


---

Gericht: **OLG Frankfurt Vergabesenat**  
Entscheidungsdatum: **21.07.2020**  
Rechtskraft: **ja**  
Aktenzeichen: **11 Verg 9/19**  
ECLI: **ECLI:DE:OLGHE:2020:0721.11VERG9.19.00**  
Dokumenttyp: **Beschluss**

Quelle: 

Normen: **§ 97 GWB, § 6 KrWG, § 7 KrWG, § 8 KrWG**  
Zitiervorschlag: **OLG Frankfurt, Beschluss vom 21. Juli 2020 – 11 Verg 9/19 –, juris**

## **Entsorgung von PAK-haltigem Straßenaufbruch**

### **Leitsatz**

Die Grenze des Leistungsbestimmungsrechts für eine quotale Vorgabe der Entsorgungswege von PAK-haltigem Straßenaufbruch - hier 80 % thermische Verwertung, 20 % Deponiebau - bilden u.a. die zwingenden Vorgaben der KrWG. Die nach §§ 6 - 8 KrWG erforderliche komplexe Prüfung und Abwägung der unterschiedlichen Folgen und Ziele muss alle zentralen Aspekte, die für bzw. gegen die beabsichtigte Festlegung sprechen, gegenüberstellen und bewerten und die Konzeption des KrWG beachten. Eine Ökobilanz im Sinne der DIN EN ISO 14044 ist nicht erforderlich (im Anschluss an OLG München, Bes. v. 9. März 2018 - Verg 10/17)

### **Verfahrensgang**

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 69d-VK2-36/2019

### **Diese Entscheidung zitiert**

### **Rechtsprechung**

Fortführung OLG München Vergabesenat, 9. März 2018, Verg 10/17

### **Tenor**

Der im Beschwerdeverfahren nach Erledigung der Hauptsache noch verfolgte Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin (I.1-12) wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des Antragsgegners - auch jeweils in Bezug auf die vorausgegangene Eilentscheidung - zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf € 1.071.000,00 festgesetzt.

### **Gründe**

I.

- 1** Der Antragsgegner schrieb europaweit am 3.9.2019 den Abschluss eines Vertrages zur Entsorgung von pechhaltigem Straßenaufbruch für eine Laufzeit von 24 Monaten in

sechs Gebietslosen im offenen Verfahren aus. Alle Landkreise in Hessen waren von der Gebietsaufteilung erfasst. Für jedes Gebietslos war ein Bezugspunkt in der geographischen Mitte des jeweiligen Gebietsloses definiert worden. Gegenstand des Auftrages ist die „Annahme, Zwischenlagerung und Entsorgung“ des Straßenaufbruchs. Zuschlagskriterien sind zu 45 % der Preis, zu 45 % die Transportwege und zu 10 % die Kapazität der Anlage.

- 2** Gemäß Z. 4.3 der Ausführungsbeschreibung ist Ziel der Verwertung das Ausschleusen des gefährlichen Abfalls aus dem Abfallkreislauf. Weiter heißt es in Z. 4.3 der Ausführungsbeschreibung: „Möglich sind die thermische Verwertung/thermische Behandlung, bei der das toxische organische Material mit gleichzeitiger Gewinnung von Energie und der Gewinnung von gereinigten Zuschlagstoffen, die weiter verwertet werden, verbrannt wird und die Verwertung zu deponiebautechnischen Zwecken. Der entscheidende Vorteil der thermischen Verwertung/thermische Behandlung liegt darin, dass das toxische organische Material vollständig zerstört wird, während es beim Deponiebau lediglich gesichert wird und langfristig wieder freigesetzt werden kann. Gemäß KreislaufwirtschaftsG § 6 handelt es sich bei den vorgenannten beiden Möglichkeiten der Verwertung um die Verwertung in der 4. Rangfolge ... Die Untersuchung des Fraunhofer Instituts ... vom 19.01.2019 ... wurde angelehnt an die ISO 14040/44 durchgeführt, vergleicht die Verwertung im Deponiebau auf einer geeigneten Deponie in Deutschland mit dem Transport in die Niederlande mit anschließender thermischer Behandlung in der Aufbereitungsanlage der X ... und berücksichtigt elf Wirkungskategorien. Im Ergebnis zeigt sich, dass die thermische Verwertung/thermische Behandlung die ökologisch günstigste Art der Entsorgung darstellt, sogar unter Berücksichtigung der großen Transportwege“. Weiter heißt es: Die endgültige Verwertung des teer-/pechhaltigen Straßenaufbruch ist zu mindestens 80 % der Mengen der einzelnen Lose als thermische Verwertung/thermische Behandlung mit dem Ziel der vollständigen Zerstörung der gefährlichen Schadstoffe und der Wiederverwendung der enthaltenen Gesteinskörnungen durchzuführen und max. 20 % der Mengen der einzelnen Lose können in alleiniger Verantwortung des Auftragnehmers der Verwertung zu deponiebautechnischen Zwecken zugeführt werden“.
- 3** Gemäß Z. 4.2 der Ausführungsbeschreibung verpflichtet sich der Auftragnehmer zur Annahme von pechhaltigem Straßenaufbruch in mindestens „einem eigenen Lager, bzw. Zwischenlager“. Gemäß den „Anforderungen an die Eignung des Bieters“ hat jeder Bieter „mindestens eine von ihm selbst betriebene Anlage (Lager, der Begriff „Lager“ beinhaltet auch Zwischenlager) zu Entsorgung von pechhaltigen Straßenaufbruch“ zu benennen. In den Formblättern zur Angebotswertung heißt es: „Der Bieter muss für jedes Los, für das er bietet, mindestens ein eigenes Lager benennen, in dem der pechhaltige Straßenaufbruch angenommen und gelagert wird“. Im Rahmen des in diesen Formblättern enthaltenen Wertungskriteriums „Transportwege“ heißt es: „Die anfallenden Kosten für den Transport des pechhaltigen Straßenaufbruchs von der Baustelle zu Entsorgungsorten sollen möglichst geringgehalten werden. Maßgebend hierfür sind kurze Transportwege. Angebote mit Lager, die mehr als 150 km zum jeweiligen Losmittelpunkt entfernt sind, werden von der Wertung ausgeschlossen...“. Weiter hieß es „Für jedes Los wurde ein zentraler Bezugspunkt von der ausschreibenden Stelle definiert, der auf der der Ausführungsbeschreibung beigefügten Übersichtskarte dargestellt ist. Dieser Bezugspunkt liegt in etwa in der geographischen Mitte des jeweiligen Loses. Zur Bewertung wird jeweils die Entfernung des Lagers zum jeweils festgelegten Bezugspunkt innerhalb eines Losbereichs ermittelt. Maßgebend für die Wertung ist die Entfernung (Luftlinie) des Lagers zum Bezugspunkt in mathematisch auf ganze Zahlen gerundeten Kilometerangaben.“
- 4** Hinsichtlich des Wertungskriteriums „Kapazität der Anlage“ heißt es:
- 5** „1. Durchsatzmengen
- 6** Der behördlich genehmigte Jahresdurchsatz aller vom Bieter vorgesehenen Lager pro Los muss insgesamt mindestens so hoch sein wie die Hälfte der im jeweiligen Los aus-

geschriebenen Mengen. Um die Durchsatzmengen zu erreichen, kann der Bieter mehrere Lager pro Los benennen...

## **7** 2. Tägliche Annahmemenge

**8** Jedes vom Bieter benannte Lager muss eine Annahmekapazität von mindestens 3000 t/d aufweisen. Diese hohen Anlieferungsmengen können an mehreren aufeinanderfolgenden Tagen anfallen. Angebote mit Lager, die vorgenannte Bedingungen nicht erfüllen, werden von der Wertung ausgeschlossen. Der Bieter muss für jedes Los, für das er bietet, Angaben zur Leistungsfähigkeit jedes Lagers machen, es ist die Annahmekapazität pro Tag in Tonnen anzugeben."

**9** Gemäß Z. 2.1. der Anforderungen an die Eignung des Bieters muss der Bieter mit der Angebotsabgabe nachweisen, dass alle an der Leistungserbringung beteiligten Entsorgungsanlagen die erforderlichen rechtlichen Genehmigungen innehaben und dass der vom Bieter vorgesehene Zahlungsweg tatsächlich durchführbar ist. Alle für die Durchführung der angebotenen Leistungen erforderlichen Genehmigungen sind vorzulegen. Schließlich heißt es: „Bei grenzüberschreitender Verbringung sind ergänzende Unterlagen, eine gültige Notifizierung, vorzulegen“.

**10** Die Antragstellerin verfügt gemäß Bescheid vom 05.05.2017 (Bl. 598 Vergabeakten) über die Genehmigung eines Lagers in Stadt1 nach § 4 BImSchG zum Lagern, Behandeln und Umschlagen von Abfällen. Die Genehmigung berechtigt zum Umschlag von max. 150.000 t pro anno nicht gefährlichen und 75.000 t pro anno gefährlichen Abfällen und dem Lagern von max. 17.840 t Abfällen. Das Lager hat gem. Angaben der Antragstellerin eine monatliche Aufnahmekapazität zum Lagern von 6245 t/M für gefährliche Abfälle und eine Umschlagskapazität von weiteren 6245 t/M (Bl. 638).

**11** Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 20.09.2019 Vergaberechtsverstöße. Nachfolgend führte der Antragsgegner am 25.9.2019 redaktionelle Änderungen der Vergabeunterlagen durch und fügte das Gutachten des Fraunhofer-Instituts bei.

**12** Die Antragstellerin gab kein Angebot ab und beantragte mit Schriftsatz vom 10.10.2019 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie rügte im Wesentlichen:

**13**

- Die Vorgabe einer Lagerkapazität von 3000 t pro Tag verstoße gegen § 97 Abs. 4 GWB, da damit Bieter mit einer beschränkten Anzahl von kleineren Lagern oder in Form einer Bietergemeinschaft die Bewerbungsmöglichkeit genommen werde. Die Mindestannahmemenge in Kumulation mit dem Gebietszuschnitt der Lose, der Entfernungsvorgabe des Lagers vom zentralen Bezugspunkt und der geforderten Vorratsnotifizierung und schließlich den Vorgaben zur Verwertung beinhalteten derart hohe Anforderungen an die Bieter, dass sie durch mittelständische Unternehmen nicht zu leisten seien. Sie sei ein derartiges mittelständisches Unternehmen. Sofern Einzelunternehmen die Leistungserbringung nur durch Zusammenschluss mehrerer Unternehmen oder Zukauf von Leistungen erbringen könnten, liege ein Verstoß gegen den Mittelstandsschutz vor.

**14**

- Die Leistungsbeschreibung sei hinsichtlich der geforderten „Vorratsnotifizierungen“ nicht realisierbar, da abfallrechtlich nicht vorgesehen.

**15**

- Die Regelung zur maximalen Entfernung des Lagers zum zentralen Bezugspunkt sei intransparent und widersprüchlich nach § 97 Abs. 1 GWB. Einmal werde der Luftweg und einmal der Transportweg benannt.

**16**

- In der Vorgabe einer maximalen Entfernung von 150 km des Lagers zum zentralen Bezugspunkt liege auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da sich faktisch nur ortsansässige Unternehmen bewerben könnten.

**17**

- Es liege ein Verstoß gegen § 7 VgV vor, da das Gutachten des Fraunhofer-Instituts von der Y GmbH in Auftrag gegeben worden und erst später allen anderen Bietern zur Verfügung gestellt worden sei. Die Y GmbH habe ihr Angebot besser

auf die Bedürfnisse des Auftraggebers ausrichten können. Zudem sei die Verwertung dieses Gutachtens als Verstoß gegen die Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsätze zu werten, da es nicht entsprechend gekennzeichnet worden sei. Die fehlende Vorlage des Gutachtens verstoße zudem gegen § 121 GWB, § 31 VgV.

- 18** - Es liege ein Verstoß gegen § 31 Abs. 6 VgV vor, da die Leistungsbeschreibung auf eine konkrete Verwertungsoption Bezug nehme.
- 19** - Die Ausschreibung verstoße gegen Vorgaben des KreislaufwirtschaftsG, da dessen grundlegende Konzeption nicht beachtet worden sei.
- 20** - Die thermische Verwertung von teerhaltigem Straßenaufbruch sei auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet, da ein Versorgungsengpass bestehe.
- 21** Die Vergabekammer hat zunächst am 20.11.2019 einen Hinweis (Bl. 582) erteilt, in dem der Antrag als rechtsmissbräuchlich, jedenfalls als unzulässig bzw. unbegründet eingeordnet wurde. Nachfolgend hat sie verschiedene per E-Mail eingegangene Einkünfte beim Regierungspräsidium Stadt2 eingeholt (zum Lager der Antragstellerin in Stadt1 (688), zur Genehmigungssituation der X und grundsätzlich den Notifizierungsverfahren (698), zur thermischen Verwertung (Bl. 700), zur Abfallhierarchie (Bl. 702) und zur nationalen und grenzüberschreitenden Abfallentsorgung (Bl. 749)).
- 22** Unter dem 11.12.2019 hat die Vergabekammer im schriftlichen Verfahren den Nachprüfungsantrag als überwiegend unzulässig und im Übrigen offensichtlich unbegründet nach Aktenlage zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie wie folgt ausgeführt:
- 23** Die Antragstellerin sei weitgehend nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Es fehle bereits an einer möglichen Rechtsverletzung, soweit die Antragstellerin die vorgegebenen Annahme- bzw. Durchsatzmengen rüge. Auf eine Verletzung des Mittelstandsschutzes dürften sich nur mittelständische Unternehmen berufen. Hierzu gehöre die Antragstellerin als international agierende Firma nicht. Sie beschäftige mehr als 800 Mitarbeiter in Deutschland, Europa sowie in Singapur und Malaysia an über 60 Standorten. Der Jahresumsatz liege bei 480 Millionen €.
- 24** Die Rüge des Verstoßes gegen § 7 VgV sei un schlüssig, da nicht erkennbar sei, welche auftragsbezogenen Vorkenntnisse die Y GmbH aus dem von ihr in Auftrag gegebenen Gutachten haben sollte. Grundsätzliche Vorteile der thermischen Behandlung gegenüber einer thermischen Verwertung seien auch der Antragstellerin bekannt.
- 25** Die Rüge der Vorratsnotifizierung lasse ebenfalls nicht auf eine mögliche Rechtsverletzung schließen. Jeder Abfallerzeuger könne ein Notifizierungsverfahren für eine bestimmte Abfallart beantragen, ohne dass ein konkreter Handlungsbedarf bestehe. Es sei gerade nicht erforderlich, dass der Abfall schon entstanden sei.
- 26** Der Vortrag zu der thermischen Verwertung und dem dort bestehenden Versorgungsengpass sei spekulativ.
- 27** Die Rüge, das abfallrechtlich irrelevante Ziel der Zerstörung der Schadstoffe stehe in keinem Verhältnis zu dem damit verbundenen Ausschluss anderer Verwertungsoptionen, sei unsubstantiiert.
- 28** Hinsichtlich anderer Rügen fehle es an der Möglichkeit eines Schadenseintritts. Soweit sich die Antragstellerin gegen die vorgegebenen Annahme- bzw. Durchsatzmenge wende, könne sie sich nicht nur darauf nicht berufen, da sie keine Mittelständlerin sei. Sie trage auch selbst vor, dass sie die erforderliche Menge in ihrer Anlage in Stadt1 hätte lagern können.
- 29** Aus welchen Gründen die Antragstellerin im Hinblick auf die Forderung nach der gültigen Notifizierungen kein Angebot abgeben konnte, sei nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin verfüge über zwei gültige Notifizierungen zu dem hier maßgeblichen Abfallschlüssel. Damit könne sie bereits nach ihrem eigenen Vortrag bis zu 50 % der thermischen

Verwertung verarbeiten. Dass sie nicht mehr teerhaltigem Straßenaufbruch einer thermischen Behandlung zuführen könne, beruhe allein auf ihrer unternehmerischen Entscheidung, entweder die bestehenden Notifizierungen nicht dafür zu nutzen oder aber keine höheren/weiteren Notifizierungen zu beantragen.

- 30** Welcher Schaden der Antragstellerin aus der geforderten Entfernung des Lagers zum Bezugspunkt entstanden sei, ergebe sich ebenfalls nicht. Bei der gebotenen Auslegung habe der Antragstellerin deutlich werden müssen, dass es sich bei dem geforderten Lager um ein Zwischenlager handele. Andernfalls habe sie jedenfalls nachfragen müssen. Damit hätte die Antragstellerin jedenfalls ein Angebot für Los 1 abgeben können; nach eigenen Berechnungen der Vergabekammer auch für die anderen fünf Lose.
- 31** Ein Verstoß gegen § 7 VgV liege nicht nur mangels der Möglichkeit einer Rechtsverletzung, sondern auch eines möglichen Schadens nicht vor. Dass sich die Y GmbH Kapazitäten gesichert habe, die anderen Bietern nun nicht mehr zur Verfügung stünden, werde allein ins Blaue hinein behauptet. Eine Glaubhaftmachung fehle. Anhaltspunkte für Kapazitätsengpässe in den Niederlanden fehlten ebenfalls.
- 32** Die erst später erfolgte Zugänglichmachung des Gutachtens des Fraunhofer-Instituts beinhalte auch nicht die Möglichkeit eines Schadens. Es sei davon auszugehen, dass die Studie keinerlei Einfluss auf die Angebotslegung gehabt habe.
- 33** Weitere Rügen seien präkludiert: Die für erforderlich gehaltene Verlängerung der Angebotsfrist nach Übersendung des Gutachtens habe sofort gerügt werden können. Gleiches gelte für die behauptete fehlende Notifizierungsmöglichkeit für den maßgeblichen Abfallschlüssel in den Niederlanden. Präkludiert sei auch die Rüge, der Sprachgebrauch der thermischen Verwertung und thermischen Behandlung sei nicht konsequent mit den Vorgaben des Kreislaufwirtschaftsgesetzes in Übereinstimmung zu bringen. Schließlich sei auch die Rüge zum Zuschnitt und der Aufteilung der Gebietslose präkludiert.
- 34** Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet. Ein Verstoß gegen die Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes liege nicht vor. Der teerhaltige Straßenaufbruch werde thermisch behandelt, indem das teerhaltige Bindemittel verbrannt werde und das mineralische Material als Rückstand verbleibe. Eine genaue Zusammensetzung des Straßenaufbruchs müsse nicht angegeben werden, da der Abfallschlüssel ausreiche.
- 35** Akteneinsicht müsse nicht gewährt werden, da der Antrag offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet sei.
- 36** Hiergegen richtet sich die von einem Eilantrag begleitete sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die sie im Wesentlichen wie folgt begründet:
- 37** Die Vergabekammer habe gegen Grundsätze des fairen Verfahrens verstoßen. Zu Unrecht sei Akteneinsicht verwehrt worden. Die Entscheidung der Vergabekammer basiere offensichtlich auf einer fachlichen Stellungnahme des Regierungspräsidiums Stadt2, zu welcher sie nicht habe Stellung nehmen können, da sie sie ihr nicht bekannt sei. Der Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses habe zudem den Rechtsmittelzugang erschwert.
- 38** Ihr Antrag sei zulässig, insbesondere sei sie antragsbefugt. Ihr Interesse am Auftrag habe sie hinreichend durch die vorprozessualen Rügen und den Antrag im Nachprüfungsverfahren dokumentiert. Komme die Aufhebung des Verfahrens in Betracht, so liege es auf der Hand, dass durch das gewählte Verfahren ein Schaden zu entstehen drohe. Sie hätte ein Angebot mit einer 50-prozentigen Aufteilung abgegeben.
- 39** Der Antrag sei auch begründet:
- 40** Im Schwerpunkt wende sie sich gegen die Ausschreibung, soweit gemäß Z. 4.3 der Ausführungsbeschreibung mindestens 80 % der Abfälle einer thermischen Verwertung zuzu-

führen sind. Den Bietern werde damit eine abfallrechtswidrige Auftragsausführung vorgegeben. Die 80%-Vorgabe verstoße gegen §§ 6, 8 KrWG und sei auch nicht mehr durch das Leistungsbestimmungsrecht gedeckt. Vielmehr setzten §§ 6, 8 KrWG in Form der 5-stufigen Abfallhierarchie dem Leistungsbestimmungsrecht zwingende Schranken. Grundsätzlich sei die Hierarchie nach § 6 Abs. 1 Nr. 1-5 KrWG zu beachten. Von dieser Rangfolge könne nur auf Grundlage einer Einzelfallabwägung abgewichen werden. Maßnahmen der Verwertung hätten Vorrang gegenüber der Beseitigung. Zwischen gleichrangigen Verwertungsmaßnahmen habe der Abfallerzeuger ein Wahlrecht. Hier nehme der Antragsgegner das Wahlrecht nach § 8 KrWG für sich in Anspruch. Damit habe er darzulegen, dass die thermische Verwertung/Behandlung den besten Schutz für Mensch und Umwelt gegenüber anderen Verwertungsoptionen habe. Tatsächlich sei dies jedoch nicht der Fall. Aus entsprechenden vorgelegten Studien (Anl. 5, Anl. 6) ergebe sich vielmehr, dass die thermische Behandlung aufgrund des hohen Energieaufwands und weiter Transportwege insgesamt die schlechteste Ökoeffizienz habe. Der Deponiebau sei demgegenüber eine ökoeffiziente Verwertungsmethode. Der Vorzug des Depotbaus liege insbesondere darin, dass die geforderte thermische Verwertung nur in den Niederlanden möglich sei und emissionsträchtige lange Transportwege im Raum stünden.

- 41** Mit der hier gestellten Vorgabe würde den Bietern zudem ein wirtschaftliches Wagnis infolge potentieller Inanspruchnahme der Verantwortlichen wegen Verstoßes gegen das KrWG überbürdet. Die geforderte thermische Verwertung wäre von der zuständigen Abfallbehörde zu untersagen. §§ 6-8 KrWG erfordere die Entscheidung auf Grundlage einer Ökobilanzierung. Erforderlich sei eine umfassende ökologische, ökonomische und soziale Folgenbewertung des gesamten Lebenszyklusses. Die einzustellenden Kriterien folgten aus § 6 Abs. 2 S. 3 KrWG. Zwar dürfe sich der Auftraggeber auf eine Ökobilanzierung Dritter stützen. Mangels Akteneinsicht werde hier bestritten, dass eine entsprechende Ökobilanz zugrunde lag. Insbesondere werde das Vorliegen einer Ökoeffizienzanalyse aus dem Jahre 2016 bestritten. Ausschlaggebend sei für den Antragsgegner offensichtlich allein das Gutachten des Fraunhofer-Instituts gewesen. Diesem fehle jedoch die notwendige Objektivität.
- 42** Zu Unrecht verweise der Antragsgegner auf eine Pflicht zur Bevorzugung thermischer Verwertung aufgrund des Prüfungsergebnisses des Bundesrechnungshofes aus dem Jahr 2013. Der Bundesrechnungshof sei bereits nicht gesetzlich Ermächtigter im Sinne von § 8 Abs. 2 KrWG. Nur die Bundesregierung dürfe die Verwertungsoptionen regeln. Das zitierte Schreiben des Rechnungshofes sei auch keine Rechtsverordnung im Sinne von § 8 Abs. 2 KrWG. Der Formzwang dort sei zwingend. Voraussetzung für die Festlegung des Vorrangs oder des Gleichrangs sei darüber hinaus wiederum eine Ökobilanz. Die Ergebnisse seien damit rechtlich irrelevant.
- 43** Die 80 %-Vorgabe sei darüber hinaus unverhältnismäßig im Sinne von § 31 Abs. 3 S. 2 VgV, § 97 Absatz 1 S. 2 GWB. Bei Beschaffungsvorgängen sei nach wie vor in erster Linie das Ziel eines wirtschaftlichen Einkaufs zu verfolgen. Ökologische Beschaffungsziele könnten nicht Primärzweck von öffentlichen Auftragsvorgaben sein. Darüber hinaus sei die Zerstörung der Schadstoffe auch kein relevantes Ziel im Sinne der Abfallentsorgung.
- 44** Sie habe die Absicht gehabt, bis zu 50% des Abfalls einer Deponie zuzuführen und den Rest thermisch zu behandeln. Sie hätte ein eigenes Lager in Stadt1 nutzen können sowie weitere Lagerkapazitäten mietweise generiert. Die thermische Verwertung wäre in einer Anlage in den Niederlanden vorgenommen worden.
- 45** Die Begriffe thermische Verwertung und thermische Behandlung seien uneinheitlich verwendet worden. Der Antragsgegner gehe offensichtlich davon aus, dass es sich um Synonyme handele, dies sei indes fehlerhaft. Der Begriff thermische Verwertung passe nicht zu der offensichtlich angestrebten thermischen Behandlung. Eine thermische Behandlung (Verbrennung) von Abfällen in Form der „Verwertung“ liege nur vor, wenn dadurch mehr Energie erzeugt als verbraucht und der Energieüberschuss tatsächlich auch genutzt werde. Hier gehe es aber offensichtlich um eine Verbrennung zum Zwecke

der Schadstoffausschleusung, nicht aber zum Zwecke der Energiegewinnung. Eine thermische Verwertung von Straßenaufbruch sei ohnehin nicht möglich, da dieser keinen nennenswerten Heizwert habe. Da der Antragsgegner zwischen den beiden Formen der Verwertung und Behandlung nicht differenziere, könne davon ausgegangen werden, dass beide Optionen zulässigerweise angeboten werden durften. Mit dieser Rüge sei sie auch nicht präkludiert. Es gehe nicht um reine Begrifflichkeiten, sondern um die Möglichkeiten, den Auftragsgegenstand und die Bedingungen hinreichend bestimmt auszulegen. Im Übrigen habe sie rechtzeitig die 80% Vorgabe und damit auch diese Begrifflichkeit gerügt.

- 46** Der Antragsgegner stütze die Vorgabe der thermischen Verwertung zudem fehlerhaft auf eine Studie des Fraunhofer-Instituts vom 29.1.2019. Dabei handele es sich nicht um eine Ökobilanz nach Maßgabe der ISO 14040/44.
- 47** Die Vorgaben zur Entfernung zum zentralen Zwischenlager seien intransparent. Offen sei, ob der Transportweg oder die Luftlinie maßgeblich sein sollten. Ihr Lager in Stadt1 sei Luftlinie 120,76 km vom zentralen Bezugspunkt entfernt gewesen, der Transportweg habe dagegen 168,67 km betragen. Für die Auslegung im Sinne der Fahrtstrecke streite die ratio, da die Entfernungsvorgabe auch Kosten für den Transport minimieren solle. Nachzuweisen sei darüber hinaus allein die postalische Anschrift des Lagers. Die Vorgaben bezögen sich nicht eindeutig auf die Luftlinie entgegen der Ansicht der Vergabekammer. Die Intransparenz benachteilige sie auch, da ihr Lager hinsichtlich der Luftlinie die Vorgabe erfüllt hätte.
- 48** Die Vergabekammer verkenne auch, dass nicht allein das Lager der Entfernungsvorgabe genüge müsse, sondern dem Wortlaut nach auch die Verwertungsstelle. Lagern sei das vorübergehende Aufbewahren von Abfall an einem Ort, und damit auch die Zwischenlagerung vor der Verwertung oder Entsorgung am Ort der Entsorgungsanlage.
- 49** Die Vorgabe einer 80-prozentigen thermischen Verwertung sei praktisch undurchführbar, da ein Versorgungsengpass bestehe. Die Vorgabe sei auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet. In den Niederlanden gäbe es vier Anlagen, welche aber keine ausreichenden Kapazitäten für ausländische Mengen hätten. Die Annahmekapazitäten diese Anlagen seien zudem deutlich beschränkt worden. Importe aus Deutschland würden in naher Zukunft nicht genehmigt. Entsprechend habe das niederländische Unternehmen X Anfragen zur thermischen Verwertung aus dem europäischen Ausland abgelehnt. Die Vergabekammer habe diesen Vortrag übergegangen. Die Einordnung als Vortrag ins Blaue hinein sei unrichtig, da er sich mit den seitenweisen Darlegungen der Beschwerdeführerin nicht in Übereinstimmung bringen lasse.
- 50** Rechtsfehlerhaft werde zudem von den Bietern eine Notifizierung verlangt, soweit sie eine grenzüberschreitende Verbringung des teerhaltigen Straßenaufbruchs planten. Derzeit würden in den Niederlanden überhaupt keine entsprechenden Notifizierungen mehr für ausländische Unternehmen erteilt. Entgegen den Ausführungen der Vergabekammer sei für die Erlangung einer entsprechenden Notifizierung zudem nicht allein die Angabe des Abfallschlüssels und die Bezeichnung des Abfalls ausreichend. Gemäß Internetpräsenz des Regierungspräsidiums sei vielmehr die Bezeichnung und Zusammensetzung des Abfalls anzugeben, dafür werde eine Probe benötigt. Eine chemische Analyse der Zusammensetzung des Abfalls sei ebenfalls beizufügen. Die Notifizierung sei zudem üblicherweise auf eine beizufügende Fahrtroute beschränkt. Schließlich fielen auch nicht unerhebliche Gebühren von knapp 2.000 € für eine Notifizierung an. Eine Vorratsnotifizierung gebe es nicht. Die Vergabekammer gehe auch zu Unrecht davon aus, dass allein der Abfallschlüssel 170301 ausreichend gewesen wäre, da auch andere Abfallschlüssel gegenständlich gewesen wären (170302, 70101).
- 51** Sie habe auch nicht Kapazitäten ihrer bereits bestehenden Notifizierungen für die Ausschreibung verwenden müssen, da sie dann die anderen Aufträge nicht mehr hätte bedienen können.

Aus den dargestellten Gründen sei eine Neunotifizierung keine gangbare Möglichkeit. Im Übrigen genüge die Zeit zwischen Ausschreibung und Ende der Angebotsfrist nicht für eine derartiges Notifizierungsverfahren, welches gerade nicht innerhalb von 30 Tagen abgeschlossen sei.

- 53** Rechtsfehlerhaft habe die Vergabekammer die thermische Verwertung der Hierarchiestufe 3 zugeordnet, obwohl der Antragsgegner selbst sieht der Hierarchiestufe 4 zugeordnet habe. Die sonstige Verwertung nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 KrWG sei ein Auffangtatbestand.
- 54** Die Angaben zur Mindestannahmekapazität seien intransparent und widersprüchlich. Die Forderung hinsichtlich der Annahmemengen an mehreren aufeinanderfolgenden Tagen sei intransparent.
- 55** Die Mindestannahmekapazität von 3000 t pro Tag - und dies an mehreren Tagen nacheinander - in Kombination mit der Entfernungsvorgabe und der prozentualen Vorgabe der Verwertungsoptionen beinhalteten zudem derart hohe Anforderungen, dass mittelständische Unternehmen nicht mitbieten könnten. Dabei könne der Begriff des Mittelstands nur relativ in Abhängigkeit zur Marktstruktur bestimmt werden. Sie, die Antragstellerin, sei ein derartiges mittelständisches Unternehmen mit einem Jahresumsatz von ca. 100 Millionen € im Bereich der Recyclingbranche. Die von der Vergabekammer herangezogene Mitarbeiterzahl beziehe sich auf die Unternehmensgruppe, nicht jedoch die Beschwerdeführerin selbst.
- 56** Schließlich liege ein Verstoß gegen § 7 VgV vor. Die verwendete Studie sei im Auftrag eines potentiellen Mitbewerbers erstellt worden und habe maßgeblich Niederschlag in den Vergabeunterlagen gefunden. Die Studie des Fraunhofer-Instituts sei auch die einzige wissenschaftliche Studie, welche der thermischen Verwertung den Vorrang einräume. Der Y GmbH sei damit aufgrund ihres Kenntnis- und Zeitvorsprungs eine bessere Angebotserstellung möglich gewesen. Damit habe sie insgesamt ein günstigeres Angebot abgegeben. Der gerügte Wettbewerbsverstoß habe sich auch nicht durch einen Fristverlängerungsantrag vermeiden lassen, da der Wettbewerbsvorteil für das vorbefasste Unternehmen bereits eingetreten war.
- 57** Schließlich sei gegen das Gebot der Produktneutralität des § 31 Abs. 6 VgV verstoßen worden, da die Vorgaben der 80%tigen thermischen Verwertung, der Annahmekapazität des Lagers von 3.000 t pro Tag an mehr als zwei aneinander folgenden Tagen und der Entfernungsvorgabe einen Zuschnitt allein auf die Y GmbH und die X enthielten. Nur diese könnten die Vorgaben erfüllen.
- 58** Die Leistungsbeschreibung sei nicht erschöpfend entgegen § 121 GWB. Sie ermögliche keine seriöse Preiskalkulation. Es fehle die nähere Aufschlüsselung der Menge an Bitumen und Betondeckenaufbruch.
- 59** Der Antragsgegner verteidigt den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer. Die sofortige Beschwerde habe keine Erfolgsaussichten.
- 60** Die Vorgabe der 80%tigen thermischen Verwertung/Behandlung entspreche dem Kreislaufwirtschaftsgesetz. Es liege allein in der Hand des Antragsgegners, den richtigen Entsorgungsweg zu wählen. Es lägen auch keine weiteren Vergabeverstöße vor. Zurecht habe die Vergabekammer darauf hingewiesen, dass sich der Vorwurf eines rechtsmissbräuchlich eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens aufdränge. Die Antragstellerin wäre über die derzeit vorhandenen Notifikationen in der Lage, die Ausschreibung zu bedienen. Sie hätte sich deshalb an der Ausschreibung beteiligen können. Da sie dies nicht gemacht habe, fehle es an ihrer Antragsbefugnis. Der Antragstellerin habe sich in ihrer Rüge vom 20.09.2019 umfassend mit den Ausschreibungsunterlagen befasst. Darüber hinaus sei auch kein Schaden erkennbar.
- 61** Die Rüge der unklaren Verwendung des Begriffs der thermischen Verwertung sei präkludiert nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB. Die Antragstellerin habe sich ausweislich ihrer



Rüge vom 20.09.2019 ausführlich mit den Vergabeunterlagen befasst. Im Übrigen sei die Verwendung auch eindeutig, die Vergabeunterlagen seien als Einheit auszulegen. Die Antragstellerin als international agierendes Unternehmen sei ein fachkundiger Bieter. Es sei den Bietern offen gestellt, ob sie die vollständige Zerstörung der gefährlichen Schadstoffe durch eine thermische Verwertung oder aber eine thermische Behandlung erreichen. Im Übrigen fehle Vortrag, wie diese vermeintlich Unklarheit die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt und der Abgabe eines Verziehens Angebots gehindert haben soll.

- 62** Die Vorgabe der 80%tigen thermischen Verwertung/Behandlung entspreche dem Kreislaufwirtschaftsgesetz insbesondere § 6 Abs. 2 S. 1 KrWG. Soweit die Antragstellerin auf den ökoeffizienteren Deponiebau gemäß der Ökoeffizienz-Studie aus Rheinland-Pfalz von 2006 verweise, handele es sich um eine veraltete und überholte Studie. Die IFEU-Studie 2017 stelle maßgeblich auf die längeren Transportwege ab; die Studie des Fraunhofer Instituts vom Januar 2019 sei insgesamt die aktuellere und detailliertere. Sie komme zu dem Ergebnis, dass ungeachtet der Transportwege zu den Entsorgungsanlagen in den Niederlanden die ökologischen Vorteile der thermischen Verwertung gegenüber der Verwertung im Deponiebau überwiegen. Im Übrigen käme auch eine Verladung über Binnenschiffe in Betracht.
- 63** Die Anforderungen der Antragstellerin an eine Ökobilanzierung seien überzogen. Im Übrigen habe die Antragstellerin selbst in einem Merkblatt 2014 die thermische Verwertung als ökologisch sinnvollste Maßnahme zum Umgang mit teerhaltigen Straßenaufbruch gewertet.
- 64** Entgegen der Darstellung der Antragstellerin habe der Antragsgegner das Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Verkehr und die entsprechende Verfügung nicht der Ausschreibung zu Grunde gelegt, sondern eine eigene umfassende Abwägung unter Berücksichtigung dieser Ausführungen vorgenommen. Im Übrigen heiße es in dem Einführungserlass auch, dass andere Verfahren weiterhin möglich seien, allerdings durch die thermische Verwertung bzw. Behandlung schrittweise zu ersetzen seien.
- 65** Die Rüge, dass die Vorgaben hinsichtlich der Annahmekapazität intransparent und widersprüchlich seien, sei präkludiert. Im Übrigen sei die Vorgabe von 3.000 t pro Tag eindeutig. Gleiches gelte für die Mindestabnahmemenge an mehreren aufeinanderfolgenden Tagen. Vergabeunterlagen seien stets als Ganzes auszulegen. Zudem sei es widersprüchlich, wenn die Antragstellerin vortrage, sie könne die geforderte Annahmemenge von mindestens 3000t pro Tag in ihrem eigenen Lager erbringen, sich jedoch gegen diese Vorgaben wehre.
- 66** Es liege auch kein Verstoß gegen das Mittelstandsgebot vor. Mittelständischen Bieter hätten vielmehr die geforderten Abnahmemengen unproblematisch nachweisen können. Im Übrigen sei die Antragstellerin kein mittelständisches Unternehmen.
- 67** Hinsichtlich der Entfernungsberechnung liege ebenfalls keine Widersprüchlichkeit vor. Dass die Luftlinie maßgeblich sei, sei durch Fettdruck hervorgehoben worden. Die Fahrtstrecke wäre nicht sinnvoll gewesen, da sie dem jeweiligen Bieter obliege. Im Übrigen sei dies auch nicht gerügt worden, so dass diese Rüge präkludiert sei. Die Antragstellerin führe selbst aus, dass sie jedenfalls für Los 1 ein Angebot hätte abgeben können.
- 68** Zu Recht habe die Vergabekammer ausgeführt, dass mit dem Begriff „Lager“ die Zwischenlagerung der Abfälle vor ihrem Weitertransport zur endgültigen Verwertung gemeint gewesen sei.
- 69** Es liege kein Versorgungsengpass vor. Dies habe auch das Fachdezernat beim Regierungspräsidium Stadt2 bestätigt. Es gäbe keine Annahmebeschränkungen. Im Übrigen verfüge die Antragstellerin über zwei gültige Notifizierungen. Nach einer Mitteilung der Firma X habe die Antragstellerin 2019 zudem neue Notifizierungen erhalten. Auch aus der allgemein einsehbaren Website von [www.\(...\).de](http://www.(...).de) (Anlage AG 8, Bl. 173) ergebe sich, dass die Antragstellerin im Jahr 2019 zum Abfallschlüssel 170301 fünf neue Notifizierungen erhalten habe. Nach Angaben der Firma X bestünde 2020 eine Annahmekapazität

für ausländische Mengen in Höhe von etwa 600.000 t. Das vorgelegte Schreiben Anl. 13 sei nicht an die Antragstellerin, sondern eine Schweizer Schwestergesellschaft gerichtet. Die Angabe des Abfallschlüssels habe für eine neue Notifizierung ausgereicht. Es sei üblich, im Voraus Notifizierungen zu beantragen. Darüber hinaus sei die Antragstellerin mit diesem Vortrag präkludiert.

- 70** Die Antragstellerin habe nicht dargestellt, welche Wettbewerbsvorteile die Y GmbH erlangt habe. Es liege eine Behauptung ins Blaue hinein vor. Sämtlichen fachkundigen Bietern sei die thermische Verwertung bekannt.
- 71** Mit Schriftsätzen vom 3., 4. und 6.2.2020 vertieft die Antragstellerin ihren Vortrag, dass sie nicht aufgrund von bestehenden Notifizierungen in der Lage gewesen sei, die Ausschreibung in dem verfahrensgegenständlichen Umfang in Bezug auf die thermische Verwertung/Behandlung zu bedienen. Die beiden Notifizierungen für den Standort Stadt1 wiesen als Abfallerzeuger sie selbst aus. Richtigerweise müsste für das hiesige Verfahren aber der Antragsgegner als Abfallerzeuger eingetragen werden. Innerhalb der Angebotsfrist habe keine Notifizierung neu beantragt und erlangt werden können. Die im Dezember 2019 erlangte Notifizierung für die Verwertung des Stadt3er Straßenaufbruchs habe drei Monate in Anspruch genommen. Das Thema Notifizierung sei im Übrigen allein ein „Nebenkriegsschauplatz“. Im Mittelpunkt stehe die als abfallrechtswidrig gerügte Vorgabe, 80% teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen. Der behauptete Entsorgungseingpass ergebe sich auch aus der Pressemitteilung des Verbandes baugewerblicher Unternehmen Hessen e.V. (Anl. 31). Die vom Antragsgegner eingeholte Aussage der Fa. X stehe im Widerspruch zu früheren Angaben ihres Geschäftsführers aus dem Jahre 2017. Dass die Firma X 2018 und 2019 gleichermaßen eine Menge von 400.000 t teerhaltigen Straßenaufbruchs aus Deutschland angenommen habe, und für 2020 eine Menge von 600.000 t geplant sei, werde bestritten.
- 72** Der Senat hat den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 5.2.2020 zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin hat daraufhin den Bestbietern jeweils für Los 1 und 2 sowie für Los 3 den Zuschlag erteilt (Bl. 272ff).
- 73** Nach Zuschlagserteilung hat die Antragstellerin ihre Anträge mit Schriftsatz vom 24.03.2020 auf einen Feststellungsantrag einer Rechtsverletzung nach § 97 Abs. 6 GWB umgestellt. Sie führt in Ergänzung ihres bisherigen Vorbringens noch wie folgt aus:
- 74** Die Feststellungsanträge seien zulässig. Ihr stehe ein Feststellungsinteresse zur Seite. Zum einen liege eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr vor. Der Antragsgegner und eine Schwestergesellschaft der Antragstellerin hätten sich bereits 2016 in einem Nachprüfungsverfahren vergleichbarer Art gegenübergestanden. Der Antragsgegner wiederhole in diesem Verfahren Erwägungen aus dem dortigen Verfahren. Es zu erwarten, dass es auch im Rahmen von zukünftigen Vergabeverfahren zu gleichen Beurteilungen hinsichtlich im Raum stehende Rechtsverletzungen komme. Darüber hinaus liege ein Feststellungsinteresse vor, da die Anträge der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dienten.
- 75** Der Sache nach seien ihre Anträge aus den bereits in den zuvor eingereichten Schriftsätzen dargestellten Gründen begründet: Sie sei antragsbefugt. Ihr sei die Abgabe eines Angebots mit einer 50% übersteigenden Quote unmöglich bzw. unzumutbar, da sie damit gegen abfallrechtliche Vorschriften verstoßen würde. Im Falle des Zuschlags wäre sie zu einer abfallrechtswidrigen Entsorgung verpflichtet. Dies könne ihr nicht zugemutet werden. Jede Quote, die höher als 50 % liege, verstoße gegen die Vorgaben des Kreislaufwirtschaftsgesetzes. Damit sei es für sie individuell unmöglich gewesen, ein rechtskonformes Angebot abzugeben. Darüber hinaus wäre ihr auch ein Angebot wegen des dargestellten Versorgungseingpasses erschwert bzw. unmöglich. Selbst wenn X über gleichbleibende Kapazitäten in den Jahren 2018 und 2019 verfügen würde, sei der Bedarf ständig gestiegen, so dass dennoch von einer Verknappung auszugehen sei. Sie be-

finde sich in einer Beweisnot, da das Bestehen eines Versorgungseinganges zu einem Politikum geworden sei. Das Geschäft der Entsorgungsdienstleister in den Niederlanden beruhe darauf, den Anschein von ausreichenden Kapazitäten aufrechtzuerhalten, so dass eine negative Bescheinigung über eine Entsorgungsanfrage schlicht nicht beizubringen sei.

- 76** Hinsichtlich des intransparenten Kriteriums der Zwischenlagerkapazität habe sie im Hinblick auf ein bereits 2016 mit dem Antragsgegner geführtes Vergabeverfahren, in welchem Annahmekapazitäten des Stadt1er Lagers streitgegenständlich gewesen seien, davon ausgehen müssen, dass der Antragsgegner die Annahmekapazität und/oder den geforderten Jahresdurchsatz dazu nutzen würde, sich der Antragstellerin mit einer konstruierten Begründung zu entledigen. Dies belege auch die zunächst vertretene Ansicht des Antragsgegners, dass die Antragstellerin zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2, 46 VgV auszuschließen sei. Der Antragsgegner halte die Mindestannahmekapazität weiterhin als Ausschlussgrund aufrecht. Es sei auch zu befürchten, dass er eine Annahmemenge von 12.500 t pro Monat nicht ausreichen lassen würde. Eine Rügeverpflichtung habe insoweit nicht bestanden, da die Intransparenz von Amts wegen zu berücksichtigen sei.
- 77** Die Ausführungen des Senats zur Auslegung der Zwischenlagerentfernung seien abwegig. Bei der Auslegung des Eignungskriteriums sei zu Unrecht auch auf die Wertungskriterien eingegangen worden. Eine Doppelberücksichtigung sei unzulässig. Eignungskriterien müssten sich zudem unmittelbar aus der Auftragsbekanntmachung ergeben. Sei dies nicht der Fall, liege ein von Amts wegen zu berücksichtigender schwerwiegender Mangel vor. Einer Rüge bedürfe es nicht. Hier sei die Zwischenlagerentfernung nicht aus der Auftragsbekanntmachung ersichtlich. Im Übrigen ergebe sich auch aus der vom Senat herangezogenen Formulierung der Luftlinie gerade nicht eindeutig, dass diese vorliegend gemeint gewesen sei.
- 78** Über die zwei eingeführten Notifizierungen hinaus bestünden für das Lager in Stadt1 keine weiteren Notifizierungen. Auch sonst verfüge sie innerhalb des maßgeblichen Radius über kein eigenes Lager, welches eine Notifizierung für den hier maßgeblichen Abfallschlüssel habe. Die beiden Notifizierungen wiesen als Abfallerzeuger die Antragstellerin aus. Da hier der Abfallerzeuger bekannt sei, könnten hier Exporteur und Abfallerzeuger auch nicht namentlich übereinstimmen. Eine neue Notifizierung habe nicht innerhalb der kurzen Zeit bis zur Angebotsabgabe beantragt werden können.
- 79** Nach Rücknahme der angekündigten Anträge zu II. und III. in der mündlichen Verhandlung vom 26.5.2020 beantragt sie nunmehr,
- 80** nach § 178 S. 3 und 4 GWB i. V. m. § 168 Abs. 2 GWB festzustellen, dass die Beschwerdeführerin durch das Vorgehen des Beschwerdegegners in dem Vergabeverfahren mit der Ausschreibungsnummer ... in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden ist, insbesondere weil
- 81** 1. die quotale Vorgabe, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, einen Verstoß gegen die abfallrechtlichen Vorschriften, insbesondere die Abfallhierarchie darstellt, so dass es der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverstoß nicht möglich ist, ein chancenreiches Angebot mit einer 50 % übersteigenden Quote zur thermischen Verwertung/Behandlung abzugeben,
- 82** 2. die quotale Vorgabe, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, eine unverhältnismäßige Beschränkung der Verwertungsoptionen nach § 31 Abs. 2 Satz 2 VgV, § 91 Abs. 1 Satz 2 GWB darstellt und es der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverstoß nicht möglich ist, ein chancenreiches Angebot mit einer 50 % übersteigenden Quote zur thermischen Verwertung/Behandlung abzugeben,
- 83** 3. die Bestimmungen zur Mindestannahmekapazität der Zwischenlager, wonach jedes vom Bieter benannte Lager eine Mindestannahmekapazität von mindestens

3000 t/d aufweisen muss, wobei die hohen Anlieferungsmengen an mehreren aufeinanderfolgenden Tagen anfallen können, unter Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz derart unbestimmt sind, dass der Beschwerdegegner sie zu einem Ausschluss der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihres Lagers in Stadt1, Straße1, Stadt1, nutzen könnte,

- 84** 4. die Regelung zur maximalen Entfernung des Zwischenlagers, wonach ein Lager nicht mehr als 150 km vom zentralen Bezugspunkt entfernt liegen darf, als Biereignungskriterium intransparent ist so dass unklar ist, ob und inwieweit das Lager der Beschwerdeführerin in Stadt1, Straße1, Stadt1, die Entfernungsvorgabe erfüllt,
- 85** 5. die Regelung zur maximalen Entfernung des Zwischenlagers, wonach ein Lager nicht mehr als 150 km vom zentralen Bezugspunkt entfernt liegen darf, als Wertungskriterium intransparent ist, so dass unklar ist, welcher Entfernungsmaßstab für die Beurteilung des Angebotes der Beschwerdeführerin gilt,
- 86** 6. die Regelung zur maximalen Entfernung des Zwischenlagers, wonach ein Lager nicht mehr als 150 km vom zentralen Bezugspunkt entfernt liegen darf, auch eine Lagerung des teerhaltigen Straßenaufbruchs vor der „Verwertungsstelle“ der X und den übrigen thermischen Verwertungs-/Behandlungsanlagen in den Niederlanden erfasst, so dass die Vergabeunterlagen insoweit intransparent und widersprüchlich sind,
- 87** 7. die Vorgabe, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, infolge des im Angebotszeitpunktes bestehenden Versorgungsengpasses auf eine unmögliche Leistung und ein wirtschaftliches Wagnis gerichtet sind,
- 88** 8. es allgemein und für die Beschwerdeführerin unmöglich ist die nach Ziffer 2.1. der Anforderungen an die Eignung des Bieters geforderte(n) Notifizierung(en) im Angebotszeitpunkt vorzulegen und die Leistungsbeschreibung damit nicht realisierbar ist,
- 89** 9. die Studie des Fraunhofer Institutes vom 29.01.2019, welche durch einen im Vergabeverfahren erfolgreichen Bieter beauftragt und bezahlt wurde, den Beschwerdegegner in seiner Wahl der Verwertungsoption beeinflusst hat und Teil der argumentativen Basis für die prozentuale Vorgabe der Verwertungsoptionen, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, war, so dass eine wettbewerbsverzerrende Vorbefassung im Sinne des § 7 VgV vorliegt,
- 90** 10. die kennzeichnungslose Verwendung der Studie des Fraunhofer Institutes vom 29.01.2019 zulasten der Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen den vergaberechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt,
- 91** 11. zulasten der Beschwerdeführerin in Summe ein Verstoß gegen die Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung im Sinne des § 31 Abs. 6 VgV vorliegt, indem die Leistungsbeschreibung die Vorgabe enthält, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs der thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, sowie jene zur Zwischenlagerentfernung und der Tagesannahmemenge, welche die X und deren assoziierten Partner, die Y, faktisch bevorzugen,
- 92** 12. die Leistungsbeschreibung entgegen § 121 GWB nicht erschöpfend ist, insbesondere in Bezug auf die kalkulationsrelevanten Umstände, da eine nicht näher bezeichnete Menge von Bitumen (Abfallschlüssel 17 03 02) und Betondeckenaufbruch (Abfallschlüssel 17 01 01) Gegenstand der Ausschreibung ist.
- 93** Der Antragsgegner beantragt,

- 94** Der Antrag auf Feststellung nach § 178 Satz 3 und 4 GWB i. V. m. § 168 Abs. 2 GWB, dass die Beschwerdeführerin durch das Vorgehen des Beschwerdegegners in dem Vergabeverfahren mit der Ausschreibungsnummer ... in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden sei gemäß den Ausführungen der Beschwerdeführerin unter Ziffer I. 1 - 12 des Schriftsatzes vom 24.03.2020, wird zurückgewiesen.
- 95** Er vertieft seinen bisherigen Vortrag. Die Feststellungsanträge seien unzulässig. Eine Wiederholungsgefahr sei nicht hinreichend konkret feststellbar. Das Feststellungsinteresse könne auch nicht über die Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses hergeleitet werden, da es insoweit an einer Rechtsverletzung fehle. Die Anträge seien im Übrigen unbegründet. Es fehle weiterhin an einer Antragsbefugnis. Die von der Bieterin beabsichtigt quotale Verwertung stelle allein eine unternehmerische Entscheidung dar. Im Übrigen bediene die Antragstellerin selbst seit dem 01.01.2012 einen 10-jährigen Vertrag über die thermische Verwertung des Straßenaufbruchs in Stadt3. Gemäß E-Mail des RP Stadt2 an die Vergabekammer vom 05.12.2020 sei es zudem durchaus üblich, Notifizierungen ohne konkreten Entsorgungsbedarf zu beantragen. Die Leistungsbeschreibung sei erschöpfend. Abfallschlüsselfremde Anhaftungen, wie in der Leistungsbeschreibung erwähnt, könnten nicht immer vermieden werden. Sie seien in der Gesamtmenge jedoch so gering, dass die Bezeichnung des Abfallschlüssels mit 170301 weiterhin zutreffend sei.
- 96** Nach der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten zu den Hinweisen und Ausführungen in der mündlichen Verhandlung ergänzend Stellung genommen.
- I.
- 97** Die sofortige Beschwerde hat keinen Erfolg.
- A.
- 98** Der Nachprüfungsantrag ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.
- 99** Im Beschwerdeverfahren hat sich der Nachprüfungsantrag durch die erfolgte Zuschlagserteilung der Sache nach erledigt. Die Antragstellerin konnte gemäß §§ 178 S. 2 i.V.m. 168 Abs. 2 S. 2 GWB ihre Anträge entsprechend umstellen und nunmehr beantragen, festzustellen, dass sie durch den Antragsgegner in ihren Rechten verletzt wurde (Fortsetzungsfeststellungsantrag).
- 100** Voraussetzung ist ein Feststellungsinteresse; dies ist bei jedem Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art gegeben. Die beantragte Feststellung muss geeignet sein, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Ein solches Feststellungsinteresse ist anzunehmen, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. Ausreichend ist insoweit, dass vorgetragen wird, es bestünde die Absicht, Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Ein solcher Schadensersatzprozess darf zudem nicht völlig aussichtslos erscheinen (Damaske in: Müller Wrede, GWB, § 178 Rn. 43).
- 101** Diese Voraussetzungen liegen hier hinsichtlich der Anträge zu I.1., 2., 4.-12. vor. Antrag zu I.3 fehlt das Feststellungsinteresse:
- 102** Die Antragstellerin hat ausgeführt, dass sie das Beschwerdeverfahren zur Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen weiterführe (Bl. 325). Sie beabsichtige dabei nicht nur Ansprüche auf Ersatz des erlittenen Vertrauensschadens, sondern auch aus c.i.c hinsichtlich des entgangenen Gewinns geltend zu machen. Insoweit berufe sie sich auf die wettbewerbsverzerrende Vorbefassung von Mitbieter. Hätte sie ein Angebot ohne Rechtsverstöße des Antragsgegners abgegeben, hätte dies eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt.

- 103** Dieser Vortrag genügt für die Annahme eines Feststellungsinteresses hinsichtlich der behaupteten Vergabeverstöße gemäß Antrag zu Ziff. I (mit Ausn. von Ziff. 3.). Ein Schadensersatzprozess ist nach dem Vortrag der Antragstellerin mit hinreichender Sicherheit zu erwarten und erscheint nicht offensichtlich aussichtslos.
- 104** Für das Bestehen des Feststellungsinteresses ist unerheblich, dass nicht nur ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, sondern auch des positiven Interesses geltend gemacht werden soll. Ausreichend für das Feststellungsinteresse ist jedenfalls, dass ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nicht völlig ausgeschlossen erscheint. Ob dies hinsichtlich des positiven Interesses anders zu beurteilen ist, bedarf hier keiner Entscheidung.
- 105** Der Antrag, festzustellen, dass die Bestimmung zur Mindestannahmekapazität der Zwischenlager, wonach jedes vom Bieter benannte Lager eine Mindestannahmekapazität von mindestens 3000 t pro Tag aufweisen muss, wobei die hohen Anlieferungsmengen an mehreren aufeinanderfolgenden Tagen anfallen können, unter Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz derart unbestimmt ist, dass der Beschwerdegegner sie zu einem Ausschluss der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Lagers nutzen könnte, ist dagegen unzulässig. Es fehlt insoweit am Feststellungsinteresse. Es besteht kein Interesse der Antragstellerin daran, zu klären, dass der Antragsgegner diese Klausel zu einem Ausschluss hätte nutzen können. Die Antragstellerin ist nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Der Antragsgegner hatte zwar die Eignung bezweifelt mit Schriftsatz vom 4.11.2019 (Bl 392ff VK-Akte). Im weiteren Verfahrenslauf hat er daran indes nicht festgehalten.
- B.
- 106** Die Feststellungsanträge sind, soweit sie zulässig sind, unbegründet. Im Einzelnen:
- 107** 1. Die quotale Vorgabe, wonach 80% Prozent des teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, stellt einen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften, insbesondere die Abfallhierarchie dar, so dass es der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverstoß nicht möglich ist, ein chancenreiches Angebot mit einer 50% übersteigende Quote zu thermischen Verwertung/Behandlung abzugeben
- 108** Der Feststellungsantrag hat keinen Erfolg.
- a.
- 109** Die bereits im Eilbeschluss dargestellten Bedenken hinsichtlich des Bestehens einer Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, soweit sich die Antragstellerin auf tatsächliche Unmöglichkeit beruft, werden im Einzelnen im Zusammenhang mit Antrag zu Ziffer 7 und 8 erörtert. Hierauf wird aus Gründen der leichteren Lesbarkeit verwiesen.
- b.
- 110** Soweit die von der Antragstellerin behaupteten rechtlichen Hinderungsgründe - Forderung eines den Vorgaben des KrWG widersprechenden Angebots - als doppelrelevante Tatsachen sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit betreffen, gilt Folgendes:
- 111** Im Ergebnis ohne Erfolg rügt die Antragstellerin die geforderte, 50% übersteigende Quote zur thermischen Verwertung als Verstoß gegen abfallrechtliche Vorgaben. Die hier gewählte Vorgabe einer Verwertungsquote von 80% thermische Behandlung/20% deponiebautechnische Zwecke beeinträchtigt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 6 GWB.
- 112** aa. Grundsätzlich darf der öffentliche Auftraggeber entscheiden, ob und was beschafft werden soll (Beschaffungsautonomie). Die Bestimmung des Auftragsgegenstandes muss 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 Sachver-

haltsermittlung, es dürfen keine sachwidrigen Erwägungen eingeflossen sein und alle zu berücksichtigenden Gesichtspunkte müssen angemessen und vertretbar gewichtet worden sein (vgl. Senat, Beschluss vom 19.4.2019 - 11 Verg 2/19 - Flugzeugschlepper; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.8.2012 - VII Verg 10/12).

- 113** Die Grenze dieses Ermessens- und Beurteilungsspielraums bilden hier u.a. die zwingenden Vorgaben des Kreislaufwirtschaftsgesetzes. Ein Bieter kann im Nachprüfungsverfahren demnach auch geltend machen, dass bei der Bestimmung des Auftragsgegenstands entsorgungsrechtliche Vorschriften insbesondere das KreislaufwirtschaftsG nicht hinreichend berücksichtigt wurden und dadurch der Auftraggeber die vergaberechtlichen Grenzen seiner Bestimmungsfreiheit überschritten hat. Die Vorgaben in §§ 6 ff. KrWG gehören zwar nicht unmittelbar zu den Normen des Vergaberechts, sind jedoch anerkanntermaßen inzident im Rahmen der vergaberechtlichen Brückennorm(en) wie § 97 Abs. 6 GWB zu prüfen (vergleiche OLG München, Beschluss vom 09.03.2018 - Verg 10/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012 - VII Verg 105/11).
- 114** Vorgaben zur Abfallbewirtschaftung müssen sich insbesondere an der in § 6 Abs. 1 KrWG niedergelegten Abfallhierarchie orientieren. Diese Rangfolge lautet wie folgt: Vermeidung, Vorbereitung zur Wiederverwendung, Recycling, sonstige Verwertung, insbesondere energetische Verwertung und Verfüllung, Beseitigung. Gemäß § 6 Abs. 2 KrWG soll nach Maßgabe der §§ 7 und 8 Kreislaufwirtschaftsgesetz diejenige Maßnahme Vorrang haben, die den Schutz von Menschen und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen unter Berücksichtigung des Vorsorge- und Nachhaltigkeitsprinzips am besten gewährleistet. Dabei ist der gesamte Lebenszyklus des Abfalls bei der Betrachtung der Auswirkungen zugrundezulegen, insbesondere die zu erwartenden Emissionen, das Maß der Schonung der natürlichen Ressourcen, die einzusetzende und zu gewinnende Energie sowie die Anreicherung von Schadstoffen in Erzeugnissen. § 6 Abs. 2 KrWG ermöglicht damit eine Abweichung von der Rangfolge gemäß Abs.1, die allerdings zu rechtfertigen ist. §§ 7, 8 KrWG setzen die Grundsätze weiter um. Auch hier findet sich zunächst der Vorrang der Verwertung von Abfällen vor deren Beseitigung, wovon wiederum abgewichen werden kann, wenn es dem Schutz von Menschen und der Natur dient. § 8 KrWG konkretisiert die Verwertungspflicht (näher auch OLG München, Beschluss vom 09.03.2018- Verg 10/18).
- 115** bb. Die hier gewählte Verwertungsvorgabe entspricht den Vorgaben des KrWG.
- 116** Der Antragsgegner ist zunächst von einem richtigen und umfassend ermittelten Sachverhalt ausgegangen. Dem Vergabevermerk kann entnommen werden, dass der Antragsgegner die vier für teer-/pechhaltigen Straßenaufbruch grundsätzlich bestehenden Entsorgungsverfahren ermittelt und in ihren Besonderheiten eingehend dargestellt hat (Wiedereinbau des aufbereiteten Straßenaufbruchs in einer Baumaßnahme, Beseitigung auf einer Deponie, Verwertung auf einer Deponie, thermische Behandlung mit energetischer Verwertung, Bl. 8, 9 Vergabekammerakte). Nach einer Beurteilung der mit den jeweiligen Entsorgungsverfahren verbundenen Vor- und Nachteile gelangte der Antragsgegner zu einer Abwägung der Verwertungsmöglichkeiten einer thermischen Behandlung einerseits und einer Verwertung im Deponiebau andererseits. Diese Einengung auf zwei Entsorgungsverfahren begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Hinsichtlich des Wiedereinbaus des aufbereiteten Materials in eine Baumaßnahme verweist der Antragsgegner insbesondere zurecht auf die damit verbundenen Risiken. Der teerhaltige Straßenaufbruch, der das im Pech verwendete krebserregende Bindemittel der polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffe (PAK) enthält, soll seit Anfang 2018 nicht mehr in Tragschichten von Bundesfernstraßen eingebaut werden (Allgemeines Rundschreiben Straßenbau, Anlage AG 2, Bl. 457 ff.). Diese Regelung ist gemäß Schreiben des hessischen Wirtschaftsministeriums auch auf die hessischen Landesstraßen anzuwenden (Anlage AG 3, Bl. 461). Damit stehen die im Gutachten Öko-Effizienzanalyse (Anlage ASt 5) von 2006 aufgeführten Optionen des Hocheinbaus (überbauen einer vorhandenen Straße) bzw. Tiefeinbaus (Ausbau, aufbereiten und neu einbauen) sowie der ebenfalls aufgeführte Hoch-/Tiefbau nur noch sehr eingeschränkt als Verwertungsoption zur Verfügung.

Die reine Deponierung unterfällt, wie vom Antragsgegner zu Recht ausgeführt, der letzten Stufe der Abfallhierarchie in Form der Beseitigung und ist mithin anderen Verwertungsoptionen nicht gleichrangig.

- 117** Die vom Antragsgegner in den Mittelpunkt der Abwägungsentscheidung gerügten Verwertungsmöglichkeiten der thermischen Behandlung einerseits und der Verwertung auf einer Deponie andererseits stellen sich damit - auch auf Basis der von der Antragstellerin zur Akte gereichten Studien - als die derzeit relevanten Verfahren dar. Alle drei Studien (Anl. 4: Seite 6, Anl. 5: S 14, Anl. 6: Seite 10,11) gehen maßgeblich zum einen auf den Einsatz im Deponiebau (Nutzung des Materials für Deponiestraßen oder die Modellierung von Anlagen auf Deponien (Deponiebauersatzstoff)) oder aber eine reine Deponierung ein. Dabei sind die Übergänge zwischen der reinen Deponierung und dem Deponiebau laut Gutachten IFEU fließend (Anl. 6: Seite 11). Zum anderen beleuchten sie die Möglichkeiten der thermischen Behandlung, bei der die Schadstoffe vollständig zerstört werden und gesäubertes zerkleinertes Material anfällt (Anl. 4: Seite 6, Anl. 5: Seite 14, Anl. 6: Seite 13).
- 118** Dem Antragsgegner kann hinsichtlich seiner Erwägungen im Zusammenhang mit der Ermittlung der Vor- und Nachteile einer thermischen Verwertung/Behandlung auch nicht vorgeworfen werden, dass er zu Unrecht von der Möglichkeit der Energiegewinnung ausgegangen ist. Vielmehr ergibt sich aus den vorgelegten Studien, dass mit der thermischen Verwertung eine Energiegewinnung verbunden ist: Gemäß Gutachten IFEU (Anl. 6, Seite 13) entsteht bei der Verbrennung aus dem Teer und Erdgas Energie, die teilweise in Strom umgewandelt werden könne. Der energetische Wirkungsgrad der thermischen Behandlung sei von standörtlichen Rahmenbedingungen abhängig (Seite 15). Auch die Studie des Fraunhofer-Instituts spricht davon, dass bei der thermischen Behandlung über ein umfassendes Wärmerückgewinnungskonzept Strom erzeugt werden kann (Seite 18). Soweit die Studie Ökoeffizienz-Analyse (Anl. 5) keine Verweise auf die Möglichkeiten einer Energiegewinnung enthält, lässt sich dies mit ihrem Entstehungsdatum 2006 erklären. Ausweislich S. 15 existierte damals allein eine Anlage von Stadt4.
- 119** Ob die Begrifflichkeit der „thermischen Verwertung“ ausschließlich dann korrekt ist, wenn die gewonnene Energie größer ist als die eingesetzte - wie von der Antragstellerin vertreten -, kann an dieser Stelle offenbleiben. Ersichtlich ist der Antragsgegner bei der Verwendung der Formulierung der thermischen Verwertung nicht davon ausgegangen, dass ein Energieüberschuss - der nach Ansicht der Antragstellerin für die Begrifflichkeit thermische Verwertung erforderlich wäre - produziert wird. Er verwendet die Begriffe thermische Verwertung/thermische Behandlung ausweislich der Vergabeunterlagen vielmehr weitgehend synonym - wie auch die Antragstellerin selbst im Rahmen ihrer Rüge und des Nachprüfungsantrags. Auch in der Studie des Fraunhofer-Instituts wird von thermischer Verwertung gesprochen, ohne dass Anhaltspunkte vorliegen, dass in strenger Abgrenzung zur thermischen Behandlung tatsächlich mit dieser Begrifflichkeit von einem Verfahren mit einem Energieüberschuss ausgegangen wird (gem. Seite 19 der Studie weist die Energiebilanz zwar steigende Wärmegewinnungswerte auf, die jedoch alle unterhalb des eingesetzten Energieniveaus liegen). Ein Ermessensfehler kann mithin auf die gewählte Begrifflichkeit nicht gestützt werden; ihre entsprechende Rüge verfolgt die Antragstellerin auch nicht mehr im Rahmen der hier vorliegenden Feststellungsanträge.
- 120** Der Antragsgegner ordnet in Ziff. 4.3 der Ausführungsbeschreibung die beiden näher betrachteten Methoden der thermischen Behandlung einerseits und des Deponiebaus andererseits auch zu Recht jedenfalls der 4. Stufe der Abfallverwertungshierarchie nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 KrWG zu. Die 4. Stufe befasst sich mit der sonstigen Verwertung, insbesondere energetischen Verwertung und Verfüllung. Sie erfasst systematisch demnach alle Fälle, die nicht unter § 6 Abs. 1 Nr. 1-3 KrWG fallen und auch keine Beseitigung darstellen. Die genannten Optionen stellen eindeutig keine Beseitigung des Straßenaufbruchs dar. Ob die thermische Behandlung, die eine Wiederverwertung des gereinigten Gesteinsmaterials ermöglicht, bereits der 3. Stufe (Recycling) zugeordnet werden kann,



kann dabei im Ergebnis hier offenbleiben; dies würde sich jedenfalls nicht im Sinne der Antragstellerin zu Gunsten einer höheren Deponiequote auswirken.

- 121** Ohne Erfolg meint die Antragstellerin, die Vorgabe eines 50% übersteigenden Anteils zur thermischen Verwertung/Behandlung stelle einen Verstoß gegen die Abfallhierarchie dar. Offen bleibt insoweit bereits, aus welchen Gründen aus Sicht der Antragstellerin eine 50 % übersteigende Quote des Anteils des thermisch zu behandelnden Straßenaufbruchs gegen die Vorgaben des KrWG verstoßen soll, nicht aber eine von der Antragstellerin für rechtmäßig gehaltene Quote bis zu 50%. Eine Erläuterung der Antragstellerin fehlt, obwohl sie ihren eigenen Angaben nach ein Angebot mit einer Aufteilung von 50 % thermischer Behandlung zu 50 % Deponiebau als rechtmäßig einordnen würde.
- 122** Die Einwände der Antragstellerin gegen die hier vorgenommene quotale Aufteilung überzeugen jedenfalls im Ergebnis nicht. Dabei rechtfertigt allerdings nicht bereits das Wahlrecht zwischen gleichrangigen Verwertungsmaßnahmen im Sinne von § 8 Abs. 1 S. 2 KrWG die Entscheidung des Antragsgegners. Vielmehr ergibt sich aus § 8 Absatz 1 S. 1 KrWG, dass grundsätzlich bei den Entsorgungsmaßnahmen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2-4 KrWG diejenige Vorrang hat, die den Schutz von Menschen und Umwelt nach Art und Beschaffenheit des Abfalls am besten gewährleistet. Insoweit verweist die Antragstellerin zu Recht darauf, dass hier der gesamte Lebenszyklus des Abfalls zu berücksichtigen ist sowie die zu erwartenden Emissionen, das Maß der Schonung der natürlichen Ressourcen, die einzusetzende und zu gewinnende Energie sowie die Anreicherung von Schadstoffen in Erzeugnissen (vergleiche auch OLG München, Beschluss vom 09.03.2018 - Verg 10/18). Bedeutung erlangen auch die technischen Möglichkeiten, die wirtschaftliche Zumutbarkeit und die sozialen Folgen der Maßnahme.
- 123** Der Antragsgegner hat eine ausreichende Abwägung im Sinne von § 8 Abs. 1 KrWG vorgenommen, im Vergabevermerk niedergelegt und im Nachprüfungs- sowie Beschwerdeverfahren ausführlich erläutert. In Übereinstimmung mit den Ausführungen des OLG München (Beschluss vom 09.03.2018 - Verg 10/17, Rn. 36) geht der Senat dabei davon aus, dass §§ 6-8 KrWG eine komplexe Prüfung und Abwägung für unterschiedliche Ziele und Folgen verlangen. Weder aus der Gesetzesbegründung noch aus den Kommentartexten kann aber geschlussfolgert werden, dass eine Vergabestelle bei Ausschreibung von Entsorgungsleistungen nur dann bestimmte Verwertungsmaßnahmen vorgeben darf, wenn diese Entscheidung mit einer umfassenden Ökobilanz i.S.d. DIN EN ISO 14044 unterlegt wird (OLG München ebenda). Notwendig, aber auch ausreichend, ist es, wenn die zentralen Aspekte, die für bzw. gegen die beabsichtigte Festlegung sprechen, gegenübergestellt und bewertet und dabei die grundlegende Konzeption des KrWG beachtet wird (OLG München ebenda).
- 124** Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf weitergehende Kommentarliteratur verweist, ist bereits offen, ob die dort teilweise erfolgte Verwendung des Begriffs der „Ökobilanz“ sich tatsächlich auf ein Bilanzierungsverfahren im Sinne der DIN EN ISO 14044 beziehen soll oder allein als Umschreibung der unstreitig erforderlichen umfassenden Abwägung der mit dem jeweiligen Verfahren verbundenen Vor- und Nachteile zu verstehen ist (Beckmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 6 KrWG Rn. 52, 65; Reese, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 6 Rn. 22 spricht von umfassender „Ökobilanzierung“ bzw. § 8 Rn. 14 „Ökobilanzvergleich“; Frenz, in: Fluck/Frenz/Fischer/Franßen, KrWG, § 6 Rn. 46ff, insbesondere Rn. 53 verwendet nicht das Wort Ökobilanz, sondern nur ökologischer Folgenvergleich). Gründe der in jedem Vergabeverfahren zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeit gemäß § 97 Abs. 1 GWB sprechen jedenfalls dafür, keine den strengen Vorgaben der DIN EN ISO 14044 entsprechende Ökobilanz zu verlangen, sondern einen umfassenden Abgleich der zentralen Aspekte unter Berücksichtigung der gesetzlichen Rahmenbedingungen des KrWG zu fordern, aber auch ausreichen zu lassen.
- 125** Damit kommt es hier nicht darauf an, dass die Studie des Fraunhofer-Instituts ausweislich der eigenen Angaben (Seite 12) zwar die Komponenten „Identifizierung der signifikanten Parameter anhand der Ergebnisse der Sach- und Wirkungsbilanz, Vollständig-

keit-, Sensitivität- und Konsistenzprüfungen und Einschränkungen, Schlussfolgerungen und Empfehlungen“ enthält, jedoch keine „kritische Prüfung“ im Sinne der DIN EN ISO 14044 durchgeführt wurde. Laut Vergabevermerk ging der Antragsgegner auch selbst allein davon aus, dass diese Studie „in Anlehnung“ an die DIN erstellt wurde; er hat sie folglich entgegen den Behauptungen der Antragstellerin nicht fälschlicherweise als DIN-gemäß eingeordnet.

- 126** Es stellt sich auch nicht als ermessensfehlerhaft dar, dass der Antragsgegner im Rahmen der Abwägung maßgeblich die Studie des Fraunhofer-Instituts herangezogen hat. Der Antragsgegner hat - in Übereinstimmung mit den Angaben der Antragstellerin - im Rahmen des Vergabevermerks darauf hingewiesen, dass in jüngerer Zeit zur hiesigen Problematik die IFEU-Studie (2017) sowie die Studie des Fraunhofer-Instituts (2019) veröffentlicht wurden. Der Antragsgegner hat die Studie des Fraunhofer-Instituts als die „aktuellere und detailliertere“ Studie seinem Abwägungsvorgang zugrundegelegt (Bl. 10 Vergabekammer); weiterhin hat er auch die Ergebnisse der IFEU Studie laut Vergabevermerks berücksichtigt.
- 127** Dieses Vorgehen begegnet keinen Bedenken, insbesondere im Hinblick darauf, dass beide Studien die Vor- und Nachteile der thermischen Behandlung unter ökobilanziellen Gesichtspunkten eingehend erörtern und neben den Gesichtspunkten der Energiegewinnung die Vorteilhaftigkeit einer thermischen Behandlung u.a. in enger Anlehnung zu den jeweils zurückzulegenden Transportstrecken bestimmen.
- 128** Die Studie des Fraunhofer-Instituts berücksichtigt - wie auch die IFEU-Studie - u.a. die Aspekte des Transports, der Substitution von Rohstoffen, der Rückgewinnung von Energie und der Vermeidung eines anderweitigen Transports der substituierten Rohstoffe. Laut Vergabevermerk hat der Antragsgegner zudem gewertet, dass gemäß den Ausführungen in beiden Studien der Vorteil einer vollständigen, dauerhaften Zerstörung des pechhaltigen Abfalls bilanziell kaum adäquat berücksichtigt werden kann (Bl. 11 Vergabeakte). Berücksichtigt hat der Antragsgegner darüber hinaus, dass mit der thermischen Verwertung/Behandlung eine dauerhafte Beseitigung der Schadstoffe verbunden ist. Ausgehend hiervon erachtete der Antragsgegner - auch unter Verweis auf die in der Studie des Fraunhofer-Instituts angesetzten Entfernungen im „worst case“ (S. 36 der Studie) - für die hier vorliegende Konstellation die thermische Verwertung/Behandlung schlüssig und nachvollziehbar als vorzugswürdig.
- 129** Aus dem Vortrag der Antragstellerin ergibt sich auch nicht, dass die Ergebnisse in der Studie des Fraunhofer-Instituts für die hiesige Konstellation durch die Ergebnisse der anderen beiden von der Antragstellerin zitierten Studien infrage gestellt werden. Dabei kann die Ökoeffizienz-Analyse (Anl. 5) bereits aufgrund ihres Alters (2006) kein bedeutendes Gewicht erlangen. Sie erwähnt Bedingungen, die heute nicht mehr gegeben sind (etwa die Möglichkeit des Einbaus in den Straßenkörper, fehlende Erfahrung mit thermischer Verwertung). Die - vom Antragsgegner laut Vergabevermerk auch berücksichtigte - IFEU Studie (Anl. 6) spricht sich nicht grundsätzlich für eine Vorzugswürdigkeit des Deponiebaus gegenüber der thermischen Behandlung aus. Die Empfehlungen hinsichtlich der Vorzugswürdigkeit entweder des Deponiebaus oder aber der thermischen Behandlung stehen vielmehr u.a. in enger Abhängigkeit insbesondere zu den jeweils anfallenden Transportstrecken (zur Deponie bzw. zur Anlage der thermischen Behandlung) und der damit verbundenen Emissionen. Ausdrücklich wird im Rahmen der IFEU-Studie etwa für Nordwestdeutschland im Hinblick auf das gut ausgebaute Schienen- und Wassernetz die Verbringung in die Niederlande zur thermischen Behandlung gegenüber dem Deponiebau empfohlen. Dies jedenfalls, soweit dort eine teilloptimierte energetische Nutzung erreicht wird. Eine teilloptimierte Nutzung ist ausweislich der Angaben in beiden Studien grundsätzlich gegeben - die geplante Anlage II von X soll dies sogar noch weiter optimieren. Erst wenn die Zusatztransportstrecke zur Anlage der thermischen Behandlung gegenüber der Entfernung zur Deponie mehr als 240 km beträgt (IFEU-Studie S. 43), soll laut den Ergebnissen der IFEU Studie eine Deponieverwertung ökobilanziell vorzugswürdig gegenüber der energetisch teilloptimierten thermischen Behandlung sein. Da die Antragstellerin nicht vorträgt, welche Entfernungen für eine mögliche Deponie-

bauverwertung vorliegend anzusetzen wären, kann auf Basis ihrer Angaben auch nicht ermittelt werden kann, ob man für die hiesige Konstellation auf Basis der IFEU-Studie hier überhaupt zur Vorteilhaftigkeit des Deponiebaus gelangen würde.

- 130** Soweit die Antragstellerin betont, dass im Rahmen der Studie des Fraunhofer-Instituts maßgeblich auf die Anlagen des Unternehmens X abgestellt worden sei, erfolgte auch die Bilanzierung der Entsorgungsoption „thermische Behandlung“ in der von der Antragstellerin als neutrale Studie bezeichneten IFEU-Studie ausweislich der dortigen ausdrücklichen Hinweise „anhand des Praxisbeispiels X“ (IFEU-Studie, S. 14). Zwischen den Studien bestehen damit insoweit keine Unterschiede.
- 131** Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass die Studie des Fraunhofer-Instituts maßgeblich der Refinanzierung der Anlage X II diene, widerspricht dies ihren Ausführungen zum Vorliegen eines allgemeinen Versorgungsengpasses infolge übersteigender Nachfrage nach Optionen zur thermischen Behandlung, so dass es kaum einer weiteren Studie zur Refinanzierung bedürfte.
- 132** Ausgehend von dem bereits erwähnten Grundsatz, dass eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Aspekte erforderlich, aber auch ausreichend ist, stellt sich damit die auf Basis der Studie des Fraunhofer-Instituts hier getroffene Entscheidung für eine Verwertungsquote von 80% thermische Behandlung/20% Deponiebau nicht als vergabewidrig dar. Die gewählte Quotierung berücksichtigt dabei den Bedarf an teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch, wobei sich die Schätzung auf Werte aus der Vergangenheit stützen konnte (Vergabevermerk, Bl. 12 Vergabekammerakte). Offen bleibt hinsichtlich der Kritik der Antragstellerin an der gewählten Quotierung weiterhin, aus welchen Gründen die von ihr angestrebte Entsorgungsquote von 50/50 den dargestellten Anforderungen des KrWG entsprechen sollte, nicht aber die hier gewählte Quote von 80/20. Sollte eine von der Antragstellerin behauptete grundsätzliche Vorrangigkeit der Entsorgung über den Deponiebau bestehen, dürfte auch ein Anteil von 50% thermischer Behandlung ihrer Argumentation nach bedenklich sein.
- 133** Ergänzend wird hinsichtlich der hier gewählten Höhe der Anteile für die thermische Behandlung noch darauf verwiesen, dass die Antragstellerin selbst Anl. 14 vorgelegt. Dort schreibt die Bundesregierung zwar keinen bestimmten Entsorgungsweg vor. Ziel der Bundesregierung ist demnach aber die Etablierung des Verfahrens der thermischen Behandlung bzw. energetischen Verwertung. Dort heißt es darüber hinaus, dass zahlreiche Bundesländer die thermische Behandlung vorgeben würden. Auch dies spricht dafür, die Entscheidung der Antragsgegenseite als ermessensfehlerfrei einzuordnen. Die grundsätzliche Schwerpunktsetzung auf den Bereich der thermischen Behandlung entspricht darüber hinaus anderen ausgeschriebenen Entsorgungsverträgen und nicht zuletzt dem von der Antragstellerin selbst bedienten Projekt in Stadt3. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, im Rahmen von Nachträgen den dortigen 100%igen Anteil an thermischer Behandlung reduziert zu haben, führt sie dies nicht auf die hier untersuchte abfallrechtliche Zulässigkeit zurück. Diese bleibt nach ihrem Vortrag für das Stadt3er Projekt vielmehr uneingeschränkt bestehen hinsichtlich der dortigen 100% Quote. Sie verweist allein auf faktische Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einem Versorgungsengpass. Diese behaupteten tatsächlichen Probleme wirken sich jedoch auf die abfallrechtliche Prüfung nicht aus.
- 134** Die Antragstellerin konnte damit ihre Behauptung, es liege ein Gefälligkeitsgutachten vor, nicht überzeugend untermauern.
- 135** Soweit die Antragstellerin schließlich meint, die Ausschleusung der Schadstoffe sei kein nach dem KrWG zulässig verfolgbares Ziel, überzeugt auch dies nicht. Die Forderung eines für Mensch und Umwelt verträglichen Entsorgungsweges beinhaltet notwendig auch, dass gefährliche Stoffe dauerhaft aus dem Kreislauf entzogen und damit für Mensch und Umwelt unschädlich gemacht werden.
- 136** Ohne Erfolg vertritt die Antragstellerin darüber hinaus die Ansicht, der Antragsgegner sei offensichtlich davon ausgegangen, aufgrund des Prüfergebnisses des Bundesrech-

nungshofes aus dem Jahre 2013, dem Allgemeinen Rundschreiben des Bundesverkehrsministeriums 16/2015 und der Verfügung des hessischen Ministeriums zur Vorgabe der thermischen Behandlung verpflichtet gewesen zu sein. Dieser Einschätzung kann mit dem Text der Ausschreibungsunterlage nicht in Übereinstimmung gebracht werden. Dort wurde lediglich ergänzend auf diese Unterlagen hingewiesen. Auf die Frage des Rechtscharakters des Allgemeinen Rundschreibens kommt es mithin nicht an.

- 137** 2. Festzustellen, dass die quotale Vorgabe, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, eine unverhältnismäßige Beschränkung der Verwertungsoptionen nach § 31 Abs. 3 S. 2 VgV, § 97 Abs. 1 S. 2 GWB darstellt und es der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverstoß nicht möglich ist, ein chancenreiches Angebot mit einer 50 % übersteigende Quote zu thermischen Verwertung/Behandlung abzugeben.
- 138** Hinsichtlich dieses Antrags kann zwar gerade noch im Hinblick auf den hier betonten Aspekt der Verhältnismäßigkeit gegenüber dem Antrag zu 1 ein eigenständiges Feststellungsinteresse erkannt werden. Er hat jedoch keinen Erfolg. Aus den zu Antrag zu 1 ausführlich dargestellten Gründen liegt hier eine ermessensfehlerfreie Ausübung des Leistungsbestimmungsrechtes bezüglich der Vorgabe der Verwertungsquote - insbesondere im Rahmen der Vorgaben des KrWG - vor. Die gewählte Quotierung stellt damit auch keine unverhältnismäßige Beschränkung der Verwertungsoptionen dar.
- 139** Ohne Erfolg verweist die Antragstellerin zudem darauf, dass ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorliege, soweit ökologische Zielsetzungen hier als Primärziele dem Vergaberecht zugrunde gelegt würden. Zum einen lässt sich diese Argumentation nicht in Einklang mit den Ausführungen der Antragstellerin zum KrWG bringen, welches in besonderer Weise ökologische Zielsetzungen in ein Vergabeverfahren hiesigen Zuschnitts implementiert. Zum anderen können gemäß § 97 Abs. 3 GWB strategische Ziele - wie ökologische Zwecke - grundsätzlich in jeder Phase eines Vergabeverfahrens und insbesondere auch bei der vorgelagerten Leistungsbestimmung berücksichtigt werden. Die in § 97 Abs. 1 bis 4 GWB angeführten Vergabeziele, die zu durchaus unterschiedlichen Anforderungen an ein Vergabeverfahren führen können, sind dann über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Aus welchen Gründen dieser hier verletzt sein soll, ergibt sich nicht aus dem Vortrag der Antragstellerin. Der Verweis auf die grundsätzliche Forderung, das wirtschaftlichste Angebot zu bezuschlagen, steht den Anforderungen an die Leistungsbestimmung und -beschreibung, der diese Angebote entsprechen müssen, nicht entgegen.
- 140** 3. Feststellungsantrag zu 3.
- 141** Der Feststellungsantrag ist unzulässig - insoweit wird auf II.A. verwiesen.
- 142** 4. Festzustellen, dass die Regelung zur maximalen Entfernung des Zwischenlagers, wonach die Anlage nicht mehr als 150 km von zentralen Bezugspunkt entfernt liegen darf, als Bietereignungskriterium intransparent ist, so dass unklar ist, ob und inwieweit das Lager der Beschwerdeführerin in Stadt1 die Entfernungsvorgabe erfüllt.
- 143** Dieser Feststellungsantrag ist ebenfalls unbegründet. Die Rüge ist zwar zulässig, aber unbegründet erhoben worden.
- 144** Gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB müssen Eignungsanforderungen in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt werden. Der Ausschreibungstext im Rahmen der Eignung lautet in Ziff. 1.3 „Geographische Lage des Lagers“: „Jedes vom Bieter für das jeweilige Los benannte Lager darf max. 150 km vom zentralen Bezugspunkt des betreffenden Loses entfernt sein.“ (Bl. 371 Vergabekammerakte). Ein erläuternder Zusatz, ob sich die Entfernungsvorgabe auf den Fahrtweg oder den Luftweg bezieht, fehlt in diesem Zusammenhang.
- 145** Im Wege der von einem verständigen Bieter vorzunehmenden Auslegung der Vergabeunterlagen ergibt sich jedoch eindeutig, dass auch hier - ebenso wie im Rahmen des

Wertungskriteriums „Transportwege“ - ausschließlich der Luftweg gemeint ist. Vergabeunterlagen sind in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Maßgeblich ist der Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (BGH, Beschluss vom 15.01.2013 - X ZR 150/10). Für die Auslegung von Vergabeunterlagen ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist (OLG München, Beschluss vom 20.01.2020 - Verg 19/19 Rn. 101). Maßgeblich ist, wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen versteht.

- 146** Ausgehend hiervon ist davon auszugehen, dass der verständige Bieter die Vergabeunterlagen in ihrer Gesamtheit liest und würdigt und im Zweifel von einer sinnhaften Ausgestaltung der formulierten Anforderungen ausgeht. Soweit die Antragstellerin zu Recht darauf verweist, dass die verschiedenen Stufen eines Vergabeverfahrens nicht miteinander vermengt werden dürfen und die Eignungsprüfung der Wertungsprüfung vorgelagert ist, bedeutet dies nicht, dass nicht Formulierungen im Rahmen der Wertungskriterien bei der Auslegung von Eignungskriterien herangezogen werden können. Vergabeunterlagen sind grundsätzlich als Ganzes zu verstehen, so dass ohne Verstoß gegen die Wertungsstufen Formulierungen und Anforderungen, die sich aus den Vergabeunterlagen ergeben, bei der Auslegung auf einer anderen Wertungsstufe relevanter Formulierungen/Anforderungen durchaus Relevanz erlangen können. Dass die Antragstellerin vorliegend die Vergabeunterlagen auch entsprechend in ihrer Gesamtheit gelesen und wahrgenommen hat, ergibt sich aus ihrem Rügeschreiben vom 20.9.2019, welches sich auf verschiedenste Aspekte der Vergabeunterlagen bezieht und gerade eine Inkonsistenz zwischen Eignung und Wertung hinsichtlich der Entfernungsvorgabe aufgreift.
- 147** Liest man die Vergabeunterlagen in ihrer Gesamtheit, kommt damit auch den Regelungen im Rahmen der Formblätter zur „Angebotswertung“ zum Bewertungskriterium „Transportwege“ Bedeutung zu. Dort heißt es u.a., dass „Angebote mit Lager, die mehr als 150 km zum jeweiligen Losmittelpunkt entfernt sind, ...von der Wertung ausgeschlossen“ werden. Weiter wird darauf hingewiesen, dass zur Bewertung jeweils die Entfernung des Lagers zum jeweils festgelegten Bezugspunkt innerhalb eines Losbereiches ermittelt werde. Wörtlich heißt es dann: „Maßgebend für die Wertung ist die Entfernung (Luftlinie) des Lagers zum Bezugspunkt in mathematischer ganze Zahlen gerundeter Kilometerangabe“. Insbesondere der im Rahmen der Vergabeunterlagen - fett gedruckte - Klammerzusatz verdeutlicht, dass im Rahmen des Wertungskriteriums eindeutig und ausschließlich die Luftlinie für die Entfernungsbemessung zwischen Lager und Bezugspunkt ausschlaggebend sein soll.
- 148** Dies wirkt sich denklogisch auf die Auslegung des Begriffs der Entfernung im Rahmen der Eignungskriterien aus: Für einen verständigen Bieter ist klar, dass die Fahrtstrecke einen geringeren Radius umfasst als die Luftlinie, da Fahrtstrecken nicht sternförmig, sondern netzförmig verlaufen. Für einen verständigen Bieter ist damit auch deutlich, dass es keinen Sinn machen würde, die Entfernungsvorgaben im Rahmen der Eignungskriterien anders - und strenger - zu verstehen als bei den Wertungskriterien. Wäre bei den Eignungskriterien mit „Entfernung“ die Fahrtstrecke gemeint, würde das Wertungskriterium „Transportweg“ keinen Sinn mehr machen. Zahlreiche Lager, die in den Wertungskriterien infolge der Maßgeblichkeit allein der Luftlinie grundsätzlich noch gewertet werden könnten, würden überhaupt nicht in die 3. Wertungsstufe gelangen, da das Angebot bereits mangels Eignung aus der Wertung gefallen wäre. Dies war ersichtlich nicht gewollt.
- 149** 5. Festzustellen, dass die Regelung zur maximalen Entfernung des Zwischenlagers, wonach die Anlage nicht mehr als 150 km von zentralen Bezugspunkt entfernt liegen darf, als Bewertungskriterium intransparent ist, so dass unklar ist, welche Entfernungsmaßstab für die Beurteilung des Angebots der Beschwerdeführerin gilt.
- 150** Dieser Feststellungsantrag hat keinen Erfolg; der Nachprüfungsantrag war insoweit zwar zulässig, aber unbegründet.

- 151** Zu Unrecht rügt die Antragstellerin die Intransparenz des Wertungskriteriums, wonach das Lager max. 150 km vom Losmittelpunkt/Bezugspunkt entfernt sein dürfe, als vergabe- und sinnwidrig und meint, dass einmal der Transportweg und einmal die Luftlinie als maßgebliches Bewertungskriterium eingeordnet würden, so dass eine Intransparenz und Widersprüchlichkeit vorliege (157 Vergabekammerakte).
- 152** Wie zu Antrag 4. im Einzelnen ausgeführt, enthalten die Vergabeunterlagen ganz eindeutig eine Definition der Entfernungsvorgabe im Rahmen des Streitgegenständlichen Wertungskriteriums. Es findet sich im Bereich der Formblätter zur Angebotswertung unter dem Punkt „Wertungskriterium „Transportwege““ hinter dem Begriff „Entfernung“ der fett gedruckte Klammerzusatz: „Luftlinie“. Üblicherweise, und so auch hier, dient ein Klammerzusatz der Erläuterung der zuvor verwendeten Begrifflichkeit. Hier soll ersichtlich der Begriff „Luftlinie“ etwaige Unklarheiten hinsichtlich der Formulierung „Entfernung“ beseitigen. Mit dem Klammerzusatz wird aus Sicht eines verständigen Bieters eindeutig klargelegt, dass die Entfernung hier im Sinne der Luftlinie bewertet wird.
- 153** Da das Eignungskriterium, wie dargestellt, in gleicher Weise auszulegen ist, liegt auch keine Widersprüchlichkeit vor.
- 154** 6. Festzustellen, dass die Regelung zur maximalen Entfernung des Zwischenlagers, wonach die Anlage nicht mehr als 150 km von zentralen Bezugspunkt entfernt liegen darf, auch eine Lagerung des teerhaltigen Straßenaufbruchs vor der Verwertungsstelle der X und den übrigen thermischen Verwertungs-/Behandlungsanlagen in den Niederlanden erfasst, so dass die Vergabeunterlagen insoweit intransparent und widersprüchlich sind.
- 155** Der Feststellungsantrag hat keinen Erfolg, die Rüge ist zulässig, aber unbegründet.
- 156** Diese Rüge ist zulässig, insbesondere wurde sie bereits - gemeinsam mit den anderen Rügen der Intransparenz der Zwischenlagerentfernung - im Rahmen des Schreibens vom 20.09.2019 erhoben. Da die Antragstellerin um Aufklärung der ihrer Ansicht nach missverständlichen Angaben gebeten hatte, ist auch davon auszugehen, dass sie sich infolge dieser Angaben an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert sah.
- 157** Die Rüge ist jedoch unbegründet. Es liegt keine Intransparenz vor. Gemäß Z. 1.3 der Anforderungen an die Eignung des Bieters gilt hinsichtlich der Anforderungen an die geographische Lage des Lagers Folgendes: „Jedes vom Bieter für das jeweilige Los benannte Lager darf max. 150 km vom zentralen Bezugspunkt des betreffenden Loses entfernt sein.“
- 158** Bei der gebotenen Auslegung aus Sicht eines verständigen Bieters folgt insbesondere aus der Systematik der Vergabeunterlagen eindeutig, dass mit dieser Entfernungsvorgabe ausschließlich die Entfernung zwischen dem zentralen Bezugspunkt und einem der Verbringungen zur thermischen Anlage vorgelagerten Zwischenlager des Bieters gemeint ist.
- 159** Die zitierte Regelung in Ziff. 1.3 befindet sich im Abschnitt zu den Anforderungen an die Eignung des Bieters. Dieser Abschnitt beginnt mit der klaren Formulierung: „Jeder Bieter hat mindestens eine von ihm selbst betriebene Anlage (Zwischenlager) zur Entsorgung von pechhaltigem Straßenaufbruch, Abfallschlüssel 170301 nach Abfallverbringungsverordnung zu benennen.“ Diese Formulierung verdeutlicht, dass die in Z. 1 - und damit auch in Z. 1.3 - genannten Anforderungen das vom Bieter selbst betriebene Lager betreffen. Ein am Ort der thermischen Verwertungsanlage in den Niederlanden befindliches Annahmelager wird nicht von den hier von der Ausschreibung angesprochenen Bietern betrieben, sondern von dem Betreiber der thermischen Verwertungsanlage selbst. Die Formulierung kann sich mithin denkllogisch nicht auf ein Lager bei der Verwertungsstelle in den Niederlanden beziehen. Dies unterstreicht auch die Regelung in Z. 1.1. Sie befasst sich mit der täglichen Annahmekapazität des vom Bieter zu betreibenden Lagers. Die Annahmekapazität bezieht sich dem Sinnzusammenhang nach eindeutig auf die unmittelbaren Anlieferungen von Straßenaufbruch seitens des Auftraggebers; nicht erfasst sind Anlieferungen des Bieters zur thermischen Anlage.

- 160** Die als Anlage der Ausführungsbeschreibung beigefügte Karte, der die regionalen Bezugspunkte entnommen werden können (Bl. 58), verweist darüber hinaus ausschließlich auf eine Karte von Hessen. Dies unterstreicht das obige Auslegungsergebnis, wonach sich die Entfernungsvorgabe ausschließlich auf das vom Bieter zu betreibende Zwischenlager bezieht und es sich nicht um unmittelbar vor der thermischen Behandlung genutzte Lagerorte in den Niederlanden handeln kann.
- 161** Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin vor wenigen Jahren ein Vergabeverfahren gegen den hiesigen Antragsgegner geführt hat, in dem es unter anderem auch um Lagerkapazitäten ging (Beschluss vom 25.9. 2017, Az.: 69 d-VK-5 50/2016, Bl. 446 ff.). Die Bedeutung der Formulierung „Lager“ entsprach auch dort der hier maßgeblichen.
- 162** 7. Festzustellen, dass die Vorgabe, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs einer thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, infolge des im Angebotszeitraums bestehenden Versorgungsengpasses auf eine unmögliche Leistung und ein wirtschaftliches Wagnis gerichtet sind.
- 163** Diese Feststellung hat in der Sache keinen Erfolg; der Antrag ist bereits unzulässig.
- 164** Es fehlt insoweit an einer Antragsbefugnis der Antragstellerin im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. § 160 Abs. 2 GWB stellt eine Ausformung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses dar und soll sogenannte Populäransprüche verhindern. Der Antragsteller muss grundsätzlich ein Interesse am Auftrag darlegen, eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen, sowie einen entstandenen oder drohenden Schaden durch die behauptete Rechtsverletzung vortragen. Die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 GWB sind von Amts wegen zu beachten. Das Interesse am Auftrag ist zwar nicht zwingend durch die Abgabe eines Angebots zu dokumentieren, da von einem Bieter nicht verlangt werden kann, zur Darlegung seiner Antragsbefugnis ein Angebot einzureichen, dessen Grundlagen er im Vergabenaachprüfungsverfahren als rechtswidrig bekämpft. In diesem Fall muss das Unternehmen aber schlüssig vortragen, gerade durch den Vergabefehler an der Abgabe eines Angebots oder auch nur eines besseren Angebots gehindert worden zu sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019 - VII Verg 66/18 - swissphone; Beschluss vom 21.12.2011 - VII-Verg 74/11; Hoffmann in: Müller-Wrede, GWB, § 160 Rn. 20; Möllenkamp in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 160 Rn. 62). Ein Interesse am Auftrag besteht demnach auch ohne Angebotsabgabe, wenn und soweit die geltend gemachten Vergabeverstöße geeignet sind, den Antragsteller an der Unterbreitung eines chancengleichen Angebots gehindert oder erheblich beeinträchtigt zu haben (OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.12.2011, aaO). Der geltend gemachte Vergabeverstoß muss folglich eine aussichtsreiche Angebotsabgabe kausal unmöglich oder unzumutbar machen (Möllenkamp ebenda § 160 Rn. 64). Nach OLG Düsseldorf muss jedenfalls ein gewichtiger Vergabefehler gerügt werden und schlüssig vortragen, durch diesen an der Abgabe eines Angebots gehindert worden sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, aaO).
- 165** Den Angaben der Antragstellerin kann nicht entnommen werden, dass sie infolge des behaupteten Versorgungsengpass an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert war. Insbesondere legt sie nicht dar, dass sie konkret nicht in der Lage gewesen wäre, nach einer rechtmäßigen Verbringung des Abfalls in die Niederlande diesen dort entsprechend den Vorgaben thermisch behandeln zu lassen.
- 166** Soweit die Antragstellerin sich allgemein auf das Vorliegen eines Versorgungsengpasses beruft, genügt dies nicht. Erforderlich wäre vielmehr Vortrag, aus dem sich konkret ergibt, dass die Antragstellerin infolge des behaupteten Engpasses an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert war. Dieser fehlt.
- 167** Der Senat geht zwar - wie bereits im Einzelnen im Rahmen des Eilbeschlusses ausgeführt - davon aus, dass die Antragstellerin einen allgemeinen Versorgungsengpass nicht allein ins Blaue hinein behauptet hat. Die von der Antragstellerin eingereichten Anlagen 12-16 und 31 enthalten vielmehr hinreichend konkrete Anknüpfungspunkte für die An-

nahme eines grundsätzlichen Engpasses im Bereich der thermischen Verwertung/Behandlung. In Anlage Anl. 34 heißt es zudem, dass neue Importe aus Deutschland aktuell noch in näherer Zukunft eher nicht genehmigt würden.

**168** Die Bedeutung dieser Anlagen wird allerdings bereits durch den Inhalt anderer Anlagen relativiert. Der seitens der Antragstellerin zum Beleg eines Versorgungsengpasses eingeführten Aussage der Firma X gemäß Anl. 13, dass derzeit keine freien Annahmekapazitäten bestehen, steht der Inhalt der Anlage AG 6 - ebenfalls von der Fa. X - gegenüber, wonach eine gleichbleibende Menge an Entsorgungsmaterial (400.0000 t) zur thermischen Reinigung in den Jahren 2019 und 2018 entgegengenommen worden sei. Für 2020 wurde gemäß diesen Angaben von X die Annahme von 600.000 t aus dem Ausland in Aussicht gestellt und für 2021 - infolge der Inbetriebnahme einer zweiten Anlage - von 1,2 Mio. t aus dem Ausland (Bl. 167f Vergabeakte). Soweit die Antragstellerin zu Recht darauf verweist, dass nicht der Umfang der Verwertungsmöglichkeiten für das Vorliegen eines Engpasses ausschlaggebend ist, sondern die Nachfrage danach, folgt aus den Angaben von X für das hier für die Ausschreibung maßgebliche Jahr 2020 bereits ein Verweis auf um ½ erhöhte Annahmekapazitäten gegenüber 2019. Für 2021 wurde eine Verdoppelung der Annahmekapazität in Aussicht gestellt. Dass der tatsächliche Bedarf noch über diesen Erhöhungen liegt, hat die Antragstellerin nicht konkret dargelegt. Soweit die Antragstellerin die zitierten Zahlen bestreitet, ersetzt dies nicht positiven Vortrag zum Vorliegen des von ihr behaupteten Versorgungsengpasses.

**169** Unabhängig von den dargestellten Bedenken, ob auf Basis der zur Akte gelangten Unterlagen von einem allgemeinen Versorgungsengpass auszugehen ist, fehlen jedenfalls Darlegungen, dass der Antragstellerin selbst infolge eines unterstellten Versorgungsengpasses die Abgabe eines Chancen reichen Angebotes nicht möglich gewesen ist. Dabei kann hier auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragstellerin entsprechende Darlegungen nicht möglich gewesen wären. Soweit die Antragstellerin unter Hinweis auf die politische Bedeutung der Entsorgungslage behauptet, dass kein niederländischer Entsorger ihr eine entsprechende abschlägige Entscheidung schriftlich übermitteln würde, widerspricht dies der von ihr selbst eingereichten Anlage 13, wonach ihrer Schwester-Gesellschaft durchaus eine abschlägige Entscheidung schriftlich übermittelt worden war. Selbst wenn - wie von der Antragstellerin behauptet -, nur mündlich, aber nicht schriftlich der Versorgungsengpass kommuniziert würde (Bl. 422 Vergabeakte), hätte die Antragstellerin zumindest substantiiert darlegen müssen, wann, welche hinsichtlich Zeitpunkt und Umfang näher bestimmte Anfrage wie beantwortet wurde. Hinreichend konkreter Vortrag zu entsprechend jedenfalls mündlich abschlägig beschiedenen Anfragen fehlt. Die Antragstellerin behauptet - unter Zeugenbeweis - allein, sich im April 2019 um weitere Kapazitäten zur thermischen Verwertung bemüht und insoweit sowohl von der X als auch von Firma1 Stadt4 Absagen erhalten zu haben (Bl. 658 der Vergabekammerakte). Diese Angaben sind zu pauschal, um auf einen konkret für die Antragstellerin bestehenden Versorgungsengpass zu schließen. Offen ist bereits, in welchem Umfang Versorgungskapazitäten nachgefragt wurden. Darüber hinaus bezieht sich die Anfrage auf einen Zeitraum, der knapp ein halbes Jahr vor der hier streitgegenständlichen Ausschreibung liegt. Der Antragstellerin wurden unstreitig für das Jahr 2019 fünf Notifizierungen für den maßgeblichen Abfallschlüssel erteilt. Die Antragstellerin betont insoweit zudem, dass diese Notifizierungen insbesondere im ersten Halbjahr 2019 erteilt worden seien. Auch wenn zwischen dem behaupteten tatsächlichen Engpass und der Erlaubnis zur Verbringung zu unterscheiden ist, erscheint es wenig plausibel, dass die Erlaubnis zur Verbringung des Abfalls ins Ausland erteilt wird, wenn offensichtlich ein Engpass vorhanden ist und der Erlaubnis keine entsprechenden tatsächlichen Verwertungsmöglichkeiten gegenüberstehen. Dies wäre jedenfalls näher zu erläutern gewesen.

**170** Ihren eigenen Angaben nach hat die Antragstellerin zudem im September 2019 - dem Zeitpunkt der hier maßgeblichen Ausschreibung - eine Notifizierung beantragt und im Dezember 2019 erlangt. Vortrag zu - jedenfalls mündlich - abschlägigen Verwertungsanfragen oder Notifizierungsanträgen für diesen Zeitraum liegt nicht vor.

**171**



Der als Anl. 16 eingeführte E-Mail-Verkehr zwischen der Antragstellerin und der EVOA (Notifizierungsstelle in den Niederlanden) vom November 2019 belegt ebenfalls keinen sich konkret auf die Antragstellerin auswirkenden Versorgungsengpass. Ihm lässt sich im Wesentlichen nur entnehmen, dass keine konkreten Angaben gemacht werden können, sofern keine konkreten Anfragen vorliegen.

**172** 8. Festzustellen, dass es allgemein und für die Beschwerdeführerin unmöglich ist, die nach Z. 2.1 der Anforderungen an die Eignung des Bieters geforderten Notifizierungen im Angebotszeitpunkt vorzulegen und die Leistungsbeschreibung damit nicht realisierbar ist.

**173** Dieser Feststellungsantrag hat keinen Erfolg. Die zugrundeliegenden Rügen sind unzulässig.

a.

**174** Im Rahmen ihres Rügeschreibens vom 20.09.2019 hatte die Antragstellerin unter III. bemängelt, dass „Vorratsnotifikationen“ abfallrechtlich nicht vorgesehen seien und eine nicht realisierbare Leistungsbeschreibung vorliege. Sie hatte konkret ausgeführt: „Die zur Verbringung von Abfall ins Ausland notwendigen Notifizierungsunterlagen können indes rechtstatsächlich nicht auf Vorrat vorgelegt werden, sondern nur in Bezug auf einen konkret anstehenden Abfalltransport. Demnach ist die Anforderung der Notifizierungsunterlagen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nach Maßgabe des § 121 Abs. 1 GWB vergaberechtswidrig.“ (S. 4 des Rügeschreibens).

**175** Für diese rechtzeitig erhobene Rüge fehlt es der Antragstellerin an der Antragsbefugnis: Die Rüge bezog sich auf die unterstellte Verpflichtung der Vorlage von „Vorratsnotifizierungen“. Vorratsnotifikationen waren gemäß den Ausschreibungsunterlagen weder explizit noch mittelbar gefordert worden. Nach Ziff. 2.1 der „Anforderungen an die Eignung des Bieters“ muss der Bieter mit der Angebotsabgabe nachweisen, dass alle an der Leistungsverbringung beteiligten Entsorgungsanlagen die erforderlichen rechtlichen Genehmigungen innehaben und dass der vom Bieter vorgesehene Entsorgungsweg tatsächlich durchführbar ist. Gefordert wird die Vorlage aller für die Durchführung der angebotenen Leistungen erforderlichen Genehmigungen. Weiter heißt es: „Bei grenzüberschreitender Verbringung sind ergänzende Unterlagen, eine gültige Notifizierung, vorzulegen.“

**176** Die grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen unterliegt dem Notifizierungsverfahren. Sowohl der Export- als auch der Importstaat müssen der Verbringung des Abfalls ins EU-Ausland schriftlich zustimmen. Eine solche Zustimmung ist grundsätzlich ein Jahr gültig, bei Verwertungsanlagen mit Vorabzustimmung kann die Frist auf bis zu 3 Jahren verlängert werden (Angaben des Umweltbundesamtes unter <https://www.umweltbundesamt.de/themen/abfall-ressourcen/grenzueberschreitende-abfallverbringung/notifizierungsverfahren>, Abrufdatum 13.7.2020). Die in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Notifikationen beziehen sich auf die rechtliche Befugnis des Exports und sind inhaltlich an den Vorgaben der VO 1013/2006 EG (hinsichtlich des erforderlichen Formulars ergänzt durch VO 669/2008 EG Anhang 1C IV) auszurichten. Für den von der Antragstellerin erwähnten Bezug zu einem konkreten Abfalltransport sind Begleitformulare erforderlich, die sich auf eine zuvor erteilte Notifikation beziehen. Notifikationen werden dagegen für ein den Einzeltransport weit überschreitendes Volumen und einen Zeitraum zwischen 1-3 Jahren erteilt. Aus den Angaben der Antragstellerin im Rahmen der Rüge ergab sich damit nicht, dass ihr infolge der vermeintlich geforderten Vorlage von Vorratsnotifikationen ein Schaden entstehen könnte - insbesondere blieb offen, aus welchen Gründen sie die Forderungen an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert haben soll.

b.

**177** Nachdem die Vergabekammer im Rahmen des Hinweisbeschlusses hinsichtlich der Rüge der Vorratsnotifikationen ua. darauf hingewiesen hatte, dass - gemäß eigenen Ermittlungen der Vergabekammer - die Antragstellerin über zwei Notifikationen für das hier

maßgebliche Zwischenlager verfüge (Bl. 585 Vergabekammerakte), so dass es auf die Frage der Vorratsnotifikationen nicht ankomme, hat die Antragstellerin das Vorliegen dieser beiden Notifikationen unstreitig gestellt. Sie verwies jedoch darauf, dass sie „nicht gezwungen werden“ könne, bestehende Notifizierungen für das Ausschreibungsverfahren zu nutzen, da sie dann andere Aufträge nicht mehr bedienen könnte (Bl. 651 Vergabekammerakte).

- 178** Unabhängig von Fragen der Präklusion fehlt es der Antragstellerin insoweit an der Antragsbefugnis. Dass die Antragstellerin durch diesen Umstand an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert war, ergibt sich nicht aus ihrem Vortrag. Der Antragstellerin ist zwar zuzugeben, dass sie Notifikationen für das hiesige Ausschreibungsverfahren nicht nutzen kann und muss, sofern diese bereits über andere Aufträge vollständig gebunden sind. Dies hat sie jedoch vorliegend bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht konkret dargelegt. Trotz mehrfacher Nachfragen ist weiterhin offen, für welche konkreten Aufträge (ausgehend vom eigenen Vortrag der Antragstellerin, dass keine Vorratsnotifikationen erteilt werden, so dass diese Notifikationen im Zusammenhang mit bereits bestehenden Aufträgen stehen) diese beiden Notifikationen (Bl. 192, 197 Vergabeakte) beantragt und im Zeitfenster der sich überschneidenden Gültigkeit mit dem hier maßgeblichen Leistungszeitraum tatsächlich, wenn ja, in welchem Umfang durch anderweitige Aufträge genutzt werden.
- 179** Erstmals nach der nach Schluss der mündlichen Verhandlung seitens des Antragsgegners erfolgten Vorlage von zwei Begleitformularen zur Notifizierung Nr. ... (Anlage AG 14, 15), hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 6.7.2020 vorgetragen, infolge einer zulässigen Behandlung diese Notifikation in einem Umfang von 1.100 bzw. 1.250 m<sup>3</sup> genutzt zu haben. Auf diesen neuen Tatsachenvortrag kommt es indes nicht entscheidungserheblich an. Es ist auch weiterhin nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die unstreitig vorliegenden Notifizierungen für das Lager in Stadt1 zum hier maßgeblichen Abfallschlüssel aus tatsächlichen Gründen heraus nicht als Nachweis im Sinne von Z. 2.1 der Anforderungen an die fachliche Eignung einem Angebot hätten beigefügt werden können. Der Umstand, dass die Antragstellerin im Laufe des gesamten Vergabeverfahrens zudem betont, ein Angebot mit einer Verwertungsquote von 50/50 hätte abgeben wollen, verdeutlicht jedenfalls auch nicht, dass ihr ein solchermaßen quotiertes Angebot aus Gründen fehlender Notifikationen heraus unmöglich gewesen wäre.
- 180** Aus Ziff. 2.1., wonach eine gültige Notifizierung vorzulegen ist, folgt schließlich auch nicht, dass die vorzulegenden Notifizierungen bereits von Anfang an die vollständige Vertragslaufzeit der ausgeschriebenen Leistungen abdecken müssen. Es kommt mithin nicht darauf an, dass die hier der Antragstellerin erteilten Notifizierungen im Laufe dieses Jahrs auslaufen; Verlängerungsoptionen können aus den gleichen Gründen dahinstehen.
- c.
- 181** Soweit die Antragstellerin zudem innerhalb dieses Schriftsatzes rügte, dass eine neue Notifikation nicht innerhalb der Angebotsfrist zu erlangen gewesen sei (Bl. 651 Vergabekammerakte), ist sie hiermit gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Die Antragstellerin hat weder im Rahmen der Rüge vom 20.9.2019 noch im Rahmen des Nachprüfungsantrags darauf abgestellt, dass neue Notifizierungen nicht innerhalb der gesetzten Fristen zu erlangen gewesen wären. Dieses Vorbringen stellt sich auch nicht als weitere Konkretisierung der erhobenen Rüge, Vorratsnotifikationen seien abfallrechtlich unzulässig, dar.
- 182** Die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB dient dazu, den öffentlichen Auftraggeber auf mögliche Vergabefehler hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu geben, diesen rechtzeitig - vor Ablauf der Angebotsfrist - zu korrigieren (sog. Warnfunktion, vgl. Byok in: Byok/Jaeger, GWB, 4. Aufl., § 160 Rn. 108). Die Rüge muss deshalb klar und deutlich erkennen lassen, welche Vergabefehler beanstandet werden (OLG Celle, Beschluss vom 12.05.2005 - 13 Verg 6/05). Darauf bezogene weitere Be-

gründungen und Konkretisierungen sind möglich (vgl. hierzu Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn. 109). Ausgehend von der dargestellten Zwecksetzung kann sinnvoll abgegrenzt werden, ob weiterer Vortrag eine Konkretisierung einer bereits erhobenen Rüge darstellt oder aber eine neue Rüge beinhaltet. Wird ein Gesichtspunkt eingeführt, der bei rechtzeitigem Hinweis dem Antragsgegner eine Korrektur ermöglicht hätte, die von der ursprünglichen Rüge nicht bereits angelegt war, liegt keine Konkretisierung mehr vor. Dies führt hier zur Annahme der Präklusion gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB. Hätte die Antragstellerin bereits im Rahmen ihres Rügeschreibens vom 20. September ausgeführt, dass sie neue Notifikationen benötigen würde, die sie nicht binnen der Angebotsfrist erlangen könne, hätte der Antragsgegner hierauf entsprechend durch eine angemessene Verlängerung der Angebotsfrist reagieren können. Allein die - wie ausgeführt insoweit unzulässig ausgeführte - Rüge, Vorratsnotifikationen seien abfallrechtlich nicht vorgesehen, beinhaltet nicht den Vorwurf, dass neu zu beantragende Notifikationen nicht innerhalb der Angebotsfrist erlangt werden können.

**183** Die zunächst ebenfalls erhobene Behauptung, es würden überhaupt keine neuen Notifikationen erteilt, verfolgt die Antragstellerin offensichtlich nach Vorlage der ihr allein im Jahr 2019 erteilten fünf neuen Notifikationen nicht weiter.

d.

**184** Gleiches gilt, soweit die Antragstellerin im Februar 2020 erstmals darauf hinwies, bestehende Notifikationen jedenfalls aus rechtlichen Gründen im Hinblick auf die Eintragungen in der Rubrik „Abfallerzeuger“ nicht nutzen zu können. Auch insoweit hätte eine fristgerechte Rüge den Antragsgegner in die Lage versetzt, zu überdenken, ob die Angebotsfrist entsprechend verlängert werden soll. Diesem Zweck der Rügeobliegenheit kam die Antragstellerin nicht nach.

**185** Im Übrigen stellt die Rügeverpflichtung eine Ausprägung des grundsätzlich im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren zu beachtenden Beschleunigungs- und Konzentrationsgrundsatz dar (Byok in: Byok/Jaeger, GWB, 4. Aufl., § 160 Rn. 2, 82). Soweit dieser Grundsatz im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren primär Verpflichtungen für die Vergabekammer bzw. den Beschwerdesenat beinhaltet, setzt er voraus, dass die Beteiligten eines Verfahrens den Verfahrensstoff zügig und vollständig aufarbeiten. Dies kann vorliegend hinsichtlich der Darlegungen der Antragstellerin hinsichtlich des von ihr als „Nebenkriegsschauplatz“ bezeichneten Streitpunkts um die Verpflichtung zur Vorlage von Notifikationen nicht erkannt werden. Die noch nach Schluss der mündlichen Verhandlung weiter vertieften Ausführungen der Antragstellerin zu den Anforderungen an die Eintragung des „Abfallerzeugers“ in Feld 9 - auch im aus dem Vortrag nicht deutlichen Verhältnis zur Angabe des „Notifizierenden“ in Feld 1 des Notifizierungsformulars - bedürfen damit keiner abschließenden Stellungnahme.

**186** 9. Festzustellen, dass die Studie des Fraunhofer-Instituts vom 29.01.2019, welche durch einen im Vergabeverfahren erfolgreichen Bieter beauftragt und bezahlt wurde, den Beschwerdegegner in seiner Wahl der Verwertungsoption beeinflusst hat und Teil der argumentativen Basis für die prozentuale Vorgabe der Verwertungsoptionen, wonach 80 % des teerhaltigen Straßenaufbruchs seiner thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, war, so dass eine Wettbewerbsverzerrung der Vorbefassung im Sinne des § 7 VgV vorliegt.

**187** Der Antrag ist unbegründet; die Rüge war bereits unzulässig.

**188** Diese Rüge ist unzulässig, wie bereits vom Senat im Rahmen des Eilbeschlusses im Einzelnen dargelegt. Aus den Ausführungen der Antragstellerin ergibt sich nicht, dass, und aus welchen Gründen der Umstand der zunächst unterlassenen und nachfolgend nachgeholten Übermittlung der von einer Mitbieterin in Auftrag gegebenen Studie des Fraunhofer-Instituts die Antragstellerin an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert hat. Auch nach Übermittlung der Studie hat die Antragstellerin nicht im Einzelnen vorgetragen, aus welchen Gründen sie infolge der erst innerhalb des Vergabeverfahrens erlangten Kenntnis der Studie in ihren Möglichkeiten zur Angebotsabgabe gegenüber der

die Studie in Auftrag gebende Mitbieterin beeinträchtigt gewesen sein soll. Insbesondere fehlt eine nähere Darlegung, welche ihr bis zur Übersendung des Gutachtens nicht bekannten Inhalte der Studie konkrete Auswirkungen auf näher zu benennende Angebotsinhalte hätten haben können, die sie bei früherer Kenntnis der Studie anders und chancengleicher hätte ausgestalten können. Dass es insbesondere im Rahmen der Angebotserstellung auf konkrete Zahlen/Abwägungsergebnisse der Studie des Fraunhofer-Instituts maßgeblich ankam, behauptet die Antragstellerin nicht. Soweit sie anfänglich darauf verwiesen hatte, dass in den Vergabeunterlagen auf die in der Studie des Fraunhofer-Instituts berücksichtigten „elf Wirkungskategorien“ verwiesen werde, führt sie auch nach Überlassung der Studie nicht aus, dass, wenn ja, wie eine Kenntnis dieser 11 Wirkungskategorien für die Angebotsabgabe vorteilhaft gewesen wäre. Darzulegen wäre dann auch gewesen, aus welchen Gründen ein Antrag auf weitere Fristverlängerung für die Abgabe des Angebots einer solchermaßen näher dargelegten Wettbewerbsverzerrung nicht ausreichend abgeholfen hätte. Auch hieran fehlt es. Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die in der Studie des Fraunhofer-Instituts berücksichtigten 11 Wirkungskategorien die potentiellen Umweltwirkungen der thermischen Behandlung abbilden sollen (Seite 20 ff., Anl. 4). Sie beziehen sich auf die grundsätzlich ausweislich der Vergabeunterlagen vom Antragsgegner berücksichtigten allgemeinen Auswirkungen der thermischen Behandlung. Eine individuelle Ausrichtung des Angebots an diesen Wirkungskategorien, die sich etwa auf Gesichtspunkte wie Versauerung, Klimawandel, Ökotoxizität beziehen, kommt damit naturgemäß nicht in Betracht. Die maßgeblich von der Antragstellerin herangezogene IFEU-Studie berücksichtigt zudem ebenfalls sieben Wirkungskategorien ausweislich Tab. 4.1 (Seite 20, Anl. 6). Soweit die Antragstellerin hinsichtlich der Studie des Fraunhofer-Instituts in Hinblick auf die 11 Wirkungskategorien eine Abweichung von den vier Phasen einer Ökobilanz i.S.d. DIN EN ISO 14040 bemängelt, gilt dies damit gleichermaßen für die IFEU-Studie.

- 189** Soweit die Studie des Fraunhofer-Instituts allgemeine Ausführungen zur Vorteilhaftigkeit einer thermischen Verwertung enthält, deckt sie sich in weiten Teilen - wie ausgeführt - mit der der Antragstellerin bekannten IFEU-Studie. Ausweislich der eigenen Werbeunterlagen der Antragstellerin hat sie sich zudem umfangreich mit den ökologischen Vor- und Nachteilen einer thermischen Behandlung bereits seit 2014 auseinandergesetzt. Bereits seit 2012 führt sie im Rahmen eines Auftrags für die ... Stadt3 dortigen Straßenaufbruch der thermischen Verwertung zu. Ihren eigenen Angaben zur Veränderung der Einschätzung dieser Verwertungsart nach verfolgt sie zudem intensiv die ökologischen Folgen dieser Verwertungsart.
- 190** Soweit die Antragstellerin rügt, dass es der Mitbieterin als Auftraggeberin der Studie des Fraunhofer-Instituts infolge vorzeitiger Kenntnis von den dortigen Untersuchungsergebnissen möglich gewesen wäre, früher und preislich günstiger Notifikationen zu erlangen, überzeugt auch dies nicht. Die Antragstellerin verfügt - wie ausgeführt - ebenfalls über Notifikationen und hat im 2019 weitere Notifikationen erlangt. Zu den preislichen Konditionen fehlt jeglicher konkreter Vortrag.
- 191** Soweit die Antragstellerin in der fehlenden Kenntlichmachung des Gutachtens als Parteigutachten einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz sieht, ist ihr zuzugeben, dass es nicht nachvollziehbar ist, aus welchen Gründen das Gutachten nicht von Anfang an den Ausschreibungsbedingungen beigelegt worden war. Es fehlt jedoch auch insoweit an der Antragsbefugnis. Aus den oben dargestellten Gründen ist nicht ersichtlich, wie dieser Umstand die Antragstellerin an der Einreichung eines chancenreichen Angebots konkret gehindert haben soll. Entsprechende Ausführungen wären der Antragstellerin auch möglich gewesen, nachdem sie Kenntnis von der Studie und den dortigen Inhalten erlangt hat.
- 192** 10. Festzustellen, dass die kennzeichnungslose Verwendung der Studie des Fraunhofer Instituts vom 29.1.2019 zulasten der Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen den vergaberechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt.
- 193** Dieser Feststellungsantrag ist unbegründet; die Rüge ist bereits unzulässig gewesen.

- 194** Diese Rüge wurde zwar bereits unter dem 20.9.2020 erhoben; auch hier fehlt es jedoch an hinreichenden Darlegungen, die die Annahme der Antragsbefugnis decken würden. In vergleichbarer Weise wie bei der Rüge zu Z. 9 wäre auch hier darzustellen gewesen, aus welchen konkreten Aspekten folgen soll, dass die zunächst erfolgte kennzeichnungslose Verwendung der Studie des Fraunhofer-Instituts die Antragstellerin an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert hat. Insbesondere im Hinblick auf die nachfolgende Übersendung und damit verbundene Kennzeichnung wäre von der Antragstellerin vorzutragen gewesen, in welcher Form sich die zunächst erfolgte Verwendung der Studie für sie konkret auf die Abgabe eines chancengleichen Angebots ausgewirkt hat. Entsprechende Angaben fehlen. Sollte ihre Einarbeitungszeit gefehlt haben, hätte sie dies entsprechend den Vorgaben des § 160 Abs. 3 GWB rügen müssen.
- 195** 11. Festzustellen, dass zulasten der Beschwerdeführerin in Summe ein Verstoß gegen die Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung im Sinne des § 31 Abs. 6 VgV vorliegt, in dem die Leistungsbeschreibung die Vorgabe enthält, wonach 80% des teerhaltigen Straßenaufbruchs der thermischen Verwertung/Behandlung zuzuführen sind, sowie jene zur Zwischenlagerentfernung und der Tagesannahmemenge, welche die X und deren assoziierten Partner, die Y, faktisch bevorzugen.
- 196** Auch dieser Feststellungsantrag hat keinen Erfolg. Die Rüge war jedenfalls unbegründet.
- 197** Es bestehen allerdings hinsichtlich dieser bereits im Schreiben vom 20.09.2019 enthaltenen Rüge schon erhebliche Bedenken hinsichtlich der Antragsbefugnis. Den Darlegungen der Antragstellerin kann nicht entnommen werden, aus welchen Gründen der behauptete Verstoß gegen die Verpflichtung zu produktneutraler Ausschreibung sie an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert haben soll. Wie oben dargestellt, wurden die Vorgaben zum Prozentsatz der thermischen Verwertung, die Entfernungsvorgaben und die Tagesannahmemenge vergabegemäß aufgestellt; wie bereits dargestellt ergibt sich aus den Ausführungen der Antragstellerin auch nicht, dass diese Vorgabe sie an der Abgabe eines chancengleichen Angebots gehindert haben.
- 198** Jedenfalls aber ist die Rüge unbegründet. Grundsätzlich darf eine Leistungsbeschreibung gemäß § 31 Abs. 6 S. 1 VgV weder offen noch verdeckt auf ein bestimmtes Produkt oder Verfahren verweisen. Zur Wahrung des in § 97 Abs. 2 GWB normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie zur Vermeidung einer Wettbewerbsverengung i.S.d. § 97 Abs. 1 GWB darf eine Leistungsbeschreibung grundsätzlich nicht auf das Angebot weniger Bieter oder gar nur eines Bieters zugeschnitten werden. Ein derartiger Verstoß gegen das Verbot der spezifischen Ausschreibung liegt vor, wenn die Leistungsbeschreibung Merkmale vorgibt, die nur von wenigen oder einem Bieter erfüllt werden können, sofern dieser Zuschnitt nicht aus dem Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.
- 199** Vorliegend ergibt sich aus den Vergabeunterlagen nicht, dass das Ausschreibungsverfahren im Sinne der Behauptung der Antragstellerin „auf die X bzw. ihre assoziierte Partnerin, die Y GmbH zugeschnitten“ ist und damit der Wettbewerb insoweit unzulässig verengt wurde. Nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin bieten neben der X drei weitere Unternehmen in den Niederlanden die hier geforderten Möglichkeiten der thermischen Verwertung an (Stadt4, Firma1, A, Bl. 62). Die Antragstellerin unterhält ihren eigenen Angaben nach jedenfalls auch zu einem Teil dieser anderen Unternehmen Vertragsbeziehungen. Unstreitig verfügt die Antragstellerin zudem - ebenso wie die Y GmbH - über Entsorgungsberechtigungen bei der X
- 200** Den Vergabeunterlagen kann auch nicht entnommen werden, dass die thermische Verwertung bei der X vorgenommen werden muss. Allein die Bezugnahme innerhalb des Vergabevermerks auf die Entsorgungsbedingungen bei der X führt nicht zu einer derartigen Vorgabe, da diese Entsorgungsbedingungen weder Bestandteil der Leistungsbeschreibung geworden sind noch ausschließlich von der X erfüllt werden. Die Ausführungen zu X finden sich vielmehr im Zusammenhang mit den Erläuterungen zu den Vorteilen einer thermischen Behandlung. Wie bereits ausgeführt, hat nicht nur das Fraunhofer-Institut, sondern auch die IFEU-Studie bei der Bilanzierung der Entsorgungsoptionen

auf die Anlagen von X Bezug genommen. Eine Bevorzugung von X kann damit nicht erkannt werden; bereits deshalb kommt es auf die wenig konkrete Behauptung, dass die Y „assozierte Partnerin“ der X sei, nicht an. Die Antragstellerin konkretisiert auch nicht, was sie unter den Begriff der „assozierten Partnerin“ versteht. Versorgungsoptionen stellt X unstreitig nicht nur der Y, sondern u.a. auch der Antragstellerin zur Verfügung.

- 201** 12. Festzustellen, dass die Leistungsbeschreibung entgegen § 121 GWB nicht erschöpfend ist, insbesondere in Bezug auf die kalkulationsrelevanten Umstände, da eine nicht näher bezeichnete Menge von Bitumen und Betondeckenaufbruch Gegenstand der Ausschreibung ist.
- 202** Auch dieser Antrag hat keinen Erfolg; die zulässige Rüge ist unbegründet.
- 203** Die Rüge ist zulässig. Insbesondere liegt keine Präklusion gem. § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB - entgegen den Ausführungen im Eilbeschluss - vor, da die Antragstellerin bereits mit Schreiben vom 20.10.2019 (Anlage 7) gerügt hat, dass eine nicht näher bezeichnete Menge von Bitumen (Abfallschlüssel 170302) und Betondeckenaufbruch (Abfallschlüssel 170101) Gegenstand der Ausschreibung sei, ohne dass diese kalkulationsrelevanten Umstände erschöpfend dargestellt seien.
- 204** Die Rüge ist jedoch unbegründet. Es liegt keine den Anforderungen des § 121 GWB nicht genügende, insbesondere nicht eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung vor. Die Anforderung, eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zu erstellen, dient in erster Linie dazu, dass bei der Vergabestelle geeignete und wertbare Angebote eingehen, unter denen das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt werden kann. Die Leistungsbeschreibung soll deshalb so detailliert wie möglich sein (vgl. Traube in: Müller-Wrede, GWB, § 121 Rn. 25ff). Grenzen ergeben sich jedoch auch hier aus dem im gesamten Vergaberecht zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB. Eine Konkretisierung von Teilmengen kann demnach aus Verhältnismäßigkeitsgründen entbehrlich sein, wenn sie nur mit unverhältnismäßigem technischen oder wirtschaftlichen Aufwand möglich ist und ihr Fehlen weder die Möglichkeit der Bieter, gleichberechtigt am Vergabeverfahren teilzunehmen, beeinträchtigt noch die Vergleichbarkeit der Angebote in Frage stellt.
- 205** Ausgehend hiervon, bedurfte es hier keiner näheren mengenmäßigen Konkretisierung der Anteile an Bitumen (Abfallschlüssel 170302) und Betondeckenaufbruch (Abfallschlüssel 170101). Gemäß Z. 3 der Ausführungsbeschreibung (Seite 2) weist der Antragsgegner unter der Rubrik „Herkunft und Beschreibung des teer-/pechhaltigen Straßenaufbruch“(s) auf Folgendes hin: „Mit dem teer-/pechhaltigen Straßenaufbruch zusammen können auch Lagen hydraulisch gebundener Schichten des Straßenoberbaus (Betondeckenaufbruch, Verfestigung bzw. hydraulisch gebundene Tragschicht (HGT), zum Teil teer-/pechhaltig), Natur-, Betonwerkstein und sonstige Werksteine, zum Teil mit pechhaltigen Ausgleichsschichten mit Kantenlängen bis zu 70 cm, aufgenommen werden. Auch können Fugenmaterialien und Abdichtungsmassen anhaften. Der vorbeschriebene Straßenaufbruch wird entweder durch Fräsen kleinstückig oder durch Aufbrechen/Aufnehmen eines Schichtenpaketes in Schollen, Größenordnung bis max. 70 × 70 cm, gewonnen.“ Unter Ziff. 2 der Ausführungsbeschreibung wird darauf hingewiesen, dass Abfall mit dem Abfallschlüssel 170301 Gegenstand der Ausschreibung ist.
- 206** Eine mengenmäßige Konkretisierung der genannten anderen Materialien, die nicht dem Abfallschlüssel 170301 unterfallen, war vorliegend nicht gefordert. Gemäß den Angaben des Antragsgegners handelt es sich mengenmäßig um unbedeutende und technisch und wirtschaftlich mengenmäßig nicht näher bestimmbare Bestandteile, so dass sie aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht näher zu konkretisieren waren. Dies gilt in besonderer Weise, da alle Bieter ihr Angebot ausschließlich auf Basis des Abfallschlüssels 170301 kalkulieren sollten und mussten, so dass insoweit vergleichbare Angebote für die Wertung vorlagen. Ein möglicher Schaden oder Wettbewerbsnachteil für die Antragstellerin ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Soweit die Antragstellerin die vorzitierten Angaben dahingehend versteht, dass damit insgesamt 70 × 70 cm große Betonstücke Gegenstand der Entsorgung sein können, ergibt sich das nicht aus den zitierten Beschreibungen unter Ziff. 3. Die Größenordnung bis max. 70 × 70 cm bezieht sich auf den Straßenaufbruch selbst. Gemäß den vorausgegangenen Ausführungen können bei diesem insoweit zugeschnittenen Straßenaufbruch „Lagen“ hydraulisch gebundene Schichten des Straßenoberbaus mit aufgenommen worden sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass insgesamt der mit einer Größenordnung von bis zu 70 × 70 cm definierte Straßenaufbruch aus diesen Fremdmaterialien besteht. Vielmehr ergibt sich gerade aus der gesondert aufgeführten Kantenlänge, die bis zu 70 cm betragen kann, dass es sich nicht um eine vollständige Fläche von 70 mal 70 cm Fremdmaterial handelt. Die verwendete Formulierung der Anhaftungen von Fugenmaterial und Abdichtungsmassen verdeutlicht dies ebenfalls. Soweit die Antragstellerin mit der Formulierung der „Betonstücke“ nahelegt, dass sogar Kuben aus Beton Bestandteil des zu entsorgenden Aufbruchs sein können, deckt sich dies nicht mit der zitierten Formulierung in der Ausführungsbeschreibung.

- 208** Entgegen den Angaben der Antragstellerin ergibt sich aus den Ausführungen des Antragsgegners auch, dass eine mengenmäßige Bestimmung dieser anderen Abfallstoffe gerade nicht möglich ist. Insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat der Antragsgegner überzeugend ausgeführt, dass aus technischen Gründen eine 100-prozentige Trennung der unterschiedlichen Abfallstoffe beim Fräsen einer ca. 22 cm dicken Betondecke nicht möglich sei. Es könnten unterhalb der Teerschicht liegende Materialien in kleineren Mengen mitaufgenommen werden. Dies gelte jedenfalls, wenn das Material als Scholle abgebaut werde. Diese Ausführungen überzeugen. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass die Deckschicht einer Straße entweder Asphalt oder Beton sein könnte und nach der Leistungsbeschreibung offenbleibe, ob und wie weit Straßenabschnitte mit Betondecke Bestandteil des Auftrags seien, stellt dies die dargestellten Angaben der Antragstellerin zum Umfang eventueller Betonanhaftungen nicht infrage. Auch bei einem Straßenabschnitt mit einer Betondecke trifft die von der Antragstellerin genannte Vorgehensweise des Abfräsens der auf ihr befindlichen Teerdecke und damit verbundener möglicher gleichzeitiger Entfernung von Betonlagen zu. Der Straßenaufbruch besteht jedoch weiterhin primär aus den in Schollenform oder per Fräse zu entfernenden teer-/pechhaltigen Bestandteile. Soweit die Antragstellerin meint, dass beim Einsatz von Baggern Schollen mit Kantenlänge von bis zu 70 mal 70 cm anfallen könnten, wurde bereits ausgeführt, dass diese Schollen nach den Formulierungen in der Ausführungsbeschreibung zunächst aus dem teer-/pechhaltigen Aufbruch bestehen und nicht vollständig Betonstücke darstellen, sondern lediglich Lagen hiervon enthalten können.
- 209** Sollten die Anlieferung des Straßenaufbruchs dennoch über Lagen und Anhaftungen im Sinne der Ziff. 3 der Ausführungsbeschreibung hinausgehende Mengen an Bitumen oder Betondecke enthalten, wäre die Annahme dieser Abfälle gemäß den insoweit eindeutigen Ausführungen der Leistungsbeschreibung nicht vom Vertragsgegenstand erfasst und nicht geschuldet.
- 210** II. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 GWB. Die Wertfestsetzung folgt aus § 50 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung der Bruttoauftragswertschätzung des Antragsgegners (Bl. 7 Vergabekammerakte), da die Antragstellerin kein Angebot abgegeben hat.