



XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Verfahrensbevollmächtigte**

**XXXXXXXXXX**  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Sultz

am **22. Januar 2010** entschieden:

1. Dem Antrag der Antragsgegnerin auf Vorabgestattung des Zuschlags beschränkt auf die Baufeldfreimachung betreffend die Leistungspositionen:

*1.1.220, 1.1.230, 1.2.10, 1.2.20, 1.2.30, 1.3.10, 1.3.20, 1.3.30, 1.3.40, 1.3.50, 1.3.60, 1.3.70, 1.3.80, 1.3.90, 1.6.10, 1.6.20, 1.6.30, 2.5.10, 18.1.20, 18.1.30, 18.2.10, 18.10.10, 18.10.20, 18.10.30, 18.10.40, 18.10.50, 18.10.60, 18.10.70, 18.10.80, 18.10.90, 18.10.100, 18.10.110, 18.10.120, 18.10.130, 18.10.140, 18.10.150, 18.10.160, 18.10.170, 18.10.180, 18.10.190, 18.10.200, 18.10.210, 18.10.220, 18.10.230, 18.10.240, 18.10.250, 18.10.260, 18.10.270, 18.10.280, 18.10.290, 18.10,300*

wird stattgegeben. Der Zuschlag kann auf diese Positionen nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung erteilt werden.

2. Die Kostenentscheidung bleibt der Entscheidung zur Hauptsache vorbehalten.

**Gründe**

**I.**

Mit Bekanntmachung vom 16.9.2009 schrieb die Antragsgegnerin die Sanierung der Deponie in xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx Oberflächenabdichtung- in einem offenen Verfahren nach der VOB/A europaweit aus. Als Zuschlagskriterium nannte sie den niedrigsten Preis. Der Auftragswert beträgt ca. 12 Mio. € für die Gesamtbaumaßnahme.

Nachdem sie den Bietern mitgeteilt hatte, dass sie auf das Angebot der mit Beschluss vom 6.1.2010 Beigeladenen den Zuschlag erteilen will, rügte die Antragstellerin insbesondere die fehlende Eignung der Beigeladenen (fehlende Referenzen; fehlende Schutzwirksamkeits- und Filterstabilitätsnachweise), die Berücksichtigung von Wahlpositionen bei der Wertung sowie den Ausschluss ihres Nebenangebotes zu HA 1.3.

Die Antragstellerin beantragte am 23.12.2009 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, mit dem sie ihre Rügen weiterverfolgt. Eine mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer ist für den 19.2.2010 terminiert. Die Antragsgegnerin ist im Verfahren zur Hauptsache der Auffassung, dass die Vergabe an die Beigeladene vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist.

Darüber hinaus beantragte die Antragsgegnerin im Wege einer Vorabgestattung des Zuschlags mit Schriftsatz vom 15.1.2010, ihr die kurzfristige Baufeldräumung zu ermöglichen. Dazu trägt sie vor, dass eine kurzfristige Baufeldräumung möglichst im

Monat Februar 2010 noch erfolgen sollte. Ausweislich eines Gutachtens eines Landschaftsarchitekturbüros sei eine Baufeldräumung nur in den Monaten September bis Februar möglich. Im Gutachten wird eine Reihe von betroffenen Vogelarten genannt, die ihre Brutreviere auf dem Deponiegelände haben und deren Brutverhalten gestört wird, falls mit der Baufeldräumung im Monat März begonnen wird. Nach dem Naturschutzgesetz des Bundes sei ein Eingriff in die Vegetation durch Baumfällungen und Gehölzrodungen nur außerhalb der Brutzeiten der Vögel zulässig, so dass diese Baufeldräumung auf dem Deponiegelände ab März 2010 nicht mehr beauftragt werden dürfte. In diesem Falle müsse sie bis September dieses Jahres mit dem Beginn der Baumaßnahme warten, was eine erhebliche Verzögerung der Gesamtbaumaßnahme zur Folge habe.

Würde somit erst die Entscheidung der Kammer zur Hauptsache nach der Verhandlung am 19.2.2010 und eine 14tägige Beschwerdefrist abgewartet, dann könnte sie vor September 2010 mit der Baumaßnahme nicht anfangen.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass es sich bei der Baufeldräumung nur um einen verschwindend geringen Teil der Gesamtauftragssumme von ca. 0,9 % handle, sie aber, wenn erst im September 2010 mit der Durchführung der Baumaßnahme begonnen werden könne, das Risiko von Mehrvergütungsansprüchen bei verzögertem Vergabeverfahren trage. Weiterhin würden gegenwärtig aufgrund der fehlenden Oberflächenabdichtung Deponiegase (ca. 600 t Methan/a) emittieren, so dass aus Gründen der Volksgesundheit eine Verschiebung mit dem Beginn der Baumaßnahme ebenfalls nicht akzeptabel sei. Im Übrigen würde durch eine Entscheidung über diesen Teilbereich des Auftrages keine vorgreifliche Wirkung für den Restauftrag erzielt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

ihr zu gestatten, den Zuschlag beschränkt auf die Baufeldfreimachung betreffend die Leistungspositionen:

*1.1.220, 1.1.230, 1.2.10, 1.2.20, 1.2.30, 1.3.10, 1.3.20, 1.3.30, 1.3.40, 1.3.50, 1.3.60, 1.3.70, 1.3.80, 1.3.90, 1.6.10, 1.6.20, 1.6.30, 2.5.10, 18.1.20, 18.1.30, 18.2.10, 18.10.10, 18.10.20, 18.10.30, 18.10.40, 18.10.50, 18.10.60, 18.10.70, 18.10.80, 18.10.90, 18.10.100, 18.10.110, 18.10.120, 18.10.130, 18.10.140, 18.10.150, 18.10.160, 18.10.170, 18.10.180, 18.10.190, 18.10.200, 18.10.210, 18.10.220, 18.10.230, 18.10.240, 18.10.250, 18.10.260, 18.10.270, 18.10.280, 18.10.290, 18.10,300*

nach Ablauf von 2 Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB zu erteilen.

Die Antragstellerin und die Beigeladene erhielten Gelegenheit zu einer Stellungnahme zum Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags bis zum 21.1.2010.

## II.

Dem Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags wird gemäß § 115 Abs. 2 GWB hiermit stattgegeben.

1. Der Antrag nach § 115 Abs. 2 GWB ist zulässig, da ein Verfahren in der Hauptsache anhängig ist und der Antrag auf Vorabgestattung zu einem sehr frühen Verfahrensstadium gestellt wurde.

2. Der Antrag ist begründet. Der Antragsgegnerin wird hiermit gestattet, den Zuschlag vorab auf die o.g. Positionen aus dem Leistungsverzeichnis nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

Gemäß § 115 Abs. 2 GWB kann die Vergabekammer dem Auftraggeber auf seinen Antrag oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 101a vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll, gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen. Die Vergabekammer berücksichtigt dabei auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages müssen nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein.

2.1 Zunächst ist festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig ist, weil jedenfalls die Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB unverzüglich erfolgte und sie ihre Beanstandungen im Nachprüfungsverfahren weiterverfolgt. Sie ist auch antragsbefugt, obwohl sie mit ihrem Angebot auf dem dritten Rang liegt, weil sie die Wertung der Antragsgegnerin angreift, so dass im Falle einer Neuwertung, sich auch die Rangfolge der Angebote verändern kann.

2.2 Dem Antrag auf Vorabgestattung ist – unabhängig von den Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren – hier stattzugeben.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.3.2005, Verg 5/05, hat sich die Vorabentscheidung über den Zuschlag an den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels und an der Eilbedürftigkeit des Zuschlags auszurichten. Dabei sind die Interessen der Verfahrensbeteiligten gegeneinander abzuwägen.

2.3 Allerdings ist § 115 Abs. 2 GWB mittlerweile neu gefasst worden, so dass jedenfalls nach Satz 4 der Vorschrift die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages (des Rechtsmittels) nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein müssen. In der amtlichen Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass Konstellationen denkbar sind, in denen die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Vorabzuschlags ungebührlich verzögern würde und damit dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens nicht ausreichend Rechnung getragen würde. Satz 4 stelle deshalb klar, dass die Vergabekammer die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens berücksichtigen kann, dazu allerdings nicht verpflichtet ist und deshalb auf der Grundlage der Abwägung der beteiligten Interessen die Voraberteilung des Zuschlags erteilen darf.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen wird die Kammer die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens vorliegend nicht berücksichtigen, weil streitentschei-

dend u.a. Behauptungen der Antragstellerin in Bezug auf die Zuverlässigkeit und Eignung der Beigeladenen sind, die im Einzelnen nachzuweisen und zu belegen sind, was auch bei nur summarischer Prüfung, die Entscheidung über den Vorabzuschlag ungebührlich verzögern würden, so dass die Kammer hier nur auf die in § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB genannten Interessen der Verfahrensbeteiligten abstellt.

2.4 Die Erteilung eines Vorabzuschlags kann nur gestattet werden, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Dabei sind auch das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftragsgebers und auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

Da die Aufhebung des automatischen Zuschlagsverbots den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz irreversibel beseitigt, ist ein Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags nach § 115 Abs. 2 GWB nur ausnahmsweise gerechtfertigt; die durch die Vergabeprüfung bewirkte zeitliche Verzögerung der Auftragsdurchführung rechtfertigt es grundsätzlich nicht, vorab den Zuschlag zu gestatten, weil die zeitliche Auswirkungen der Vergabeprüfung durch die gesetzlichen Fristen und das Beschleunigungsgebot beschränkt sind, vgl. OLG Celle, Vergaberecht 2001, 338; OLG Jena, 14.11.2001, 6 Verg 6/01.

a) Die möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin sprechen vorliegend nicht gegen die Vorabgestattung. Denn der Auftragswert umfasst ca. 12 Mio. € insgesamt und die Baufeldräumung ist mit einem Anteil von ca. 100.000 € nur ein sehr geringfügiger Teil dieser Gesamtbaumaßnahme. Insofern würde die Vorabgestattung des Zuschlags hier keine nennenswerten wirtschaftlichen Einbußen für die Bieter, auch nicht für die Antragstellerin, darstellen. Entscheidend ist aber, dass keine Voreingrifflichkeit entsteht, weil das Fällen der Bäume als auch die Gehölzrodung eine Leistung ist, die ohne Beeinträchtigung des Gesamtauftrages vorab erledigt werden muss. In der Praxis werden dafür häufig auch Nachunternehmer beauftragt. Erst im Anschluss an diese Arbeiten erfolgt die Einrichtung der Baustelle, die mit entsprechendem Aufwand verbunden ist, so dass mit dem Schwerpunkt der ausgeschriebenen Leistung auch erst dann begonnen wird. Auch die Antragstellerin würde somit – wenn diese Arbeiten abgeschlossen sind- immer noch die Ausführung des Gesamtauftrages ohne wesentliche wirtschaftliche Einbußen übernehmen können. Insofern wird durch die Vorabgestattung der Primärrechtsschutz der Antragstellerin nicht irreversibel beseitigt, sondern vorliegend ist weiterhin im Hauptsacheverfahren zu entscheiden, auf welches Angebot der Zuschlag zu erteilen ist.

b) Die Interessen der Antragsgegnerin an einer Vorabgestattung des Zuschlags für den von ihr beantragten Teil der Gesamtbaumaßnahme rechtfertigen hier ausnahmsweise die Vorabgestattung. Denn letztlich sind die naturschutzrechtlichen Belange von ihr bei der Durchführung der Deponiesanierung zu berücksichtigen, so dass sie dann, wenn die vorbereitenden Maßnahmen auf dem Gelände vor März nicht erfolgen, diese wohl erst wieder ab September in Angriff nehmen kann, um die Brutzeit der dort ansässigen Vögel nicht unzulässigerweise zu beeinträchtigen. Dabei lässt die Kammer es dahingestellt, ob es nach den Naturschutzgesetzen möglicherweise Ausnahmegenehmigungen für derartige Situationen gibt. So kann jedenfalls

nach § 43 Abs. 8 Ziffer 5 BNatSchG die nach Landesrecht zuständige Behörde von den Verboten des § 42 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen, wenn aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, dies erforderlich erscheint.

Ein solches Genehmigungsverfahren erscheint zwar möglich, würde aber nichts daran ändern, dass ein Eingriff, der naturschutzrechtlich nach dem Naturschutzgesetz im Grundsatz nicht zugelassen ist, dennoch ermöglicht wird und mit großer Wahrscheinlichkeit zur Beeinträchtigung des Vogelbestandes während der Brutzeit führen würde. Insbesondere sind vorliegend zumutbare Alternativen gegeben, um die Vogelpopulationen auf dem Deponiegelände zu schützen. Eine solche Alternative ist die Baufelddräumung vor dem Monat März. Vor dem Hintergrund, dass die Bieter nur ganz geringfügig in ihren Rechten auf Primärrechtsschutz beeinträchtigt werden, erscheint es sachgerechter, die naturschutzrechtlichen Beeinträchtigungen für die Vögel von vornherein zu vermeiden.

c) Bei dieser Sachlage lässt die Kammer es dahingestellt, ob auch das Risiko von Mehrvergütungsansprüchen und die Methan Emissionen die Vorabgestattung des Zuschlags rechtfertigen. Es sind jedenfalls nur weitere von der Antragsgegnerin vorgetragene Gesichtspunkte, die bei der vorliegenden Interessenabwägung zugunsten der Antragsgegnerin sprechen können. Allerdings sind mitunter wirtschaftliche Auswirkungen von der Vergabestelle hinzunehmen, weil sie den Zeitpunkt des Beginns einer Ausschreibung selbst bestimmt. Auch die Methan Emissionen haben sicherlich langfristig Auswirkungen auf die Volksgesundheit, sind aber sicherlich schon über einen längeren Zeitraum feststellbar, so dass es diesbezüglich nicht auf einen jetzt überschaubaren Zeitrahmen bis zur Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens ankommen kann.

Im Ergebnis wird dem Antrag auf Vorabgestattung nach § 115 Abs. 2 GWB ausnahmsweise in dem beantragten Umfang stattgegeben.

2.5 Darüber hinaus hat die Kammer auch alle möglicherweise geschädigten Interessen zu berücksichtigen. Dazu gehören zunächst die Interessen eines Antragstellers auf einen wirksamen Primärrechtsschutz, aber auch die Interessen der anderen am Verfahren beteiligten Parteien. Insbesondere also die Interessen des beigeladenen Bieters, der den Auftrag erhalten soll. Die Beigeladene hatte ebenfalls Gelegenheit, eine Stellungnahme abzugeben.

### III.

Eine Kostenentscheidung hat mit diesem Beschluss nicht zu ergehen, sondern über die Kosten des Eilverfahrens ist einheitlich mit der Hauptsacheentscheidung zu befinden, vgl. OLG Düsseldorf, 16.3.2005, Verg 5/05.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Eilentscheidung der Vergabekammer ist die Anrufung des Beschwerdegerichts nach § 115 Abs. 2 GWB möglich. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu.

Der Antrag ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Entscheidung der Vergabekammer zu stellen.

Über die Anrufung entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Der Antrag ist schriftlich zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen.

Der Antrag muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Anrufung des Beschwerdegerichts sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Antragschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz