

OLG Frankfurt

Beschluss

vom 01.10.2020

11 Verg 9/20

GWB § 122 Abs. 1; VgV §§ 53, 57

1. Ist nach den Ausschreibungsbedingungen die Möglichkeit eröffnet, bei einem längerfristigen Auftrag zur Sammlung unterschiedlicher Abfallfraktionen, bestimmte Kostenbestandteile mit variablen Kosten zu kalkulieren, kann das Angebot eines Bieters, in dem sämtliche Kostenbestandteile für den gesamten Vertragszeitraum mit Festkosten kalkuliert worden sind, nur dann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn sich aus den Ausschreibungsbedingungen aus objektiver Sicht eines verständigen Bieters zwingend ergibt, dass die Vergabestelle eine Kalkulation mit variablen Preisanteilen verlangt hat. *)

2. Sofern die Vergabestelle die Bewerbung sog. "Newcomer" in den Ausschreibungsbedingungen dadurch ermöglichen will, dass anstelle einschlägiger Referenzen weitergehende Angaben zur Eignung und Fachkunde gemacht und entsprechende geeignete Unterlagen vorgelegt werden können, hilfsweise sich die Fachkunde und Leistungsfähigkeit aus anderen unternehmensbezogenen Angaben ergeben kann, so ist die Vergabestelle berechtigt, sich aufgrund einer großen Vielzahl einzelner Aufträge und ggf. stichprobenhafter Referenzabfragen von der Eignung des Bieters zu überzeugen. *)

OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.10.2020 - 11 Verg 9/20

vorhergehend:

VK Hessen, 01.07.2020 - 69d-VK-2-32/2020

Tenor

- 1) Auf die sofortige Beschwerde der Beigeladenen wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 1.7.2020, Az. 69d-VK-2-32/2020, abgeändert und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen.
- 2) Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen, unter Einschluss der außergerichtlichen Kosten des Antragsgegners.
- 3) Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.
- 4) Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen, unter Einschluss der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.
- 5) Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 1.050.000,- € festgesetzt.

Gründe

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 17.3.2020 schrieb der Antragsgegner im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Ausschreibungsnummer ... die Sammlung und den Transport verschiedener Abfallfraktionen im X-Kreis in zwei Losen im offenen Verfahren aus.

Der jeweilige Vertrag soll am 1.1.2021 beginnen und zum 31.12.2024 enden. Optional ist eine zweimalige Verlängerung um jeweils zwei Jahre durch einseitige Erklärung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer möglich. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit war unter Ziff. III 1.3. der Auftragsbekanntmachung u.a. gefordert:

Angabe von mindestens zwei Referenzen über die für die angebotene besondere Leistungsart, die Gegenstand der Vergabe ist (zeitgleiche Sammlung und Transport von mindestens zwei verschiedenen Abfallfraktionen im jeweiligen Sammelgebiet), wesentlichen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren erbrachten Leistungen des Auftragnehmers, 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV. Sofern der Bieter (noch) nicht über hinreichende Referenzen im Bereich der abfallwirtschaftlichen Leistungen verfügt ("Newcomer"), kann er weitere Angaben machen, warum er sein Unternehmen für ausreichend fachkundig und leistungsfähig für die Erbringung der abgefragten Leistungen hält. Hierzu muss er weitere geeignete Unterlagen, Bescheinigungen etc. einreichen. In jedem Fall sind die für die Durchführung des Auftrags verantwortlichen Personen zu benennen. Diese müssen über persönliche Referenzen in den letzten 3 Jahren verfügen, die sich auf vergleichbare Leistungen beziehen und geeignet sind, die Referenzen des Bieters zu ergänzen oder zu ersetzen. Hierauf kann nur verzichtet werden, wenn sich die Fachkunde aus anderen unternehmensbezogenen Angaben zur Fachkunde und Leistungsfähigkeit in vergleichbarer Weise ergibt.

In den Bewerbungsbedingungen enthielt der Abschnitt "Preise" unter Ziff. 7.7.3 folgende Regelung:

"Ferner ist im Angebotsschreiben die der Preisanpassung nach § 18 der Besonderen Vertragsbedingungen zu Grunde zu legende prozentuale Gewichtung der einzelnen Kostenbestandteile anzugeben. Die prozentuale Gewichtung muss die Kostenbestandteile sämtlicher Entgelte des jeweiligen Loses umfassen. Die Indizes für die Kostenbestandteile werden vorgegeben. Der im Angebot bezifferte Fixkostenanteil bleibt während der gesamten Vertragslaufzeit gleich.

Die vom Bieter anzugebende prozentuale Gewichtung muss der tatsächlichen Gewichtung entsprechen. Die Summe der anzugebenden Zahlenwerte muss dabei einschließlich des Fixkostenanteils 100 % ergeben. Der Fixkostenanteil muss mindestens 30 % betragen.

Für die Anpassung der Kostenbestandteile werden die vom statistischen Bundesamt amtlich festgestellten Veränderungen ... herangezogen.

Kostenbestandteile und Indizes für beide Lose sind:

(...)"

§ 18 der Besonderen Vertragsbedingungen lautet:

"18.1 Beide Vertragsparteien können nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen eine Anpassung des in § 17 genannten Entgelts verlangen.

18.2 Verändern sich während der Vertragslaufzeit die wirtschaftlichen Verhältnisse, kann die Anpassung der Entgelte nur verlangt werden, wenn sich die Indices, die für die im Angebot angegebenen Kostenbestandteile angegeben wurden, so verändern, dass sich die Entgelte insgesamt um mehr als 5 % seit dem 1.1.2021 bzw. seit der letzten Anpassung erhöhen oder verringern.

Die im Angebot genannten Kostenbestandteile sind:

- Fixkosten
- Personalkosten
- Dieselmotorkraftstoffkosten
- Technische Kosten Lkw"

An der Ausschreibung beteiligten sich unter anderem die Antragstellerin und die Beigeladene, eine Bietergemeinschaft. Beide gaben ein Angebot für Los 1 ab. Die Beigeladene hat in ihrem Angebot im Rahmen der oben angeführten Tabelle zu § 18 der Besonderen Vertragsbedingungen unter der Rubrik "Fixkosten" 100 % eingetragen und bei den drei anderen Kostengruppen jeweils 0.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 25.5.2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag für das Los 1 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen (Bl. 88 der Akten des Vergabekammerverfahrens, VKA).

Mit Schreiben vom 27.5.2020 rügte die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebots sowie die vorgesehene Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen (Bl. 92 VKA). Nach ihren Recherchen verfüge die Beigeladene nicht über die geforderten Referenzen und sei deshalb auszuschließen. Weiter sei zu vermuten, dass die beabsichtigte Beauftragung der Beigeladenen gegen § 60 VgV verstoße (Unterkostenangebot). Weiter sei davon auszugehen, dass die Beigeladene entgegen der Vorgaben zu Ziffer 7.7.3 der Bewerbungsbedingungen einen realitätsfernen Anteil an Fixkosten im Angebot angegeben habe. Der Antragsgegner wies die Rügen mit Schreiben vom 29.5.2020 zurück.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 2.6.2020 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Die Vergabekammer hat mit Verfügung vom 18.5.2020 dem Antragsgegner aufgegeben, anhand der Urkalkulation der Beigeladenen zu prüfen, ob die von ihr im Angebot angegebene prozentuale Gewichtung der tatsächlichen Gewichtung entspreche (Bl. 220 VKA). Der Antragsgegner hat der Vergabekammer das Protokoll der Öffnung der Urkalkulation sowie den hierzu gefertigten Prüfvermerk vorgelegt.

Die Vergabekammer hat sodann mit dem angefochtenen Beschluss dem Antragsgegner untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und ihn verpflichtet, bei fortbestehender Vergabeabsicht das Vergabeverfahren unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen vom 17.4.2020 fortzusetzen. Sie hat weiterhin angeordnet, dass der Antragsgegner und die Beigeladene die für das Verfahren vor der Vergabekammer festgesetzte Gebühr je zur Hälfte sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin als Gesamtschuldner zu tragen haben.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Die Antragstellerin sei gem. § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt; sie habe auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB Genüge getan.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, weil das Angebot der Beigeladenen gem. §§ 57 Abs. 1 Nr. 4, 53 Abs. 7 Satz 1 VgV zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen sei. Die Prüfung der Urkalkulation habe ergeben, dass eine Abweichung zwischen der tatsächlichen und der angegebenen Gewichtung der Kostenbestandteile im Angebot bestehe. Dies ergebe sich aus dem Öffnungsprotokoll und den Prüfergebnissen. Die Beigeladene hätte den Fixkostenanteil lediglich dann im Angebot mit 100 % angeben dürfen, wenn sie ihrer Angebotskalkulation ausschließlich unveränderliche Kostenbestandteile zugrunde gelegt hätte und dies in ihrer Urkalkulation entsprechend dokumentiert hätte. Dies sei kaum denkbar. Damit habe die Beigeladene die Angebotsunterlagen geändert, was zwingend den Ausschluss ihres Angebots nach sich ziehe.

Gegen diesen ihr am 06.07.2020 zugestellten Beschluss hat die Beigeladene am 20.7.2020 sofortige Beschwerde eingelegt.

Sie rügt eine fehlerhafte und unvollständige Tatsachenermittlung durch die Vergabekammer. Diese habe es unterlassen, selbst Einsicht in die Urkalkulation der Beigeladenen zu nehmen und habe aus dem Protokoll über die Eröffnung in Verbindung mit den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen die falschen Schlüsse gezogen. Tatsächlich habe die Beigeladenen überhaupt keine veränderlichen Kostenbestandteile kalkuliert. In der - der Beschwerdeschrift für den Senat beigefügten - Urkalkulation habe die Beigeladene für jede der 7 Abfallfraktionen ihre Kalkulationen jeweils in die vier in den Ausschreibungsbedingungen genannten Kostenblöcke (Fixkosten sonstige, Personalkosten, Dieselmotorkraftstoffkosten, Technische Kosten LKW) zusammengeführt. Dabei finde sich hinter jedem der Kostenblöcke der Vermerk: "Anteil Fix: 100 %". Sie habe die Kostenblöcke "Personalkosten", "Dieselmotorkraftstoffkosten" und "Technische Kosten LKW" nicht als "veränderlich" kalkuliert, sondern als Kosten über die gesamte Vertragslaufzeit.

Nach den Vergabeunterlagen sei es keineswegs zwingend gewesen, neben den "Fixkosten" die weiteren Kostenpositionen variabel anzugeben; es stehe vielmehr in der Kalkulationsfreiheit des Bieters, welche Kosten er fix und welche er variabel angebe. Die Beigeladene habe die gesamten Kosten als Fixkosten kalkuliert und deshalb bei den drei potentiell variablen Kostenblöcken jeweils 0 % angegeben.

Im Übrigen wendet sich die Beigeladene gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer. Sie sei an den Verfahrenskosten vor der Vergabekammer nicht zu beteiligen, weil sie dort ausdrücklich erklärt habe, keine Anträge zu stellen. Sie habe lediglich zwei kurze Schriftsätze von 2,5 bzw. 1 Seite eingereicht sowie auf ausdrückliche Aufforderung durch die Vorsitzende auf rund 6 Seiten eine Stellungnahme zu einem Schriftsatz der Antragstellerin abgegeben. Eine Arbeitsmehrbelastung der Vergabekammer, die es rechtfertige, der Beigeladenen die Hälfte der Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen, habe sich hieraus nicht ergeben.

Die Beigeladene beantragt,

1) unter Abänderung des Beschlusses der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 1.7.2020, Az. 69d-VK2-32/2020, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, dem Antragsgegner zu untersagen, in dem Vergabeverfahren "Sammlung und Transport verschiedener Abfallfraktionen im X-Kreis ab 1.1.2021", EU-Bekanntmachung ..., Los 1, einen Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft A, bestehend aus B GmbH und C GmbH zu erteilen, zurückzuweisen;

2) hilfsweise, den Beschluss der Vergabekammer zu Ziffer 3 dahin abzuändern, dass die Beigeladene an den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer nicht zu beteiligen ist.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 1.7.2020, Az. 69d-VK2-32/2020, zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss.

Die Beigeladene sei zwingend auszuschließen, weil sie von den Vorgaben des Antragsgegners abgewichen sei. Die Auslegung der Vergabeunterlagen aus der Sicht eines verständigen Bieters führe zu dem eindeutigen Ergebnis, dass es den Bietern nicht freigestanden habe, Kosten nach Belieben variabel oder fix anzugeben. Die kalkulierten Kosten hätten den vom Antragsgegner vorgegebenen Kostenbestandteilen zugeordnet und anschließend im Verhältnis zu ihrem Anteil an den angebotenen Entgelten gewichtet werden müssen. Auch die Beigeladene habe in ihrem Angebot Personalkosten, Dieselmotorkraftstoffkosten und Technische Kosten LKW kalkulieren müssen. Deshalb habe sie diese auch den entsprechenden Kostenblöcken zuordnen müssen.

Die Vereinbarung von Preisvorbehalten bzw. Preisanpassungsklauseln sei nur unter den Bestimmungen des Preisklauselgesetzes zulässig. Deshalb müsse die im Angebot genannte Gewichtung der Kostenbestandteile der tatsächlichen Gewichtung entsprechen.

Im Übrigen macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der Beigeladenen auch gem. §§ 57 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 VgV mangels Eignung auszuschließen sei, weil die Beigeladene nicht über die geforderten Referenzen verfüge.

Nach durch den Senat gewährter erweiterter Akteneinsicht in die insoweit relevanten Teile des Abschlussberichts des Antragsgegners über die Prüfung der Angebote trägt sie insoweit vor, entgegen der Darstellung des Antragsgegners erfüllten weder die dort aufgeführten Referenzen zu 1)-3) noch die Referenz 15 die vom Antragsgegner in der Vergabebekanntmachung gestellten Anforderungen an den Nachweis der fachlichen und technischen Eignung (zeitgleiche Sammlung und den Transport von mindestens zwei verschiedenen Abfallfraktionen im jeweiligen Sammelgebiet).

Die Referenzen zu 1)-3) bezögen sich jeweils nur auf eine Abfallfraktion. Die Referenz 15, die sich auf eine Vielzahl von Einzelleistungen beziehe, genüge weder in formeller noch in materieller Hinsicht den Anforderungen. Wie die Beigeladene im Termin bestätigt habe, handele es sich dabei um solche Aufträge, die im Auftrag gewerblicher Abfallbesitzer außerhalb kommunaler Überlassungspflichten durchgeführt worden seien. Gehe es um Sammlung und Transport von Abfällen im Auftrag eines öffentlichen rechtlichen Versorgungsträgers, kämen von vorneherein nur die Ausführung kommunaler Aufträge als Referenzen in Betracht. Die vorliegend im Zuschlagsfalle durchzuführenden Leistungen seien insbesondere im Hinblick auf den Umfang und die technischen Anforderungen komplex. Es sei ausgeschlossen, dass die in Anlage 15 ausgewiesenen Aufträge hiermit vergleichbar seien.

Auch die Voraussetzungen eines alternativen Nachweises der beruflichen und fachlichen Leistungsfähigkeit seien nicht erfüllt. Hierfür sei jedenfalls die Benennung der für die Durchführung verantwortlichen Personen erforderlich gewesen, die zwingend über persönliche Referenzen aus den letzten 3 Jahren hätten verfügen müssen. Dem Abschlussbericht sei nicht zu entnehmen, dass derartige persönliche Referenzen vorgelegt worden seien; danach sei vielmehr eine inhaltliche Prüfung der Referenz des für die B GmbH (im Folgenden: B) benannten verantwortlichen Mitarbeiters nicht möglich gewesen, während für den von der C GmbH (im Folgenden: C) benannten verantwortlichen Mitarbeiter keinerlei persönliche Referenz benannt worden sei. Aus dem Abschlussbericht ergebe sich auch nicht, dass die Beigeladene andere ihre Leistungsfähigkeit und Fachkunde belegende unternehmensbezogene Angaben gemacht habe. Wenn der Antragsgegner gleichwohl die Eignung der Beklagten angenommen habe, habe er damit seinen Beurteilungsspielraum überschritten.

Auch seien offensichtlich keine Auftraggeberbestätigungen eingeholt worden, obwohl gem. Ziffer 1.7.10.2 (11) der Bewerbungsbedingungen die Annahme der vergaberechtlichen Eignung u.a. von dem Nachweis von Auftraggeberbestätigungen abhängig gemacht worden sei. Dies verstoße gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung.

Der Antragsgegner hat im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt.

II.

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

1) Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin hat die Vergabekammer mit zutreffender Begründung bejaht. Hiergegen hat auch die Beigeladene keine Einwände erhoben.

2) Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet. Das Angebot der Beigeladenen ist weder wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen (unten a) noch wegen fehlender Eignung der Beigeladenen (unten b) nach § 57 Abs. 1 VgV von der Wertung auszuschließen.

a) Nach §§ 57 Abs. 1 Nr. 4, 53 Abs. 7 VgV sind Angebote auszuschließen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind. Dies ist hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen nicht der Fall.

aa) Entgegen der Auffassung der Vergabekammer besteht keine Abweichung zwischen der tatsächlichen und der angegebenen Gewichtung im Angebot der Beigeladenen. Die Beigeladene hat ausweislich ihrer Urkalkulation - wie sich auch aus dem der Vergabekammer vorgelegten Protokoll der Öffnung der Urkalkulation (Bl. 266 ff VKA) ergibt - für alle Teilbereiche und alle Kostengruppen den Anteil von Fixkosten mit 100% angenommen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass sie tatsächlich, wie die Vergabekammer annimmt, mit veränderlichen Kostenbestandteilen kalkuliert hätte.

Soweit die Vergabekammer meint, es sei "kaum denkbar", dass die Beigeladene ihrer Angebotskalkulation unveränderliche Kostenbestandteile zugrunde gelegt hätte, ist zwar zutreffend, dass ein solches Fixangebot für eine Vertragslaufzeit von bis zu 8 Jahren (4 + Option von 2 x 2 Jahren) auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheint. Allerdings hat der Antragsgegner diesen Punkt im Vergabeverfahren bereits aufgeklärt und mit Schreiben vom 7.5.2020 bei der Beigeladenen nachgefragt, ob das Verständnis richtig sei, "dass Sie Ihre Preise für die gesamte Vertragslaufzeit (einschließlich des sich gegebenenfalls anschließenden Optionszeitraums) als Festpreis anbieten." (Bl. 944 f. der Akten des Vergabeverfahrens, VA). Diese Frage hat die Beigeladene mit Antwortschreiben vom gleichen Tag ausdrücklich bejaht (Bl. 950 VA). In zwei Schriftsätzen an die Vergabekammer vom 24.6.2020 und 30.6.2020 (Bl. 229 und 337 VKA) hat die Beigeladene dies auch weiter erläutert: Hinsichtlich des Dieselmotorkraftstoffes schwanke der Preis stets erheblich in beide Richtungen; hier lägen der Preisangabe erfahrungsbasierte Durchschnittspreise zu Grunde. Auch für den Instandhaltungsaufwand für Fahrzeuge gebe es Erfahrungswerte auf der Grundlage langjähriger Erfahrungen, auf deren Basis plausible Annahmen für durchschnittliche Instandhaltungskosten gebildet werden könnten. Hinsichtlich der Personalkosten werde der Aufwand zunächst auf Basis der Daten der Ausschreibung kalkuliert; innerhalb der Vertragslaufzeit ergäben sich regelmäßig Optimierungen, Synergien und Einsparpotenziale, die auch bei individuell steigenden Löhnen die Lohnzuwächse durch Einsparungen ausglich.

bb) Eine Abweichung von den Vergabeunterlagen liegt auch nicht deshalb vor, weil dort - wie die Antragstellerin meint - zwingend variable Preisanteile gefordert worden wären.

Ob das Angebot eines Bieters von den Vertragsunterlagen abweicht und diese damit ändert, ist anhand der Leistungsbeschreibung einschließlich sämtlicher Anlagen durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Für die Auslegung der Vergabeunterlagen ist ein objektiver Maßstab anzulegen und auf den Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters, der mit der Leistung vertraut ist, abzustellen (Senat, Beschluss vom 12.7.2016, 11 Verg 9/16 -; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.4.2016, 15 Verg 1/16 - m.w.Nw.; vgl. auch BGH Urteil vom 20.11.2012, X ZR 108/10 -)

Ein Ausschluss nach §§ 57 Abs. 1 Nr. 4, 53 Abs. 7 VgV kommt nur dann in Betracht, wenn die Angaben in den Vergabeunterlagen, von denen das Angebot eines Bieters abweicht, eindeutig sind. Verstöße gegen interpretierbare oder missverständliche bzw. mehrdeutige Angaben rechtfertigen keinen Ausschluss (Senat, aaO. RdNr. 109 zur Rechtslage nach der VOB/A; OLG Karlsruhe, aaO RdNr.44; vgl. BGH, Urteil vom 03. April 2012, X ZR 130/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.6.2011, Verg 15/11).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich aus den Vergabeunterlagen nicht, dass hinsichtlich der genannten drei Kostenblöcke zwingend mit variablen Kosten zu kalkulieren war.

Der Wortlaut von Ziff. 7.7.3 der Bewerbungsbedingungen lässt ohne Weiteres die Auslegung zu, dass eine entsprechende Aufteilung nur dann erforderlich war, wenn der Bieter tatsächlich von der Möglichkeit von Preisanpassungen nach § 18 der Besonderen Vertragsbedingungen Gebrauch machen wollte. Denn die Aufteilung der drei variablen Kostenbestandteile ist für den Antragsgegner offensichtlich nur insoweit von Bedeutung, als auf diese Bestandteile unterschiedliche Preisgleitformeln zur Ermittlung des jeweiligen Erhöhungsbetrages angewandt werden. Soll jedoch während der Vertragslaufzeit keine Erhöhung stattfinden, erübrigt sich die Aufteilung in verschiedenen Kostenbestandteile. So hat auch der Antragsgegner in seinem Schriftsatz an die Vergabekammer vom 10.6.2020 (Bl. 121 ff VKA) dargelegt, dass er sich vor dem Hintergrund der bis zu achtjährigen Laufzeit dazu entschlossen habe, eine Preisanpassungsmöglichkeit zu eröffnen, wobei die Vorgaben des PrKG zu beachten seien (Bl. 136 ff VKA). Es obliege allerdings der Kalkulationshoheit des einzelnen Bieters, welche Kostenbestandteile er in welchem Verhältnis fix setze.

Der Einwand der Antragstellerin, das PreisklauselG erfordere eine zutreffende Gewichtung der Kostenbestandteile, ist unbehelflich, da der Anwendungsbereich dieses Gesetzes durch das Fixangebot der Beigeladenen mangels Preisanpassungsmöglichkeit nicht betroffen ist.

Soweit die Antragstellerin meint, das Angebot der Beigeladenen verstoße gegen die vom Antragsgegner beabsichtigte Wertung, weil damit die Prognose des Gesamtpreises entgegen den Vorgaben des Antragsgegners nicht ausschließlich auf der Grundlage der vorgegebenen Preisgleitklausel und der prognostizierten gesetzlichen Änderungen der relevanten Kostenbestandteile ermittelt werde, vermag auch dies nicht zu überzeugen. Eine absolute Vergleichbarkeit der Angebote in dem von der Antragstellerin vorgestellten Sinne wäre nur dann gegeben, wenn der Antragsgegner feste Vorgaben gemacht hätte, welche Prozentsätze auf welche Kostengruppen zu entfallen hatten. Dies ist jedoch schon deshalb ausgeschlossen, weil es jedem Bieter freistand, entsprechend seiner individuellen Kostenstruktur z.B. die Personalkosten mit 40, 50 oder 60 % zu kalkulieren. Dazu kommt, dass - worauf der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - bei einem vorgegebenen Fixkostenanteil von "mindestens 30%" (der also auch höher sein durfte) zwangsläufig auch ein gewisser Anteil von Personal-, Kraftstoff- und/oder LKW-Kosten in diesen Fixkostenanteil hineinzuziehen waren. Auch insoweit gab es keine Vorgaben des Auftraggebers, mit welchem Anteil welche Kostengruppe als fix angesetzt werden durfte/musste. Die gewünschte Prozentangabe diente offensichtlich nur dazu, für den Auftraggeber klarzustellen, in welchem Umfang er während der Vertragslaufzeit mit Preisänderungen entsprechend den für die jeweiligen Kostengruppen vorgesehenen Indizes zu rechnen hatte. Das von der Antragstellerin angesprochene Interesse des Antragsgegners, "eine wirtschaftliche, von mehr oder weniger willkürlichen Risikozuschläge befreite Kalkulation zu ermöglichen" wird durch ein reines Fixkostenangebot wesentlich leichter erreicht als durch Angebote mit variablen Preisbestandteilen.

Gegen das Verständnis der Beigeladenen, wonach auch ein reines Fixkostenangebot zulässig sei, spricht auch nicht der Umstand, dass nach § 18 Abs. 1 der Besonderen Vertragsbedingungen auch dem Auftraggeber je nach Entwicklung der für die variablen Kosten angegebenen Indices ein Preisanpassungsrecht nach unten zustehen sollte. Denn der Verlust der Chance einer Kostensenkung in der einen Richtung wird durch das fehlende Risiko einer Kostensteigerung in der anderen Richtung kompensiert. Im Übrigen erscheint es überaus unwahrscheinlich, dass es über die Vertragslaufzeit per Saldo zu Kostensenkungen kommen könnte. Es entspricht vielmehr der Lebenserfahrung, dass eine - allenfalls vorstellbare - Kostensenkung im Bereich Kraftstoffe jedenfalls durch Steigerungen im Bereich Personal wieder ausgeglichen würde. Dementsprechend hatte auch die Vergabekammer es als "kaum denkbar" angesehen, dass die Beigeladene für bis zu 8 Jahre auf die Möglichkeit von Preisanpassungen (zu ihren Gunsten) verzichten wollte. Dass der Auftraggeber bei variablen Kostenbestandteilen über die Vertragslaufzeit per Saldo mit Preiserhöhungen zu rechnen hatte, ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass bei der Bewertung der Angebote der Antragstellerin und des weiteren Bieters unter Zugrundelegung der in Ziff. 13.2 mitgeteilten Kalkulationsmethode, die seitens der Antragstellerin nicht beanstandet worden war, für jedes Vertragsjahr ein höheres Gesamtjahresentgelt prognostiziert wurde als für das vorangegangene, weil auch die Indizes für alle drei Kostenblöcke "aus den vergangenen durchschnittlichen jährlichen Änderungen und unter Prognose künftiger Entwicklungen" mit einem positiven Wert geschätzt worden waren.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Auslegung der Ausschreibungsbedingungen dahingehend, dass auch ein reines Fixkostenangebot zulässig ist, ohne Weiteres vertretbar. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt daher nicht vor.

b) Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht wegen fehlender Eignung auszuschließen.

Gemäß § 122 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmer zu vergeben. Welche Anforderungen an die Eignung gestellt werden, bestimmt der Auftraggeber durch entsprechende Vorgaben in der Ausschreibung. Dort legt er auch die Nachweise fest, anhand derer er die Prüfung vornehmen will. Der Vergabestelle kommt bei der Prüfung der Eignung eines Bieters grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen weitgehend entzogen ist. Das gilt namentlich für die Überprüfung von Referenzen und die Beurteilung von deren Vergleichbarkeit (Senat, Beschluss vom 8.4.2014, 11 Verg 1/14 -; OLG München, Beschluss vom 27.7.2018, Verg 2/18 -; Beschl. v. 12.11.2012, Verg 23/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.6.2010 - Verg 14/10). Die Überprüfung der Vergleichbarkeit ist darauf beschränkt, ob der der Eignungsprüfung zugrunde gelegte Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und bei der Eignungsprüfung berücksichtigt worden ist sowie allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten worden sind und sachwidrige Erwägungen dabei keine Rolle gespielt haben (Senat aaO; OLG Düsseldorf aaO.; Dittmann in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 57 RdNr. 120).

Die Bewertung des Antragsgegners, die Beigeladene als für den Auftrag geeignet anzusehen, hält sich innerhalb dieses Beurteilungsspielraums.

aa) Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bei Bietergemeinschaften nach Ziff. 7.8 der Bewerbungsbedingungen die Leistungsfähigkeit und Fachkunde für die Bietergemeinschaft insgesamt nachgewiesen werden muss, d.h. die vorgelegten Nachweise der einzelnen Mitglieder in der Summe bewertet werden. Danach besteht kein Raum für die Forderung der Antragstellerin, jedes Mitglied der Bietergemeinschaft müsse isoliert alle geforderten Nachweise vorlegen. Ob dies gefordert werden könnte, wenn die Beigeladene, wie die Antragstellerin spekuliert, beabsichtigte, das Sammelgebiet in zwei Bereiche aufzuteilen, in denen jeweils ein Mitglied alle Leistungen erbringen sollte, kann offenbleiben, da eine solche Vorgehensweise nach der Erläuterung der Beigeladenen vom 5.5.2020 nicht beabsichtigt ist.

bb) Allerdings rügt die Antragstellerin zurecht, dass die Beigeladene nicht über die unter Ziff. III 1.2. der Auftragsbekanntmachung primär geforderten zwei Referenzen über die angebotene besondere Leistungsart, die Gegenstand der Vergabe ist (zeitgleiche Sammlung und Transport von mindestens zwei verschiedenen Abfallfraktionen im jeweiligen Sammelgebiet) verfügt.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat die Vergabestelle allerdings die im Abschlussbericht als Nr. 1-3 aufgelisteten Referenzen zurecht als eine ausreichende Referenz gewertet. Diese drei Referenzen betreffen jeweils die Sammlung einer Abfallfraktion (Restabfall, Bioabfall und Sperrabfall) für denselben Auftraggeber im selben Zeitraum. Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bieters macht es keinen Unterschied, ob diese Sammlung von insgesamt drei Fraktionen aufgrund von drei rechtlich getrennten Aufträgen durchgeführt wurde, oder aufgrund eines einzigen. Auch insoweit müssen die Sammlungen der unterschiedlichen Fraktionen untereinander in gleicher Weise koordiniert werden, wie wenn sie aufgrund eines einheitlichen Vertragsverhältnisses erfolgen.

Bei allen anderen Referenzen handelt es sich entweder um die isolierte Sammlung nur einer Abfallfraktion (Referenzen 4-14, 16), oder aber - soweit ausweislich der erläuternden Auflistung zu Nr. 15 vom 30.4.2020 (Bl. 930 ff VA) mehrere Fraktionen betroffen waren - um Aufträge, deren Auftragsvolumen um ein Vielfaches hinter dem des ausgeschriebenen Auftragsgegenstand zurückblieben. Sie können daher nicht als zweite Referenz entsprechend dieser Anforderung angesehen werden.

bb) Allerdings hatte sich der Antragsgegner ausdrücklich vorbehalten, den Auftrag auch an sog. "Newcomer" zu vergeben, d.h. an Bieter, die (noch) nicht über hinreichende Referenzen im Bereich der abfallwirtschaftlichen Leistungen verfügen, unter der Voraussetzung, dass entweder die Vorlage persönlicher Referenzen der verantwortlichen Personen vorgelegt wurden, die sich auf vergleichbare Leistungen bezogen, oder dass sich die Fachkunde aus anderen unternehmensbezogenen Angaben zur Fachkunde und

Leistungsfähigkeit in vergleichbarer Weise ergab. Auf dieser Grundlage durfte der Antragsgegner die Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Beigeladenen bejahen.

(1) Dabei hat der Antragsgegner zurecht auch die von der Beigeladenen mit Schreiben vom 30.4.2020 nachgereichten Angaben und Unterlagen berücksichtigt.

Mit der Angebotsabgabe hatte nur das Mitglied der Beigeladenen B ihren Geschäftsführer als verantwortliche Person benannt und von ihm verantwortete Projekte aufgelistet. Mit Aufklärungsschreiben vom 28.4.2020 (Bl. 904 VA) hat der Antragsgegner u.a. um eine entsprechende Angabe hinsichtlich der Firma C gebeten, sowie um nähere Aufklärung hinsichtlich der Referenz Nr. 15, die in den Angebotsunterlagen nur wie folgt lautete: "Behältergestützte Erfassung von Abfällen aller Art von Privathaushalten, Gewerbe und Kommunen in den Landkreisen X-Kreis, Y-Kreis, Stadt1 und Umland". Diese Nachforderung fehlender (hinsichtlich der Angabe der verantwortlichen Person) bzw. unvollständiger (hinsichtlich der Referenzangaben) Unterlagen hält sich ohne Weiteres in dem von § 56 Abs. 3 VgV vorgegebenen Rahmen, wonach der öffentliche Auftraggeber Bieter unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern kann, fehlende oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren. Hierauf hat die Beigeladene mit Schreiben vom 30.4.2020 (Bl. 912 VA) als verantwortliche Person für ihr Mitglied C deren Geschäftsführer benannt und darauf hingewiesen, dass dieser seit 1986 in der Entsorgungsbranche tätig sei und das Unternehmen führe. Gleichzeitig hat sie als Ergänzung zu Referenz 15 eine Auflistung eingereicht von rund 40 Aufträgen über Entsorgungsdienstleistungen im Holsystem mit mehr als einer Abfallfraktion mit einem Umsatz von jeweils mehr als 10.000 Euro Umsatz pro Jahr für Landkreise, Städte und Gemeinden sowie Gewerbekunden, unter Angabe des jeweiligen Ansprechpartners (Bl. 930 ff VA).

Der Antragsgegner hat mit demselben Schreiben zulässigerweise (auch) Aufklärung hinsichtlich anderer Referenzen begehrt. Soweit sich die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Ausführungen S. 10 des Abschlussberichts darauf beruft, dass offensichtlich keine Auskünfte erteilt wurden, rechtfertigt dies keinen Ausschluss, da es insoweit nur um inhaltliche Aufklärung von vorhandenen und in sich vollständigen Unterlagen geht; zutreffend hat die Vergabestelle dies erst bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit berücksichtigt. In diesem Zusammenhang ist allerdings klarzustellen, dass die im Abschlussbericht wiedergegebenen Frage, "um welche Fraktionen es sich handelt", von der Beigeladenen mit Schreiben vom 30.4.2020 dahingehend beantwortet worden war, dass es sich bei den Referenzen mit der Angabe "(LVP)" um die behältergestützte haushaltnahe Erfassung von Leichtverpackungen (Verkaufsverpackungen aller Art mit Ausnahme von Glas und Papier, Pappe und Kartonagen) handele und bei den Referenzen mit der Angabe "(Altglas)" um die behältergestützte haushaltnahe Erfassung von Verkaufsverpackungen aus Glas. Lediglich die Frage, ob der Referenzauftrag die zeitgleiche Sammlung und Transport von mindestens zwei verschiedenen Abfallfraktionen umfasse, wurde nicht beantwortet, weshalb die Vergabestelle bei der Beurteilung auch unterstellte, dass dies nicht der Fall war.

(2) Im Hinblick darauf, dass die persönlichen Referenzen der beiden Geschäftsführer nicht über die Referenzen ihrer Gesellschaften hinausgehen, waren zwar auch diese noch nicht für eine Bejahung der Eignung ausreichend. Allerdings war der Antragsgegner aufgrund der Vorgaben in Ziff. III 1.2. letzter Halbsatz berechtigt, eine Gesamtschau auf der Grundlage aller vorgelegten Referenzen vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund durfte der Auftraggeber die Vielzahl der durchgeführten Sammelaufträge berücksichtigen, auch wenn diese jeweils nur Teilleistungen des gegenständlichen Auftrages umfassten, weil sie, wie oben dargelegt, entweder nur eine Abfallfraktion umfassten, oder vom Auftragsvolumen her nicht vergleichbar waren, oder - worauf die Antragstellerin hinweist - unter anderen rechtlichen Rahmenbedingungen stattfanden. Dabei durfte der Auftraggeber sowohl aufgrund eigener Erfahrung als Auftraggeber einiger dieser Aufträge als auch aufgrund stichprobenmäßig vorgenommener telefonischer Referenzabfragen davon ausgehen, dass diese Aufträge generell ordnungsgemäß ausgeführt wurden. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Antragsgegner auf S. 21 des Abschlussberichts die Anzahl der erfolgreich durchgeführten Sammelaufträge und die - allein schon für diese Anzahl erforderlichen - Koordinierungsleistung jedenfalls im Zusammenschau mit der den Anforderungen der Ziff. III 1.2. Satz 1 erfüllenden Referenz 1-3 als ausreichenden Nachweis der Leistungsfähigkeit betrachtet.

(3) Der Antragsgegner war entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht verpflichtet, Auftraggeberbescheinigungen hinsichtlich der angegebenen Referenzaufträge einzuholen.

Die Antragstellerin beruft sich insoweit auf Ziff. 7.10.2 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Bl. 56 VKA), wo es heißt:

Die nachfolgend genannten Nachweise, Angaben und Erklärungen sind von den Bietern erst auf gesonderte Aufforderung der Vergabestelle vorzulegen, können auf freiwilliger Basis aber bereits mit dem Angebot vorgelegt werden:

"...

11. Vorlage von Auftraggeberbestätigungen zu allen angegebenen Referenzen.

..."

Durch diese Bestimmung werden die Bieter darüber informiert, dass die dort genannten Unterlagen (noch) nicht mit dem Angebot eingereicht werden müssen, dass sich die Bieter aber auf eine entsprechende Nachforderung der Vergabestelle einzurichten haben. Der Auftraggeber erhält sich damit die Möglichkeit, eine derartige Bestätigung anzufordern (§ 48 Abs. 1 VgV). Die Einholung einer Auftraggeberbestätigung dient der Verifizierung der von dem Bieter vorgelegten Referenzen. Sie sind daher nur von Interesse, soweit das Angebot des entsprechenden Bieters tatsächlich für den Zuschlag in Betracht kommt.

Eine Verpflichtung des Antragsgegners zur Anforderung ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht. Da auch nach den gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich Eigenerklärungen der Bieter für ausreichend erachtet werden (vgl. § 48 Abs. 2 VgV), könnte sich die von der Antragstellerin angenommene Verpflichtung des Antragsgegners zur Einholung einer Auftraggeberbestätigung nur aus den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung ergeben. Diese wären jedoch vorliegend nur dann betroffen, wenn die Gefahr bestünde, dass der Auftrag an ein Unternehmen vergeben wird, dass die bekanntgemachten Eignungsvoraussetzungen nicht erfüllt, d.h. wenn eine sachgemäße Beurteilungsentscheidung es erfordert hätte, solche Bestätigungen einzuholen. Gerade im Hinblick auf die auch unionsgesetzlich gewollte Bedeutung der Eigenerklärung könnte dies nur angenommen werden, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Referenzen unrichtig sind. Da solche vorliegend nicht ersichtlich sind, lag es im Ermessen des Antragsgegners, ob er derartige Bestätigungen einholen wollte oder nicht. Es ist nicht zu beanstanden, dass er stattdessen lediglich einige telefonische Referenzabfragen tätigte. Dazu kommt, dass bei einer Reihe von Referenzen der Firma C (so die Nr. 11 und 14, sowie einige weitere unter Nr. 15 zusammengefassten Referenzen) der Antragsgegner selbst Auftraggeber ist.

Dem hilfsweise gestellten Antrag der Antragstellerin, dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, ohne die Beigeladene aufzufordern, Bestätigungen der jeweiligen Auftraggeber anzufordern und zu prüfen, war daher nicht zu entsprechen.

3) a) Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, unter Einschluss der Gerichtskosten (vgl. BGH, Beschluss vom 8.2.2011, **X ZB 4/10**), war nach den §§ 175 Abs. 2, 78 GWB nach Billigkeit zu entscheiden. Danach waren der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens unter Einschluss der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen als Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil sie im Beschwerdeverfahren unterlegen ist.

Für eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Antragsgegners im Beschwerdeverfahren bestand hingegen keine Veranlassung, da dieser sich am Beschwerdeverfahren nicht aktiv beteiligt hat, insbesondere keine Anträge gestellt hat und auch keine verfahrensfördernden Schriftsätze eingereicht hat.

b) Die Verfahrenskosten des Nachprüfungsverfahrens sind nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB von der Antragstellerin zu tragen.

Nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB sind der Antragstellerin auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners aufzuerlegen. Angesichts der Komplexität der vorliegend zu beurteilenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit § 57 Abs. 1 VgV war unter dem Gesichtspunkt der "Waffengleichheit" gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin die Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten für den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Die Aufwendungen der Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer sind von dieser selbst zu tragen. In Anbetracht dessen, dass sie in jenem Verfahren keine Anträge

gestellt hat und sie sich selbst - unter "umgekehrtem Vorzeichen" - im Beschwerdeverfahren unter Hinweis auf eine fehlende aktive Beteiligung ausdrücklich gegen eine Beteiligung an den Kosten des Vergabekammerverfahrens verahrt hat, entsprach es nicht der Billigkeit, diese Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen (§ 182 Abs. 4 Satz 2 GWB).

c) Der Wert des Beschwerdeverfahrens war gem. § 50 Abs. 2 GKG mit 5 % des Wertes des Angebotes der Antragstellerin anzusetzen, wobei der Wert mit der insgesamt vierjährigen Verlängerungsoption mit 50 % angesetzt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 18.3.2014, X ZB 12/13).