


Gericht:	OLG Frankfurt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	13.08.2024
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	11 Verg 3/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2024:0813.11VERG3.24.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 169 Abs 2 S 6 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Frankfurt, Beschluss vom 13. August 2024 – 11 Verg 3/24 –, juris

Vorzeitige Zuschlagserteilung

Leitsatz

Ist ein Nachprüfungsantrag nach summarischer Prüfung aufgrund fehlender Antragsbefugnis unzulässig und liegt ein besonderes Beschleunigungsinteresse des öffentlichen Auftraggebers (Sicherstellung der ordnungsgemäßen Abfallentsorgung) vor, scheidet eine Wiederherstellung des Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 2 S. 6 GWB aus.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 30. Juli 2024, 96 e 02.02/18-2024/1, Beschluss

Tenor

Der Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbots wird ebenso wie der hilfsweise Antrag auf vorläufige Wiederherstellung des Zuschlagsverbots bis zu einer Entscheidung über die endgültige Wiederherstellung zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten dieses Antragsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Gründe

I.

- 1 Gegenstand des Eilantrags ist die vom Antragsgegner beabsichtigte Vergabe von Interimsdienstleistungen zur Sammlung von Restmüll, Bioabfall und PPK ab dem 1.1.2025 für ein Jahr an die Bestbieterin des Verfahrens.
- 2 Hintergrund des Interimsauftrags ist, dass der zwischen den Parteien bestehende Dienstleistungsvertrag mit einer Laufzeit bis ins Jahr 2027 am 17.6.2024 seitens der Antragstellerin und am 18.7.2024 seitens des Antragsgegners gekündigt worden war. Der Antragsgegner hatte daraufhin im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV unter dem 18.7.2024 sechs Interessenten, nicht aber die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten eingeladen. Unter dem 26.7.2024 hatte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag eingereicht, mit dem sie sich gegen die Wahl eines Verfahrens nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV und ihre unterlassene Beteiligung wendet.

- 3 Im Übrigen werden die tatsächlichen Ausführungen im Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen ergänzend wie folgt wiedergegeben:
- 4 „Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 20. August 2020 (veröffentlicht am 25. August 2020) die Sammlung von Restmüll, Bioabfall und PPK mit Betrieb eines Identsystems und Gestellung von Bioabfallgefäßen inklusive Bewirtschaftung des Gefäßbestandes (Los 1 der Ausschreibung) im offenen Verfahren aus. Das Angebot der Antragstellerin vom 14. September 2020 war das günstigste. Dementsprechend erhielt sie erhielt am 24. Januar 2022 den Zuschlag. Die Zuschlagserteilung erfolgte deswegen so spät, weil wegen dieser Vergabe ein Nachprüfungsverfahren bei der 1. Vergabekammer des Landes Hessen anhängig war, in dem es unter anderem um die Auskömlichkeit des Angebotes der Antragstellerin ging. Zu dem damals von ihr angebotenen niedrigen Preis führte die Antragstellerin in der Urkalkulation folgendes aus:
- 5 „Mit den angebotenen Preisen wird das wettbewerbskonforme Ziel verfolgt, durch eine niedrige Preisangabe Zugang in das betreffende Gebiet zu erhalten und in diesem Gebiet Fuß zu fassen. Die Differenz bildet also den Teil der Kosten ab, die anfallen, um die Chance zu erhöhen, den Auftrag zu erhalten und diesen künftig als Referenzauftrag nutzen zu können. Der Auftrag wird dennoch über die gesamte Laufzeit zuverlässig und vertragsgerecht ausgeführt werden können. Das Gesamtangebot ist mit geringer Gewinnmarge kalkuliert und somit auch kostendeckend und auskömmlich.“
- 6 Der Antragsgegner hatte den von der Antragstellerin angebotenen Preis im damaligen laufenden Vergabeverfahren geprüft.
- 7 Die 1. Vergabekammer des Landes Hessen hatte insoweit nichts zu erinnern. Das Nachprüfungsverfahren vor der 1. Vergabekammer des Landes Hessen endete am 14. Januar 2022 durch Rücknahme des Nachprüfungsantrages.
- 8 Seit dem 1. Juli 2021 war die jetzige Antragstellerin im Wege einer Interimsbeauftragung mit der Durchführung von Entsorgungsleistungen für den Antragsgegner tätig. Der Interimsvertrag wurde infolge der Dauer des Nachprüfungsverfahrens insgesamt fünfmal verlängert und 5. Verlängerung lief bis zum 31. Januar 2022.
- 9 Ausweislich des von der Antragstellerin unterschriebenen und eingereichten Angebotschreibens nebst Anlagen für Los 1 vom 14. September 2020 ergibt sich aus den zusätzlichen Vertragsbedingungen zu Los 1 und 2, dass der Einheitspreis der vertragliche Preis ist (Ziffer 3, Seite 2). Beansprucht der Auftragnehmer aufgrund von § 2 Nr. 3 VOL/B eine Änderung der Preisvereinbarung, so sieht Ziffer 21 der zusätzlichen Vertragsbedingungen zu Los 1 und 2 vor, dass diese dem Auftraggeber unverzüglich noch vor Ausführung der Leistung und der Höhe nach angezeigt werden und der Auftragnehmer die durch die Änderung der Leistung bedingten Mehr- oder Minderkosten nachweisen muss. Gemäß den besonderen Vertragsbedingungen zu Los 1, dort unter Ziffer 11.2, sind die Einheitspreise als Festpreise über die gesamte Laufzeit des Vertrages kalkuliert. Die Bedingungen hierfür sind unter Ziffer 11 der besonderen Vertragsbedingungen für Los 1 formuliert. Eine automatische Preisanpassung (Preisgleitung) findet nicht statt. Der Auftragnehmer hat alle Lohn- und Materialpreiserhöhungen sowie sonstige kalkulationsrelevante Preissteigerungen in die Preise einzukalkulieren, die für ihn zum Zeitpunkt der Kalkulati-

on des Angebotes absehbar waren. Eine Nachverhandlung gemäß Nr. 12 der besonderen Vertragsbedingungen zu Los 1 findet nur im Fall nicht absehbarer Preisänderungen statt.

- 10 Bezüglich solcher nicht absehbarer Änderungen in den Kalkulationsgrundlagen gelten die Regelungen gemäß den besonderen Vertragsbedingungen zu Los 1 und dort diese unter Ziffer 12. Die Frage, wann und wie Nachverhandlungen stattfinden, ist unter Ziffer 12 „Nachverhandlungen“ der besonderen Vertragsbedingungen zu Los 1 geregelt.
- 11 Danach sind Nachverhandlungen über die Vergütung oder andere Vertragsbestimmungen nur in den in diesem Vertrag ausdrücklich genannten Fällen unter den dort ausgeschriebenen Voraussetzungen vorgesehen. Darüber hinaus finden Nachverhandlungen nur im Fall durch äußere, d. h. durch die Vertragspartner nicht zu beeinflussende, nicht kontrollierbare und nicht vorhersehbare Umstände hervorgerufene wesentliche Störungen des vertraglichen Gleichgewichtes statt. In diesem Fall ist eine Kündigung oder eine Leistungsverweigerung ausgeschlossen; an ihre Stelle tritt der Anspruch auf Nachverhandlung und Anpassung des Vertrages entsprechend den unter Ziffer 12 genannten Bestimmungen. Im Folgenden wird in Ziffer 12
- 12 • das Ziel der Nachverhandlungen,
- 13 • die Grundlage für eine Neufestsetzung der vereinbarten Vergütung (die dem Angebot zugrundeliegende Preisbildung, die in der Kalkulation des Auftragnehmers (Urkalkulation) nachvollziehbar hinterlegt sein muss),
- 14 • der Ausschluss einer Vergütungsanpassung und
- 15 • der Ablauf der Nachverhandlungen
- 16 formuliert. Gemäß Ziffer 12.5 beginnt dieses durch eine schriftliche Forderung eines Vertragspartners auf Neufestsetzung bestimmter Vertragsbestandteile. Die verlangte Anpassung ist anhand der vertraglichen Geschäftsgrundlage bzw. - bei einer Forderung nach Anpassung der Vergütung - anhand der vom Auftragnehmer nachgewiesenen Kosten im Abgleich mit den kalkulierten Kosten ((Ur-)Kalkulation) nachvollziehbar und plausibel zu begründen. Der jeweils andere Vertragspartner hat sich nach Ziffer 12.5 innerhalb von 14 Tagen nach Zugang des Verlangens ebenfalls schriftlich zu dem Begehren zu erklären. Sollte er das Verlangen zurückweisen, so hat innerhalb weiterer 10 Werktage eine Verhandlung zwischen den Vertragspartnern stattzufinden.
- 17 Ausweislich der Ziffer 12.6 der besonderen Vertragsbedingungen ist im Falle der Nichteinigung ein gemeinsamer Gutachter zu bestimmen. Sollte auch dies scheitern, so steht beiden Parteien der Rechtsweg offen. Während der Nachverhandlungen ist keine Partei zur Einstellung ihrer vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigt, dies ergibt sich aus Ziffer 12.7 der besonderen Vertragsbedingungen zu Los 1. Ziffer 12.8 bestimmt für den Fall, dass eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist, dass an die Stelle des Nachverhandlungs- und Vertragsanpassungsanspruches das Recht der benachteiligten Partei tritt, den Vertrag hinsichtlich der betroffenen Teilleistung unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten schriftlich zu kündigen. Gemäß Ziffer 14.3 erklären beide Vertragsparteien, dass bei Unstimmigkeiten die gütliche Einigung den Vorrang haben soll.
- 18 Gemäß Ziffer 18, modifiziert durch das Zuschlagsschreiben vom 24. Januar 2022, wird der Vertrag mit Zuschlagserteilung geschlossen und endet am 31. Dezember 2027 bzw.

bei Inanspruchnahme der Verlängerungsoption zum 31. Dezember 2030. Ziffer 19 der besonderen Vertragsbedingungen zu Los 1 regelt die außerordentliche Kündigung. Ein wichtiger Grund liegt nach Ziffer 19.1 Abs. 2 insbesondere vor, wenn der Auftragnehmer trotz schriftlicher Abmahnung mit angemessener Frist nicht die notwendigen Maßnahmen trifft, um die Leistungen der Abfalleinsammlung einschließlich der dazugehörigen weiteren Dienstleistungen vertragsgemäß durchzuführen, insbesondere auch dann, wenn der Auftragnehmer gegen zwingende rechtliche Bestimmungen und sonstige Vorschriften verstößt, und die Verletzung der Verpflichtung länger als einen Monat nach der schriftlichen Aufforderung anhält. Nach Ziffer 19.1 Abs. 8 liegt ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung auch dann vor, wenn der Auftragnehmer gemäß § 123 BGB und § 124 BGB in Verbindung mit § 42 VgV hätte ausgeschlossen werden können oder müssen oder solche Gründe während der Vertragslaufzeit entstehen. Auf die besonderen Vertragsbedingungen zu Los 1 und 2 Nr. 15 wird zusätzlich verwiesen.

- 19 Mit Schreiben vom 7. April 2022 forderte die Antragstellerin vom Antragsgegner eine außerordentliche Preisanpassung wegen eklatant und unvorhersehbar gestiegener Kosten. Sie führt darin aus, bereits seit Januar 2021 seien die Beschaffungskosten für Dieselkraftstoff kontinuierlich außergewöhnlich stark angestiegen. Ein weiterer Preissprung habe im Oktober 2021 stattgefunden. Spätestens seit Februar 2022 hätten die Preissteigerungen ein unvorhersehbares Niveau erreicht, das kein Entsorgungsunternehmen in dieser Form vorhersehen und in seinen Kalkulationen berücksichtigen konnte. Die Folgen träfen die Entsorgungsbranche empfindlich.
- 20 Die infolge der Corona- Pandemie zunächst gesunkenen Preise hätten bereits Anfang 2021 wieder das Vorkrisen- Niveau erreicht. Insofern sei mittelfristig lediglich mit moderaten und linearen Preissteigerungen zu rechnen gewesen. Selbst seit Erreichen des Vorkrisen- Niveaus habe sich jedoch ein eklatanter Preissprung in Höhe von 87,56 % (Vergleich 5. Januar 2021 (122,2 ct/l brutto) zu 15. März 2022 (229,2 ct/l brutto) ergeben. Eine Entspannung sei nicht in Sicht. Im Gegenteil ließe ein steigender Rohölpreis weitere Steigerungen erwarten.
- 21 Auch seien derzeit keine Steuererleichterungen (etwa „Gewerbediesel“) geplant, die einen sinkenden bzw. dauerhaft auf Normalniveau befindlichen Dieselpreis erwarten ließen. Die geplanten Maßnahmen, etwa die Senkung der Energiesteuer auf Kraftstoffe, lasse ebenso wenig eine Entspannung erwarten. Einerseits seien die Maßnahmen auf drei Monate befristet. Andererseits werde die Umsetzung laut Medienberichten bis mindestens Juni 2022 auf sich warten lassen.
- 22 Die Preisentwicklung aufgrund der Folgen der Corona- Pandemie und nunmehr den kriegerischen Ereignissen in der Ukraine, verbunden mit erheblichen Wirtschaftssanktionen gegenüber dem wichtigen Energieexporteur Russland, hätten weder die kommunalen Auftraggeber noch die von diesen beauftragten Entsorgungsunternehmen vorhersehen können. Entsprechend fielen die eklatanten Preissteigerungen für Dieselkraftstoff weder ausschließlich in die Risikosphäre der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger noch in diejenige der Entsorgungsunternehmen.
- 23 Im Weiteren stellt die Antragstellerin in ihrem Schreiben die Preisentwicklung für Dieselkraftstoff für die Zeit von Januar 2022 bis März 2022 dar und führt dazu aus, die Entsorgungsunternehmen hätten unter dieser Preisentwicklung erheblich zu leiden, wobei die geplante Anhebung des Mindestlohnes, generell inflationsbedingt steigende Löhne, steigende Material- und Fahrzeugkosten und nicht zuletzt die Folgen der Inflation selbst

hierbei noch gar nicht berücksichtigt seien. Im Folgenden nimmt die Antragstellerin auf § 313 Abs. 1 BGB, das Haushaltsrecht und das Vergaberecht Bezug und betont nochmals, ohne eine außerordentliche Preisanpassung würden Versorgungsunternehmen erhebliche Verluste erleiden. Die sich daraus ergebenden Folgen seien auch für die kommunale Abfallwirtschaft verheerend.

- 24 Eine solche Entwicklung liege weder im Interesse der Kommunen noch im Interesse der Versorgungsbranche. Vor diesem Hintergrund bat die Antragstellerin um Zustimmung zu einer zeitlich begrenzten Anpassung in Höhe von 13,69 % ab dem 1. April 2022.
- 25 Ausweislich eines Schreibens des Antragsgegners vom 3. Mai 2022 gab es im Hinblick auf dieses Schreiben der Antragstellerin zwischen ihr und dem Antragsgegner Gespräche zu dem Thema der Energiekosten, was die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29. April 2024 (Seite 4) bestätigt. In dem vorgenannten Schreiben wies der Antragsgegner nochmals darauf hin, dass keine pauschalen Preisanhebungen akzeptiert werden könnten. Für weitere Verhandlungen seien nachvollziehbare mit Blick auf die Energiekosten nachrechenbare Preisanpassungen anhand der Urkalkulation erforderlich. Der Antragsgegner bekundete seine weitere Gesprächsbereitschaft. Die Antragstellerin hat sowohl in dem bisher gewechselten Schriftverkehr mit dem Antragsgegner bezüglich der von ihr geforderten Preisanpassung als auch im Nachprüfungsverfahren selbst dem Vortrag des Antragsgegners, in der Folgezeit weder die geforderten und erforderlichen Nachweise vor noch sich geweigert das im Vertrag vorgesehene Gutachterverfahren durchzuführen, widersprochen. Die Antragstellerin entschied sich nach ihrem eigenen Vortrag (Schriftsatz vom 23.7.2024, Seite 4) im Juni 2023 Klage vor dem Landgericht Kassel zu erheben und nicht zu kündigen und forderte eine Anpassung aller Einheitspreise um 24,4 %, was für das Jahr 2023 brutto knapp 1.300.000,- € bedeutet. Die Antragstellerin stützte ihre Klage auf eine Preisanpassung nach § 313 BGB, weil nach ihrer Ansicht die im Vertrag vorgesehene Preisanpassungsklausel gegen § § 305 ff. BGB verstoße. Auch dem Vortrag des Antragsgegners, im gerichtlichen Verfahren keine Belege der von ihr geltend gemachten gestiegenen Kosten vor gelegt zu haben, widersprach die Antragstellerin nicht. Am 16. April 2024 fand ein erster Gütetermin statt, in dem ein Vergleichsvorschlag des Antragsgegners und letztlich der Gütetermin erfolglos blieben. Zu einem weiteren anberaumten Folgegütetermin am 3. Juli 2024 erschien der Geschäftsführer der Antragstellerin nicht, sodass sich dem unmittelbar die streitige Verhandlung anschloss. Verkündungstermin nach Fristverlängerung ist nunmehr der 20. August 2024. Ein Widerspruch der Antragstellerin auch bezüglich dieses Vortrages des Antragsgegners liegt ausweislich der im Nachprüfungsverfahren eingereichten Schriftsätze der Antragstellerin nicht vor.
- 26 Nachdem weder ein Vergleich noch eine rasche gerichtliche Entscheidung in Aussicht standen, so der Vortrag der Antragstellerin im Schriftsatz vom 29. Juli 2024 (Seite 4), entschied sie sich zur Vermeidung weiterer erheblicher finanzieller Verluste zur Beendigung des bestehenden Vertragsverhältnisses und kündigte dieses mit Schreiben vom 17. Juni 2024 mit Wirkung zum 31. Dezember 2024. Die Kündigung, so die Antragstellerin (Schriftsatz vom 29. Juli 2024, Seite 4) sei entsprechend Ziffer 12.8 BVB Los 1 erfolgt. Maßgebend für die Kündigung sei, dass es trotz ihrer Bemühungen zu keiner Preisanpassung gekommen sei. Die Fortführung des Vertragsverhältnisses über den 31. Dezember 2024 hinaus sei für sie unzumutbar, da dieses bereits in den Jahren seit 2022 in erheblichem Maße defizitär sei, und eine angemessene Preisanpassung vom Antragsgegner abgelehnt werde. Die Kündigung bezieht die Antragstellerin auf alle Leistungen, zu

der sie sich gemäß dem Vertrag verpflichtet hat, insbesondere auch auf den Mietkauf der Bioabfallgefäße gemäß Nr. 4.1 der technischen Vertragsbedingungen zu Los 1.

- 27 Der Antragsgegner widersprach mit Schreiben vom 19. Juni 2024 der Kündigung und forderte die Antragstellerin auf, binnen der nächsten fünf Werktage die ausgesprochene Kündigung für gegenstandslos zu erklären. Des Weiteren forderte er die Antragstellerin auf, jedenfalls binnen selbiger Frist rechtsverbindlich und schriftlich zu erklären, auch über den 1. Januar 2025 hinaus und solange der angestrebte Prozess vor dem Landgericht Kassel und/oder die Frage bezüglich der Berechtigung der Kündigung nicht gerichtlich geklärt sei, die Entsorgungsleistung entsprechend dem Vertrag uneingeschränkt weiter zu erbringen und umfänglich sicherzustellen. Abschließend wies der Antragsgegner darauf hin, dass er für den Fall, dass die Antragstellerin nicht die geforderten Erklärungen fristgerecht abgebe, gezwungen sei, auf dem Markt nach Unternehmen zu suchen, die ab dem 1. Januar 2025 die Entsorgungssicherheit sicherstellten. Auf dieses Schreiben des Antragsgegners reagierte die Antragstellerin nicht.
- 28 Mit erneutem, anwaltlichen Abmahnschreiben vom 5. Juli 2024 forderte der Antragsgegner die Antragstellerin unter anderem auf, ihre Kündigungserklärung bis zum 8. Juli 2024 für gegenstandslos zu erklären, jedenfalls die Entsorgungssicherheit auch ab dem 1. Januar 2025 bzw. bis zu einer gerichtlichen Klärung zu gewährleisten und zu bestätigen, dass der implizit angedrohte Abzug der Bioabfallgefäße nicht erfolgen werde.
- 29 Der damalige anwaltliche Vertreter der Antragstellerin wies mit Schreiben vom 10. Juli 2024 die Aufforderungen des Antragsgegners zurück und erklärte, es sei belanglos, ob der Antragsgegner die Kündigung der Antragstellerin zum 31. Dezember 2024 anerkenne oder nicht, als er den Auftrag neu ausschreiben müsse, da er die Entsorgung garantieren müsse. Dafür habe er noch knapp sechs Monate Zeit. Falls es nicht gelinge, bis dahin ein Vergabeverfahren erfolgreich durchzuführen, bestehe die Möglichkeit der Interimsvergabe, für die die Antragstellerin grundsätzlich bereitstehe, wenn denn die Rahmenbedingungen stimmten. Unzweifelhaft sei die Antragstellerin auch Eigentümerin der Tonnen und könne sie entfernen, sofern sie keinen Auftrag zur Entsorgung mehr habe. Es sei zwar vorgesehen gewesen, dass der Antragsgegner das Eigentum an den Tonnen bei Beendigung des regulären Vertrages übernehme, doch dazu werde es nicht mehr kommen. Eventuell dafür geleistete Zahlungen würden selbstverständlich berücksichtigt. Im Hinblick auf die Zusammenarbeit bis zum 31. Dezember 2024 und gegebenenfalls darüber hinaus wies der anwaltliche Vertreter darauf hin, Drohungen, wie den Hinweis auf § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB einzustellen. Solche Maßnahmen führten allenfalls zu endlosen Vergabenachprüfungsverfahren, die eine effektive Neuvergabe, an wen auch immer, nur auf Jahre hinaus verzögerten und insofern nur kontraproduktiv seien. Als Anlage fügte der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin deren Schreiben vom 5. Juli 2024 an den Antragsgegner bei, in welchem diese nochmals ihr Bedauern über die Kündigung vom 17. Juni 2024 mitteilte, gleichzeitig aber auch ausführte, sich aus wirtschaftlichen Gründen zu diesem Schritt gezwungen gesehen zu haben. Des Weiteren teilte die Antragstellerin in diesem Schreiben mit, sie sei gerne bereit, die genannten und bisher erbrachten Leistungen im Rahmen einer Neuvergabe auch weiterhin zu erbringen.
- 30 Sie sei sich im Klaren darüber, dass der Antragsgegner die genannte Leistung zur Abfallsammlung ab dem 1. Januar 2025 in einem geordneten Vergabeverfahren wieder vergeben müsse. Sie sei überzeugt, ein wirtschaftlich attraktives Angebot unterbreiten zu können.

nen. An ihrer Eignung dürften keine Zweifel bestehen, sodass die Leistungen gerne auch weiterhin in gewohnt guter Qualität durch sie erbracht werden würden.

- 31 Nach Einholung der erforderlichen Gremienentscheidung kündigte der Antragsgegner mit Schreiben vom 18. Juli 2024 seinerseits den Vertrag außerordentlich zum 31. Dezember 2024. Aufgrund der von der Antragstellerin ausgesprochenen unberechtigten außerordentlichen Kündigung sei der Antragsgegner berechtigt, außerordentlich zu kündigen. Eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses über den 31. Dezember 2024 sei unabhängig davon für ihn aus diversen Gründen unzumutbar. Die Antragstellerin habe sich als unzuverlässiger und vertragsbrüchiger Partner erwiesen. Auf das Zurückweisungs- und Aufforderungsschreiben vom 19. Juni 2024 habe sie in keiner Weise reagiert. Implizit habe die Antragstellerin eingestanden, Zielrichtung ihrer außerordentlichen Kündigung sei es jedenfalls auch gewesen, den Antragsgegner mit dieser Maßnahme zu nicht geschuldeten Zugeständnissen bezüglich neuer und (erheblich) höherer Vergütungspreise zu bringen. Ohne Not und unter Missachtung des vertraglich vorgesehenen Gutachterverfahrens habe sie einen Zivilprozess eingeleitet und eine Drucksituation hergestellt, um ihre einseitigen und vertragswidrigen Forderungen außergerichtlich durchzusetzen. Der drohende Ausfall der Abfallentsorgung als Teil der kritischen Infrastruktur ab dem 1. Januar 2025 stelle insbesondere für die hiervon betroffenen rund 183.500 Bürgern des zweitgrößten Landkreises in Hessen, die Umwelt und den Tourismus eine erhebliche Gefahr dar. Um den Restmüll, den Biomüll und das Altpapier einzusammeln, seien erhebliche Ressourcen nötig, unter anderem Personal und Fahrzeuge. Der Restmüll (80.000 Gefäße) werde dreiwöchentlich geleert. Für die vierwöchentliche Altpapiersammlung würden rund 74.000 Gefäße genutzt. Die 14-tägliche Einsammlung der Bioabfälle finde bekanntlich mit rund 78.500 Gefäßen statt.
- 32 Bei Ausfall der Abfallentsorgung ab dem 1. Januar 2025 könne es zu einer Ausbreitung von Krankheiten und Schädlingen, einer Umweltbelastung durch unsachgemäß entsorgte Abfälle, einer Gefährdung der Straßeninfrastruktur durch die sich ansammelten Abfälle, einer sinkenden Lebensqualität durch Geruchsbelästigung, einer Abnahme des Tourismus und einer zunehmenden Gefahr für Unzufriedenheit oder gar Unruhen bei den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern kommen. Die Planungssicherheit für die Sicherstellung dieser Entsorgung erfordere den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung durch den Antragsgegner sowie eine unverzügliche Initiierung eines neuen wettbewerblichen Prozesses.
- 33 Mit Schreiben vom 23. Juli 2024 wies die Antragstellerin die außerordentliche Kündigung vom 18. Juli 2024 aus sachlichen wie rechtlichen Gründen zurück. Sie stellte klar, keine außerordentliche Kündigung, sondern eine ordentliche Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten entsprechend dem Vertrag sowie den gesetzlichen Voraussetzungen ausgesprochen zu haben. Zu der ordentlichen Kündigung habe sie sich gezwungen gesehen, weil der Antragsgegner nicht bereit gewesen sei, auf ihre berechtigten Ansprüche auf Preisanpassung einzugehen. Sie sei immer zu einer gütlichen Einigung bereit gewesen und sei es auch weiterhin. Für eine außerordentliche Kündigung bestehe kein wichtiger Grund. Den Vorwurf der Unzuverlässigkeit weise sie ausdrücklich zurück. Sie habe immer nur ihre vertraglichen und gesetzlichen Rechte wahrgenommen. Der Zivilprozess könne noch mit Berufungsverfahren und gegebenenfalls Revisionsverfahren etc. Jahre dauern. Es sei für ihr Unternehmen wirtschaftlich nicht zumutbar, den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten und derweil Millionenverluste aus dem defizitären Vertrag anzuhäufen.

- 34 Die Behauptung, die Entsorgung falle ab dem 1. Januar 2025 aus, sei unzutreffend. Sie habe bereits erklärt, sich an einer Ausschreibung zu beteiligen und die Sammlung über den 1. Januar 2025 hinaus sicherstellen zu wollen. Dass dies nicht zu den bisherigen defizitären Preisen geschehen könne, sei selbstverständlich.
- 35 Der Antragsgegner nahm hierzu mit Schreiben vom 23. Juli 2024 Stellung und ging nochmals auf die wechselseitigen Kündigungen ein. Des Weiteren wies der Antragsgegner darauf hin, dass die Antragstellerin für ihre Ansprüche auf Preiserhöhung jeglichen Nachweis verweigere. Auch zu ihren angeblichen Verlusten habe sie keinen Nachweis beigebracht.
- 36 Eine „Unzumutbarkeit“ behauptete sie lediglich. Zudem habe sie eine Erklärung dahingehend verweigert, die vertragsgemäße Leistung bis zur gerichtlichen Klärung über die Frage der Berechtigung ihrer Kündigung weiter zu erbringen. Damit habe sie den Antragsgegner in die Gefahr eines Entsorgungsnotstandes gebracht.
- 37 Aufgrund der von der Antragstellerin angekündigten Leistungseinstellung zum 1. Januar 2025 und einem damit einhergehenden Entsorgungsnotstand in dem zweitgrößten Landkreis Hessens, ließ der Antragsgegner bereits nach dem Verstreichen der von ihm mit Schreiben vom 19. Juni 2024 gesetzten Frist im Rahmen einer Markterkundung die Interessenten und Bieter des damaligen Vergabeverfahrens und lokal vertretene Unternehmen anschreiben und über die mögliche Notwendigkeit einer geplanten Interimsvergabe informieren. Der Antragsgegner ließ sechs Unternehmen anschreiben, wovon fünf bis zu der gesetzten Frist am 5. Juli 2024 ihre Teilnahme an einer Interimsvergabe angekündigten. Neben den zahlreichen Fragen der Interessenten zu einer möglichen Interimsvergabe, bekundeten alle, dass der verbleibende Beschaffungszeitraum, insbesondere für die Abfallgefäße, sehr ambitioniert sei.
- 38 Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin vom 10. Juli 2024 stand für den Antragsgegner die Notwendigkeit einer Neuvergabe fest. Startpunkt für eine Interimsvergabe war für den Antragsgegner jedoch erst der 18. Juli 2024, da aus seiner Sicht mit Zugang der von ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung bei der Antragstellerin tatsächlich kein Vertragsverhältnis mehr mit dieser über den 1. Januar 2025 hinaus bestand.
- 39 Bis zu diesem Zeitpunkt erstellte der Antragsgegner die Vergabeunterlagen, erarbeitete die Dokumentation zur Notvergabe und führte eine außerordentliche Verbandsversammlung durch, um der Antragstellerin - wie dargestellt - am 18. Juli 2024 seinerseits zu kündigen.
- 40 Als Vergabeart wählte der Antragsgegner das Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb. Sämtliche Erwägungen zur Markterkundung sowie zur beabsichtigten Interimsvergabe und Fristenberechnung hielt der Antragsgegner in dem „Vermerk Notvergabe“ nebst Anlagen fest. Aus Anlage 7 dieses Vermerkes ergibt sich der Vergleich des zeitlichen Ablaufes möglicher Vergabeverfahren im Hinblick auf die Interimsvergabe. Dieser Vergleich ergab folgendes Ergebnis:
- 41 Die im Rahmen des offenen Verfahren ohne und mit verkürzten Fristen zugrunde gelegten Tage für die Erstellung der Vergabeunterlagen einschließlich Bekanntmachung und

Abstimmung mit dem Antragsgegner beruhen auf den Erfahrungen des vom Antragsgegner beauftragten Dienstleisters.

- 42 Für den Antragsgegner war es wichtig, in der für ihn vorliegenden Situation auch die Möglichkeit zu haben, gegebenenfalls Gespräche zu führen, eine Einschätzung, die sich infolge der Rückmeldungen im Rahmen des Interessenbekundungsverfahrens bestätigte.
- 43 Insoweit sah der Antragsgegner zwar ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahme-wettbewerb als möglich an, schloss dieses aber aus, weil es mit der zusätzlichen Bewerbungsfrist von 15 Kalendertagen zu einer kritischen Zeitverzögerung führen würde. Ein weiterer Zeitverlust sei durch die Absendung einer EU- Bekanntmachung und dem Zeitraum bis zu deren Veröffentlichung gegeben; dieser könne bis zu fünf Tage betragen. Hinzu komme, dass bei einer Vergabe mit verkürzten Fristen grundsätzlich alle Vorschriften der Vergabeverordnung zum jeweiligen Verfahren einzuhalten seien, so zum Beispiel die Einhaltung der Frist zur Beantwortung von Bieterfragen gemäß § 20 Abs. 3 VgV. Zudem müsse eine Angebotsabgabefrist von mindestens einer Woche kalkuliert werden: Selbst Unternehmen, die das Gebiet kennen und in der Ausschreibung 2020 kalkuliert hätten, seien von einem entsprechenden Mindestzeitbedarf ausgegangen. Schließlich sei auch bei den Verfahren mit verkürzten Fristen die Wartefrist gemäß § 134 Abs. 2 GWB von mindestens zehn Kalendertagen einzuhalten. Dieser Zeitverlust entfalle gemäß § 134 Abs. 3 GWB nur bei der Dringlichkeitsvergabe. Dies bedeute zusammengenommen einen zusätzlichen Zeitverlust von 24 Tagen, was in keiner Weise zumutbar sei. Mit Blick auf die besondere Gefahrensituation in Bezug auf die Versorgungssicherheit sei es dem Antragsgegner nicht nur erlaubt, den sichersten Weg zu wählen, er sei sogar gesetzlich zur Sicherstellung der Daseinsvorsorge verpflichtet.
- 44 Am 18. Juli 2024 erhielten die diejenigen geeigneten Unternehmen, die der Antragsgegner im Rahmen der Markterkundung zur Teilnahme an einer Interimsvergabe kontaktiert hatte, per E-Mail den Link zu dem Vergabeportal, auf dem die notwendigen Unterlagen eingestellt waren. Gleichzeitig erhielten die Bieter auch das entsprechende Passwort, mit dem es ihnen möglich war, die Unterlagen herunterzuladen und am Vergabeverfahren teilzunehmen. Der Antragsgegner beteiligte die Antragstellerin nicht an der Interimsvergabe, da sie aus seiner Sicht wegen schlechter Vorerfahrungen gemäß § 127 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen sei.
- 45 Ausweislich der der Vergabekammer vorliegenden Druckvergabeakte des elektronischen Vergabeportales, die alle Aktionen auf der Vergabepattform registriert, nahm die Antragstellerin an dem Vergabeverfahren dennoch teil.
- 46 Dies belegt eine erfolgreiche Anmeldung der Antragstellerin am 22. Juli 2024 um 10:57 Uhr. Die Antragstellerin hat die gesamten Vergabeunterlagen heruntergeladen, jedoch - was im Rahmen der Vergabepattform nicht zu verhindern gewesen wäre - kein Angebot abgegeben. Ausweislich des Vergabeprotokolls las die Antragstellerin am 24. Juli 2024 um 8:54 Uhr auch die Nachricht des Vergabeportals, die Angebotsfrist laufe in drei Werktagen ab.
- 47 Am 24. Juli 2027 teilte ein Bieter des Interimsvergabeverfahrens dem Antragsgegner mit, auf die Abgabe eines Angebotes zu verzichten, da ein zu hohes Risiko bestehe, den

Starttermin einhalten zu können. Die Herausforderung bestehe darin, die erforderlichen Ressourcen rechtzeitig aufzubauen. Hinzukomme die kurze Vertragslaufzeit, die ein zusätzliches Risiko darstelle. Es sei nicht nur schwierig, das erforderliche Personal rechtzeitig einzustellen und einzuarbeiten, auch die notwendigen Fahrzeugkapazitäten müssten aufgebaut werden. Sollte bei der nächsten Ausschreibung sein Unternehmen nicht das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet haben, so müssten die für die Interimsvergabe eingestellten Mitarbeitenden freigesetzt und die Fahrzeuge deinvestiert werden. Auch die Bildung von Bietergemeinschaften oder Unterbeauftragungen sei innerhalb der kurzen Ausschreibungsfrist nicht möglich. Für einen kurzfristigen operativen Eintritt in das Ausschreibungsgebiet sei eine längere Vorbereitungszeit erforderlich.

- 48 Die Angebotsfrist lief am 29. Juli 2024 um 9:00 Uhr ab. Es sind beim Antragsgegner zwei Angebote eingegangen. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.
- 49 Mit anwaltlichen Schreiben vom 23. Juli 2024 rügte die Antragstellerin ihre Nichtbeteiligung am Interimsvergabeverfahren. Die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb lägen nicht vor. Die Antragstellerin habe bereits angekündigt, sich im Rahmen der Ausschreibung zu beteiligen und ein wirtschaftliches Angebot zu unterbreiten. Am 22. Juli 2024 habe sie von dem Beginn des im Betreff genannten Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erfahren. Die Mindestfristen eines offenen Verfahrens könnten bis zum ausgeschriebenen Leistungsbeginn am 1. Januar 2025 zwanglos eingehalten werden. Eine äußerste Dringlichkeit liege nicht vor. Die Frist zur Abhilfe der Rüge setzte die Antragstellerin auf Mittwoch, den 24. Juli 2024, 12:00 Uhr (Zugang bei ihr) fest.
- 50 Mit Schreiben vom 24. Juli 2024 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, der Rüge nicht abzuweichen. Die Ersatzbeschaffung müsse schnellstmöglich ohne jegliche Verzögerung erfolgen. Ein wesentlicher Grund hierfür sei der von der Antragstellerin selbst angekündigte Behälterabzug. Hinsichtlich der Dringlichkeit seien sich Fachberatung und der im Rahmen des Interessenbekundungsverfahrens beteiligte Markt einig.
- 51 Mit Schreiben vom 26. Juli 2024 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei die Vergabe von Interimsdienstleistungen im Zusammenhang mit Siedlungs- und anderen Abfällen. Leistungsbeginn solle der 1. Januar 2025 sein. Der Antragsgegner habe mutmaßlich am 22. Juli 2024 hierzu ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eingeleitet. Der Antragsgegner habe das Verfahren mit besonderer Dringlichkeit der Leistung begründet, jedoch lägen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht vor. Insbesondere könnten die verkürzten Regelfristen eines offenen Vergabeverfahrens - Stand heute - noch zwanglos eingehalten werden.
- 52 Im Folgenden nimmt die Antragstellerin Bezug auf das damalige Vergabeverfahren sowie den mit ihr zustande gekommenen Vertragsschluss und die infolge der Corona- Pandemie und des Ukrainekrieges erheblichen Steigerungen bei Lohnkosten und Verbrauchsstoffen. Wegen unterschiedlicher Meinungen hinsichtlich der von ihr geltend gemachten Preisanpassung sei ein Verfahren vor dem Landgericht Kassel anhängig. Die im Vertrag vorgesehene Preisgleitklausel verhindere eine angemessene Preisanpassung.
- 53 Hinsichtlich der Interimsvergabe sei der Antragstellerin in der Zwischenzeit zugetragen worden, der Antragsgegner habe bei einigen Unternehmen die Bereitschaft, die streitgegenständliche Leistung ab dem 1. Januar 2025 zu erbringen, abgefragt. Darüber hin-

aus habe sie weiter Kenntnis darüber erlangt, dass der Antragsgegner auf der Ausschreibungsplattform „subreport“ einen Interimsauftrag als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb veröffentlicht habe. Für die Teilnahme habe der Antragsgegner eine ihr unbekannt Anzahl an Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Ausschreibungsunterlagen seien nicht ohne das in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellte Passwort einsehbar.

- 54 Die Antragstellerin sei nicht zur Teilnahme an dem Verfahren eingeladen. Laut den Bewerbungsbedingungen ende die Angebotsfrist am 29. Juli 2024, 9:00 Uhr. Die Zuschlags- und Bindefristende am 5. August 2024. Der Interimsauftrag solle eine Laufzeit von einem Jahr haben. Einziges Zuschlagskriterium sei der Preis.
- 55 Die Antragstellerin habe zur Prüfung der Aussage im Nichtabhilfesreiben exemplarisch die Lieferfristen für neue Abfallbehältnisse bei einem Lieferanten angefragt. Die Lieferzeiten für die hier erforderlichen Abfallbehälter belaufe sich marktüblich auf ca. zwölf Wochen ab Auftragseingang, Teilmengen könnten bereits nach ca. drei bis vier Wochen geliefert werden. Zudem habe die Antragstellerin mehrfach Vergleichsbereitschaft angeboten. Das schließe die Möglichkeit ein, ihre Behälter im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners an diesen oder an einem Nachfolgeunternehmen zu veräußern. Eine entsprechende Anfrage des Antragsgegners zur Vorbereitung der Neuausschreibung habe es bislang nicht gegeben.
- 56 Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, die Antragstellerin auch antragsbefugt, denn mit dem jetzigen Nachprüfungsantrag habe sie ihr Interesse am Auftrag dokumentiert. Habe ein geregeltes Vergabeverfahren - wie vorliegend - nicht stattgefunden, genüge für die Annahme eines drohenden Schadens grundsätzlich, dass der behauptete Vergaberechtverstoß geeignet sei, die Aussichten auf Erhalt des Zuschlages zu beeinträchtigen. Auf der Ebene der Zulässigkeit genüge die Möglichkeit der Rechtsverletzung, die hier offensichtlich gegeben sei. Die Antragsbefugnis scheitere auch nicht daran, dass der Antragsgegner behauptete, der Antragstellerin fehle die Eignung. Weder lägen die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vor, noch habe die Antragstellerin zu irgendeinem Zeitpunkt schlecht geleistet. Der Antragsgegner habe die Eignung der Antragstellerin im Jahre 2020 bejaht und im jetzt anhängigen Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb keine Eignungskriterien aufgestellt. Er habe auch die eigentlichen Entsorgungsleistungen der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt bemängelt und trage dazu auch nichts vor. Schließlich habe der Antragsgegner die Antragstellerin vor der vorweggenommenen Ausschlussentscheidung noch nicht einmal angehört, was jedoch erforderlich sei.
- 57 Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Der Antragsgegner habe rechtswidrig von einer europaweiten Bekanntmachung der streitgegenständlichen Dienstleistung abgesehen. Die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 VgV lägen nicht vor. Die nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV kumulativ erforderlichen Voraussetzungen fehlten. Es läge kein unvorhergesehenes Ereignis vor. Die Kündigung des Bestandsauftrages durch die Antragstellerin sei vorhersehbar gewesen. Zwischen den Parteien bestünden Meinungsverschiedenheiten, ob die im Vertrag angelegte Preisgleitklausel der Lebenswirklichkeit (hier: Corona Pandemie, Ukrainer-Krieg und dadurch ausgelöste Inflation und Preissteigerungen) ausreichend Rechnung trage. Dem Antragsgegner sei aus dem Zivilverfahren bekannt, dass die Antragstellerin bei Vertragsausführung Verluste in Millionenhöhe einfahre, die durch die Preisgleitklausel im Vertrag nicht ausgeglichen würden.

- 58 Darüber hinaus sei es dem Antragsgegner ohne weiteres möglich, die jetzt ausgeschriebene Leistung in einem offenen Verfahren mit verkürzten Fristen zu beschaffen. Hierzu legt die Antragstellerin näher dar, wie nach ihrer Vorstellung dieser Zeitplan aussehe, und geht dabei als Startpunkt von ihrer Kündigung am 17. Juni 2024 aus. Bei der Entscheidung für einen Interimsauftrag liege es auch nahe, die Behälter des Bestandsauftragnehmers für die Laufzeit von einem Jahr weiter zu nutzen. Die Antragstellerin müsste dazu ihre Behälter im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners an diesen oder an einem Nachfolgeunternehmen veräußern. Eine entsprechende Anfrage des Antragsgegners zur Vorbereitung der Neuausschreibung habe es aber bislang nicht gegeben. Ein offenes Vergabeverfahren mit verkürzten Regelfristen wäre dem Antragsgegner auch noch zu einem späteren Zeitpunkt in diesem Jahr möglich, denn der Antragsgegner vergebende vorliegenden Interimsauftrag für eine Laufzeit von nur einem Jahr. Eine Erleichterung wegen Daseinsvorsorge käme vorliegend nicht in Betracht. Ob eine solche Erleichterung überhaupt unionrechtskonform sei, sei derzeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof. Unabhängig davon gelte aber, dass bei Fehlen der anderen Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV eine Erleichterung im Hinblick auf die Daseinsvorsorge tatbestandlich nicht zum Tragen komme.
- 59 Des Weiteren scheitere der Ausschluss der Antragstellerin wegen vermeintlich fehlender Eignung schon deswegen, weil die Antragstellerin im Rahmen des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb überhaupt keine Eignungskriterien festgelegt habe. Auch lägen keine Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vor. Die Antragstellerin habe keine Pflichtverletzung begangen, vielmehr erbringe sie ihre eigentliche Leistung stets zur Zufriedenheit des Antragsgegners. Die hier im Raum stehenden Meinungsverschiedenheiten zur Höhe der Vergütung fielen bereits nicht unter den Anwendungsbereich des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Im Übrigen scheitere ein Ausschluss bereits an der im Rahmen von § 124 GWB stets erforderlichen Anhörung der Antragstellerin.
- 60 Die Antragstellerin beantragt in der Sache, dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag in dem begonnenen Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb für einen Interimsauftrag über die Sammlung von Restmüll, Bioabfall und PPK mit Betrieb eines Identifizierungssystems und Gestellung von Bioabfallgefäßen incl. Bewirtschaftung des Gefäßbestandes zu erteilen sowie dem Antragsgegner aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein rechtskonformes Vergabeverfahren einzuleiten, an dem die Antragstellerin sich beteiligen kann.
- 61 Der Antragsgegner beantragt, den Nachprüfungsantrag abzulehnen. Er hatte bereits am 18. Juli 2024 bei der Vergabekammer eine Schutzschrift hinterlegt, die er mit Schriftsatz vom 24. Juli 2024 ergänzte.
- 62 Mit Schriftsatz vom 26. Juli 2024 trägt der Antragsgegner weiter vor, Hintergrund sei, dass der Vertrag zur Durchführung der Abfallentsorgungsdienstleistungen durch die Antragstellerin am 17. Juni 2024 zum 31. Dezember 2024 überraschend gekündigt worden sei. Da die Antragstellerin mit ihrer Kündigung die Ankündigung verbunden habe, die Leistungserbringung ab dem 1. Januar 2025 einzustellen, drohe im Kreisgebiet ein Entsorgungsnotstand, sollte kein Ersatz durch eine Notvergabe gefunden werden. Vor diesem Hintergrund sei der Antragsgegner gezwungen, eine Notvergabe einzuleiten.

- 63 Der Weg zur rechtskonformen Lösung der Notlage, ausgehend von einer umfassenden Markterkundung bis hin zur Notvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV sei umfassend in dem das gesamte Verfahren der Notvergabe begleitenden Vergabevermerk beschrieben, der als Anlage 11 der Schutzschrift beigefügt gewesen sei.
- 64 Die gesetzlich vorgesehenen Mindestfristen könnten im vorliegenden Fall nicht eingehalten werden. Dies sei vorliegend wegen des erforderlichen Behälterbezuges nicht möglich.
- 65 Darüber hinaus trete bei der Durchführung eines offenen Verfahrens zu den Mindestfristen noch die Wartezeit nach § 134 Abs. 2 Satz 1,2 GWB hinzu. Letztlich sei ein Zuwarten mit der Beauftragung nur dann möglich, wenn die Antragstellerin zu den ihr genehmen Konditionen beauftragt werde.
- 66 Der Antragsgegner habe auch nicht unangemessen zugewartet. Erst mit Eingang des Schreibens des Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin vom 10. Juli 2024 (Anlage 7 der Schutzschrift) habe die Notwendigkeit der Neuvergabe festgestanden. Bis zum Start der Ausschreibung am 18. Juli 2024 hätten die Vergabeunterlagen erstellt werden, die Dokumentation zur Notvergabe erarbeitet sowie eine außerordentliche Verbandsversammlung durchgeführt werden müssen. Schließlich habe der Antragsgegner seinerseits kündigen müssen. All dies sei in Rekordzeit geschehen. Verdeutlicht werde das sehr enge Zeitfenster auch durch eine Absage eines Bieters.
- 67 Dieser Bieter schätze das Risiko, zum 1. Januar 2025 „startklar“ zu sein, als zu hoch ein. Dies verdeutliche, dass beim hier gewählten Vergabeverfahren gleichsam jeder Tag zähle.
- 68 Der Antrag sei auch begründet. Das Interesse des Antragsgegners sowie der Allgemeinheit an einer möglichst schnellen Zuschlagserteilung überwiege das Interesse der Antragstellerin am Erhalt ihrer Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB. Das besondere Interesse des Antragsgegners der vorzeitigen Zuschlagserteilung ergebe sich mit Blick auf diesen Sachverhalt aus mehreren Gesichtspunkten. Bei einer verzögerten Zuschlagserteilung habe der zukünftige Auftragnehmer keine realistische Chance, mit den notwendigen Vorbereitungen des Auftrages zu beginnen, um dann am 1. Januar 2025 nahtlos die Abfallentsorgungsleistungen zu übernehmen. Vor diesem Hintergrund wäre die Abfallentsorgung im Versorgungsgebiet nicht mehr sichergestellt.
- 69 Folglich müsse vor allem das besondere öffentliche Interesse an der Beauftragung eines Dienstleisters zur übergangsweisen Versorgung im Rahmen der Abwägungsentscheidungen gewichtet werden.
- 70 Ferner wiege auch die Tatsache, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin offensichtlich keinen Erfolg haben werde, schwer und spreche zusätzlich für ein überwiegendes Interesse an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlag. Angesichts des Gewichtes dieser Interessen müsse im vorliegenden Fall das Interesse der Antragstellerin am Erhalt ihrer Primärrechtsschutzmöglichkeiten bzw. letztendlich des Zuschlages zurückstehen. Dabei falle auch die Ungeeignetheit der Antragstellerin ins Gewicht. Nach Übermittlung des Nachprüfungsantrages an den

- 71 Antragsgegner am 26. Juli 2024, beantragt dieser daher am selben Tag, ihm vorab zu gestatten, den Zuschlag gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB zu erteilen.
- 72 Die Antragstellerin beantragt hierauf ergänzend,
- 73 Den Antrag auf Vorabgestattung abzulehnen;
- 74 Der Eilantrag habe keine Aussicht auf Erfolg. Grundvoraussetzung eines Eilantrages sei zunächst überhaupt, dass tatsächlich eine zeitlich dringliche Lage bestehe. Für die Stattgabe eines Antrages nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB sei erforderlich, dass nicht einmal das Abwarten der Entscheidung der Vergabekammer innerhalb der fünföchigen Entscheidungsfrist zumutbar sei. Liege bereits keine Dringlichkeit vor, komme eine Zuschlagsgestattung nicht in Betracht. Diese Dringlichkeit lege der Antragsgegner nicht dar bzw. nicht offen. Vielmehr werde frei behauptet, es bestehe ein besonderes Eilbedürfnis. Zur Begründung des besonderen Eilbedürfnisses möge der Antragsgegner vollumfänglich auf die Anlage AG 11 verweisen, was aber als eine reine pauschale Bezugnahme auf eine Anlage so nicht reiche. Der unsubstantiierte Vortrag des Antragsgegners reiche nicht aus, um einen vollumfänglichen Primärrechtsverlust der Antragstellerin zu begründen.
- 75 Dem Antragsgegner wäre es auch ohne weiteres möglich, parallel zum vorliegenden
- 76 Nachprüfungsverfahren eine rechtskonforme europaweite Ausschreibung in die Wege zu leiten. Hierbei bestehe die Möglichkeit, die Zuschlagserteilung in Abhängigkeit vom vorliegenden Nachprüfungsverfahren zu stellen. Zum jetzigen Zeitpunkt könnten Mindestfristen des offenen Verfahrens bis zum Leistungsbeginn immer noch eingehalten werden.
- 77 Dies stelle, gerade im Hinblick auf die drohenden irreversiblen Schäden, ein milderes und geeigneteres Mittel dar, um dem Begehren des Antragsgegners (des Nachprüfungsverfahrens) Rechnung zu tragen und eine Versorgungssicherheit ab dem 1. Januar 2025 sicherzustellen.
- 78 Auch eine von der Vergabekammer vorzunehmende umfassende Interessenabwägung könne nur dazu führen, den Eilantrag abzulehnen. Nachteilige Folgen habe die vorzeitige Zuschlagsgestattung vor allem für die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens. Wenn die Vergabekammer dem Eilantrag des öffentlichen Auftraggebers stattgebe, und dieser daraufhin den Zuschlag erteile, trete Erledigung ein. Im Ergebnis ginge der Primärrechtsschutz dann ins Leere.
- 79 Grundlage der Interessenabwägung seien die konkreten Interessen im Einzelfall. Auch wenn § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB ausdrücklich die Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens verlange, folge daraus kein grundsätzlicher Vorrang des Interesses der Allgemeinheit gegenüber dem Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin. Denn gemäß § 169 Abs. 1 GWB sei bei einem Nachprüfungsantrag das Zuschlagsverbot nicht die Ausnahme, sondern die Regel. Dagegen habe die vorzeitige Zuschlagsgestattung engen Ausnahmecharakter. In die Wertung mit einzubeziehen seien auch die Erfolgsaussichten der Hauptsache. Dem Wortlaut des § 169 Abs. 2 Satz 5 GWB nach müssten die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages zwar nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein. Anders jedoch, wenn ein eindeutiger Sachverhalt eine summarische Prüfung über die Erfolgsaussichten des Nachprü-

fungsantrages zulasse. Die Vergabekammer dürfe deshalb nur in besonderen Ausnahmefällen dem Eilantrag stattgegeben, nämlich dann, wenn ein dringendes Interesse des öffentlichen Auftraggebers oder der Allgemeinheit an der sofortigen Zuschlagserteilung bestehe, welches das Interesse an der Aussetzung der Zuschlagserteilung bis zum ordnungsgemäßen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens erheblich übersteige.

- 80 Vorliegend überwögen die konkreten Interessen der Antragstellerin am Erhalt ihrer bieterigenen Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB eindeutig das Interesse des Antragsgegners am schnellen Verfahrensabschluss.
- 81 Der Antragsgegner wolle vorliegend vollendete Tatsachen schaffen, verkenne hierbei allerdings die Möglichkeit, auch noch zum jetzigen Zeitpunkt im Rahmen eines offenen Verfahrens die Versorgungssicherheit sicherzustellen. Die Argumentation des Antragsgegners beruhe auf sachfremden Erwägungen, die seinem Vortrag nicht dienten. Darüber hinaus sei es dem Antragsgegner nicht gelungen, die den Antrag begründende Dringlichkeit nachzuweisen. Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache seien weit überwiegend. Die bisherige Argumentation des Antragsgegners gehe an der Sache vorbei.
- 82 Zur Begründung seines Antrags auf Ablehnung des Nachprüfungsantrags bezieht sich der Antragsgegner in weiten Teilen auf die vorliegende Schutzschrift vom 18. Juli 2024 sowie deren Erweiterung vom 24. Juli 2024 und die Antragsschrift zur Vorabgestattung des Zuschlages vom 26. Juli 2024.
- 83 Der Antragsgegner geht davon aus, dass das Preisanpassungsverlangen der Antragstellerin völlig unsubstantiiert sei. Darüber hinaus verschweige die Antragstellerin, dass der Antragsgegner den Vertrag mit der Antragstellerin unter dem 18. Juli 2024 mit Wirkung zum 31. Dezember 2024 gekündigt habe, da in Anbetracht der Gesamtumstände die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung nicht mehr zumutbar sei. Im Wesentlichen begründete der Antragsgegner die Kündigung mit der unberechtigten außerordentlichen Kündigung der Antragstellerin, welche eine erhebliche Vertragsverletzung darstelle und weiteren gravierenden Pflichtverletzungen, insbesondere der zu Tage getretenen Unzuverlässigkeit der Antragstellerin.
- 84 Der drohende Ausfall der Abfallentsorgung als Teil der kritischen Infrastruktur ab dem 1. Januar 2025 stelle insbesondere für die hiervon betroffenen rund 183.500 Bürgerinnen und Bürger, die Umwelt und den Tourismus eine erhebliche Gefahr dar und erfordere eine umgehende Reaktion des Auftraggebers. Die unberechtigte Kündigung durch den Auftragnehmer vor Ablauf der Festlaufzeit stelle regelmäßig einen wichtigen Grund zur Gegenkündigung durch den Besteller dar, die die Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegen den unberechtigt Kündigenden unberührt ließen. Seine Rechtsausführungen untermauert der Antragsgegner mit zahlreichen Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen.
- 85 Im Übrigen verschweige die Antragstellerin mit Blick auf den Vertragsbeginn zur gegenständlichen Ausschreibung, dass die künftigen Auftragnehmer erhebliche Zeiten zur Vorbereitung des Interimsauftrages benötigten. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da die Antragstellerin wegen schlechter Vorerfahrungen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen gewesen sei. Der Nachprüfungsantrag sei rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 180 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

- 86 Hilfsweise sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, da die Antragstellerin bereits wegen § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen (gewesen) sei und eine Rechtsverletzung bereits vor diesem Hintergrund ausscheide. Hinsichtlich der Dringlichkeit sei diese sowohl vor dem Hintergrund des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV als auch der Dringlichkeitsvergabe gerechtfertigt und verweist insbesondere auf die Erweiterung der Schutzschrift.
- 87 Ausweislich der bei der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte erhielt die Antragstellerin am 26. Juli 2024 mit der Schutzschrift vom 18. und 24. Juli 2024 auch die Anlage AG 3 und AG 4.
- 88 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die von dem Antragsgegner als ZIP- Datei vorgelegte Vergabeakte, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind, verwiesen.
- 89 Auf Antrag des Antragsgegners hatte die Vergabekammer dem Antragsgegner die vorzeitige Zuschlagserteilung am 1.8.2024 gestattet. Zur Begründung hat sie wie folgt ausgeführt:
- 90 Der zulässige Antrag sei auch begründet. Das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens überwiege hier das Interesse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens. Das erforderliche besondere Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers liege vor. Das Interesse der Allgemeinheit an einer ordnungsgemäßen und kontinuierlichen Abfallentsorgung sei zudem als schutzwürdiges Interesse gesetzlich zwingend vorgeschrieben.
- 91 Der Antragsgegner habe die Umstände, die die Interimsvergabe und die nunmehrige Vorabgestattung des Zuschlags verursachten, auch nicht zu vertreten. Vielmehr habe die Antragstellerin die Dringlichkeitsvergabe selbst herbeigeführt. Die von der Antragstellerin ausgesprochene ordentliche Kündigung sei mit hoher Wahrscheinlichkeit nach summarischer Prüfung nicht vertragsgerecht und habe zur außerordentlichen Kündigung des Antragsgegners geführt. Der Antragstellerin stütze ihre Kündigung selbst auf Ziff. 12.8 BVB. Die Voraussetzungen lägen jedoch auch aus Sicht der Antragstellerin nicht vor. Tatsächlich habe Gesprächsbereitschaft bestanden. Die Interpretation der für die Mehrkosten vorgelegten Nachweise erfolge jedoch unterschiedlich. Dem vorgesehenen Gutachterverfahren verweigere sich die Antragstellerin.
- 92 Zu berücksichtigen sei auch, dass der zu Grunde liegende Vertrag eine feste Vertragslaufzeit habe, und damit nicht ordentlich kündbar sei.
- 93 Hinsichtlich des von der Antragstellerin eingereichten Nachprüfungsantrages sei zweifelhaft, ob er überhaupt zulässig sei, da Fragen eines möglichen Rechtsmissbrauchs im Raum stünden.
- 94 Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, da der Antragstellerin durch die Nichtbeteiligung kein Schaden entstehe. Die Antragstellerin hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen werden können. Tatsächliche Anhaltspunkte hierfür folgten aus der fehlenden Substantiierung ihres Preisanpassungsverlangens, der Nichteinhaltung des vertraglich vereinbarten Preisanpassungsverfahrens, ihrem Nichterscheinen zum zweiten Gütetermin vor dem Landgericht Kassel und schließ-

- lich der höchstwahrscheinlich rechtswidrigen ordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses mit der Ankündigung des Abzugs der Bio-Abfallbehälter.
- 95 Schließlich sei der Nachprüfungsantrag auch mit hoher Wahrscheinlichkeit unbegründet, da die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorliegen dürften.
- 96 Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stehe der Gestattung des vorzeitigen Zuschlags nicht entgegen. Der endgültige Verlust des Primärrechtsschutzes trete hier gegen das deutlich überwiegende Interesse der Allgemeinheit an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens zurück. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass die Vergabekammer durch die Beteiligung von zunächst sechs Unternehmen hinreichenden Wettbewerb geschaffen und Vertragslaufzeit mit einem ja auch entsprechend reduziert habe.
- 97 Unter dem 5.8.2024 hat die Antragstellerin ein Angebot zu den ausgeschriebenen Interimsleistungen abgegeben (Anlage Bf 20).
- 98 Mit ihrem am 6.8.2024 eingegangenen Antrag begehrt die Antragstellerin nunmehr, dass Zuschlagsverbot gemäß § 169 2 S. 6 GWB wiederherzustellen, hilfsweise das Zuschlagsverbot über die in § 169 Abs. 2 S. 1 vorgesehene Zweiwochenfrist hinaus bis zu einer Entscheidung über die Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes gemäß § 169 Abs. 2 S.6 GWB zu verlängern. Selbst wenn nicht ihre Tonnen übernommen werden würden, könnten innerhalb von 12 Wochen die erforderlichen Wertstoffbehälter beschafft werden.
- 99 Die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV lägen nicht vor. Der Antragsgegner habe mit verkürzten Fristen ein offenes Verfahren mit mehr als auskömmlichen sechs Monaten durchführen können.
- 100 Unberücksichtigt gelassen habe die Vergabekammer ihre jährlichen Verluste im Bestandsauftrag in Höhe von bis zu 1 Million €. Unstreitig decke die Vergütung nicht die Kosten. Grund hierfür seien die Preissteigerungen infolge der Corona-Pandemie und des Ukraine-Kriegs. Im Klageverfahren vor dem LG Kassel haben sie dargelegt, dass die vertraglichen Regelungen zur Preisanpassung in Ziff. 11.2 und 12 keiner Inhaltskontrolle nach §§ 305 BGB standhielten und unwirksam seien. Damit sei auch nicht die Klage durch das im Vertrag angelegte Gutachterverfahren gesperrt. Die Vorgaben seien intransparent, soweit Preissteigerungen im bekannten Umfang einzukalkulieren seien. Kalkulationsbelege seien nicht vorgegeben worden. In welcher Form und in welcher Tiefe sie ihre Urkalkulation aufbauen müssten, sei für die Bieter nicht erkennbar gewesen. Offen sei auch, unter welchen Voraussetzungen die zu kalkulierenden Preissteigerungsraten als nachvollziehbar einzuordnen seien. Selbst bei unterstellter Einhaltung der Kalkulationsvorgaben sei nicht vorhersehbar, in welchem Umfang die Vergütung zu Gunsten des Auftragnehmers erhöht werden müsse. Die Vorgaben seien umfangreich und zum Teil nur in Fußnoten enthalten und damit nicht übersehbar. Schließlich seien die Klauseln überraschend. Soweit die Vergabekammer rüge, dass sie, die Antragstellerin, sich dem Gutachterverfahren verweigert habe, stelle dies zudem lediglich eine Option für die Parteien dar.
- 101 Entgegen den Ausführungen der Vergabekammer habe sie gerade nicht gesagt, dass sie nach dem 1.1.2022 ihre Abfallbehälter einsammele und abziehen werde. Sie habe vielmehr immer angeboten, auch danach ihre Leistungen zu - allerdings dann angepassten - Preisen zu erbringen.

- 102 Die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB lägen nicht vor. Sie habe zudem am 5.8.2024 ein Angebot unterbreitet, unter welchen Bedingungen sie ihre Leistungen auch nach dem eine 31.12.2024 während des laufenden Nachprüfungsverfahrens erbringen würde.
- 103 Sie habe ihre Kündigung ausdrücklich auf die Unzumutbarkeit der weiteren Vertragserfüllung gestützt. Eine Anpassung des Vertrages und ein längeres Zuwarten seien ihr nicht mehr zumutbar, da der Antragsgegner nicht vergleichsbereit sei, weitere Verluste aufliefen und ungewiss sei, wann das Landgericht Kassel oder gegebenenfalls eine Berufungsinstanz entscheiden würden.
- 104 Sie habe neunmal den Antragsgegner hinsichtlich einer Preisanpassung angeschrieben im Zeitraum zwischen dem 7.4.2022 und dem 28.2.2023 und sich zu keinem Zeitpunkt einer vergleichweisen Einigung verweigert. Der Vergleichsvorschlag der Antragsgegnerseite habe jedoch für sie nicht mehr akzeptable Preisanpassungen vorgesehen. Damit habe die Antragsgegnerseite das Ende der Vergleichsverhandlungen eingeleitet. Im Hinblick auf die von ihr, der Antragstellerin, signalisierte Vergleichsbereitschaft sei auch kein Entsorgungsnotstand zu befürchten gewesen.
- 105 Die Interessenabwägung der Vergabekammer sei fehlerhaft. Es fehle an einem besonderen Beschleunigungsinteresse des Antragsgegners. Bereits die Voraussetzungen des von ihm gewählten Verhandlungsverfahrens oder Teilnahmewettbewerbs sei nicht ausreichend dokumentiert worden.
- 106 Die Antragstellerin beantragt,
- 107 1. das Zuschlagsverbot gemäß § 169 Abs. 2 S. 6 GWB wiederherzustellen;
- 108 2. hilfsweise: Das Zuschlagsverbot über die in § 169 Abs. 2 S. 1 GWB vorgesehene Zweiwochenfrist hinaus bis zu einer Entscheidung über die Wiederherstellung des Zuschlagsverbots gemäß Bahnhof 190 Abs. 2 S. 6 GWB zu verlängern.
- 109 3. Dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen der Antragstellerseite aufzuerlegen.
- 110 Der Antragsgegner beantragt,
- 111 1. den Antrag auf Verlängerung des Zuschlagsverbotes zurückzuweisen;
- 112 2. der Hilfsantrag auf vorübergehende Verlängerung bis zu Entscheidung wird zurückgewiesen.
- 113 Sie hält den Antrag für offensichtlich unzulässig. Die Antragstellerin habe tatsächlich ein Angebot eingereicht und setze offenkundig darauf, dass im Rahmen der Notvergabe keine oder keine konkurrenzfähigen Angebote eingehen werden. Tatsächlich wäre aber die Antragstellerin selbst bei Berücksichtigung ihres Angebots nicht erstplatziert. Der Antragstellerin drohe damit hinsichtlich der Notvergabe nachweislich kein Schaden.

- 114 Zudem sei der Antrag unzulässig, da die Antragstellerin auszuschließen wäre. Die Antragstellerin habe versucht, ihm, dem Antragsgegner, bessere Konditionen abzupressen. Dieser offensichtliche Rechtsmissbrauch führe zur Unzulässigkeit.
- 115 Die Voraussetzungen für eine Kündigung lägen nicht vor. Sowohl gemäß § 12 der VBV als auch gemäß § 313 BGB sei eine Kündigung erst dann zulässig, wenn eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar sei. Die Antragstellerin gehe jedoch selbst davon aus, dass eine Anpassung erfolgen könne. Diese sei gerade Gegenstand des Verfahrens vor dem Landgericht Kassel. Tatsächlich stimme er, der Antragsgegner, dem Grunde nach einer Anpassung sogar zu. Berechtigte Kosten würden ihm ohnehin über die Gebühren von den Bürgern ersetzt. Voraussetzung sei jedoch der Nachweis zur Höhe. Daran fehle es hier. Die Antragstellerin habe noch nicht einmal konkret gestiegene Kosten nachgewiesen. Es sei auch nicht unstrittig, dass die Kosten durch die Vergütung nicht gedeckt würden. Angebliche Verluste habe die Antragsteller nicht belegt.
- 116 Zutreffend habe die Vergabekammer festgestellt, dass das Verhältnis zerrüttet sei.
- 117 Sie habe frühestens am 18.7.2024 die Neuvergabe der Leistungen ab dem 1.1.2025 planen können.
- 118 Die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe lägen vor. Selbst wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen würden, wäre die Interimsvergabe dennoch zulässig, da im Bereich der Daseinsvorsorge der Staat immer Handlungsfähig sein müsse.
- 119 Die Antragstellerin repliziert, dass sie weiterhin antragsbefugt sei. Soweit ihr Angebot nicht bestplatziert sei, habe der Antragsgegner sich ausdrücklich Nachverhandlungen über den Preis vorbehalten ausweislich der Vergabebedingungen. Das Wertungskriterium Preis sei zudem ermessenfehlerhaft formuliert. Da der Antragsgegner sich nach Ablauf der Vertragslaufzeit zum Ankauf der Tonnen zum Restkaufwert verpflichte, habe auch die Höhe des Restkaufwertes in die Kalkulation einfließen müssen. Dieser Betrag sei bei ihr im Hinblick auf das Vorhandensein der Tonnen voraussichtlich sehr viel niedriger als bei den Mitbietern.

II.

- 120 Sowohl der Hauptantrag (unter 1.) als auch der Hilfsantrag (unter 2.) der Antragstellerin haben in der Sache keinen Erfolg.
- 121 1. Der zulässige Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbots gemäß § 169 Abs. 2 S. 5 GWB ist unbegründet.
- 122 a. Für die Entscheidung des Beschwerdegerichts über einen Antrag nach § 169 Abs. 2 S. 5 GWB gelten die gleichen Entscheidungskriterien wie gemäß § 169 Abs. 2 S. 1-4 GWB (vergleiche Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., § 169 Rn. 45). Das Beschwerdegericht prüft die Kriterien eigenständig und nimmt eine eigene Interessenabwägung vor. Die vorzeitige Gestattung des Zuschlags kann demnach zuerkannt 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. Bei der Abwägung einzubeziehen sind demnach

das jeweilige Interesse des Antragstellers, der übrigen am Verfahrensbeteiligten und sonstiger Interessenten, ihre Chance auf die Auftragsvergabe zu wahren oder gar zu verbessern; das Interesse des Auftraggebers, die beabsichtigte Beschaffungsmaßnahme zügig durchzuführen und schließlich das Interesse der Allgemeinheit, dass ihr die beabsichtigte Beschaffung bald zugutekommt und der Auftraggeber seine Aufgaben wirtschaftlicher Weise erfüllt.

- 123 Im Rahmen der Bewertung des Interesses des Antragstellers erlangen ganz maßgeblich die Erfolgsaussichten seines Nachprüfungsantrages Gewicht (Jaeger a.a.O. Rn. 31). Erforderlich ist damit eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages. Dazu gehören einerseits die Zulässigkeitsvoraussetzungen des §§ 160 Abs. 2 und 3 GWB, aber auch die Voraussetzungen der Begründetheit (Jaeger a.a.O. Rn. 35).
- 124 b. Ausgehend hiervon wiegt das Interesse der Antragstellerin an der Wahrung einer Chance auf die Auftragsvergabe durch das eingeleitete Nachprüfungsverfahren nicht schwer, da der Nachprüfungsantrag bei summarischer Prüfung keine Aussicht auf Erfolg hat.
- 125 Es fehlt dem Antrag bereits an der Zulässigkeit, da die Antragstellerin nicht antragsbefugt ist.
- 126 Voraussetzung der Antragsbefugnis ist gemäß § 160 Abs. 2 S. 2 GWB unter anderem, dass dem Unternehmen infolge des beanstandeten Vergabeverstoßes ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ziel dieser Regelung ist es, zu verhindern, dass ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebotes und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann (Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn. 46). Das Schadenserfordernis ist dabei eine besondere Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses. Der Begriff des Schadens wird deshalb unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt. Der Antragsteller hat demnach darzulegen, dass der gerügte Verstoß gegen Vergabevorschriften geeignet ist, die Aussichten auf Berücksichtigung seines Angebots oder die Erteilung des Zuschlags zu beeinträchtigen oder, dass die Chancen seines Angebots oder Schusswaffe Hinzuschätzungen verschlechtert worden sein könnten (Byok a.a.O. Rn. 48). Das ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, durch einen Vergabefehler schon an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren gehindert zu sein oder kein wirtschaftliches Angebot abgegeben zu haben. Hat der Antragsteller ein Angebot abgegeben, können Darlegungen reichen, dass er ohne den Vergaberecht verstoßen anderes, wirtschaftliches Angebot abgegeben hätte. Die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften muss kausal sein für den vom Antragsteller dargelegten (drohenden) Schaden. Dabei sind an die Darlegung des Schadens keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (Byok a.a.O. Rn. 50). Hat sich die Position im Wettbewerb durch die gerügten Verstöße in keiner denkbaren Weise verschlechtert, fehlt es an der Antragsbefugnis (Vergabekammer Bund, Beschluss vom 30.3.2000 - VK 2-2/20).
- 127 aa. Vorliegend ergibt sich auch auf Basis der Ausführungen der Antragstellerin nicht, dass der von ihr im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gerügte Vergabeverstoß im Erfolgsfall ihre Zuschlagschancen verbessern würde. Zwischen den Parteien ist vielmehr unstreitig, dass das von der Antragstellerin nach der Entscheidung der Vergabekammer auf Basis der veröffentlichten Vergabeunterlagen, insbesondere der dort gemäß Ziff. 15 der Bewerbungsbedingungen Interimsvertrag in Bezug genommenen Kalkulations-

grundlagen gemäß der Ausschreibung aus dem Jahre 2020, eingereichte Angebot vom 5.8.2024 im Hinblick auf das veröffentlichte - einzige - Zuschlagskriterium „Preis“ nicht das günstigste ist. Damit hätte die Antragstellerin auch bei einer Einladung zur Teilnahme am Vergabeverfahren für die Interimsleistung oder auch bei einer öffentlichen Ausschreibung keine Zuschlagschance gehabt.

- 128 bb. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass der ausgewiesene Preis keine geeignete Grundlage für diese Vergleichsbetrachtung darstelle, da sich der Auftraggeber vorbehalten habe, über die Preise vor Vergabe zu verhandeln, überzeugt dies nicht. Der Antragsgegner hat deutlich gemacht, dass er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen möchte und sich bereits für die Bestbieterin entschieden hat, welcher er gemäß dem Gestattungsantrag vorzeitig den Zuschlag erteilen möchte. Die vertragliche Regelung verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber nicht zu Preisverhandlung, sondern räumt ihm allein eine Option ein. Die Antragstellerin kann sich damit nicht auf etwaige Veränderungen im Preisgefüge nach lediglich möglichen, tatsächlich aber nicht durchgeführten Verhandlungen berufen.
- 129 Auf Basis der im Rahmen der veröffentlichten Zuschlagskriterien vorgesehenen reinen Preiswertung führt das eingeleitete Vergabeverfahren mit der Rüge, das zu Unrecht ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wurde, damit nicht zu einer Verbesserung der Zuschlagschancen. Die Antragstellerin hatte vielmehr dennoch ein Angebot abgegeben, welches indes nicht Best platziert war.
- 130 cc. Soweit die Antragstellerin nunmehr vorträgt, dass das Zuschlagskriterium „Preis“ fehlerhaft gebildet worden sei, da ein maßgeblicher Kostenfaktor betreffend der Abfallbehälter unberücksichtigt geblieben sei, ist dieser Umstand nicht geeignet, die Antragsbefugnis der Antragstellerin zu begründen.
- 131 Der gegenwärtig bekannte Nachprüfungsantrag wird nicht auf die Rüge fehlerhafter Zuschlagskriterien gestützt. Selbst wenn die Antragstellerin dies nachholen würde, wäre diese Rüge präkludiert und damit nicht geeignet, die Antragsbefugnis zu stützen.
- 132 Sowohl das Zuschlagskriterium als auch die bei der Kalkulation des Angebotspreises zu beachtenden Modalitäten waren mit den „Bewerbungsbedingungen Interimsvertrag“ bekannt gemacht worden: Gemäß Ziff. 16 dieser Bewerbungsbedingungen für den Interimsvertrag erhält das Angebot mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag. Der Preis war gem. Ziff. 13 dieser „Bewerbungsbedingungen“ nach den Regelungen der Vertragsunterlagen zu bilden. Gemäß Ziff. 15 dieser Vertragsunterlagen sollten Grundlage der Kalkulation die Angaben sein, wie sie in den Vergabe- und Vertragsunterlagen zur Ausschreibung zur Auftragsbekanntmachung 2020/S 164-398870 vom 25.6.2020 bezogen auf die Leistung des Loses 1 wiedergegeben sind. Die Dokumente wurden der Ausschreibung erneut beigelegt.
- 133 Diese Bewerbungsbedingungen hatte die Antragstellerin am 22.7.2024 über den Link eingesehen. Damit hatte sie Kenntnis von den konkreten Modalitäten der Preisbildung. Darüber hinaus waren ihr die näheren Umstände auch aus der vorausgegangenen Ausschreibung aus dem Jahre 2020 bekannt.
- 134 Die Antragstellerin hätte damit gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB eine Rüge bis zum Ablauf der Angebotsfrist abgeben müssen. Dies hat sie nicht getan. Damit ist sie ihrer Rügeob-

liegenheit nicht rechtzeitig nachgekommen. Würde sie den nach Prüfungsantrag auf diese Rüge stützen, wäre er insoweit unzulässig.

- 135 dd. Auf die von der Vergabekammer in den Raum gestellte Frage des Ausschlusses eines etwaigen Angebots der Antragstellerin gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB kommt es damit nicht an. Grundsätzlich darf der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht mit der Begründung verwehrt werden, dass das Angebot aus anderen als mit dem nach Prüfungsantrag zur Überprüfung gestellten Gründen auszuschließen ist (vergleiche BGH, Beschluss vom 26.9.2006 - X ZB 14/06). Die Zulässigkeit eines nach Prüfungsantrag wird deshalb nicht von der Frage beeinflusst, ob das bzw. ein etwaiges Angebot ohnehin von der Wertung in dem eingeleiteten Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden können oder müssen (vergleiche auch Byok a.a.O., § 160 Rn. 56).
- 136 ee. Auf die weitere Frage eines etwaigen Rechtsmissbrauchs im Sinne von § 180 Abs. 1 GWB kommt es angesichts der obigen Ausführungen ebenfalls nicht an.
- 137 2. Da - wie unter 1. ausgeführt - über den Antrag zu 1. bereits abschließend entschieden werden kann, kommt eine vorläufige Herstellung eines Zuschlagsverbots des Zuschlagsverbots bis zur endgültigen Entscheidung über die Wiederherstellung des Zuschlagsverbots nicht in Betracht.

III.

- 138 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 71 GWB.