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren waren - hierauf hat bereits die Vergabekammer zu Recht hingewiesen - ausschließlich Fragen der Ausgestaltung von Vergabeunterlagen verfahrensgegenständlich. Diese - ausschließlich auftragsbezogenen - Sach- und Rechtsfragen nebst den zugehörigen Vergabevorschriften waren für den Antragsgegner bereits bei der Entscheidung über den Inhalt der Leistungsbeschreibung im Zuge der Konzeption des Vergabeverfahrens und damit schon vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens von erheblicher Relevanz und daher zu bedenken sowie zu prüfen.

Entscheidungserheblich waren zudem ausschließlich Vorschriften des nationalen Rechts.

Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus § 50 Abs. 2 GKG. Sie fußt - mangels eines antragstellerseits abgegebenen Angebots und damit auch einer Angebotssumme (vgl. insoweit BGH, NZBau 2014, 453, 453, Rdnr. 7) - auf dem in der Auftragsbekanntmachung vom ... angegebenen geschätzten Gesamtwert des Auftrags von ... Euro "*ohne MwSt.*" (vgl. insoweit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2016 - **VII-Verg 12/16**; OLG Brandenburg, Beschluss vom 7. April 2009 - **Verg W 14/08**; OLG Rostock, Beschluss vom 28. Januar 2005 - 17 Verg 9/044). Ausgehend hiervon errechnet sich der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wie folgt:

... Euro netto x 1,19 = ... Euro brutto

davon 5 %: ... Euro

Der Streitwert des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB entspricht ohne Weiteres demjenigen des Beschwerdeverfahrens. Dies folgt bereits unmittelbar aus dem Gesetz, namentlich aus § 50 Abs. 2 GKG.

Denn dort heißt es ausdrücklich: "*Im Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer [...] einschließlich des Verfahrens über den Antrag nach [...] § 173 Absatz 1 Satz 3 [...] des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beträgt der Streitwert 5 Prozent der Bruttoauftragssumme*" (Hervorhebung durch den Senat). Eine gesonderte Festsetzung des Streitwerts insoweit ist mithin nicht veranlasst.

.....