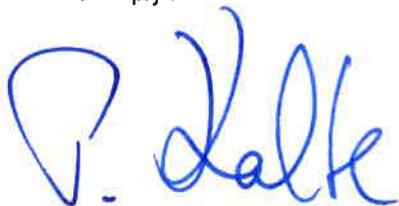


BIOTOPKARTIERUNGSLEISTUNGEN

Zusammenfassender Bericht der Klage gegen ein Bundesland im Zusammenhang mit Leistungen der Biotopkartierung

Mannheim, den 15.07.2014

AZ: 51.Kp/jw



Dipl.-Ing. Peter Kalte

Inhaltsverzeichnis

1.	Veranlassung	3
2.	Beschaffungsabsicht.....	3
3.	Intervention der GHV	3
4.	Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer	4
4.1.	Grundsätze.....	4
4.2.	Rüge	4
4.3.	Nachprüfungsantrag.....	5
4.4.	Bis einschl. Vergabekammerverhandlung	5
4.5.	Mündliche Verhandlung und Entscheidung der Vergabekammer	6
5.	Sofortige Beschwerde beim OLG.....	6
5.1.	Grundlagen	6
5.2.	Sofortige Beschwerde	7
5.3.	Mündliche Verhandlung und Entscheidung des OLG.....	7
6.	Wertungen	8
6.1.	Rechtsanwalt Voppel in VergabeR 4, 2014.....	8
6.2.	Rechtsanwalt Wiesner und der Unterzeichner in der IBR 2012, 474	8
6.3.	Rechtsanwalt Wiesner und der Unterzeichner in der IBR 2012, 1190	8
7.	Gesamtzusammenfassung	9
7.1.	Leitsätze	9
7.2.	Sachverhalt	9
7.3.	Kritik	11
8.	Anhang: Anlagenverzeichnis:	14

1. Veranlassung

Im Rahmen der nach dem Programm Natura 2000 erforderlichen „Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen“ hat ein Bundesland, vertreten durch das zugehörige Ministerium (nachfolgend Auftraggeber genannt), ein europaweites Vergabeverfahren angestrengt.

Es kam zu einer Rüge, einem Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer und einer Klage vor dem Oberlandesgericht Brandenburg.

Das gesamte Verfahren (Rüge, Nachprüfungsverfahren und Klage) wurde mit finanzieller Unterstützung des BBN (www.bbn-online.de) und seinen Mitgliedsverbänden¹ und Mitgliedern (AGN, BVÖB, BDBiol, BVDL, HVNL, SBdL, VSÖ, VHÖ) vorgenommen. Ohne diese Unterstützung wäre das Verfahren nicht möglich gewesen. In diesem Zusammenhang ist ein herzliches Dankeschön an alle Unterstützer/innen auszusprechen.

Mit diesem Bericht wird der gesamte Weg aufgezeigt und erläutert. Damit können auch Dritte nachvollziehen, wie ein solches Verfahren läuft und was die Chancen und Risiken dabei sind.

2. Beschaffungsabsicht

Der Auftraggeber ist mit seiner Beschaffungsabsicht mit der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt nach außen getreten (siehe **Anlage 1** zu diesem Bericht).

3. Intervention der GHV

Mehrere Mitglieder der GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V. (nachfolgend GHV genannt) haben die Bekanntmachung der GHV zugeleitet mit der Bitte um Prüfung. Eine

¹ *Arbeitsgemeinschaft der amtlichen Fachreferenten für Naturschutz und Landschaftspflege in Bayern e.V. (AgN), Berufsverband der Ökologen Bayerns e.V. (BVÖB), Berufsvertretung Deutscher Biologen e.V. (BDBiol), Berufsverband der Landschaftsökologen Baden-Württemberg e.V. (BVDL), Hessische Vereinigung für Naturschutz und Landschaftspflege e.V. (HVNL), Saarländischer Berufsverband der Landschaftsökologinnen und -ökologen e.V. (SBdL), Verband Selbständiger Ökologen e.V. (VSÖ), Vereinigung Hessischer Ökologen und Ökologinnen e.V. (VHÖ)*

Prüfung auf Einhaltung des Vergaberechts führt die GHV auf der Grundlage ihrer Satzung durch. Die GHV hat die ihrer Bewertung nach vorliegenden Verstöße dem Auftraggeber mitgeteilt (siehe **Anlage 2** zu diesem Bericht).

Der Auftraggeber hat daraufhin der GHV geantwortet (siehe **Anlage 3** zu diesem Bericht) und einige wenige Verstöße erkannt und korrigiert und eine geänderte Bekanntmachung herausgegeben (siehe **Anlage 4** zu diesem Bericht).

4. Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer

4.1. Grundsätze

Die zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren ist die Vergabekammer.

Nach § 107 Abs. 2 GWB ist nur ein Unternehmen antragsbefugt, welches Interesse an einem Auftrag hat. Die GHV konnte als Verein also nichts weiter unternehmen.

Nach § 107 Abs. 3 GWB muss einem Nachprüfungsantrag eine Rüge vorausgegangen sein.

4.2. Rüge

Ein Mitglied der GHV (nachfolgend Auftragnehmer genannt), welches die Vergaberechtsverstöße nicht hinnehmen wollte, hat eine entsprechende Rüge an den Auftraggeber formuliert (siehe **Anlage 5** zu diesem Bericht). Dabei lies sich der Auftragnehmer bereits durch den Rechtsanwalt Michael Wiesner, LL.M., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, welcher zudem auf Vergaberecht spezialisiert ist (nachfolgend Auftragnehmervertreter genannt), vertreten.

Der Auftraggeber reagierte zwar mit Schreiben vom 03.08.2011 (siehe **Anlage 5** zu diesem Bericht), half aber der Rüge nicht ab. Somit blieb dem Auftragnehmer nur das Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer.

4.3. Nachprüfungsantrag

Ein entsprechender Nachprüfungsantrag ist dann form und fristgerecht bei der Vergabekammer eingereicht worden (siehe **Anlage 6** zu diesem Bericht). Dieser Antrag umfasst auch einen Antrag auf Akteneinsicht nach § 111 GWB. Dies dient dazu, dass der Auftragnehmervertreter die Vergabeunterlagen des Auftraggebers weiter auswerten kann.

Sobald eine Vergabekammer einen solchen Antrag erhält, prüft sie diesen nach § 110 GWB sofort darauf, ob dieser offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Falls nicht, wie in diesem Fall, übermittelt die Vergabekammer dem Auftraggeber den Antrag in Kopie. Der Auftraggeber darf nach der Information über den Nachprüfungsantrag nach § 115 Abs. 1 GWB keinen Zuschlag erteilen.

Die Vergabekammer bestätigte mit Schreiben vom 19.08.2011 (siehe **Anlage 7** zu diesem Bericht) den Eingang des Nachprüfungsantrags.

4.4. Bis einschl. Vergabekammerverhandlung

Der Auftraggeber reagierte auf den Nachprüfungsantrag mit einer Stellungnahme vom 23.08.2011 (siehe **Anlage 8** zu diesem Bericht).

Der Auftragnehmervertreter erwiderte daraufhin mit Schreiben vom 05.09.2011 (siehe **Anlage 9** zu diesem Bericht).

Mit Schreiben vom 05.09.2011 gibt die Vergabekammer Hinweise zum Antrag auf Akteneinsicht (siehe **Anlage 10** zu diesem Bericht).

Mit Schreiben vom 09.09.2011 ergänzt der Auftragnehmervertreter seinen Vortrag (siehe **Anlage 11** zu diesem Bericht).

Mit einem weiteren Schreiben vom 29.09.2011 ergänzt der Auftragnehmervertreter seinen Antrag mit Hinweisen auf aktuelle Rechtsprechung (siehe **Anlage 12** zu diesem Bericht).

Mit Schreiben vom 15.09.2011 verlängert die Vergabekammer ihre in § 113 Abs. 1 S. 2 vorgegebene Entscheidungsfrist um 3 Wochen (siehe **Anlage 13** zu diesem Bericht). Dies ist bei anderen Vergabekammern in Deutschland unüblich, diese halten die Fristen des GWB in der Regel ein.

4.5. Mündliche Verhandlung und Entscheidung der Vergabekammer

Mit Schreiben vom 04.10.2011 hat die Vergabekammer zur mündlichen Verhandlung am 13.10.2011 eingeladen (siehe **Anlage 14** zu diesem Bericht).

Während einer solchen Verhandlung erhalten die Parteien Gelegenheit ihr Anliegen mündlich vorzubringen. Die Vergabekammer gibt dann eine erste Einschätzung und fragt in der Regel nach, ob die Parteien sich vergleichend einigen wollen. Dies war hier nicht möglich, so dass die Vergabekammer zu entscheiden hatte. Die Vergabekammern sind meist mit einem hauptamtlichen Vorsitzenden, der die Befähigung zum Richteramt hat, einem hauptamtlichen Beisitzer und einem ehrenamtlichen Beisitzer besetzt. Die beiden letztgenannten müssen keine Juristen sein.

Die Vergabekammer erließ den Beschluss mit dem Aktenzeichen VK 32/11 mit Datum vom 13.10.2011 (siehe **Anlage 15** zu diesem Bericht).

Tenor des Beschlusses der Vergabekammer war, dass sie den Antrag des Auftragnehmers zurückgewiesen hat. Also hätte das Vergabeverfahren des Auftraggebers dem Vergaberecht entsprochen. Der Auftragnehmer hat kein Recht bekommen und den Prozess „verloren“.

Hätte der Auftragnehmer dies akzeptiert, wäre der Beschluss rechtskräftig geworden. Ein Beschluss einer Vergabekammer wird auch für den Auftraggeber bindendes Recht (§ 114 Abs. 3 GWB).

Der Auftragnehmer wollte die Entscheidung nicht akzeptieren und musste Beschwerde bei der nächst höheren Instanz einlegen (§ 116 ff GWB). Das ist in Brandenburg das Brandenburgische Oberlandesgericht (nachfolgend OLG genannt).

5. Sofortige Beschwerde beim OLG

5.1. Grundlagen

Die zuständige Stelle für eine sofortige Beschwerde ist das OLG.

Nach § 118 Abs. 1 GWB hat die sofortige Beschwerde aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Der Auftraggeber kann weiterhin keinen Auftrag auslösen.

Auch das OLG prüft zunächst, ob die Beschwerde Aussicht auf Erfolg hat. Falls sie keine Erfolgsaussicht erkennt, lehnt sie den Antrag ab.

5.2. Sofortige Beschwerde

Mit Antrag vom 27.10.2011 spricht der Auftragnehmervertreter eine sofortige Beschwerde beim OLG aus und beantragt u. a. die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben (siehe **Anlage 16** zu diesem Bericht).

Mit Schreiben vom 07.11.2011 beantragte der Auftraggeber, dass der sofortigen Beschwerde nicht stattgegeben werden solle, auch weil ein Allgemeininteresse an einer unmittelbaren Auftragserteilung gegeben wäre (siehe **Anlage 17** zu diesem Bericht).

Mit Beschluss vom 10.11.2011 lässt das OLG die Beschwerde zu, weist den Antrag des Auftraggebers zurück und verlängert die aufschiebende Wirkung (siehe **Anlage 18** zu diesem Bericht). Der Auftraggeber darf also weiterhin keinen Auftrag erteilen.

5.3. Mündliche Verhandlung und Entscheidung des OLG

Mit Schreiben vom 10.11.2011 hat das OLG zur mündlichen Verhandlung am 31.01.2012 eingeladen (siehe **Anlage 19** zu diesem Bericht), verschiebt diesen allerdings erneut auf den 06.03.2012.

Mit Schreiben vom 05.12.2011 hat der Auftraggeber zur Beschwerde Stellung genommen (siehe **Anlage 20** zu diesem Bericht).

Mit Schreiben vom 27.02.2012 nahm der Auftragnehmervertreter erneut ausführlich zu seiner Beschwerde Stellung (siehe **Anlage 21** zu diesem Bericht).

Bei der Verhandlung erhielten die Parteien erneut Gelegenheit ihr Anliegen mündlich vorzubringen. In der Verhandlung, der nachfolgenden Beratung und beim Beschluss ist das OLG mit 3 hauptamtlichen Richtern besetzt.

Das OLG erließ den Beschluss mit dem Aktenzeichen Verg W 13/11 mit Datum vom 27.03.2012 (siehe **Anlage 22** zu diesem Bericht).

Das OLG hat dem Antrag des Auftragnehmers im Wesentlichen entsprochen und die Entscheidung der Vergabekammer aufgehoben. Demnach hat der Auftraggeber nicht vergaberechtskonform gehandelt. Der Auftragnehmer hat am Ende doch Recht bekommen und den Prozess „gewonnen“, zumindest weitgehend.

Der Auftraggeber konnte den Auftrag abschließend nicht auf der Grundlage des erfolgten Vergabeverfahrens erteilen.

Eine Entscheidung des OLG ist bindend, ein weiteres Rechtsmittel ist nicht zulässig (§ 121 Abs. 4 GWB). Damit ist der mögliche Instanzenweg des Vergaberechts durchlaufen, es bleibt bei der Entscheidung des OLG (§ 124 GWB).

6. Wertungen

6.1. Rechtsanwalt Voppel in VergabeR 4, 2014

Rechtsanwalt Voppel hat das Urteil in der Zeitschrift VergabeR 4; 2014 veröffentlicht und kommentiert. Ein Auszug aus dem Artikel hängt als **Anlage 23** diesem Bericht bei.

6.2. Rechtsanwalt Wiesner und der Unterzeichner in der IBR 2012, 474

Rechtsanwalt Wiesner (Auftragnehmervertreter) und der Unterzeichner dieses Berichts haben eine erste Kommentierung in der IBR 2012, 474 veröffentlicht. Diese hängt als **Anlage 24** diesem Bericht an.

6.3. Rechtsanwalt Wiesner und der Unterzeichner in der IBR 2012, 1190

Rechtsanwalt Wiesner (Auftragnehmervertreter) und der Unterzeichner dieses Berichts haben eine ergänzende Kommentierung in der IBR 2012, 1190 veröffentlicht. Diese hängt als **Anlage 25** diesem Bericht an.

7. Gesamtzusammenfassung

7.1. Leitsätze

Leitsätze des Unterzeichners und des Rechtsanwalts Wiesner (Auftragnehmersvertreter):

- **Eine unzureichende Beschreibung des Umfangs der ausgeschriebenen Biotopkartierungsleistung ist ein unzulässiges, da ungewöhnliches Wagnis zu Lasten des Bieters. Verlangt die Vergabestelle dennoch eine Gesamtpreisangabe, ist dies folglich ebenso unzulässig. Es sind sonst keine miteinander vergleichbaren Angebote in preislicher Hinsicht zu erwarten und die Ausschreibung muss wiederholt werden.**
- **Entgegen OLG Brandenburg ist die Erfassung und Kartierung von Biotopen und FFH-Lebensraumtypen eine freiberufliche Dienstleistung, die eine Aufgabe zum Gegenstand hat, deren Lösung vorab nicht (!) eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist.**
- **Entgegen OLG Brandenburg kommt nur ein Verhandlungsverfahren nach der VOF anstatt nach der VOL/A in Betracht.**

7.2. Sachverhalt

Die Vergabestelle schrieb Leistungen der Biotopkartierung anhand einer Kartierungsanleitung im offenen Verfahren für 7 Lose aus. Alle Lose waren mit ca.-Angaben zu Flächengröße und Biotopanzahl sowie mit „ggf.“ umschrieben, unter Verweis auf Altdaten und eine „Leistungsbeschreibung“. Die Kenndaten des Loses 3 gab die Vergabestelle mit „ca. 390 km² TK-Fläche“ und „ca. 1.200 Biotopen“ an. Zuschlagskriterien waren „Preis und Qualität (kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte) bei einer Gewichtung von 70 % und 30 %“. Der Preis sollte als Gesamtpreis angegeben werden.

Der Auftragnehmer gab an, er sei außerstande den Umfang der erforderlichen Leistungen zwecks Kalkulation eines Gesamtpreises genau zu erkennen. Er könne trotz umfangreicher Ausschreibungsunterlagen nicht erkennen, wie sich die Biotopkartierung in Anbetracht erst noch vorzunehmender geistig-schöpferisch-kreativer Bewertungen einer bestimmten Fläche kalkulieren lassen soll. Denn eine Fläche könnte sowohl als ein einziges großes Biotop oder aufwändig als mehrere kleine, detaillierte Biotope bewertet werden. Er könnte mangelfrei beide Bewertungen begründen; der Aufwand stellt sich aber jeweils völlig unterschiedlich dar. Er legte dar, dass sich bei besonders gelagerten Flächen sogar ein unterschiedlicher Faktor von 1 zu 8 und mehr ergeben könne. Er bemängelte also, dass ein Preis bei unklarer Leistungsbeschreibung nicht zu kalkulieren sei. Die umfangreiche Verfah-

rensanleitungen der Vergabestelle, „wie“ die Biotopkartierung ihrer Art nach und mit welchen Kennziffern und Schemata erfolgen solle, beantworte nicht die Frage, welche Flächen konkret mit welchem Aufwand zutreffend in Biotope aufzuteilen seien.

Weiter rügte der Auftragnehmer, dass der Vergabe ein offenes Verfahren nach VOL zugrunde lag und nicht ein Verhandlungsverfahren nach VOF. Ein VOF-Verfahren wäre deshalb zwingend, weil die Leistung von Freiberuflern erbracht und vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sei.

Nachdem die Vergabestelle weder der Rüge abhalf noch die Vergabekammer dem Ansinnen entsprach, legte der Auftragnehmer sofortige Beschwerde beim OLG Brandenburg ein und gewann gegenüber der Vergabestelle dann zu $\frac{3}{4}$.

Im Ergebnis hob das OLG die Ausschreibung auf und verurteilte die Vergabestelle zu einer vollständig neuen Ausschreibung unter Berücksichtigung der Ausführungen des OLG.

Nach dem OLG genügt die Leistungsbeschreibung als Kalkulationsgrundlage mit Blick auf die geforderte Gesamtpreisangabe nicht den Anforderungen des § 8 EG VOL/A. Denn für den Leistungsumfang wären die konkreten Gegebenheiten der einzelnen, erst noch zu ermittelnden Erfassungsgebiete ausschlaggebend. Der Kartierungsaufwand hänge wesentlich von der Flächengröße sowie der Art und Ausprägung der Biotope ab. Dies sei für die Ermittlung des Gesamtpreises maßgeblich und wäre indes der Natur des Auftrages nach erst im Rahmen der Leistungsausführung zu ermitteln und damit zu spät für eine Angebotskalkulation.

Beleg dafür, dass die Unterlagen der Vergabestelle für eine ordentliche Kalkulation nicht ausreichen, seien, so das OLG, die höchst unterschiedlichen Angebote der Wettbewerber mit einer Preisspanne von rd. 1 : 4 schon dem äußeren Anschein nach recht deutlich.

Es verstoße gegen den Grundsatz transparenter und willkürfreier Verfahren, wenn wesentliche Grundlagen nicht mitgeteilt würden und eine unzumutbare Kalkulation abgefordert werde. Damit seien elementare Prinzipien des Vergaberechts verletzt. Auf die Diskussion mit Blick auf die frühere VOL/A 2006, wonach im Unterschied zur jetzigen Regelung dem Bieter keine ungewöhnlichen Wagnisse aufgebürdet werden durften, komme es somit nicht mehr an. Es fehle die Angabe der konkreten Gegebenheiten der einzelnen Flächen bezüglich Art, Ausdehnung und Ausprägung, so dass der Arbeitsaufwand je Biotop erheblich variieren könne. Sei eine genauere Leistungsbeschreibung nicht möglich, komme nur ein VOL-Verhandlungsverfahren gem. § 3 Abs. 3 lit. b) EG VOL/A in Betracht.

Soweit zu dem gewonnenen Teil des Verfahrens.

Nicht gefolgt ist das OLG dem Antrag auf die VOF. Es hält dagegen die VOL für einschlägig. Im Umkehrschluss zu BGH, B. v. 10.11.2009, X ZB 8/09, wonach die fehlerhafte Wahl eines Verhandlungsverfahrens anstatt des Offenen Verfahrens einen Schaden eines Unternehmens begründen könne,

sei hier ein drohender Schaden zweifelhaft. Denn laut BGH a. a. O. sei im Verhandlungsverfahren ein Bieter der ansonsten nicht gegebenen Gefahr ausgesetzt, bei Nachverhandlungen von einem Mitbewerber unterboten zu werden.

Es liege zwar eine freiberufliche Leistung vor. Die Biotopkartierung betreffe aber eine Aufgabe, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden könne, im Unterschied zu vorab nicht (!) eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen gem. VOF. Ziel sei, die Landschaft an Hand abgrenzbarer Biotoptypen zu beschreiben und „in ein Schema zu pressen“. „Zum Erreichen der vorgegebenen Lösung der Biotopkartierung“ (!) sei die Natur zu untersuchen, nach wissenschaftlichen Maßstäben zu bewerten, bestimmten Kategorien zuzuordnen und dann zu kartieren. Da die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises objektiv unmöglich sei, sei ein Verhandlungsverfahren gem. § 3 Abs. 3 lit. b) EG VOL/A durchzuführen.

7.3. Kritik

Der Auftragnehmer gewann vor dem OLG zu $\frac{3}{4}$. Das verbliebene $\frac{1}{4}$, bei dem er vor dem OLG unterlag, ist zu kritisieren. Die vom OLG verlangte genauere Leistungsbeschreibung durch kleinere Auftragsflächen mit Angabe der Schätzgrundlagen, ggf. bei Einheitspreisbildung, wird vergaberechtlich nicht sinnvoll durchzuführen sein. Der § 5 VgV a. F. lautete, ähnlich wie die aktuelle Fassung:

»Auftraggeber (...) haben bei der Vergabe von Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigkeiten erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden (...) die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) (...) anzuwenden. Dies gilt nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.«

Die Lösung i. Sinne des § 5 VgV ist die fix und fertige Biotopkartierung. Nach § 5 VgV ist die VOL statt der VOF anzuwenden, wenn bereits in den Ausschreibungsunterlagen die fix und fertige Biotopkartierung enthalten ist. Dies ist eine vergaberechtlich absurde Beschaffungssituation, da die Leistung, die eingekauft wird, erst einmal von der Vergabestelle selbst erbracht werden müsste, um sie beschaffen zu können.

Mangels einer vorab eindeutig (!) und erschöpfend (!) beschreibbarer Lösung ist dies objektiv unmöglich. Die Biotopkartierung kann nur hinterher, nach Leistungserbringung, eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. Zweifelhaft ist daher auch das Verhandlungsverfahren gem. § 3 Abs. 3 lit. b) EG VOL/A, das nur Mengenprobleme löst. Wollen Auftraggeber dem Beschluss folgen, müssen sie zukünftig einen absurden Beschreibungsaufwand betreiben. Vergeben sie ohne diese genaue Beschreibung, müssen sie mit Nachprüfungsverfahren oder mit hohen Nachforderungen rechnen.

Daher ist die OLG-Entscheidung die VOL anstatt der VOF anzuwenden unzutreffend. Voppel (siehe Kommentarmeinung unter 6.1 dieses Berichts) geht, wie das OLG, hingegen von einer „bloßen Kartierung von Biotopen“ aus, die entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Leistung betreffe, die vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sei. Das greift zu kurz. Voppel wiederholt primär das OLG und verkennt dabei ebenso, dass nach § 5 VgV bereits die Lösung, mithin die vollständige Biotopkartierung, also das Endprodukt, vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sein muss. Biotopkartierung sind aber Unikate! Da die Qualität/Arbeitsweise anhand zahlreicher, vertretbarer Wertungsspielräume entscheidend ist, wonach eine Fläche als 1 großes oder als 5 kleine Biotop mit höherem Aufwand möglich und fachlich richtig ist, drücken identische Preise nicht die gleiche Leistung aus. Die Natur lässt sich abschließend nicht in ein einzig passendes Schema pressen. Es gibt nicht nur ein Schema, sondern mehrere vorhandene und passende Schemata, und die besondere Aufgabenstellung der Biotopkartierung besteht darin, das am besten passende Schema nach eingehender Abwägung mit guten Gründen zu verwenden. Es bleiben immer Wertungsspielräume, weshalb eine solche Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist.

Auch der Verweis auf BGH a. a. O. verfährt nicht; ansonsten müsste jede Rüge mit Ziel VOF schon unzulässig sein, da ein Schaden gem. § 107 Abs. 2 GWB nie drohen könnte.

Folgen Vergabestellen der Entscheidung des OLG Brandenburg, ist das Verhandlungsverfahren nach § 3 EG VOL/A Abs. 3 lit. b) mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) einzuhalten. Das bedeutet vereinfacht:

- sie müssen mit jedem Bewerber, der die Eignung nachgewiesen hat, einzeln „verhandeln“, d. h. strukturierte und dokumentierte Gespräche führen!
- sie dürfen keinen Gesamtpreis abfragen, da nach dem OLG Brandenburg allein ein Mengenproblem darin besteht, wie viele bestimmte Biotoptypen in einer Fläche anzutreffen sind!
- sie müssen für jeden im Erfassungsgebiet möglichen Biotoptyp einen Einheitspreis anfragen (Einheitspreisvertrag)!
- sie müssen bei der Preisbildung von Einheitspreisen zusätzlich pro Biotoptyp Flächengrößenkategorien bilden, da der Aufwand entsprechend größer ist, umso kleinteiliger die Biotopkartierung erfolgt, und ggfs. weitere kalkulationserhebliche Faktoren bei einer Preisbildung pro Biotoptyp berücksichtigen!
- Vergabestellen sollten bedenken, dass sich eine Biotopkartierung durch Auftragnehmer möglicherweise als Folge der Entscheidung des OLG Brandenburg daran orientieren könnte, wie der jeweilige Biotoptyp mit seinen kalkulationserheblichen Faktoren bepreist ist, wenn es fachlich vertretbare Ermessensspielräume bei der Biotopkartierung gibt; von letzterem ist auszugehen. Das heißt, es könnten vorzugsweise solche Biotoptypen ausgewählt werden, die am besten bepreist sind.

Zu empfehlen ist den Vergabestellen bei der Vergabe von Biotopkartierungsleistungen nach hiesiger Ansicht die VOF. Erst diese stellt den Parteien die Flexibilität zur Verfügung um umfangreich über den Inhalt der Leistung zu verhandeln.

Mannheim, den 02.01.2014



Dipl. Ing. Peter Kalte

Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger

Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz

8. Anhang: Anlagenverzeichnis:

- Anlage 1: Bekanntmachung 2011/S 115-190341
- Anlage 2: Schreiben der GHV vom 28.06.2011
- Anlage 3: Schreiben des Auftraggebers vom 30.06.2011 als Antwort zum GHV-Schreiben
- Anlage 4: Rüge des Auftragnehmers vom 01.07.2011
- Anlage 5: Schreiben des Auftraggebers vom 03.08.2013 zur Rüge
- Anlage 6: Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Auftragnehmervertreters vom 16.08.2011
- Anlage 7: Empfangsbestätigung der Vergabekammer vom 19.08.2011 zum Nachprüfungsantrag
- Anlage 8: Schreiben des Auftraggebers vom 23.08.2013 zum Nachprüfungsantrag
- Anlage 9: Schreiben des Auftragnehmervertreters vom 05.09.2013 zum v. g. Schreiben
- Anlage 10: Schreiben der Vergabekammer vom 05.09.2011 zur Akteneinsicht
- Anlage 11: Schreiben des Auftragnehmervertreters vom 09.09.2011 zum v. g. Schreiben
- Anlage 12: Schreiben des Auftragnehmervertreters vom 29.09.2011 zur Antragsergänzung
- Anlage 13: Mitteilung der Vergabekammer vom 15.09.2011 zur Fristverlängerung zur Entscheidung
- Anlage 14: Ladung der Vergabekammer zum Termin am 13.10.2011
- Anlage 15: Beschluss VK 32/11 der Vergabekammer vom 13.10.2011
- Anlage 16: Sofortige Beschwerde des Auftragnehmervertreters beim OLG vom 27.10.2011
- Anlage 17: Schreiben des Auftraggebers vom 07.11.2011 zur Zulässigkeit Beschwerde
- Anlage 18: Zwischenbeschluss des OLG vom 10.11.2011
- Anlage 19: Ladung des OLG
- Anlage 20: Schreiben des Auftraggebers vom 05.12.2011 zur Beschwerde

Anlage 21: Schreiben des Auftragnehmervertreters vom 27.02.2012 zur Beschwerde

Anlage 22: Beschluss Verg W 13/11 des OLG vom 27.03.2012

Anlage 23: Voppel in VergabeR 4; 2012, S. 648 ff

Anlage 24: Wiesner/Kalte in IBR 2012, 474

Anlage 25: Wiesner Kalte in IBR 2012, 1190

Diese Bekanntmachung auf der TED-Website: <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:190341-2011:TEXT:DE:HTML>

**D-Potsdam: Kartierung ländlicher Gebiete
2011/S 115-190341**

BEKANNTMACHUNG

Dienstleistungsauftrag

ABSCHNITT I: ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER

I.1) NAME, ADRESSEN UND KONTAKTSTELLE(N)

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz

Seeburger Chaussee 2

14476 Potsdam, OT Groß - Glienicke

DEUTSCHLAND

Tel. +49 33201442177

E-Mail: elke.wittke@lugv.brandenburg.de

Fax +49 33201442193

Weitere Auskünfte erteilen: die oben genannten Kontaktstellen

Verdingungs-/Ausschreibungs- und ergänzende Unterlagen (einschließlich Unterlagen für den wettbewerblichen Dialog und ein dynamisches Beschaffungssystem) sind erhältlich bei: den oben genannten Kontaktstellen

Angebote/Teilnahmeanträge sind zu richten an: die oben genannten Kontaktstellen

I.2) ART DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS UND HAUPTTÄTIGKEIT(EN)

Ministerium oder sonstige zentral- oder bundesstaatliche Behörde einschließlich regionaler oder lokaler Unterabteilungen

Umwelt

Der öffentliche Auftraggeber beschafft im Auftrag anderer öffentlicher Auftraggeber Nein

ABSCHNITT II: AUFTRAGSGEGENSTAND

II.1) BESCHREIBUNG

II.1.1) Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber

Landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen.

II.1.2) Art des Auftrags sowie Ort der Ausführung, Lieferung bzw. Dienstleistung

Dienstleistungsauftrag

Dienstleistungskategorie: Nr. 27

Hauptort der Dienstleistung Land Brandenburg.

NUTS-Code DE

II.1.3) Gegenstand der Bekanntmachung

Öffentlicher Auftrag

II.1.4) Angaben zur Rahmenvereinbarung

II.1.5) Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens

Selektive Kartierung der nach §32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH-Lebensraumtypen außerhalb von FFH-Gebieten und Großschutzgebieten nach den Vorgaben der Kartierungsanleitung zur Biotopkartierung in Brandenburg.

- II.1.6) **Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)**
71222200, 71222100
- II.1.7) **Auftrag fällt unter das Beschaffungsübereinkommen (GPA):**
Nein
- II.1.8) **Aufteilung in Lose**
Ja
sollten die Angebote wie folgt eingereicht werden für ein oder mehrere Lose
- II.1.9) **Varianten/Alternativangebote sind zulässig:**
Ja
- II.2) **MENGE ODER UMFANG DES AUFTRAGS**
- II.2.1) **Gesamtmenge bzw. -umfang**
ohne MwSt. EUR
- II.2.2) **Optionen**
Nein
- II.3) **VERTRAGSLAUFZEIT BZW. BEGINN UND ENDE DER AUFTRAGSAUSFÜHRUNG**
Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012

ANGABEN ZU DEN LOSEN

LOS-Nr.: 01

BEZEICHNUNG: Oberhavel I

- 1) **KURZE BESCHREIBUNG**
Kartierungsleistungen.
Ca. 220 km² TK-Fläche.
Ca. 900 Biotope.
- 2) **GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV)**
71222200, 71222100
- 3) **MENGE ODER UMFANG**
ohne MwSt. EUR
- 4) **ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE DES AUFTRAGS**
Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012
- 5) **WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN**

LOS-Nr.: 02

BEZEICHNUNG: Oberhavel II

- 1) **KURZE BESCHREIBUNG**
Selektive Kartierung.
Ca. 390 km² TK-Fläche.
Ca. 1 500 biotope.
- 2) **GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV)**
71222200
- 3) **MENGE ODER UMFANG**
ohne MwSt. EUR
- 4) **ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE DES AUFTRAGS**
Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012

5) **WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN**

LOS-Nr.: 03

BEZEICHNUNG: Oberhavel III

1) **KURZE BESCHREIBUNG**

Selektive Kartierung.
Ca. 390 km² TK-Fläche.
Ca. 1 200 Biotope.

2) **GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV)**

71222200

3) **MENGE ODER UMFANG**

ohne MwSt. EUR

4) **ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE DES AUFTRAGS**

Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012

5) **WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN**

LOS-Nr.: 04

BEZEICHNUNG: Nord I

1) **KURZE BESCHREIBUNG**

Selektive Kartierung.
Ca. 100 km² TK-Fläche.
Ca. 300 Biotope.

2) **GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV)**

71222200

3) **MENGE ODER UMFANG**

ohne MwSt. EUR

4) **ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE DES AUFTRAGS**

Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012

5) **WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN**

LOS-Nr.: 05

BEZEICHNUNG: Nord II

1) **KURZE BESCHREIBUNG**

Selektive Kartierung.
Ca. 130 km².
Ca. 400 Biotope.

2) **GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV)**

71222200

3) **MENGE ODER UMFANG**

ohne MwSt. EUR

4) **ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE DES AUFTRAGS**

Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012

5) **WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN**

LOS-Nr.: 06

BEZEICHNUNG: Stadt Brandenburg I

- 1) **KURZE BESCHREIBUNG**
Selektive Kartierung.
Ca. 200 km² TK-Fläche.
Ca. 700 Biotope.
- 2) **GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV)**
71222100, 71222200
- 3) **MENGE ODER UMFANG**
ohne MwSt. EUR
- 4) **ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE DES AUFTRAGS**
Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012
- 5) **WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN**

LOS-Nr.: 07

BEZEICHNUNG: SÜD I

- 1) **KURZE BESCHREIBUNG**
Selektive Kartierung.
Ca. 65 km² TK-Fläche.
Ca. 160 Biotope.
- 2) **GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV)**
71222100, 71222200
- 3) **MENGE ODER UMFANG**
ohne MwSt. EUR
- 4) **ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE DES AUFTRAGS**
Beginn: 1.9.2011. Ende: 30.11.2012
- 5) **WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN**

ABSCHNITT III: RECHTLICHE, WIRTSCHAFTLICHE, FINANZIELLE UND TECHNISCHE INFORMATIONEN

- III.1) **BEDINGUNGEN FÜR DEN AUFTRAG**
 - III.1.1) **Geforderte Kauttionen und Sicherheiten**
Entfällt.
 - III.1.2) **Wesentliche Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen bzw. Verweis auf die maßgeblichen Vorschriften (falls zutreffend)**
Entfällt.
 - III.1.3) **Rechtsform der Bietergemeinschaft, an die der Auftrag vergeben wird**
 - III.1.4) **Sonstige besondere Bedingungen an die Auftragsausführung**
Nein
- III.2) **TEILNAHMEBEDINGUNGEN**
 - III.2.1) **Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister**
Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Siehe Angebotsabfrage.
 - III.2.2) **Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**
Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Siehe Angebotsabfrage.

III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

Siehe Angebotsabfrage.

Möglicherweise geforderte Mindeststandards

Siehe Angebotsabfrage.

III.2.4) Vorbehaltene Aufträge

Nein

III.3) BESONDERE BEDINGUNGEN FÜR DIENSTLEISTUNGSaufTRÄGE

III.3.1) Die Erbringung der Dienstleistung ist einem besonderen Berufsstand vorbehalten

Nein

III.3.2) Juristische Personen müssen die Namen und die berufliche Qualifikation der Personen angeben, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen

Nein

ABSCHNITT IV: VERFAHREN

IV.1) VERFAHRENSART

IV.1.1) Verfahrensart

Offenes Verfahren

IV.1.2) Beschränkung der Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden

IV.1.3) Verringerung der Zahl der Wirtschaftsteilnehmer im Laufe der Verhandlung bzw. des Dialogs

IV.2) ZUSCHLAGSKRITERIEN

IV.2.1) Zuschlagskriterien

Wirtschaftlich günstigstes Angebot die nachstehenden Kriterien

1. Preis. Gewichtung 50

2. angemessene Zeitkalkulation der einzelnen Arbeitsschritte. Gewichtung 50

IV.2.2) Es wird eine elektronische Auktion durchgeführt

Nein

IV.3) VERWALTUNGSINFORMATIONEN

IV.3.1) Aktenzeichen beim öffentlichen Auftraggeber

S3-VG11-052

IV.3.2) Frühere Bekanntmachungen desselben Auftrags

Nein

IV.3.3) Bedingungen für den Erhalt von Verdingungs-/Ausschreibungs- und ergänzenden Unterlagen

Schlussstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen 22.7.2011 - 10:00

Die Unterlagen sind kostenpflichtig Nein

IV.3.4) Schlussstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge

22.7.2011 - 10:00

IV.3.5) Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme an ausgewählte Bewerber

IV.3.6) Sprache(n), in der (denen) Angebote oder Teilnahmeanträge verfasst werden können

Deutsch.

IV.3.7) Bindefrist des Angebots

Frist in Monaten 2 (ab Schlusstermin für den Eingang der Angebote)

IV.3.8) **Bedingungen für die Öffnung der Angebote**

Tag: 25.7.2011 - 10:00

Personen, die bei der Öffnung der Angebote anwesend sein dürfen Nein

ABSCHNITT VI: ZUSÄTZLICHE INFORMATIONEN

VI.1) **DAUERAUFTRAG**

Nein

VI.2) **AUFTRAG IN VERBINDUNG MIT EINEM VORHABEN UND/ODER PROGRAMM, DAS AUS GEMEINSCHAFTSMITTELN FINANZIERT WIRD**

Nein

VI.3) **SONSTIGE INFORMATIONEN**

Unter <http://vergabemarktplatz.brandenburg.de/VMPCenter/> finden Sie weitere Informationen zum Verfahren. Sofern die Vergabestelle dies ermöglicht, können Sie dort Vergabeunterlagen kostenlos anfordern und herunterladen und Nachrichten der Vergabestelle einsehen. Die Vergabestelle kann darüberhinaus die digitale Angebotsabgabe zulassen.

VI.4) **NACHPRÜFUNGSVERFAHREN/RECHTSBEHELFSVERFAHREN**

VI.4.1) **Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren**

Vergabekammer des Landes Brandenburg beim Ministerium für Wirtschaft

Heinrich-Mann-Allee 107

14473 Potsdam

DEUTSCHLAND

E-Mail: jana.dombrowski@mw.brandenburg.de

Tel. +49 3318661617

Internet: <http://www.wirtschaft.brandenburg.de>

VI.4.2) **Einlegung von Rechtsbehelfen**

VI.4.3) **Stelle, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind**

VI.5) **TAG DER ABSENDUNG DIESER BEKANNTMACHUNG:**

15.6.2011

GHV • Viktoriastraße 28 • 68165 Mannheim

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam

Vorab per Mail: elke.wittke@lugv.brandenburg.de

GHV Gütestelle Honorar-
und Vergaberecht e. V.
Viktoriastraße 28
68165 Mannheim
www.ghv-guetestelle.de

Telefon 0621. 860 861-0
Telefax 0621. 860 861-20
kontakt@ghv-guetestelle.de

Unser Zeichen: 51/Kp.ol
Mannheim, 28.06.2011

Seite 1 von 5

**VOF-Verfahren für Landesweite Kartierung von geschützten Biotopen
und FFH-Lebensraumtypen
EU-Bekanntmachungen 2011/S 115-190341**

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften haben Sie v. g. Vergabe-
bekanntmachungen veröffentlicht, die an wesentlichen Stellen Verstöße gegen
das Vergaberecht beinhalten.

Dabei sind wir namens und im Auftrag unserer Mitglieder tätig, für die wir alle
Dienstleistungen erbringen, die honorar- und vergaberechtlich relevant sind. Wir
stehen aber auch Ihnen gerne für Beratungen zur Verfügung und verweisen in-
soweit auf unsere Homepage unter www.ghv-guetestelle.de. Hier finden Sie wei-
tere Hinweise zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen für Auftraggeber.

Die nachfolgenden Hinweise geben wir unter Beachtung Ihrer Interessen, um Ih-
nen Auseinandersetzungen vor der Vergabekammer zu ersparen, die Ihnen
durch die missbräuchliche Anwendung von Vergabebestimmungen drohen könn-
ten. Wir empfehlen Ihnen, eine korrigierte Bekanntmachung mit angemessener
Terminverschiebung zu veröffentlichen. Damit könnten Sie die Verstöße einfach
beheben.

Sitz des Vereins:
Ludwigshafen am Rhein
Vereinsgericht Ludwigshafen
VR VEREIN/LU 2449

Kreissparkasse Rhein-Pfalz
Konto Nr. 114 561
BLZ 545 501 20

Die Hinweise im Einzelnen:

Seite 2 von 5

Zu Ziffer II.1.9)

Hier geben Sie an, dass Alternativangebote zulässig sind.

So weit die VOL greift (was wir nachfolgend in Frage stellen), müssten Sie gemäß § 9 EG Abs. 5 Satz 3 VOL/A in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Mindestanforderungen dazu festlegen. Solche sind weder der Bekanntmachung, noch den Vergabeunterlagen auf der von Ihnen unter VI.3) genannten Internetadresse zu entnehmen. Damit verstoßen Sie gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB.

Zu Ziffer III.2.1) bis III.2.3)

Hier führen Sie bei den Teilnahmebedingungen jeweils auf:

»Siehe Angebotsabfrage«

So weit die VOL greift (was wir nachfolgend in Frage stellen), müssten Sie gemäß § 7 EG Abs. 5 Satz 1 VOL/A bereits in der Bekanntmachung angeben, welche Nachweise vorzulegen sind.

So weit die VOF greift (was wir nachfolgend darlegen), müssten Sie in gleicher Weise gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 VOF bereits in der Bekanntmachung angeben, welche Erklärungen und Nachweise vorzulegen sind.

Damit verstoßen Sie erneut gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB.

Zu IV.1.1)

Unter Ziffer IV.1.1) geben Sie als Verfahrensart das „Offene Verfahren“ an. Daraus ist zu schließen, dass Sie als Vergabeverfahren ein Verfahren nach den Regelungen der VOL/A wählen wollen. Das ist allerdings die unzutreffende Vergabevorschrift. Denn nach § 1 Abs. 1 2. Spiegelstrich VOL/EG gilt, dass die VOL nicht greift für:

- *„Dienstleistungen, die unter die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen – VOF- fallen.“*

So führt § 5 Satz 1 VgV auch aus, dass Auftraggeber Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden, im Rahmen der VOF zu vergeben sind. Einzige Ausnahme davon stellt § 5 Satz 2 VgV heraus, der ausführt:

„Dies gilt nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.“

Seite 3 von 5

Gerade das Erfassen der Vorkommen von Tier- und Pflanzenarten stellt aber keine Leistung dar, die vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist (so auch Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL, 2. Auflage, die in § 1 Rdn. 64 die Beschreibbarkeit bei freiberuflichen Leistungen als Ausnahme einstufen und in § 1 Rdn. 66 beschreibbare Leistungen auführen, die alle mit der hier vorliegenden nicht vergleichbar sind; so auch Müller-Wrede in Kommentar zur VOF, 4. Auflage, der in § 1 Rdn. 103 als Regel ausführt, dass Aufträge an Freiberufler geistig schöpferischer Natur sind und in § 1 Rdn. 105 klarstellt, dass hohe Anforderungen an die Leistungsbeschreibung zu stellen sind).

Wäre die ausgeschriebene Leistung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, müssten Sie den Bewerbern vorab angeben, wo und an welcher Stelle jedes einzelne Tier oder jede einzelne Pflanze der jeweiligen Art anzutreffen ist.

Gerade bei der vorliegenden Artenerfassung ist aber nur eine Systematik der Vorgehensweise zu beschreiben und damit eine Aufgabenbeschreibung, nicht aber die Leistung an und für sich. Denn es ist der Erfahrung des Auftragnehmers überantwortet, wie und wo er im Einzelnen zu prüfen hat, ob entsprechende Tierarten vorliegen.

Damit verstoßen Sie gegen § 5 VgV.

Zu IV.1.1)

Hier führen Sie als Zuschlagskriterien unter 2. aus:

»angemessene Zeitkalkulation der einzelnen Arbeitsschritte. Gewichtung 50«

Was Sie unter einer „angemessenen Zeitkalkulation“ verstehen, ergibt sich weder aus der Bekanntmachung, noch den weiteren Vergabeunterlagen und erscheint auch nicht transparent darstellbar.

Damit verstoßen Sie erneut gegen das Transparenzgebot in § 97 Abs. 1 GWB.

Weiter haben wir uns die von Ihnen unter VI.3) angegebenen weiteren Informationen angesehen. Hier sind weitere erhebliche Vergaberechtsverstöße festzustellen. So führen Sie in der Unterlage „VOL 05 Angebotsaufforderung“ aus:

»Sonstige Angaben

- *Referenzen für vergleichbare Leistungen zur Kartierung von geschützten Biotopen und von FFH-Lebensraumtypen*
- *Nachweis botanischer Kenntnisse*

- *Nachweis von Kenntnissen über die Brandenburgische Vegetation*
- *Nachweis der Erfahrung mit der Brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und mit Erfahrungen der FFH-Lebensraumtypen*
- *Erfahrungen mit der Geodatenverarbeitung und mit der Datenbankverarbeitung von Biotopdaten/LRT-Daten (Brandenburgisches Erfassungsprogramm BBK)«*

Seite 4 von 5

Zunächst ist unklar, ob es sich hier um Auswahl oder Zuschlagskriterien handelt. Damit ist dies intransparent.

In allen Spiegelstrichen fordern Sie Nachweise über „Erfahrungen“. Wäre die Leistung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, könnten Sie sich die Qualifikation nachweisen lassen und müssten keinen Nachweis von Erfahrungen fordern. Auch das spricht dafür, dass es sich gerade nicht um vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen handelt. Hinzu kommt, dass Sie die so vorgelegten Unterlagen nicht in die Wertung einbeziehen können, weil Sie unter IV.2.1 als Zuschlagskriterien ausschließlich den Preis und die „angemessene Zeitkalkulation“ heranziehen.

Weiter verstoßen Sie in den Spiegelstrichen 3 bis 5 gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB, in dem Sie Erfahrungen in Brandenburg voraussetzen. Sie müssen Erfahrungen in anderen Bundesländern und anderen europäischen Ländern mindestens zulassen und grundsätzlich gleich bewerten.

Insgesamt gehen Sie mit Ihren fehlerbehafteten Ausschreibungen ein hohes Risiko ein. Dabei verweisen wir auf das Urteil des OLG Dresden vom 10.02.2004 - 20 U 1697/03. Hier wurde der Auftraggeber zur Zahlung von Schadensersatz in erheblicher Höhe verurteilt. Es wurde grundsätzlich entschieden, dass jeder Bieter berechtigt ist, seine vergeblichen Aufwendungen geltend zu machen, wenn ein Ausschreibungsverfahren von Anfang an fehlerhaft ist. Mit der Vergabebekanntmachung ist ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis geschaffen, das einen Anspruch der Bewerber auf Beachtung der Vergabevorschriften begründet.

Wir empfehlen Ihnen abschließend erneut, eine korrigierte Bekanntmachung mit entsprechender Terminverschiebung bei der Wahl der VOF als Verfahren zu veröffentlichen. Die uns zugetragenen Beschwerden gehen so weit, dass man den Rüge- und Klageweg beschreiten will. Das wollen wir mit diesen Hinweisen in unserer Eigenschaft als Gütestelle verhindern.

Dabei verweisen wir auch auf unsere Intervention bei dem Thüringer Landesamt für Umwelt und Geologie in Jena bei einer vergleichbaren Bekanntmachung. Auch dort hat der Auftraggeber die Bekanntmachung aufgehoben und erneut ein Verfahren nach VOF durchgeführt. Die Aufhebung legen wir Ihnen zur Kenntnis bei. Bei dem VOF-Verfahren haben wir dann auch den Bearbeitern für Fragen zur Verfügung gestanden.

Sollten Sie Fragen haben, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. Dabei verweisen wir auf Seite 5 von 5 die vielen Hinweise zu transparenten Vergabeverfahren, die wir auf unserer Homepage veröffentlicht haben. Für Ihre Antwort haben wir uns

Freitag den 01.07.2011

vorgemerkt.

Sofern Sie diesen Zeitpunkt ungenutzt verstreichen lassen, beabsichtigen die Beschwerdeführer rechtliche Schritte in die Wege zu leiten.

Mit freundlichen Grüßen

GHV

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e.V.



Dipl.-Ing. Peter Kalte

Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger

Beisitzer bei den Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz

Anlagen: Kopie der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt 2011/S 53-085875

Diese Bekanntmachung auf der TED-Website: <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:85875-2011:TEXT:DE:HTML>

D-Jena: Dienstleistungen im Umweltschutz

2011/S 53-085875

**Thüringer Landesanstalt für Umwelt und Geologie, Göschwitzer Str. 41, attn: Herrn Andreas Lux,
DEUTSCHLAND-07745Jena. Tel. +49 3641684321. E-mail: andreas.lux@tlug.thueringen.de. Fax +49 3641684670.**

(Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, 3.3.2011, 2011/S 43-070845)

Betr.:

CPV:90700000, 90711400, 71222200, 90721700

Dienstleistungen im Umweltschutz.

Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Umweltfolgenabschätzung in anderen Bereichen als dem Bausektor.

Kartierung ländlicher Gebiete.

Nichtabgeschlossenes VerfahrenDas Vergabeverfahren wurde eingestellt.Der Auftrag wird möglicherweise Gegenstand einer neuen Veröffentlichung sein.

Weitere zusätzliche Informationen

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens erfolgt gemäß § 20 EG Abs. 1 d) VOL/A aufgrund der Wahl der unrichtigen Vergabeart.

In Kürze erfolgt die neue Ausschreibung der Leistung auf Grundlage VOF.

Anlage 3



LAND BRANDENBURG

Landesamt für Umwelt,
Gesundheit und
Verbraucherschutz

Abteilung Service

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Postfach 60 10 61 | 14410 Potsdam

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e.V.,
Viktoriastr. 28
68165 Mannheim

Bearb.: Kerstin Ludwig
Gesch.-Z.: S3-VG-11-052
Hausruf: 033201 442-612
Fax: 033201 442-662
Internet: www.lugv.brandenburg.de
elke.wittke@lugv.brandenburg.de

Vorab per E-Mail: kalte@ghv-guetestelle.de

Potsdam, 30.06.2011

**Vergabeverfahren zum Vorhaben: „Selektive Kartierung der nach § 32
BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH- Lebensraumtypen“; S3-VG-11-
052**

Ihr Schreiben vom 28.06.2011/ Ihr Zeichen: 51/Kp.ol

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Kalte,

vielen Dank für die konstruktiven und ausführlichen vergaberechtlichen Hinweise zum laufenden Vergabeverfahren. Wir werden die Bekanntmachung überarbeiten und die korrigierte Fassung in Kürze veröffentlichen.

Hinsichtlich der zutreffenden Vergabeordnung für die zu vergebenden Leistungen sind wir jedoch weiterhin der Auffassung, dass es sich um eine Ausschreibung nach VOL/A handeln muss.

Richtig ist, dass es sich bei den zu vergebenden Kartierungsleistungen um freiberufliche Dienstleistungen von Ingenieuren handelt. Freiberufliche Dienstleistungen sind grundsätzlich gem. § 5 VgV nach der VOF auszuschreiben. Nach § 5 Satz 5 VgV gilt dies jedoch nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine

Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Dann ist gem. § 4 VgV Absatz 1 die VOL/A anzuwenden.

Der hier von uns zu vergebene Auftrag wird von dem Ausnahmetatbestand erfasst. Entgegen Ihrer Auffassung kann die Durchführung der zu beauftragenden freiberuflichen Leistung im Sinne des § 5 Satz 5 VgV beschrieben werden.

Dafür spricht, dass die Leistung in der Leistungsbeschreibung hinreichend konkretisiert wird. Insbesondere wird die Durchführung der Leistung anhand der Kartieranleitung „Biotopkartierung Brandenburg“, die vorgegebenen Erfassungsbögen und die „Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift“ vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben, so dass die Bieter Angebote abgeben können, die ohne weitere Rückfragen und Verhandlungen aus sich heraus von der Vergabestelle bewertet werden können.

Zudem ist im vorliegenden Fall das Merkmal „geistig-schöpferische Leistung für eine Aufgabe, deren Lösung sich erst durch diese Leistung entwickelt“ einer nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung nicht erfüllt. Das Ergebnis der Leistungen - die Eintragung der gefundenen Biotop- und Lebensraumtypen in die vorgegebenen Erfassungsbögen sowie die anschließende Digitalisierung - erfordert umfassende botanische Kenntnisse sowie Fachkenntnisse in Bezug auf Kartierungsmethoden und Datenbankverarbeitung, aber keine eigene geistig-schöpferische Leistung. Die Lösung der Aufgabe „Biotopkartierung“ entwickelt sich nicht durch eine geistig-schöpferische Leistung bei der Durchführung der Kartierung, sondern sie entsteht durch die Anwendung des Fachwissens auf die vorgefundenen Biotope und deren Einstufung nach der vorgegebenen Anleitung zur Kartierung. Es handelt sich bei diesem zu vergebenden Auftrag um eine Ausnahme von der Regel, dass Aufträge an Freiberufler grundsätzlich geistig schöpferischer Natur und nach VOF auszuschreiben sind.

Die in Ihrem Schreiben erwähnten „Nachweise über Erfahrungen“ sind Kriterien der Bieterreignung. Im Rahmen der Prüfung der Bieterreignung wird festgestellt, ob das vorhandene Fachwissen des Bieters, welches sich aus der beruflichen Qualifikation und den beruflichen Erfahrungen zusammensetzt, zur Bearbeitung des zu vergebenden Auftrags ausreicht. Die beruflichen Erfahrungen mit ver-

gleichbaren Aufträgen sind durch Referenzen nachzuweisen. Die Notwendigkeit, dass für einen Auftrag berufliche Erfahrungen mit vergleichbaren Aufträgen erforderlich sind, hat nichts mit der erschöpfenden Beschreibbarkeit der Leistungen und der daraus resultierenden Auswahl der zutreffenden Vergabeordnung zu tun.

Aufgrund der oben vorgetragenen Gründe bleiben wir bei unserer Entscheidung zum Vergabeverfahren und werden daher nach Korrektur der Bekanntmachung, dass Vergabeverfahren nach den Vorschriften der VOL/A durchführen.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

K. Gäbler

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und
Verbraucherschutz

Referat S3
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam

Vorab per Mail: elke.wittke@lugv.brandenburg.de
Vorab per Fax: 033201-442 193

29. Juli 2011

**Kartierung ländlicher Gebiete
EU-Bekanntmachung 2011/S-127-211101
Leistung: Landesweite Erfassung von geschützten Biotopen und FFH-
Lebensraumtypen Los Nr. 01 bis 07**

hier: Rüge nach § 107 GWB
Bezug: Veröffentlichung vom 01.07.2011
Ihr Zeichen: S3-VG11-052
Unser Zeichen:
Datei:- Brandenburg_Rüge 20110729.doc

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft haben Sie v. g. Vergabe-
bekanntmachungen veröffentlicht, die an wesentlichen Stellen Verstöße gegen das
Vergaberecht beinhalten. Die Lose 01 bis 07, also alle Lose rügen wir hiermit,
gemäß § 107 GWB.

Wir sind ein Planungsbüro für ökologische Fachplanungen mit mehreren
Niederlassungen, und sind sehr an dem Auftrag interessiert. Der Auftrag fällt genau
in unser Angebotsspektrum.

Im Einzelnen:

Unter IV.1.1 geben Sie als Verfahrensart für die Vergabe des Auftrages zur
selektiven Biotopkartierung das „Offene Verfahren“ an. Im Weiteren beziehen Sie
sich auf die VOL, woraus wir schließen, dass Sie ein Vergabeverfahren als offenes
Verfahren nach VOL/A-EG beabsichtigen.

Die Wahl der VOL als Grundlage für das Verfahren rügen wir. Bereits § 1 Abs. 1
VOL/A EG erklärt, dass der Anwendungsbereich der VOL/A bei Dienstleistungen, die
unter die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen – VOF- fallen, nicht greift.

So führt § 5 Satz 1 VgV aus, dass Auftraggeber bei Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder angeboten werden, die VOF anzuwenden haben. Einzige Ausnahme davon stellt § 5 Satz 2 VgV heraus, der ausführt:

„Dies gilt nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.“

Sie haben folglich ein Verhandlungsverfahren nach VOF durchzuführen.

Der zu vergebende Auftrag umfasst zweifellos Leistungen, die auch und gerade von Freiberuflern erbracht werden. Auch wir bewerben uns als Freiberufler um das Verfahren.

Die nachgefragten Leistungen, nämlich selektive Kartierungen und Bewertungen von Biotopen und FFH-Lebensräumen sind im Sinne von § 5 Satz 2 VgV vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar. Dies ergibt sich aus mehreren Merkmalen der Leistungen. Nur beispielhaft weisen wir darauf hin, dass weder die genauere Anzahl, noch die Qualität (Biototyp, früherer Erhaltungszustand), noch die Flächenausdehnung der zu erfassenden und zu bewertenden Biotope benannt werden und auch nicht benannt werden können. Damit steht die Lösung der Aufgabe vorab nicht fest, sie entwickelt sich erst durch die Leistung während der Projektbearbeitung.

Sie verweisen in Ihrer „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“ auf einen Altdatenbestand, welcher hauptsächlich mittels der Interpretation von „CIR-Luftbildern“ und nur in geringem Umfang durch konkrete Geländeerhebungen ermittelt wurde. Mittels Interpretation von CIR-Luftbildern können aber lediglich „Biotop-Verdachtsflächen“ vorermittelt werden. Der tatsächlich zu leistende Umfang ist damit offen und erst durch die eigentliche Erbringung der Leistung bestimmbar.

Hinzu kommt, dass im Rahmen des Auftrages insbesondere auch im Sinne des EU-Naturschutzrechts (FFH-Richtlinie) besonders geschützte, sogenannte „FFH-Lebensraumtypen“ zu erfassen sind. Dazu gehören auch aufgrund ihrer Flächenausdehnung durchaus kalkulationsrelevante Biototypen (z.B. Wirtschaftswiesen mittlerer Standorte, Buchenwälder), welche bei früheren Biotopkartierungen im Land Brandenburg überhaupt nicht erfasst wurden. Hier geben Sie keine Informationen, welcher Anteil hier einzukalkulieren ist.

Sie sprechen von einer „**selektiven Neukartierung**“ von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen, wobei Sie nicht weiter definieren und auch vorab nicht definieren können, was unter diesem Kartierungsbegriff zu verstehen ist. Der Begriff „selektiv“ zeigt bereits, dass hier eine sachverständige Würdigung in enger Absprache mit Ihnen zu erfolgen hat. Da die Natur durch die Kartierung in ein Schema zu pressen ist, ist hier ein hohes Maß an Kreativität erforderlich. Der Begriff „Neukartierung“ ist unklar. Es kann einerseits der Eindruck entstehen, dass sich die Bieter aufgrund der von Ihnen zur Verfügung gestellten Daten nur auf „biotoprelevante“ Ausschnitte der von Ihnen ausgeschriebenen Kartierungsgebiete zu beschränken hätte, quasi vom Schreibtisch aus. Andererseits könnte aber auch gemeint sein, dass das Kartierungsgebiet flächendeckend und umfassend begangen bewertet werden muss, dann auch wahrscheinlich wiederholt. Dabei weisen Sie (wie nachfolgend noch ausgeführt) darauf hin, dass die von Ihnen gelieferten Daten zu korrigieren sind.

Damit ist die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben, wir können ohne Verhandlungen mit Ihnen unseren Aufwand nicht kalkulieren.

Die gängigen Vergaberechtskommentare sehen es in gleicher Weise, so dass ein VOF-Verfahren durchzuführen ist. So stuft Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL, 2. Auflage, die in § 1 Rdn. 64 die Beschreibbarkeit bei freiberuflichen Leistungen als Ausnahme an und führt in § 1 Rdn. 66 beschreibbare Leistungen auf, die alle mit der hier vorliegenden nicht vergleichbar sind. Auch Müller-Wrede in seinem Kommentar zur VOF, 4. Auflage führt in § 1 Rdn. 103 als Regel aus, dass Aufträge

an Freiberufler geistig schöpferischer Natur sind und stellt in § 1 Rdn. 105 klar, dass hohe Anforderungen an die Leistungsbeschreibung zu stellen sind.

Dass die Leistungen im vorliegenden Fall nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind, konnten wir sehr einfach auch mit einem kurzen Blick ins Internet feststellen und wollen dies kurz beispielhaft erläutern. Sie veröffentlichen dort Biotop-Bestandsdaten unter folgender Adresse:

<http://www.mugv.brandenburg.de/cms/detail.php/bb2.c.515599.de>

Unter der Rubrik "Biotope / Selektive Biotopkartierung neu (§32 und LRT außerhalb von FFH- und Großschutzgebieten)" (Zeile 5 der Tabelle auf der Website) kann das zip-Archiv "[bk_32_n_f_20090717.zip](#)" heruntergeladen werden. Dieses beinhaltet Ergebnisse aus den aktuellen Biotopkartierungen (2007 ff.) in den Landkreisen Elbe-Elster, Havelland und Märkisch-Oderland.

Demnach wurden beispielsweise Biotope der Kategorie "Gewässer in Sand- und Kiesgruben (Biotoptypencode 02162)" registriert, die einmal eine Fläche von 168 m² haben, aber auch eine Fläche von 469.591 m². Der größte Biotop dieser Kategorie hat also knapp die 2.800 fache Flächengröße des kleinsten. Bei „Eichenmischwäldern bodensaurer Standorte, frisch bis mäßig trocken (Biotoptypencode 08192)" bewegt sich die Flächengröße der erfassten Biotope zwischen 661 m² und 225.137 m². Hier liegen die Unterschiede zwischen der größten und der kleinsten Fläche bei dem Faktor 340.

Damit können wir den Aufwand für die Kartierung und Erfassung der Bestandsdaten der von Ihnen angegebenen Anzahl an zu kartierenden Biotopen unmöglich kalkulieren. Vielmehr ergeben sich aufgrund der sehr unterschiedlichen Flächengrößen von Biotopen erhebliche Unterschiede bei der Kalkulation des Zeitaufwandes für die Kartierung und Erfassung. Aus der Angabe der Anzahl der Biotope lässt sich keine Aussage darüber ableiten, welcher Aufwand mit der Kartierung und Erfassung eines einzelnen Biotops verbunden ist. In der genannten Datenbank finden sich zahlreiche weitere Beispiele dafür, welche enorme Varianz in der Flächengröße eines „Biotoptyps" bzw. einer „Kartiereinheit" bestehen kann.

Weiter sind auch Absprachen zur Umgehensweise mit einzelnen Biotopen mit Ihnen erforderlich. Das zeigt bereits Ihre „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)" unter d) Methode deutlich. Dort ist ausgeführt:

„Kartierung gemäß der Anleitung „Biotopkartierung Brandenburg, Bd. 1, Kartierungsanleitung und Anlagen" (2004), unter Berücksichtigung:

...

- des fortlaufend geführten Katalogs „Fragen und Antworten zur Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung in Brandenburg" (bindend ist die zur Auftragsvergabe vorliegende Fassung)"

Das bedeutet, dass es einen Katalog gibt, der zudem sehr umfangreich ist, der jedoch „fortlaufend" fortgeschrieben wird. Der Blick in den Katalog zeigt, dass eine ständige Abstimmung mit dem Auftraggeber auch weiterhin stattzufinden hat. Das zeigt erneut, dass die Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist.

Hinzu kommt, dass wir jetzt mit dem vorliegenden Stand kalkulieren sollen (was uns bereits nicht gelingt) und dann bei der Kartierung der Stand gelten soll, zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe. Das bedeutet aber, dass zwingend Auftragsgespräche zu führen sind, denn die Veränderungen in der Zeit zwischen Angebotslegung und Auftragsvergabe wären uns darzulegen und zu erläutern. Die Veränderungen wären dann von uns in einem neuen Angebot zu bewerten. Solche Auftragsverhandlungen lässt § 18 VOL-EG aber gerade nicht zu, jedoch § 11 Abs. 1 VOF.

Auch weitere Formulierungen in der Leistungsbeschreibung zeigen auf, dass die Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben ist und auch nicht beschrieben werden kann.

So führt die bereits genannte „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011) auch aus:

„c) Durchführung der Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung:

..

Es handelt sich nicht lediglich um eine Überprüfung /Überarbeitung bereits früher erhobener Biotope; vorhandene Altdaten sind aber auszuwerten und ggf. zu aktualisieren und einzuarbeiten.“

Mit der Formulierung „nicht lediglich“ sagen Sie aus, was die Durchführung dieser Leistungen nicht sein soll; Sie sagen aber nicht hinreichend klar aus, wie die Leistung genau aussehen soll. Vor allem die weitere Wortwahl „ggf.“ zeigt, dass wir hier keine Kalkulation vornehmen können. Sie können das aber auch nicht weiter konkretisieren, denn das ist eine Leistung, deren Umfang sich erst bei der Bearbeitung zeigt.

„d) Methode

...

Kartierungszeitpunkt:

Die Kartierung erfolgt zum Zeitpunkt der optimalen Vegetationsentwicklung (z. B. dürfen aquatische Bereiche nicht im zeitigen Frühjahr kartiert werden, da die Wasserpflanzenvegetation dann noch nicht ausgeprägt ist).“

Diese Formulierung zeigt, dass Sie von uns eine Beurteilung erwarten, wann der „optimale“ Zeitpunkt gegeben ist. Wie Sie allerdings wissen, können wir erst endgültig wissen, wann der optimale Zeitpunkt gegeben ist, wenn wir vor Ort die Begehung durchführen. Hier kann es somit passieren (und passiert auch regelmäßig), dass doppelte Begehungen durchgeführt werden müssen. Diesen etwaigen Aufwand kann ich nicht kalkulieren.

Allein diese beispielhaft aufgeführten Stellen Ihrer „Leistungsbeschreibung“ zeigen auf, dass wir aufgrund der Ausschreibungsunterlagen ohne weitere ins Detail gehende Verhandlungen keine Kalkulation vornehmen können. Schließlich können auch Sie keine Angabe machen, welche die Leistung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibt.

Sie könnten einwenden, dass die Kartierungsanleitung, Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift die Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibbar macht. Das trifft aber ebenso nicht zu. Diese beschreiben nämlich lediglich die Methoden der Vorgehensweise (und dies auch nur unzureichend) und sind insofern eine Aufgabenbeschreibung entsprechend § 6 VOF und keine eindeutig und erschöpfende Leistungsbeschreibung im Sinne § 8 VOL/A-EG. Sie beschreiben also nur „wie“ eine Leistung zu erbringen ist, nicht aber ihr „ob“ und das „was“.

Zum Beleg dafür soll nur beispielhaft auf die Anlage 5 „Handlungsanleitung und Digitalisiervorschrift - Biotoptypen- und Lebensraumtypenkartierung Brandenburg“ verwiesen werden, welche den Vergabeunterlagen zu entnehmen ist. Dort heißt es:

auf Seite 5:

...

„Im Einzelfall ist die Entscheidung „Fläche“ oder „Punkt“ (auch bei Biotopen < 0,5 ha) im Rahmen des gutachterlichen Ermessens fachlich abzuwägen.

...

Auftretende Probleme sind frühzeitig mit dem AG zu klären. Darunter fallen z.B. offensichtliche Widersprüche zwischen der Lage kartierter Objekte und topografischen Grundlagendaten (DTK, DOP). Bei sich überschneidenden Gebieten sind unterschiedliche Interpretation/Ansprachen von Biotoptypen zu dokumentieren und mit dem AG zu klären.

...“

Hier sprechen Sie von „gutachterlichem Ermessen“ und „auftretende Probleme sind mit dem AG zu klären“.

auf Seite 7:

„2.5.3 ATKIS Basis-DLM (Digitales Basis-Landschaftsmodell)

Aus dem Basis-DLM können die in Tab. 2 aufgeführten ATKIS Basis-DLM-Objektarten nachgenutzt werden. Im Regelfall ist bei flächenhaften Objekten, z.B. Wäldern, eine innere Differenzierung vorzunehmen (z.B. nach Hauptbaumarten); bei linearen Objekten sind i.d.R. neue Abschnitte zu bilden (z.B. Gewässerabschnitt mit/ohne begleitende Gehölze). In jedem Fall sind Plausibilitätskontrollen gegen das DOP vorzunehmen (insbesondere Vollständigkeit, Lagegenauigkeit).“

Hier sprechen Sie von Handlungen, die „im Regelfall“ vorzunehmen sind, die „i. d. R.“ zu bilden sind oder die „insbesondere“ zu beachten sind.

All diese offenen Formulierungen machen uns eine Kalkulation ohne weitere Verhandlungen unmöglich und zeigen, dass die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben ist und auch nicht beschrieben werden kann.

Weiter rügen wir Ihre Zuschlagskriterien. Hier führen Sie unter IV.1.1) der Bekanntmachung aus:

„1. Preis. Gewichtung 70

2. Qualität (kalkulierte Stundenzahl für die Arbeitsschritte). Gewichtung 30“

Diese Angabe ist nicht transparent. Uns ist nicht klar, was Sie zum Kriterium 2 erwarten. Wollen Sie eine möglichst schnelle Erfassung, dann würden wir hier wenige Stunden eingeben, denn wir können sehr schnell arbeiten, wenn das der Auftraggeber wünscht. Oder wollen Sie eine hohe Anzahl von Stunden, dann würden wir viel Zeit einkalkulieren, denn wir können auch langsamer und damit auch deutlich gewissenhafter und vertiefter arbeiten. Dabei ist allerdings für uns bereits nicht erkennbar, was die Anzahl der anzugebenden Stunden mit Qualität zu tun hat oder zu tun haben soll. Sie könnte allenfalls ein Indiz für Qualität sein, zwingend ist das nicht. Wollen Sie die Qualität werten, wäre dies z. B. dadurch möglich, dass Sie sich die Vorgehensweise des Bearbeiters darstellen lassen oder durch

die Beschreibung der Bearbeitungsintensität und diese dann bewerten. Das wollen Sie aber offensichtlich nicht.

Damit verstoßen Sie gegen das Transparenzgebot in § 97 Abs. 1 GWB.

Weiter rüge ich Ihre Eignungskriterien, die offensichtlich Ausschlusskriterien sind und in unzulässiger Weise den Wettbewerb beschränken. So führen Sie in der Bekanntmachung unter III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit aus und wiederholen das in der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“:

»Sonstige Angaben

Referenzen zum Nachweis

...

- *von Erfahrungen mit der Brandenburgischen Biotopkartierungsmethode*

...

- *Erfahrungen mit der Geodatenverarbeitung und mit der Datenbankverarbeitung von Biotopdaten/LRT-Daten (Brandenburgisches Erfassungsprogramm BBK)«*

Mit dem ausschließlichen Bezug auf Brandenburg beschränken Sie den Wettbewerb auf Freiberufler, die bereits Erfahrungen in Ihrem Bundesland und das speziell mit Ihrer Methode und Ihrem Erfassungsprogramm haben. Das ist objektiv durch nichts gerechtfertigt. Wir können Erfahrungen in anderen Bundesländern mit vergleichbaren Methoden und vergleichbaren Erfassungsprogrammen nachweisen. Die im Bundesland Brandenburg anzutreffenden, nach § 32 BbgNatSchG landesweit geschützten Biototypen bzw. FFH-Lebensraumtypen sind auch in vielen weiteren Bundesländern anzutreffen (z.B. Hessen, Bayern, Baden-Württemberg). Sie beschränken mir Ihrer Formulierung den Wettbewerb in unzulässiger Weise und verstoßen damit gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB. Bei einer europaweiten Ausschreibung müssen Sie nicht nur vergleichbare Erfahrungen in anderen Bundesländern, sondern auch in anderen europäischen Ländern zulassen. Ihre Kriterien sind diskriminierend. Denn denkt man Ihr Kriterium konsequent weiter, kommen als potentielle Auftragnehmer nur solche Freiberufler in Betracht, die Sie bisher schon – sei unter- oder oberhalb der EU-Schwellenwerte – bereits früher beauftragt hatten. Das wäre aber kein europaweiter Wettbewerb.

Weiter rügen wir die von Ihnen gewünschte Form des Preisangebots. In Ihrem Formblatt „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ Seite 4 ist ausgeführt:

„Unterlagen, die mit dem Angebot abzugeben sind:

- 1. geforderten Nachweise (Bietererklärung)*
- 2. Angebotsschreiben*
- 3. Preisangebot (Angebotstabelle) auf der Basis der geschätzten Gebiete*
 - 3a) Preisangebot für den Leistungszeitraum 01.09.2011 bis 30.11.2011*
 - 3b) Preisangebot für den Leistungszeitraum 01.12.2011 bis 30.11.2012*
- 4) Stundensätze“*

Sie erwarten also eine Aufteilung des Preisangebotes Leistungen im Jahr 2011 und im Jahr 2012. Gleichzeitig geben Sie aber an keiner Stelle Hinweise, wie eine Aufteilung auf die unterschiedlichen Zeiträume vorzunehmen ist. Sie geben auch keine Hinweise, dass es ggf. uns überlassen ist, wann wir die Leistung erbringen wollen. Dem trägt auch die von Ihnen geforderte und abzugebende

„Angebotstabelle“ keine Rechnung, denn in dieser kann ich diese Informationen nicht eintragen. Das ist widersprüchlich und nicht transparent.

Wir fordern Sie hiermit auf, Ihre Vergaberechtsverstöße zu korrigieren und setzen Ihnen eine Frist bis:

Freitag, den 05. August 2011

Sollten Sie der Rüge nicht abhelfen, werden wir die Vergabekammer anrufen.

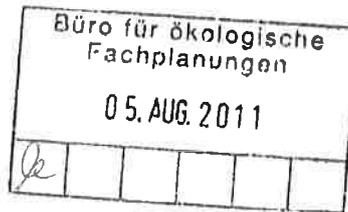
Mit freundlichen Grüßen

Anlage 5



LAND BRANDENBURG

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Postfach 60 10 61 | 14410 Potsdam



Landesamt für Umwelt,
Gesundheit und
Verbraucherschutz
Abteilung Service

Bearb.: Elke Wittke
Gesch.-Z.: S3-VG-11-052
Hausruf: 033201 442-117
Fax: 033201 442-193
Internet: www.lugv.brandenburg.de
elke.wittke@lugv.brandenburg.de

Vorab per E-Mail: ii

Potsdam, 03.08.2011

Vergabeverfahren zum Vorhaben: „Selektive Kartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH- Lebensraumtypen“; S3-VG-11-052

Ihr Schreiben vom 29.07.2011/ Ihr Zeichen:

Sehr geehrte

Ihre Rüge zum laufenden Vergabeverfahren habe ich zur Kenntnis genommen und weise sie aus folgenden Gründen zurück:

1. Richtig ist, dass es sich bei den zu vergebenden Kartierungsleistungen um freiberufliche Dienstleistungen von Ingenieuren handelt. Freiberufliche Dienstleistungen sind grundsätzlich gem. § 5 VgV nach der VOF auszuschreiben. Nach § 5 Satz 5 VgV gilt dies jedoch nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Dann ist gem. § 4 VgV Absatz 1 die VOL/A anzuwenden.

Der hier von uns zu vergebene Auftrag wird von dem Ausnahmetatbestand erfasst. Entgegen Ihrer Auffassung kann die Durchführung der zu beauftragenden freiberuflichen Leistung im Sinne des § 5 Satz 5 VgV beschrieben werden.

Die langjährigen Erfahrungen bei der Vergabe von Kartierungsleistungen haben gezeigt, dass anhand unserer Leistungsbeschreibung sowie den Anlagen hinrei-

Hauptsitz der Abteilung:
Seeburger Chaussee 2

14476 Potsdam, OT Groß Glienicke

Tel.: 033201 442-0

Fax: 033201 442-662



chend vergleichbare Angebote abgegeben werden können, ohne dass Verhandlungen oder Rücksprachen zwischen dem Auftraggeber und Auftragnehmer erforderlich wären.

2. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ dient zur Wertung, ob die angesetzte Anzahl von Stunden zur Erledigung der einzelnen Teilschritte ausreichend kalkuliert wurde. Hierzu liegen Erfahrungswerte der letzten Jahre vor. Die Anzahl der jeweils angesetzten Stunden für die einzelnen Arbeitsschritte lassen dabei auch Rückschlüsse auf die von Ihnen erwähnte Bearbeitungsintensität zu.

3. Die Eignungskriterien mit dem Bezug auf die Brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und die Anwendung der Geodatenverarbeitung mit dem brandenburgischen Erfassungsprogramm schränken **nicht** den Bewerberkreis ein. Die Bewerber müssen **nicht** im Land Brandenburg **ansässig** sein, es sind im Angebot ihre Erfahrungen und Kenntnisse der Anwendung nachweisen.

Die Brandenburgische Kartier- und Erfassungsmethodik unterscheidet sich in ihrer Spezifik und Komplexität deutlich von der Methodik anderer Bundesländer. Vorhandene Erfahrungen reduzieren den intensiven Betreuungs- und Kontrollaufwand durch unseren Fachbereich.

4. Die jährliche Planung und Festlegung der Haushaltsmittel entsprechend der Landeshaushaltsordnung für Brandenburg erfordert eine Preiskalkulation entsprechend der Haushaltsjahre. Der einzureichende Terminplan mit der Ausweisung abrechenbarer Teilleistungen ermöglicht die Vereinbarung von Teilrechnungen im Werkvertrag.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



Dr. M. Czisnik
Referatsleiterin S3
Finanzen, BdH

RECHTSANWÄLTE ~ BÜROGEMEINSCHAFT
Kanzlei für Immobilien- und internationales Wirtschaftsrecht
Bad Kreuznach ~ Frankfurt a. M.

55543 Bad Kreuznach:
Kreuzstr. 80
Tel: 0671/2088
Fax: 0671/2085
kanzlei@wiesner-riemer.de
www.wiesner-riemer.de

RAe Wiesner • Riemer Kreuzstr. 80 55543 Bad Kreuznach

Vergabekammer des Landes Brandenburg beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
Heinrich-Mann-Allee 107
14473 POTSDAM

Michael Wiesner, LL.M.
(International Business)
Rechtsanwalt - Dipl.- Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter FH Mainz

Daniela Riemer
Rechtsanwältin

Michael Krolla
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jeanette Wiesner
Rechtsanwältin

Per Fax vorab: 0331- 866 – 1652

Bad Kreuznach, den
16.08.2011

Unser Zeichen:
/ Landesamt UGV Potsdam - 79/11 (MW)

60329 Frankfurt a. M.:
Kaiserstr. 79

Antrag gem. § 107 (1) GWB

In Sachen

- Antragsstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: RA Michael Wiesner, Kreuzstr. 80, 55543 Bad Kreuznach

gegen

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam OT Groß Glienicke

- Antragsgegner -

stelle ich namens und in Vollmacht der Antragstellerin Nachprüfungsantrag bezüglich des
Vergabeverfahrens wie folgt:

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Ausschreibung der
Biotopkartierungsleistungen "Landesweite selektive Kartierung von geschützten

- Biotopen und FFH-Lebensraumtypen", **Los 03. Bezeichnung Oberhavel III**, gem. VOF- Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen vorzunehmen,
2. hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten nach der Auffassung der Vergabekammer auf anderem Wege die gerügten Vergaberechtsverletzungen abzustellen,
 3. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
 4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Begründung:

A. Sachverhalt

Die Antragsgegnerin schrieb am 17.06.2011 zunächst unter der EU-Bekanntmachung 2011/S 115-190341 Leistungen „Landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen“ aus

Anlage Ast. 1

Es folgte als EU-Bekanntmachung 2011/S-127-211101 die erneute Ausschreibung der Leistung „Landesweite Erfassung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen“ am 01.07.2011 (VI.5)), die die Bekanntmachung vom 17.06.2011 abänderte, da die ursprünglichen Angaben „unvollständig“ waren und „korrigiert werden“ mussten.

Anlage Ast. 2.

Ausgeschrieben sind 7 Lose. Wesentliche Ausschreibungsmerkmale sind lt. Bekanntmachung:

II.1.9) der Bekanntmachung lässt keine Varianten / Alternativangebote zu.

II.2.2) Optionen sind verneint.

II.3) Leistungszeitraum ist 15.09.2011 bis 30.11.2012.

III.2.1) Teilnahmebedingungen nennt die „VOL“.

III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit verlangt Erfahrungen mit der Brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und mit dem Brandenburgischen Erfassungsprogramm BBK.

IV.1).1) Verfahrensart nennt „Offenes Verfahren“.

IV.2) Zuschlagskriterien nennt das wirtschaftlich günstigste Angebot, wobei Preis mit 70 gewichtet wird und Qualität (= „*kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte*“) mit 30.

IV.3.1) Az des öffentlichen Auftragsgeber: S3-VG-11-052.

IV.3.3) Schlusstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen: 10.8.2011, 08:00 Uhr, mit dem Hinweis, dass Unterlagen nicht kostenpflichtig seien und

IV.3.4) Schlusstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge: 10.8.2011, 10:00 Uhr.

Der Hinweis auf weitere Informationen erfolgte in der erstgenannten Bekanntmachung unter Ziffer IV.3. Demnach waren weitere Informationen der Internetplattform <http://vergabemarktplatz.brandenburg.de/VMPCenter/> zu entnehmen.

Dort sind folgende Informationen erhältlich:

- Angebotsaufforderung.dot
- Leistungsbeschreibung_Mai_2011.pdf
- Anlage1_Lose11.pdf
- 3LB_Anlage3Massnahmen.pdf
- Anlage4Fotodoku.pdf
- Anl5_bbk_digitalisierungsanl_1.04.pdf
- Angebotstabelle2011.doc
- Bietererklärung.doc
- Angebotsschreiben.dot
- vol06 bewerbungsbedingungen.pdf
- vol08 zvb-bbg.pdf
- Werkvertrag-n-Vergabe-04-2011.doc
- Kennzettel.doc

Gemäß der Unterlage im 2. Spiegelstrich „Leistungsbeschreibung Mai 2011“, dort d) Methode bedarf es der kostenpflichtigen (anders IV.3.3 der Bekanntmachung) Unterlagen der Vergabestelle, Biotopkartierung Brandenburg Band 1 (Kartierungsanleitung), 2004, und Band 2 (Beschreibung der Biotoptypen), 2007.

Das Vergabeverfahren für alle 7 Lose rügte die Ast., siehe unten.

Der hiesige Antrag an die Vergabekammer richtet sich allein gegen Los 3. Los 3 ist bezeichnet mit „Oberhavel III“ und betrifft die selektive Kartierung von ca. 390 km² TK-Fläche mit „*ca. 1.200 Biotope*“.

Soweit es auf die Inhalte obiger Vergabeunterlagen zur Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung ankommt, wird dies nachfolgend jeweils aufgeführt.

B. Rechtliche Würdigung

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

I. Zulässigkeit

Die Voraussetzungen der §§ 107 ff. GWB sind gegeben.

1. Schwellenwert

Der maßgebliche EU-Schwellenwert i. H. v. 193.000.- € ist überschritten. Zunächst schrieb die Ag. selbst EU-weit aus und ging vom Überschreiten des Schwellenwertes aus.

Los 3 betrifft die selektive Kartierung ca. 390 km² TK-Fläche ca. 1.200 Biotope; es ist davon auszugehen, dass bereits dieses Los den Schwellenwert überschreitet. Es handelt sich gemeinsam mit Los 2 um die größte Fläche aller 7 Flächen.

Die Ag. machte selbst in ihren Unterlagen hierzu keinerlei Angaben.

2. Antragsbefugnis

Die Ast. ist antragsbefugt.

a) Interesse am Auftrag

Sie hat ein Interesse am Auftrag, wenngleich sie kein Angebot abgegeben hat.

Ursache hierfür ist allein, dass sie angesichts der Ausschreibungsunterlagen der Ag. gerade nicht in der Lage ist, ein kalkuliertes Angebot abzugeben.

Daher sind maßgebliche Punkte der Begründetheit bereits hier abzuhandeln, denn die mangelhaften Ausschreibungsunterlagen sind einer der zentralen Punkte des Nachprüfungsantrages.

Der Antragstellerin ist nicht zumutbar, nur zur Erlangung der Antragsbefugnis um jeden Preis ein Angebot abzugeben, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.5.2007 – 11 Verg 12/06. Nimmt man einen Teilnahmewettbewerb als Vergleich, ist ein Antragsteller nicht gehalten, einen aus seiner Sicht sinnlosen Teilnahmeantrag zu stellen, vgl. OLG Jena, Beschluss vom 6.6.2007 – 9 Verg 3/07.

Es genügt die Darlegung, dass ohne die beanstandete Vorgabe die Zuschlagschancen des Antragstellers höher gewesen wären, vgl. Hattig in Hattig/Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2010, § 107 GWB, Rn. 47.

Die Antragsstellerin hat echtes Interesse am Auftrag. Sie ist ein leistungsfähiges Büro mit mehreren Niederlassungen und ist spezialisiert auf genau die Leistungen, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind (siehe Rüge der Antragsstellerin 2. Absatz).

aa) Zuschlagskriterien der Bekanntmachung

Die Antragsgegnerin will gemäß ihrer **Bekanntmachung** unter IV.2.1 Zuschlagskriterien den Zuschlag nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben. Kriterien sind hierbei

1. Preis mit einer Gewichtung von 70 und
2. Qualität (kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte).

Zu 1. Preis

Mit dem Kriterium „Preis“ meint die Antragsgegnerin wohl den Gesamtpreis, vgl. § 16 VOL/B, wonach Leistungen zu Stundenverrechnungssätzen nur bezahlt werden, wenn dies im Vertrag vorgesehen ist oder vor Beginn der Ausführung vom Auftraggeber in Auftrag gegeben worden ist. Derartiges ist hier bislang aus dem Vergabeunterlagen nicht genau zu erkennen, so dass hier wohl der Gesamtpreis gemeint ist; diese mangelnde Erkennbarkeit ist zudem intransparent.

Dieser Gesamtpreis setzt sich dann aus Menge x Einheitspreis pro h zusammen.

Da anhand der Leistungsbeschreibung bzw. Aufgabenbeschreibung unklar ist, welche Leistungen die Antragsgegnerin jeweils genau wünscht (dies wird nachstehend genauer untersucht, denn die Antragsgegnerin verwendet Begriffe wie: „ggfs.“, „beispielsweise“, „Rücksprache“, „Ermessen“), ist die Antragstellerin gehalten, bei Annahme einer gewissenhaft erwarteten Arbeit eine zu hohe Anzahl von Stunden (Menge) bei der Bildung des Gesamtpreises in Ansatz zu bringen.

Damit läuft die Antragstellerin Gefahr, den mit 70% bewerteten Preis aufgrund eines zu hohen Mengenansatzes nicht erteilt zu bekommen. Wenn die Antragstellerin aber anhand (angeblich) vorab beschreibbarer Leistungen recht genau weiß, welche Leistungen gewünscht werden, könnte sie ein passgenaues Angebot erstellen.

Nimmt man hingegen an, dass die Antragsgegnerin mit dem Zuschlagkriterium „Preis“ den Einheitspreis pro Arbeitsstunde meint, kommt es auf das nachfolgende zweite Zuschlagskriterium, Qualität, an, so wie es die Antragsgegnerin versteht, nämlich mit dem Ansatz der kalkulierten Stundenanzahl, siehe unten.

Zu 2. Qualität

Hierunter versteht die Antragsgegnerin gemäß ihrer Bekanntmachung:

- die angesetzte Stundenzahl für
- die Arbeitsschritte.

Hieran ist schon unklar, was die Antragsgegnerin unter diesen „Arbeitsschritten“ genau versteht, siehe unten, wo die Leistungsbeschreibung bzw. Aufgabenbeschreibung insoweit näher untersucht wird. Wenn die Arbeitsschritte präzise und klar sind - was sie nicht sind, siehe unten - kann die Antragsgegnerin ein passgenaues Angebot erstellen und hierfür auch eine angemessene Stundenanzahl kalkulieren.

Nimmt die Antragstellerin an, dass die „Arbeitsschritte“ in Anbetracht einer Vielzahl vorab unklarer Leistungen umfangreicher, gehaltvoller zu verstehen sind, muss sie auch eine höhere Stundenzahl hierfür kalkulieren.

Kalkuliert sie hierfür eine höhere Stundenzahl läuft sie Gefahr, den Auftrag nicht zu erhalten.

Hinzukommt, dass völlig unklar ist, wie die Qualität genau ermittelt wird, wenn anhand der Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin schon unklar ist, welche Leistungen genau erwartet werden. Damit ist dann auch unklar, welche Stundenanzahl die Antragsgegnerin als qualitativ hochwertige ansieht.

Zudem überrascht, dass es die Antragstellerin ist, die die Stundenzahl zu kalkulieren hat und damit ihre (!) Qualität abgefragt wird. Üblicherweise ist es bei vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen in Leistungsbeschreibungen so, dass der Auftraggeber Vordersätze vorgibt, die Orientierung bieten, denn der Auftraggeber gibt vor, was er haben will.

Vorstehendes ist für die Antragstellerin intransparent, so dass sie daran gehindert wird, ein passgenaues, auf die Zuschlagskriterien hingearbeitetes Angebot zu erstellen.

Das Zuschlagsergebnis nach obigen Kriterien erscheint daher letztlich als Zufallsergebnis.

Verwendet die Antragsgegnerin eine Aufgabenbeschreibung, da es sich um vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen handelt, so kann die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin im Wege des Verhandlungsverfahrens im Hinblick auf Leistungen und Honorierung verhandeln, gerade auch für solche Fälle, wo nach der eigenen Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin z. B. nicht vorhersehbarer Rücksprachebedarf bestehen kann. Entscheidet sich die Antragsgegnerin im Einzelfall für einen (ggfs. größeren) Rücksprachebedarf, kann sie hierüber jeweils bei Bedarf entscheiden, hat diesen Mehraufwand dann aber auch zu vergüten.

Diese flexible Vorgehensweise lässt die hier vorliegende Ausschreibung jedoch gerade nicht zu und ist auch im Rahmen der VOL unzulässig, vgl. § 18 Satz 2 VOL-EG

bb) „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“

Ergänzend zu den in der Rüge zunächst nur beispielhaft aufgeführten Unklarheiten und Unsicherheiten in der „Leistungsbeschreibung“ der Antragsgegnerin, führt die Antragstellerin nachfolgend alle wesentlichen Unklarheiten und Unsicherheiten auf. Diese konnte erst nach genauer Analyse des vorliegenden umfangreichen Materials in der nachfolgenden Genauigkeit erfolgen. Um Doppelnennungen zu vermeiden, werden an dieser Stelle nur die Punkte aufgeführt, die in der Rüge „noch“ nicht in der Ausführlichkeit aufgenommen wurden.

Zunächst soll das auf obiger Seite 3 mit „Leistungsbeschreibung Mai 2011“ (= Dateiname) Dokument analysiert werden, die auf Seite 1 die Überschrift „*Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011), Selektive Kartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH-Lebensraumtypen außerhalb von FFH-Gebieten und Großschutzgebieten (GSG) 2011*“. Diese führt folgendes auf:

Auf Seite 1 unter „Leistungsbeschreibung:

„a) *Recherche, Sichtung und Vorauswertung vorhandener Kartierungsunterlagen und Geobasisinformationen.*“

Der Aufwand ist für den Bieter zur Vorinformation auch nicht näherungsweise kalkulierbar. Es ist nicht klar ob die materiell-technischen Vorgaben und Grundlegendaten des AG

(LUGV) vom AG an den AN geliefert werden, oder ob der AN diese zu beschaffen hat. Auch ist nicht ersichtlich, ob alle Daten kostenfrei für die Ast. sind.

Bei Geobasisinformation wird in der Handlungsanleitung auf Seite 3 in der Überschrift genannt „Übersicht der bereitgestellten Grundlagen (soweit vorhanden)“.

Es ist nicht definiert, welche Grundlagen nun für die einzelnen Lose vorhanden sind.

Auf Seite 1 unter „Leistungsbeschreibung:

„b) Kontaktaufnahme und Absprache mit Ansprechpartnern in den jeweils zuständigen Behörden (Naturschutzreferate der Regionalabteilungen des LUGV, untere Naturschutzbehörden (UNB), Forstbehörde) sowie ggf. mit dem ehrenamtlichen Naturschutz (ehrenamtliche Gebietsbetreuer) vor Durchführung der Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung.“

Mit diesen Vorgaben ist eine Aufwandskalkulation auch nicht näherungsweise möglich. Es ist nicht definiert, was mit wem abzusprechen ist, der Umfang der einzelnen Behörden oder Gebietsbetreuern ist unbestimmt. Es bleibt unklar, wer die notwendige Betretungserlaubnis, die Information der betroffenen Grundstückseigentümer, Fahrerlaubnisse auf forst- und landwirtschaftlichen Wegen organisiert, ob diese kostenfrei zu Verfügung gestellt werden. Unklar bleibt, wer jede zuständige Kommune dazu anschreibt. Gerade der ehrenamtliche Naturschutz können eine Person oder hunderte Personen sein.

Auf Seite 1 unter „Leistungsbeschreibung:

„c) Durchführung der Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung:

Selektive Neukartierung aller Flächen, die nach § 32 BbgNatSchG / § 30 BNatSchG gesetzlich geschützte Biotope und/oder FFH-LRT bzw. LRT-Entwicklungsflächen sind und außerhalb von FFH-Gebieten und Großschutzgebieten liegen.

Die Kartierung umfasst eine selektive Neukartierung sämtlicher nach § 32 BbgNatSchG / § 30 BNatSchG geschützten Biotope (vgl. auch Definition in der Biotopschutz-VO) sowie der FFH-LRT und LRT-Entwicklungsflächen. Es handelt sich nicht lediglich um eine Überprüfung / Überarbeitung bereits früher erhobener Biotope; vorhandene Altdaten sind aber auszuwerten und ggf. zu aktualisieren und einzuarbeiten. Seit der Gesetzesnovellierung 2004 wurden einige geschützte Biotope neu gefasst und erweitert (z.B. Gewässer), bei anderen haben sich Definitionen und Einstufungskriterien geändert (z.B. Feuchtwiesen, Streuobstbestände). Geschützte Biotope und FFH-LRT überlappen sich weitestgehend inhaltlich, aber nicht vollständig (z.B. sind Frischwiesen FFH-LRT, aber kein § 32-Biotop; Sand-Trockenrasen sind § 32-Biotope, aber überwiegend nicht FFH-LRT!). Die als Arbeitshilfe zur Verfügung gestellten Altdaten des 1. Durchgangs der selektiven Biotopkartierung und weitere "Verdachtsflächen" können ebenso wie die flächendeckende CIR -Biotoptypenkartierung und die Luftbilddaten nur Anhaltspunkte geben.“

Eine Kalkulation ist auf Grundlage der Angaben für das ausgewählte Los auch nicht annähernd möglich, da weder eine belastbare Zahl der zu kartierende Objekte (Biototypen, Lebensraumtypen) vorliegt, noch eine Angabe zu der unterschiedlichen Größe und Komplexität der anzutreffenden Objekte.

Hinzu kommen noch die Umstände der optimalen Erfassungszeiträume, siehe auch unten. Erst bei der Begehung kann festgestellt werden, ob der richtige oder falsche Zeitpunkt gegeben ist. Z. B. kann erst vor Ort erkannt werden, ob eine Fläche gerade gemäht oder beweidet wurde. Dann wäre eine erneute Begehung erforderlich. Der Aufwand ist gleich das Doppelte.

Auf Seite 2 unter d) Methode:

„Kartierungsintensität:

*Alle **selektiv** zu erfassenden Flächen (geschützte Biotop, FFH-LRT und deren Entwicklungsflächen) werden mit der Kartierungsintensität C (Grundbogen, Vegetationsbogen, Waldbogen, Gewässerbögen, Moorbogen) bearbeitet.*

Kartierungszeitpunkt:

*Die Kartierung erfolgt zum Zeitpunkt der **optimalen** Vegetationsentwicklung (z. B. dürfen aquatische Bereiche nicht im zeitigen Frühjahr kartiert werden, da die Wasserpflanzenvegetation dann noch nicht ausgeprägt ist).“*

Die Vorgabe ist für den Bieter nicht kalkulierbar. Der „optimale“ Zeitpunkt ist erst vor Ort erkennbar. Liegt dieser Zeitpunkt nicht vor, ist eine erneute Begehung erforderlich. Der Aufwand ist gleich der doppelte. Aber selbst bei der 2. Begehung kann vorab nicht sicher gestellt sein, dass dann dieser Zeitpunkt optimal ist.

Auf Seite 2 unter d) Methode:

„Biotopabgrenzung (ergänzend zur Kartierungsanleitung):

*Grenzt ein geschütztes Biotop / FFH-LRT an ein Gebiet an, das bereits terrestrisch kartiert wurde (z.B. im Rahmen der Kartierung von FFH-Gebieten), sind Inhalte und Geometrien der angrenzenden Flächen zu berücksichtigen und ggf. zu **korrigieren**. Die aufeinandertreffenden Kartierungen müssen wie Schlüssel und Schloss zusammenpassen. Somit kann die beauftragte Kartierung **z.T.** auch in FFH-Gebiete bzw. GSG-Gebiete hineinreichen (**bei der Kalkulation beachten!**)...“*

Das Ausmaß der zu korrigierenden Flächen ist völlig uneinschätzbar und könnte einen erheblichen Arbeitsaufwand bedeuten, der somit vorab nicht einzuschätzen ist, auch nicht näherungsweise.

Auch hier tauchen wieder unbestimmte und damit unkalkulierbare Begriffe wie „ggfs.“ oder „z. T.“ im Zusammenhang mit Leistungen (die hier nicht weiter zitiert sind) auf. Unklar ist, wie dies bei der Kalkulation beachtet werden soll.

Auf Seite 2 unter d) Methode am Ende der Seite:

„Dokumentation zur Auswertung der zur Verfügung gestellten digitalen Altdaten der §32-Kartierung (shp-Format, entspr. Digitalisiervorschrift siehe Anlage 5).“

Der Aufwand ist auch hier für den Bewerber nicht kalkulierbar, da er nicht weiß, in welcher Intensität die Dokumentation erfolgen soll und in welchem Umfang die Daten vorliegen. Hier fehlt eine Leistungsbeschreibung vollständig. Die Anlage 5 ist lediglich eine Verfahrensanleitung, wie gearbeitet werden soll.

Auf Seite 3 unter d) Methode am Anfang der Seite:

„Zusatz zur Erfassung bestimmter Algenarten: Über die bei der Kartierung von Stillgewässern erforderliche Erfassung von Algenarten hinaus ist bei der Kartierung von Gräben, Klein und Temporärgewässern sowie im zeitweilig überfluteten Grünland auf das Vorhandensein von Armleuchter-Algen (Characeae) sowie auffällige Bestände weiterer Groß-Algen zu achten.

Armluchter-Algen und makroskopisch erkennbare andere Groß-Algen sind als Beleg zu entnehmen und dem LUGV zu übergeben. Soweit erkennbar verschiedene Arten der Armluchter Algen vorgefunden werden, sind alle unterscheidbaren Arten zu belegen. Fädige Grünalgen und Algenwatten müssen nicht belegt werden. Der nach einschlägigen Regeln etikettierte Beleg kann wahlweise übergeben werden

- als Präparat in ca. 70 % Ethanol oder Formalin im Sammelbehälter

- als Trockenpräparat (Herbarbogen).

Sammelbehälter (100 ml) mit 96% Ethanol können vom LUGV zur Verfügung gestellt werden.

Die Flüssigkeit ist selbständig auf ca. 70 % zu verdünnen.“

Der Aufwand ist für den Bewerber nicht kalkulierbar, da er nicht weiß, mit wie vielen Gewässerbiotopen zu rechnen ist und wie viele zu entnehmende Algen und verschiedene Algenarten angetroffen werden und zu sammeln sind. Je nach Witterungsverlauf können unterschiedliche Mengen und Arten von Großalgen zur Entwicklung kommen. Das ist mit dem Auftraggeber zu besprechen.

Auf Seite 3 unter d) Methode ab Seitenmitte:

„Materiell-technische Vorgaben und Grundlagendaten des Auftraggebers (LUGV)

1. digitale topographische Karten im Maßstab 1:10.000

2. Basis-DLM (Digitales Basis-Landschaftsmodell mit ATKIS-Objektarten: 31Ges., 32 Ges., 4101, 4102, 4103, 4104, 4105, 4106, 4107, 4108, 4109, 4110, 4111, 4120, 4199, 4201, 4202, 4203, 5101, 5102, 5103, 5105, 5112

3. digitale Orthofotos DOP040 (M 1:10.000, S/W) ggf. CIR-Orthophotos (falls vorhanden)

4. Digitales Feldblockkataster (DFBK)

5. CIR-Luftbilder (zur Ausleihe bzw. als Kopie)

6. Biotopkartierungsanleitung, Beschreibung der Biotoptypen (2004, 2007)

7. aktuelle Schutzgebietsgrenzen (FFH-, SPA-, NSG-, LSG- und GSG-Grenzen)

8. *Blattschnitt (TK 10)*
9. *digitale Moorkarte und sensible Moore*
10. *Fließgewässerkilometrierung; Gewässerkennzahlen für Seen, Gewässerstrukturgütekartierung*
11. *Forstabteilungsgrenzen*
12. *Digital vorhandene Altdaten der §32-Kartierung*
13. *digitale CIR-Kartierung (1992-93)*
14. *ggf. digitale Biotopgeometrien angrenzender Gebiete*
15. *Bewertungsschemata für die Bestimmung des Erhaltungszustandes der Lebensraumtypen der FFH-Richtlinie in Brandenburg (siehe <http://www.mluv.brandenburg.de/cms/detail.php/lbm1.c.234908.de>)*
16. *Katalog „Fragen und Antworten zur Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung in Brandenburg“*
17. *Biotoperfassungsprogramm (BBK, Version 1.82) zur beschränkten Benutzung.“*

Es wird nicht aufgeführt, ob der Antragsgegner die hier genannten Daten zu Verfügung stellt oder der Bieter diese zu beschaffen hat. Weiter liegen keine Angabe vor, ob diese Daten kostenfrei sind oder gegen eine Gebühr zur Verfügung gestellt werden. Damit ist für die Ast. der Aufwand nicht kalkulierbar.

Hier zeigt sich deutlich, dass nicht nur das Ergebnis nicht beschreibbar ist, sondern auch die Kartieranleitung als Methodenvorgabe nicht ausreicht. Das weiß der Ag., sonst wären bei Einhaltung der Regeln keine systematischen Kartierungsfehler möglich.

Auf Seite 4 heißt es:

„Leistungsumfang und Flächen

*Der **Kartierungsaufwand** hängt wesentlich von der **Flächengröße** des Untersuchungsgebietes und der **Anzahl** der zu kartierenden Biotope sowie der **Art und Ausprägung** der Biotope ab. Um die Kalkulation zu erleichtern, kann sich der Bieter unter www.luis-bb.de (Naturschutz / Schutzgebietsinformationen) die **FFH-Gebietsgrenzen** und **GSG-Grenzen**, die **S/W DOP-Luftbilder** und die **CIR-Luftbildinterpretation** ansehen.*

... ..

*Bei den Angaben zur vermuteten Biotopanzahl und zur Untersuchungsfläche in Anlage 1 handelt es sich um **Schätzungen**, die auf Basis von **Altdaten** und Hochrechnungen ermittelt wurden.“*

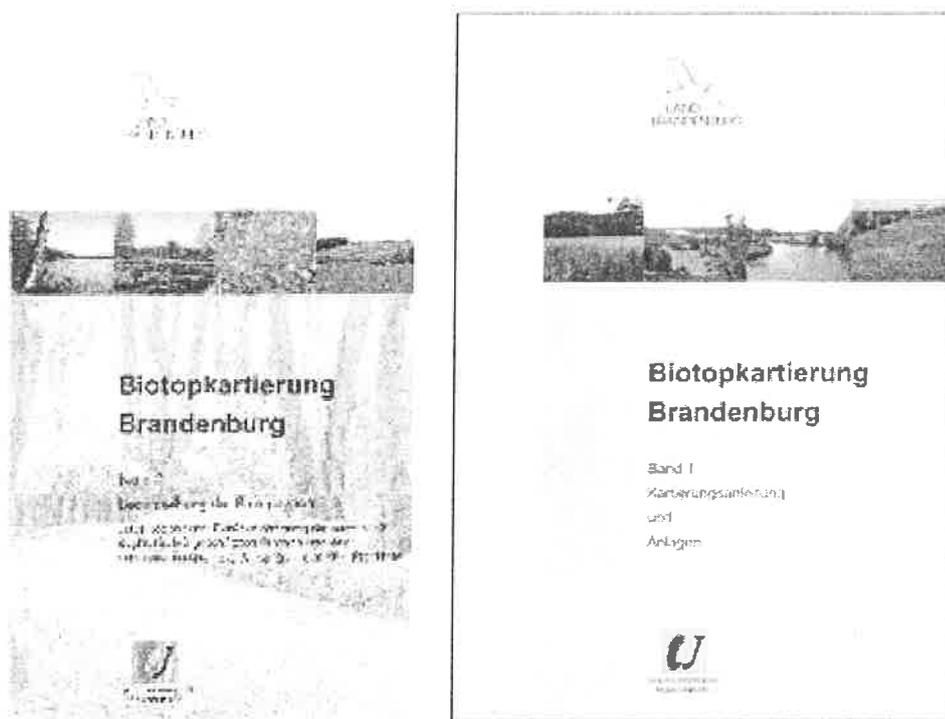
Wie die Ag. selbst schreibt, ist der Kartierungsaufwand abhängig von der (ca.) Anzahl der Biotope aber auch von Art und Ausprägung. Die Ag. irrt aber, wenn sie annimmt, dass die Luftbilder vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Klarheit bzgl. Leistungen und Lösung gem. § 5 VgV geben. Dies lässt sich aus diesen Luftbilder gerade nicht ablesen. Wäre dem so, hätte die die Ag. die ausgeschriebenen Leistungen auch nicht ausschreiben müssen. Entscheidend kommt es auf eine Vor-Ort-Bewertung des jeweiligen Biotops an; eine ferne Luftbildbetrachtung genügt gerade nicht. Proben lassen sich auch nur bei einer Vor-Ort-Begehung entnehmen.

Die geforderten Leistungen sind nicht kalkulierbar, weil bereits der Antragsgegner nur Schätzungen und Hochrechnungen vorgeben kann. Die Angabe der Biotopzahl kann sich verdoppeln, ohne dass sich dann auch die Vergütung verändern würde.

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich bezüglich d) Methode auf die unten stehenden Ausführungen zu Ziffer 3, unverzügliche Rüge, in der hierzu Ausführungen gemacht sind, dass es der Ast. unmöglich machte, ein Angebot vorab zu kalkulieren.

cc) „Biotopkartierung Brandenburg“, Kartieranleitungen Band 1 und Band 2:

Die nachfolgenden 2 Bilder zeigen das Deckblatt der beiden Kartieranleitungen. Band 1 umfasst 312 Seiten, Band 2 umfasst 511 Seiten.



Zunächst sind diese beiden Bücher Paperback, in denen die Antragsgegnerin angibt, wie sie die Kartierung wünscht, kostenpflichtig von der Vergabestelle zu kaufen, worauf später einzugehen sein wird.

(1) Biotopkartierung Brandenburg Band 1 Kartierungsanleitung und Anlagen 312 S., 2004:

Auf S. 19 heißt es zu „Geländebögen“

„Zur Kartierung jedes Hauptbiotops werden in Abhängigkeit von der Kartierintensität und dem Biotoptyp bis zu drei Geländebögen ausgefüllt:

- *der Grundbogen,*
- *der Wald- oder Gewässerbogen und*
- *ein oder mehrere Vegetationsbögen.*

Alle Felder sind durch den Kartierer auszufüllen, es gibt keine fakultativen Felder.“

In den Fragen und Antworten S. 5 zu Waldbogen steht zu den Pflichtfeldern das genaue Gegenteil, nämlich:

„Frage: Welche Angaben sind fakultativ?

Antwort: Auf dem Waldbogen sind die Felder Standortbeschreibung, Forstadresse und Standortentwicklungseinstufe fakultativ auszufüllen.“

In der Kartieranleitung gibt es keine fakultativen Felder, gemäß der Rubrik „Fragen und Antworten“ jedoch schon. Das zeigt, dass zunächst gemeinsam über die genaue Leistungserbringung verhandelt werden muss. Eine Kalkulation ist ohne Auftragsgespräche auch näherungsweise nicht möglich, weil unbestimmt, was zu leisten ist.

Auf S. 25/26 heißt es „Zu Biotoptypencode“:

„¹Bei detaillierten Kartierungen ist hier in der Regel die Aufgliederung in einzelne Biotoptypen anderer Klassen möglich, aber aufgrund der starken Strukturierung nicht immer sinnvoll.

...

²Kann ein Biotop nicht einer bestimmten Ausbildung zugeordnet werden, genügt die Einordnung in Gruppen (z. B. 05121 = Sandtrockenrasen).

...

³Es werden immer wieder Fälle auftreten, die keine eindeutige Codierung zulassen. Hier liegt es im Ermessen des Kartierers / Kartiererin, festzulegen, welchen Baumarten das Hauptgewicht gegeben wird.“

Im 1. Satz zeigen die Begriffe „möglich“ und „sinnvoll“, dass der Bewerber einen erheblichen Ermessensspielraum hat. Je nach eigener Entscheidung des Bewerbers ist der Aufwand deutlich unterschiedlich und kann auch nicht näherungsweise ermittelt werden!

Im 2. und 3. Satz wird deutlich, dass es in das Ermessen des Bewerber gestellt wird, ob er ein Biotop einer bestimmten Ausbildung zuordnet, oder in eine Gruppe einordnet. Der Aufwand kann auch nicht näherungsweise kalkuliert werden.

Der Umfang ist zudem davon abhängig, was und wieviel im Biotop angetroffen wird.

Auf S. 34 ist zum Erhaltungszustand ausgeführt:

„Die Bewertung des Erhaltungszustandes (Gesamtbewertung) eines FFH-Lebensraumtyps basiert auf den Ergebnissen der drei Teilwerte (Struktur, Arteninventar und Beeinträchtigungen).“

Hier wird vom Bewerber eine „Gesamtbewertung“ des Erhaltungszustandes erwartet. Das bedeutet, dass der Bewerber nicht in analytischer Weise aus 1 + 1 = 2 zusammenzählen

soll, sondern eine ökologische Bewertung durchzuführen hat. Der Bewerber hat einen wertenden Abwägungsprozess vorzunehmen. Der Aufwand kann auch hier nicht näherungsweise kalkuliert werden, da dies zudem davon abhängt, was im Gelände jeweils angetroffen wird.

Auf Seite 40, 41, 42, 43 ist zu den Themen „Beurteilungs- und Planungsvorschläge“ ausgeführt:

„¹Die Merkmale „Gefährdungen und Beeinträchtigungen“, „Pflege- und Maßnahmenvorschläge“, „Schutzwürdigkeit und Funktion“ und „Zusätzliche Wertbestimmende Faktoren“ dienen der Einschätzung und Bewertung des Biotops im Gelände und sollen die **anschließende** Bepflanzung unterstützen.

²Es werden nur solche Informationen aufgenommen, die im Gelände **erkennbar** sind.

...

³Es werden **aktuelle und klar** erkennbare Beeinträchtigungen und Gefährdungen aufgenommen. Nicht zu erheben sind **mögliche** Beeinträchtigungen und Gefährdungen.

...

⁴Grundsätzlich ist die **Maßnahmenplanung vor Ort** nach Abschluss der Merkmaleinschätzung vorzunehmen.

⁵Es sind nur solche Maßnahmen aufzuführen, die sich vor Ort **spontan** anbieten.

...

⁶Der anzustrebende **sinnvolle** zeitliche Rahmen für die Umsetzung jeder vorgeschlagenen Maßnahme wird nach folgenden Schlüssel angegeben: **kurzfristig** (im laufenden oder folgenden Jahr auszuführen, z.B. Beseitigung von Gefährdungen und Beeinträchtigungen, **mittelfristig** (innerhalb der nächsten 5 – (10) Jahre, **langfristig** (z.B. innerhalb einer Waldbestandsgeneration oder die zuständige Einhaltung von Rechtsvorschriften).“

Der 1. Satz zeigt, dass der Bewerber eine Bewertung vorzunehmen hat, die bereits zukünftige Planungen zu berücksichtigen hat. Der Aufwand dazu ist auch nicht näherungsweise zu kalkulieren.

Nach dem 2. Satz sind nur solche Informationen aufzunehmen, die „erkennbar“ sind. Das bedeutet, dass die im Biotop vorhandenen „Informationen“ hinsichtlich ihrer Existenz („ob“) vorab nicht vorhersehbar sind und damit auch der hiermit einhergehende Arbeitsaufwand, auch nicht näherungsweise kalkulierbar ist.

Der 3. Satz zeigt, dass der Bewerber eine Entscheidung vor Ort zu treffen hat, die auch dann noch von ihm abzuwägen ist, ob sie überhaupt aufzunehmen ist. Denn nur dann, wenn sie „klar“ erkennbar sind, sind sie in die Kartierung aufzunehmen. Damit ist das „wie“ vorab nicht vorhersehbar und damit auch nicht näherungsweise kalkulierbar.

Der 4. Satz zeigt, dass der Bewerber eine „Planungsleistung“ zu erbringen hat. Er soll vor Ort eine Planung erzeugen, wie ein Biotop zu entwickeln ist und dabei noch unterscheiden, welche Maßnahmen sich, 5. Satz, „spontan“ anbieten. Hier muss der Bewerber nicht nur kreativ sein, sondern auch noch spontan kreativ. Es ist nicht vorhersehbar, was sich im

Biotop „spontan“ anbietet. Damit ist auch hier der Aufwand nicht näherungsweise kalkulierbar.

Im 6. Satz soll die kreativ und spontan entwickelte Lösung von Bewerber auch noch bewertet werden, in welcher Zeit diese Maßnahme umgesetzt werden kann oder soll. Wobei für den Bewerber auch keine Kriterien angegeben sind, von welchen Randbedingungen, wie Kostenrahmen usw. er ausgehen darf.

Das bedeutet, dass der Bewerber eine eigene Wertung nach den vorgegeben Kategorien vorzunehmen hat und dabei auch dann eine gesonderte Analyse des Biotops inklusive Umgebung vorzunehmen hat, wenn eine „besonders typische und wertvolle“ Ausprägung vorliegt.

Das ist keiner Vorab-Beschreibung zugänglich und damit nicht vorab kalkulierbar, auch nicht näherungsweise.

Auf S. 47 ist zur „Fauna“ ausgeführt:

*»Im Feld Fauna werden **Zufalls**-Beobachtungen, **insbesondere** Rote-Liste-Arten notiert.*

Dabei sind nur solche Arten zu erfassen, bei denen eine Bindung an das entsprechende Biotop wahrscheinlich ist.«

Das bedeutet, dass hier sogar der Zufall vom Bewerber mit einzukalkulieren wäre. Denn er soll dann, wenn er „zufällig“ einmalig oder mehrmalig auf eine Rote-Liste-Art“ trifft, diese aufnehmen. Der Zufall ist aber nicht kalkulierbar! Die Formulierung „insbesondere“ ist ebenso eine offene Formulierung. Es bleibt unklar, was noch zu notieren ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.04.2010 - Verg 55/09 führte hierzu aus:

„Die Beschreibung ist nach den Umständen ebenso wenig schon als abschließend aufzufassen, was sich am verschiedentlichen Gebrauch des Ausdrucks "insbesondere", aber auch an der Tatsache zeigt, ... “.

Auf S. 49 ist zum „Vegetationsbogen“ ausgeführt:

*„Im **Regelfall** wird die Bodenvegetation angesprochen. Es erfolgt keine vollständige Aufnahme der Vegetation, sondern es sind **vor allem** Charakterarten, Störungszeiger, **dominierende** und **seltene** Arten zu erfassen. Die erfassten Arten sollen den Biotop ökologisch charakterisieren. Eine **zeitintensive** Suche nach leicht zu übersehenden Arten soll nicht erfolgen.“*

Zunächst zeigt der Begriff „Regelfall“, dass es dem Bewerber überlassen ist zu entscheiden, wann dieser zutrifft und wann nicht. Dann wird ausgeführt, was vom Bewerber „vor allem“ zu erfassen ist und dabei ist noch zu unterscheiden, was die „dominierende“ Art ist. Dann soll der Bewerber werten, was eine „zeitintensive“ Suche ist und welche Arten „leicht zu übersehen“ sind. Hier muss sich der Auftraggeber entscheiden was er will! Gerade hier zeigt sich, dass entweder wenig Zeit einkalkuliert wird, dann wird wenig oder gar nicht „gesucht“, oder es wird viel Zeit einkalkuliert und dann wird jede vorhandene seltene Art

auch gefunden. Jeder der schon mal einen verlorenen Ball auf einer Wiese gesucht hat, kann nachvollziehen, dass die Zeit vorher dafür nicht kalkulierbar ist.

Dies ist intransparent im Hinblick auf die später konkret zu erbringende Leistung mit der Folge, dass deren zeitlicher Umfang ebenfalls nicht vorhersehbar und damit nicht kalkulierbar ist, auch nicht näherungsweise.

Auf S. 50, 51 ist der „einseitige Aufnahmebogen“ und „vierseitiger Aufnahmebogen“ wie folgt beschrieben:

„Der einseitige Aufnahmebogen umfasst rd. 1200 Sippen von Farn- und Blütenpflanzen. Nicht aufgeführte Farn- und Blütenpflanzen, Armleuchteralgen, Moose und Flechten sind ggf. handschriftlich zu ergänzen.(.....) Die vierte Seite ist eine Blankoseite, auf der man Arten ergänzt, die nicht in der Liste aufgeführt sind. (...) Rindenbewohnende Flechtenarten werden hinsichtlich ihrer Existenz kartiert.“

Hier wird erwartet, dass man „evtl.“ bis zu 1.200 Sippen von Pflanzen aufnehmen soll und dann noch nicht aufgeführte weitere Pflanzen. Es gibt in Deutschland wohl keinen Bewerber, der in einer Person ein solches Wissen konzentriert. Es ist somit für den Bewerber vorher nicht kalkulierbar, mit wie vielen Personen er den Biotop zu begehen hat, denn er kann vorher nicht wissen, welcher Arten ihn erwarten.

Auf S. 81 ist unter „Bemerkungen“ ausgeführt:

*„Unter dieser Überschrift wird Raum gegeben, Äußerungen zu **Besonderheiten**, die sich bei der Kartierung oder bei den Vor- und Nacharbeiten ergeben, niederzuschreiben.“*

Hier ist es somit im freien Ermessen des Bewerber, was er als „Besonderheit“ einstuft. Hier kann der Bewerber entweder 0,00 € kalkulierten (entsprechend 0 Aufwand), oder durchaus auch 10.000,00 € mit entsprechenden Stunden, denn in jedem Biotop „könnte“ es Besonderheiten geben. Freies Ermessen ist aber vorab auch nicht näherungsweise kalkulierbar.

(2) Biotopkartierung Brandenburg, Band 2, Beschreibung der Biotoptypen und Anlagen 511 S., 2007

Auf S. 17,18 ist zu „01100 Quellen und Quellfluren, Kartierungshinweise“ ausgeführt:

*„So ist **beispielsweise** bei nicht deutlich anzusprechenden, versumpften Quellbereichen ohne Gehölzbewuchs die Abgrenzung echter Quellbiotop von Feuchtwiesen und Seggenrieden problematisch. Versumpfte oder vermoorte Quellwälder können bei größerer Ausdehnung auch den Erlen-, Eschen- oder Erlenwäldern (08110, 08103) zugeordnet werden (ggf. Angabe Quelle als alternativer bzw. Begleitbiotop).*

...

Auch gefaßte Quellen sollten als regenerierbare, potenziell sehr wertvolle Bereiche erfasst und ggf. als gegenwärtig geringwertig eingestuft werden. "

Zunächst zeigt bereits der Begriff „beispielsweise“, dass es sich um keine erschöpfende Beschreibung handelt. Der Bewerber muss also damit rechnen, dass er mit weiteren „Problemen“ konfrontiert werden wird, deren Umfang jeweils zudem unklar ist. Auch die Verwendung des Begriffs „ggf.“ zeigt, dass der Bewerber in eigenem Ermessen werten soll, wann und wie etwas zu erfassen und zuzuordnen ist. Ein „beispielsweise“ oder ein „ggf.“ lässt sich nicht vorab kalkulieren, auch nicht näherungsweise.

Auf S. 23 heißt es zu „01110 Bäche und kleine Flüsse, Kartierungshinweise“:

*„Allerdings ist die **Unterscheidung** eines künstlichen von einem vollständig begradigten, natürlichen Fließgewässer oft **schwierig**. Auch alte Mühlengräben können inzwischen ein weitgehend naturnahes Erscheinungsbild aufweisen. Hinweise geben **alte Karten** (inkl. Flurkarten). Im **Zweifel** erfolgt die Zuordnung nach Biotopausprägung.“*

Auch hier weist der Auftraggeber den Bewerber bereits darauf hin, dass es keine eindeutige Unterscheidung geben kann. Der Bewerber soll unter unbestimmten Randbedingungen offensichtlich „alte Karten“ auswerten. Hier kann der Aufwand erheblich sein, überhaupt an diese Karten zu kommen. Der Bewerber könnte den Aufwand aber auch minimal halten und „Zweifel“ haben, dann bräuchte er nur nach der Biotopausprägung werten. Der Aufwandsunterschied kann erheblich sein und ist auch nicht näherungsweise zu ermitteln.

Auf S. 29 ist zu „01120 Flüsse und Ströme; Kartierungshinweise“ ausgeführt:

*»Die **anuellen Uferfluren** (siehe 01230, 01240) **können** an den Stromufern beträchtliche Flächen einnehmen. Sie lassen sich aber nur bei **ausgeprägten** Niedrigwasserphasen **einigermaßen flächenscharf abgrenzen**. **Sonst** sind sie zumindest als Begleitbiotop mit zu erfassen.«*

Hier wird der Bewerber darauf hingewiesen, dass diese Uferfluren entweder klein oder sehr groß sein können. Der Aufwand wäre aber in dem einen Fall gering, im anderen Fall erheblich. Dann wird der Bewerber darauf hingewiesen, dass die Erfassung nur unter extremen Ereignissen, hier „ausgeprägte Niedrigwasserphasen“ möglich ist. Es bleibt völlig offen, wie der Bewerber kalkulieren soll, wenn in der vorgesehenen Erfassungszeit dieser Niedrigwasserstand nicht vorkommt, weil es z. B. ständig regnet. Aber selbst dann können diese nur „einigermaßen“ flächenscharf abgegrenzt werden. Auch hier wird dem Bewerber erheblicher unterschiedlicher Bewertungsspielraum überlassen. Ein erheblich unterschiedlicher Bewertungsspielraum ist aber vorab auch nicht näherungsweise kalkulierbar. Unklar bleibt mithin auch, wann ein „Sonst“ gegeben ist.

Auf S. 44 zu „01230 Kurzlebige Pionierfluren wechsellasser Standorte an Fließgewässern (01230), Kartierungshinweise“ ist ausgeführt:

*„Da sich die Lage der Vorkommen aufgrund von **Wasserstandsschwankungen** und **veränderten Strömungsverhältnissen** in relativ kurzen Zeiträumen **ändert**, wird der gesamte Bereich potenzieller Vorkommen trockenfallender Schlamm-/Sandbänke abgegrenzt, wenn die genannten Vegetationseinheiten in räumlicher Nähe vorhanden sind und damit ein **Potential** für eine Besiedlung besteht.“*

Auch hier muss der Bewerber Wasserstandsschwankungen und Strömungsverhältnisse, auf die er keinen Einfluss hat, vor Ort bewerten, um dann evtl. doch vergeblich vor Ort zu sein. Es ist für ihn nicht kalkulierbar, ob er einmal oder 10-mal oder mehr vor Ort gehen muss. Hat er Glück und Wasserstand und Strömung stimmen, muss er das „Potential“ für eine Besiedlung bewerten. Hierfür gibt es keine vorher bestimmbaren Kriterien. Glück ist aber auch nicht näherungsweise kalkulierbar.

Auf S. 54 heißt es zu „02102 Meso- bis leicht eutrophe Seen (mäßig nährstoffreich) mit Tauchfluren, im Sommer große Sichttiefe, Kartierungshinweise“:

*„Die **Abgrenzung** der Untertypen bei 021021 und 021022 wird im Gelände oft **schwierig** sein, außerdem gibt es **Übergangsstadien**,(.....).*

*Besonders wichtig ist daher die Angabe von Unterwassermakrophyten (Krautanker), ggf. **unbestimmte Proben** für spätere Überprüfung mitnehmen!“*

Die Kartierung verlangt eine Zuordnung zu Biotoptypen, die nicht klar zu unterscheiden sind, da in der Natur kontinuierliche Übergänge auftreten. Die Entscheidung ist vorab auch nicht annähernd zu kalkulieren. Zusätzlich werden Unterwasserpflanzen gefordert, die aufgrund der Gewässertiefe nur mit schweren Hilfsmitteln (Krautanker und Seil) entnommen werden können. Für den Bewerber ist es vorher nicht kalkulierbar, wann und wie oft er diese Hilfsmittel braucht.

Auf S.68 heißt es zu „02120 Perennierende Kleingewässer (Sölle, Kolke, Pfuhle etc. < 1ha), Kartierungshinweise“:

*„**Ob** es sich ...um ein perennierendes oder ein temporär trockenfallendes Kleingewässer (02130) handelt, lässt sich **durch eine einmalige Geländebegehung nicht immer zweifelsfrei klären.**“*

Auch hier ist nicht definiert und nicht definierbar, wie oft eine Geländebegehung erforderlich ist. Zweifel können aber noch nicht mal näherungsweise kalkuliert werden.

Auf S. 91 heißt es zu „02230 Kurzlebige Pioniervegetation wechsellasser Standorte an Standgewässern, Kartierungshinweise“:

*„Die vollständige Erfassung dieses Biotops ist **nur nach längeren Niedrigwasserphasen** während der Vegetationsperiode **möglich**. Auch die häufig anzutreffende Komplexbildung mit anderen Biotoptypen (s.o.) macht eine Flächenabgrenzung **schwierig**.“*

Auch hier ist für den Bewerber vorab nicht kalkulierbar, ob, wann und wie oft er vor Ort gehen muss, weil er erst vor Ort erkennen kann, ob er zur rechten Zeit da ist. Die „rechte Zeit“ ist aber auch nicht mal näherungsweise kalkulierbar.

Zu „03 Biotoptypengruppe Anthropogene Rohbodenstandorte und Ruderalfluren“:

Die Kartierungshinweise auf Seite 97, 100, 102, 108, 112 enthält abermals viele Unklarheiten als Leistungsbeschreibung wie „ggf.“, „bzw.“, „i.d.R.“, „z.B.“, bezüglich der Vegetation, der Geländesituation, der Nutzungsgeschichte und der Umgebung des Biotops.

Diese Begriffe in „...“ sind unklar und erfordern eine Abstimmung mit dem Auftraggeber vor und vor allem während der Biotopkartierung mit einem nicht einmal näherungsweise zu kalkulierenden Aufwand.

Auf S. 183 zu 051212 Grasnelken-Fluren und Blauschillergras-Rasen, Kartierungshinweise:

„Die Biotoptypen 0512121 und 0512122 sind im Gelände mitunter schwer abgrenzbar.

...

Bei stärker degradierten Beständen ist eine Unterscheidung oft nicht mehr möglich.“

Hier wird erneut deutlich, dass schwierige Abgrenzungsfragen mit dem Auftraggeber zu erörtern sind. Dies geht nicht ohne nachträgliche Besprechung der Vorgehensweise. Schwierige Abgrenzungsfragen sind aber auch nicht näherungsweise kalkulierbar.

Auf S. 190 zu 05122 (Haupteinheit) Basiphile Trockenrasen- und Halbtrockenrasen, Steppenrasen, Kartierungshinweise und FFH-Lebensraumtyp:

„Die Abgrenzung zwischen basiphilen Trocken- und Halbtrockenrasen und Sandtrockenrasen (05121) kann örtlich Schwierigkeiten bereiten.

...

Schließlich können in aktuell oder in der Vergangenheit zu intensiv genutzten Beständen, aber auch in Auflassungsstadien gerade die diagnostisch wichtigen Arten fehlen. Einige Hinweise zu Unterscheidung werden bei Untereinheiten gegeben.

...

Aufgrund des überwiegend subkontinentalen Klimaeinflusses an ihren Standorten sind die meisten basiphilen Trocken- und Halbtrockenrasen Brandenburgs dem prioritären FFH-Lebensraumtyp 6240 zuzuordnen.

...

Nur kleinflächig kommen an wärmbegünstigten Sonderstandorten in Ost- und Nordostbrandenburg Bestände des FFH-LRT 6210 (...) vor.

...

Eine Abgrenzung zum FFH-LRT 6240 bereitet teilweise erhebliche Probleme (vgl....)

Alle vorgenannten Auszüge zeigen, dass die Leistung vorab völlig unbestimmt ist und in Gesprächen und Verhandlungen mit dem Auftraggeber erst eine konkrete Vorgehensweise vereinbart werden muss. Ein Aufwand ist vorab auch nicht näherungsweise zu bestimmen.

Auf Seite 263 ist zu „08 (Biotopklasse) Wälder und Forsten, Allgemeine Kartierungshinweise“ ausgeführt:

*„**Waldbiotope** werden dann bei den Biotoptypen der naturnahen Wälder (08100 bis 08240) kartiert, wenn die Gehölzartenzusammensetzung **überwiegend** die durch die Bodenvegetation angezeigten natürlichen standörtlichen Gegebenheiten widerspiegelt.*

...

*Dagegen sind **naturferne Forsten** mit nicht standortgemäßer bzw. nicht gebietsheimischer Bestockung, untypischer Bestandsstruktur und/oder **stark veränderten Standortverhältnissen** (z.B. durch Bodenumbbruch) den Biotoptypen (08300 bis 08600) zuzuordnen.“*

Nach den Vorgaben der Kartieranleitung Bd. 1 werden bei der Kartierungsintensität der erstgenannten Wälder mindestens 3 Geländebögen erforderlich.

Im Vergleich dazu sind bei Grünland in der Regel 2 Geländebögen erforderlich (Grundbogen und Vegetationsbogen). Der Arbeitsunterschied zwischen Wald- und Grünlandbiotopen ist erheblich und macht den Faktor 1,5 aus!

Die Anzahl und Größe der Biotope naturnaher Waldflächen (die erstgenannten Wälder) ist aber über die im Internet verfügbaren Luftbilder vorab nicht ermittelbar und auch nicht abschätzbar. Der Umfang ergibt sich erst aus der Vor-Ort- Besichtigung des Waldbestandes. Damit ist vorab auch nicht näherungsweise der Aufwand kalkulierbar, weil vorab nicht bestimmt werden kann, wie viel Wald von der erstgenannten Gruppe vorliegt und wie viel Wald von der zweitgenannten Gruppe.

b) Geltendmachung einer Rechtsverletzung

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

Vorliegend ist die falsche Vergabeart gewählt; statt nach VOL auszuschreiben hätte die Antragsgegnerin nach VOF ausschreiben müssen. Dies beeinträchtigt ihre Chancen auf den Zuschlag.

Im Kern geht es darum, dass die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin intransparent ist, da es sich um eine vorab nicht eindeutig und erschöpfend

beschreibbare Leistung handelt. Deutlich wird dies beispielsweise durch die mehrfache Verwendung des Wortes „ggfs.“ In der Leistungsbeschreibung, so dass nicht klar ist, ob die dort genannte Leistung erforderlich ist oder nicht.

Hierdurch wird die Chancengleichheit beeinträchtigt, da jeder Bewerber die Leistungsbeschreibung anders interpretieren kann und wird.

Im Übrigen liegt eine Diskriminierung dadurch vor, da die Ausschreibung besondere Kenntnisse mit der Biotopkartierung des Landes Brandenburg verlangt (siehe dazu die Ausführungen zur Rüge der Antragstellerin und der Rügeerwiderung der Antragsgegnerin).

Folge hieraus ist, dass die Antragstellerin einen Preis nicht präzise kalkulieren kann.

Vorstehend genannter Aspekte haben bieterschützende Funktion im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB.

c) Drohender Schaden

Der Ast. droht ein Schaden gem. § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Zwar hat die Ast. kein Angebot abgegeben, siehe oben; dies hätte sie aber sehr gerne getan, sah sich hieran aber anhand der Leistungsbeschreibung der Ag. gehindert.

Hätte sie ein Angebot abgegeben, sofern sie sich durch die Ag. hieran nicht gehindert sähe, so genügt, wenn der Antragsteller bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. Ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten eines Unternehmens auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können, vgl. BGH, Beschluss vom 10.11.2009 – X ZB 8/09. Hierzu reicht schon die Möglichkeit einer Verschlechterung der Aussichten des dem Nachprüfungsantrag stellenden Unternehmens infolge der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften.

Hieran sind keine hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn der Schaden denkbar ist, BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004 – 2 BvR 2248/03, NJW 2004, 3483 = VergabeR 2004, 597; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.03.2007 – 17 Verg 4/07.

Zu bejahen ist dies, wenn die Aussichten auf den Zuschlag beeinträchtigt sind oder die Chancen hierauf zumindest verschlechtert sein können.

Gerade bei VOF-Verfahren dürften die Anforderungen an die Darlegung eines drohenden Schadens nicht zu hoch sein. Dies gilt besonders dann, wenn der Bewerber keine greifbaren Anhaltspunkte hat, wie er im Vergleich zu seinen Wettbewerbern bewertet ist und wie seine Chance auf den Auftrag aussieht, 1. VK Saarland, Beschluss vom 20.02.2008 – 1 VK 7/2007, IBR 2008, 293; 1. VK Sachsen, Beschluss vom 11.04.2005 – 1/SVK/030-05, IBR 2006, 1151 (nur online); jeweils zu einem Wettbewerb gem. GRW.

Nun könnte man einwenden, dass es keinen großen Unterschied machen, ob nach VOL eine Leistung ausgeschrieben werde, im offenen Verfahren, oder anhand einer Aufgabenbeschreibung im VOF-Verfahren. Denn beide Verfahrensarten orientieren sich an den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts.

Dagegen führte der BGH, Urteil vom 10.11.2009 – X ZB 8/09, BauR 2010, 670 = VergabeR 2010, 210 zum umgekehrten Fall einer fehlerhaften Wahl der VOF (statt VOL) aus: *„Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich grundsätzlich vom offenen Verfahren, weil der öffentliche Auftraggeber im offenen Verfahren den Auftrag nur gemäß dem Inhalt eines der innerhalb der Angebotsfrist abgegebenen Gebote erteilen darf, während im Verhandlungsverfahren der Inhalt der Gebote jeweils verhandelbar ist. Wird das Verhandlungsverfahren zu Unrecht gewählt, ist deshalb jeder Bieter der ansonsten nicht gegebenen Gefahr ausgesetzt, im Rahmen von Nachverhandlungen von einem Mitbewerber unterboten zu werden. Bereits dies kann seine Zuschlagschancen beeinträchtigen.“*

Für den hier vorliegenden umgekehrten Fall der fehlerhaften Anwendung der VOL statt der VOF gilt nichts anderes. Denn unterschiedliche Leistungen bedürfen einer unterschiedlichen Behandlung. Der Schaden entsteht der Antragstellerin dann, wenn die intransparente Leistungsbeschreibung mit unklarem Zuschlagkriterien dazu führt, dass sie die Chance auf einen Zuschlag verliert, vgl. OLG München, Beschluss vom 28.04.2006 – Verg 6/06. Denn vorliegend sind die von der Antragsgegnerin gewünschten Leistungen gerade nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar. Folge hieraus ist, dass die Antragstellerin einen zu hohen Preis anbietet vor dem Hintergrund einer intransparenten Leistung und daher den Auftrag nicht erhält. Die Antragstellerin ist also gerade auf ein Verhandlungsverfahren in Anbetracht einer vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung angewiesen.

Bei einem Verhandlungsverfahren sieht dies anders aus, da dort über die einzelnen Fragen zu Leistung und Gegenleistung verhandelt wird und eine flexible Handhabung erlaubt, was letztlich auch die Antragsgegnerin wünscht, da sie z. B. zum Teil

Rücksprachebedarf haben wird und überwiegend der Umfang der Arbeiten im unklaren bleibt.

Dieser Aufwand ist aber anhand der Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin von der Antragstellerin nicht vorab kalkulierbar.

Damit droht der Ast. im Ergebnis ein Schaden iSd § 107 Abs. 2 GWB.

3. Unverzügliche Rüge

Die Ast. hat sich am 27.07.2011 um die Mittagszeit (13.00 Uhr) beim Vergabemarktplatz Brandenburg angemeldet und anschließend die digitalen Bekanntmachungsunterlagen im Internet heruntergeladen und schaute sie sich am morgen des 28.07.2011 an.

Die Kartierungsunterlagen erhielt die Ast. erst postalisch am 28.07.2011. Daher konnte sie dies nicht gleichzeitig mit der Rüge bzgl. der digitalen Bekanntmachungsunterlagen rügen, ohne sich dem Vorwurf mangelnder Unverzüglichkeit auszusetzen. In der Sache sind es letztlich ohnehin nur immer wieder unterschiedliche, beispielhafte Ausprägungen der mangelnden Vorab-Beschreibbarkeit von Aufgabe und Lösung.

Mit Schreiben vom 29.07.2011 (Rüge),

Anlage Ast. 3

per Fax vorab und per Mail rügte die Ast. bei der Ag. die Ausschreibungsbedingungen und rügte alle Lose, nämlich die Lose 01 bis 07 wie folgt:

a) VOF statt VOL

Unter IV.1.1 der Bekanntmachung gibt die Ag. als Verfahrensart für die Vergabe des Auftrages zur selektiven Biotopkartierung das „Offene Verfahren“ an. Im Weiteren bezieht sie sich auf die VOL, woraus zu folgern ist, dass ein offenes Verfahren nach VOL/A-EG beabsichtigt ist.

Diese Wahl der VOL als Grundlage für das Verfahren rügte die Ast. Zutreffend sei die VOF mit Verhandlungsverfahren zu Grunde zu legen.

Die Leistung könne nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. Hierbei benennt die Ast. zahlreiche Beispiele aus der „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“ der Ag. in Verbindung mit CIR-Luftbildern.

b) Unklare Leistungsbeschreibung – unkalkulierbare Preise

Die Ast. rügte im weiteren, dass die Leistungs- bzw. Aufgabenbeschreibung derart intransparent ist, dass sie den Aufwand für die Kartierung und Erfassung der Bestandsdaten der von der Ag. angegebenen Anzahl an zu kartierenden Biotopen unmöglich kalkulieren könne. Vielmehr ergäben sich aufgrund der sehr unterschiedlichen Flächengrößen von Biotopen erhebliche Unterschiede bei der Kalkulation des Zeitaufwandes für die Kartierung und Erfassung. Aus der Angabe der Anzahl der Biotope liesse sich keine Aussage darüber ableiten, welcher Aufwand mit der Kartierung und Erfassung eines einzelnen Biotops verbunden sei. In der genannten Datenbank finden sich zahlreiche weitere Beispiele dafür, welche enorme Varianz in der Flächengröße eines „Biotoptyps“ bzw. einer Kartiereinheit“ bestehen kann.

Entscheidend für den Zeitaufwand ist nicht die Flächengröße alleine, sondern die Art und die Inhalte, also welches Biotop und was im jeweiligen Gebiet anzutreffen ist. Dies bestimmt den zu kalkulierenden Aufwand.

In der „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“ der Ag. unter d) Methode erfolgt zur Leistungsbeschreibung folgender Hinweis:

„Kartierung gemäß der Anleitung „Biotopkartierung Brandenburg, Bd. 1, Kartierungsanleitung und Anlagen“ (2004), unter Berücksichtigung:

...

- des **fortlaufend** geführten Katalogs „Fragen und Antworten zur Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung in Brandenburg“ (bindend ist die zur Auftragsvergabe vorliegende Fassung)“

Das bedeutet, dass es einen Katalog gibt, der zudem sehr umfangreich ist, der jedoch „fortlaufend“ fortgeschrieben wird. Der Blick in den Katalog zeigt, dass eine ständige Abstimmung mit dem Auftraggeber auch weiterhin stattzufinden hat. Das zeigt, dass nach den eigenen Unterlagen der Ag. offenbar wird, dass die Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist. Gerügt wird im weiteren, dass Auftragnehmer mit dem vorliegenden Aktualisierungsstand der o. g. Kartierungsanleitung kalkulieren sollen (was

schon nicht gelingt) und dann aber die fortgeschriebene Kartierungsanleitung zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe gelten soll. D. h., dass jedenfalls zwingend Auftragsgespräche zwischen Angebotsabgabe und Zuschlag zu führen.

Dass die Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben ist und auch nicht beschrieben werden kann zeigt auch die o. g. „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“ im Weiteren:

„c) Durchführung der Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung:

..

*Es handelt sich **nicht lediglich** um eine Überprüfung / Überarbeitung bereits früher erhobener Biotope; vorhandene Altdaten sind aber auszuwerten und ggf. zu aktualisieren und einzuarbeiten.*“

Mit der Formulierung „nicht lediglich“ wird nicht hinreichend klar, wie die Leistung genau aussehen soll, sondern nur, wie sie nicht aussehen soll.

Vor allem die weitere Wortwahl „ggf.“ zeigt, dass wir hier keine Kalkulation vornehmen können. Diese Formulierung zeigt, dass die Leistung ihrem Umfang nach sich erst bei der Bearbeitung zeigt.

„d) Methode

....

Kartierungszeitpunkt:

*Die Kartierung erfolgt zum Zeitpunkt der **optimalen** Vegetationsentwicklung (z. B. dürfen aquatische Bereiche nicht im zeitigen Frühjahr kartiert werden, da die Wasserpflanzenvegetation dann noch nicht ausgeprägt ist).*“

Diese Formulierung zeigt, dass vom Auftragnehmer eine Beurteilung erwartet wird, wann der „optimale“ Zeitpunkt gegeben ist. Dies ergibt sich jedoch erst nach Beauftragung und vor Ort im Biotop. Hier kann es somit passieren, dass mehrfache Begehungen durchgeführt werden müssen. Dieser etwaige Aufwand ist nicht vorab zu kalkulieren.

Die Ast. rügte, dass Kartierungsanleitung, Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar macht. Diese Anleitung beschreibe lediglich – zudem unzureichend - die Methoden der Vorgehensweise und sind Aufgabenbeschreibung entsprechend § 6 VOF und keine eindeutig und erschöpfende Leistungsbeschreibung im Sinne § 8 VOL/A-EG.

Die Ast. rügte, dass die Ag. nur erläutert „wie“ eine Leistung zu erbringen ist, nicht aber ihr „ob“ und das „was“.

Hierzu rügt die Ast. - beispielhaft - Anlage 5 „*Handlungsanleitung und Digitalisiervorschrift - Biotoptypen- und Lebensraumtypenkartierung Brandenburg*“, welche den Vergabeunterlagen zu entnehmen ist. Dort heißt es auf Seite 5:

*„Im Einzelfall ist die Entscheidung „Fläche“ oder „Punkt“ (auch bei Biotopen < 0,5 ha) im Rahmen des gutachterlichen **Ermessens** fachlich abzuwägen.*

...

*Auftretende Probleme sind frühzeitig **mit dem AG zu klären**. Darunter fallen z.B. offensichtliche Widersprüche zwischen der Lage kartierter Objekte und topografischen Grundlagendaten (DTK, DOP). Bei sich überschneidenden Gebieten sind unterschiedliche Interpretation/Ansprachen von Biotoptypen zu dokumentieren und mit dem AG zu klären.*

...“

Die in der Tat erforderliche Einräumung von „gutachterlichem Ermessen“ und „auftretende Probleme sind mit dem AG zu klären“. Gerade dies spricht aber für eine nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung.

Auf Seite 7 heißt es:

„2.5.3 ATKIS Basis-DLM (Digitales Basis-Landschaftsmodell)

*Aus dem Basis-DLM können die in Tab. 2 aufgeführten ATKIS Basis-DLM-Objektarten nachgenutzt werden. **Im Regelfall** ist bei flächenhaften Objekten, z.B. Wäldern, eine innere Differenzierung vorzunehmen (z.B. nach Hauptbaumarten); bei linearen Objekten sind **i.d.R.** neue Abschnitte zu bilden (z.B. Gewässerabschnitt mit/ohne begleitende Gehölze). In jedem Fall sind Plausibilitätskontrollen gegen das DOP vorzunehmen (**insbesondere Vollständigkeit, Lagegenauigkeit**).“*

Die Ast. rügte, dass Formulierungen wie „im Regelfall“, „i. d. R.“ oder „insbesondere“ offenen Formulierungen seien, die eine Kalkulation ohne weitere Verhandlungen unmöglich machen und zeigen, dass die Leistung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben ist und auch nicht beschrieben werden kann.

c) Zuschlagkriterien Preis und Qualität

Die Ast. rügte die Zuschlagkriterien unter IV.1.1) der Bekanntmachung. Dort heißt es:

„1. Preis. Gewichtung 70

2. Qualität (kalkulierte Stundenzahl für die Arbeitsschritte). Gewichtung 30“

Die Ast. rügte, dass diese Angaben intransparent seien.

So sei nicht klar, was die Ag. zum Kriterium 2, Qualität, erwarte. Wolle die Ag. eine möglichst schnelle Erfassung, dann würde die Ast. hier wenige Stunden eingeben, denn sie könne sehr schnell arbeiten, wenn das der Auftraggeber wünscht. Falls die Ag. aber

eine hohe Anzahl von Stunden wünsche, dann würde die Ast. hier viel Zeit einkalkulieren, denn sie könne auch langsamer und damit auch deutlich gewissenhafter und vertiefter arbeiten.

Dabei rügte die Ast., dass ihr im übrigen bereits nicht erkennbar sei, was die Anzahl der anzugebenden Stunden mit Qualität zu tun habe. Die Stundenanzahl könne allenfalls ein Indiz für Qualität sein, zwingend sei dies aber nicht.

Wenn die Ag. ernsthaft Qualität werten wolle, wäre dies z. B. dadurch möglich, dass die Ag. sich die Vorgehensweise des Bearbeiters darstellen lasse oder durch die Beschreibung der Bearbeitungsintensität und diese dann bewerte. Das fragt sie aber nicht ab.

Damit verstoße die Ag. gegen das Transparenzgebot in § 97 Abs. 1 GWB, so die Ast..

d) Diskriminierende Eignungskriterien

Die Ast. rügte die Eignungskriterien, die offensichtlich Ausschlusskriterien sind und in unzulässiger Weise den Wettbewerb beschränken.

Die Ag. führt in ihrer Bekanntmachung unter III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit folgendes aus und wiederholt dies in der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“:

„*Sonstige Angaben*

Referenzen zum Nachweis

...

- *von Erfahrungen mit der **Brandenburgischen** Biotopkartierungsmethode ...*
- *Erfahrungen mit der Geodatenverarbeitung und mit der Datenbankverarbeitung von Biotopdaten/LRT-Daten (**Brandenburgisches** Erfassungsprogramm BBK)“*

Die Ast. rügte, dass mit dem ausschließlichen Bezug auf Brandenburg der Wettbewerb auf Freiberufler beschränkt werde, die bereits Erfahrungen in Brandenburg hätten und das speziell mit der brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und deren Erfassungsprogramm zu arbeiten sei.

Die Ast. rügte, dass dies objektiv durch nichts gerechtfertigt sei.

Die Ast. könne Erfahrungen in anderen Bundesländern mit vergleichbaren Methoden und vergleichbaren Erfassungsprogrammen nachweisen. Die im Bundesland Brandenburg anzutreffenden, nach § 32 BbgNatSchG landesweit geschützten Biotoptypen bzw. FFH-

Lebensraumtypen seien auch in vielen weiteren Bundesländern anzutreffen (z.B. Hessen, Bayern, Baden-Württemberg).

Die Ag. beschränke mit ihrer Formulierung den Wettbewerb in unzulässiger Weise und verstoßen damit gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB.

Bei einer europaweiten Ausschreibung müssten nicht nur vergleichbare Erfahrungen in anderen Bundesländern, sondern auch in anderen europäischen Ländern zugelassen werden.

Die Kriterien der Ag. seien diskriminierend. Denn denkt man dieses Kriterium konsequent weiter, kämen als potentielle Auftragnehmer nur solche Freiberufler in Betracht, die die Ag. bisher schon – sei es unter- oder oberhalb der EU-Schwellenwerte – bereits früher beauftragt hatte. Das wäre aber kein europaweiter Wettbewerb mehr.

e) Preisangabe nach 2011 und 2012 getrennt

Die Ast. rügte die von der Ag. gewünschte Splittung des Preisangebots auf 2 Jahre. Im Formblatt der Ag. „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ wird auf Seite 4 ausgeführt:
„Unterlagen, die mit dem Angebot abzugeben sind:

1. *geforderten Nachweise (Bietererklärung)*
2. *Angebotsschreiben*
3. *Preisangebot (Angebotstabelle) auf der Basis der geschätzten Gebiete*
- 3a) *Preisangebot für den Leistungszeitraum 01.09.2011 bis 30.11.2011*
- 3b) *Preisangebot für den Leistungszeitraum 01.12.2011 bis 30.11.2012*
- 4) *Stundensätze“*

Die Ag. erwartet also eine Aufteilung des Preisangebotes Leistungen im Jahr 2011 und im Jahr 2012. Die Ag. gab aber an keiner Stelle Hinweise, wie eine Aufteilung der gewünschten Leistungen auf die unterschiedlichen Zeiträume vorzunehmen sei. Sie gab auch keine Hinweise, dass es ggf. der Ast. zu überlassen sei, wann sie die Leistung (zum vorab einzuschätzenden optimalen Vegetationszeitpunkt, s. o.) erbringen wolle und könne.

Dem trägt auch die von der Ag. geforderte und abzugebende „Angebotstabelle“ keine Rechnung, denn in dieser könne die Ast. diese Informationen nicht eintragen.

Die Ast. rügte, dass dies widersprüchlich und intransparent sei.

Die Vergabestelle antwortete mit Schreiben vom 03.08.2011, welches der Ast. per E-Mail am 03.08.2011, 15:56 Uhr zugesendet (aber urlaubsbedingt durch die Ast. erst am

08.08.2011 abgerufen wurde) und per Postzustellung am 05.08.2011 bei der Ast. eingegangen ist. Hierin wies die Antragsgegnerin die Rügen der Antragstellerin voll umfänglich zurück. Die dortigen Argumente greifen nicht oder widersprechen den Inhalten der eigenen Leistungsbeschreibung der Ag., was noch aufzuzeigen sein wird.

Anlage Ast. 4

4. Kein Zuschlag

Die Ag. erteilte bislang keinen Zuschlag auf ein Angebot. Zumindest muss die Ast. davon ausgehen, denn sie erhielt noch keine Information über die beabsichtigte Auftragserteilung, § 101a GWB.

II. Begründetheit

1. Frühere Vergabeverfahren nach VOF

a)

Mit Bekanntmachung vom 11.03.2009 schrieb die Ag. identische Leistungen mit dem Ziel der Biotopkartierung, Az. der Ag. VG-012/2009 (IV.3.1 der Bekanntmachung). Dort heißt es unter IV.1.1, Verfahrensart: „*Beschleunigtes Verhandlungsverfahren ... gem. Sonderregelung*“.

Das heißt: der Ag. ist die Problematik bekannt und ging früher selbst von einer vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung aus.

Anlage Ast. 5

b)

Mit Bekanntmachung vom 05.08.2011 schrieb die Ag. vergleichbare Leistungen mit dem Ziel der Erstellung von 2 Gewässerentwicklungskonzepten nach Wasserrahmenrichtlinie aus, die ebenfalls eine vor-Ort-Biotop-Bewertung, wie bei der hier betroffenen Biotopkartierung, bedürfen, Az. der Ag. S3-VG-11-117 (IV.3.1 der Bekanntmachung). Dort heißt es unter IV.1.1, Verfahrensart: „Verhandlungsverfahren“.

Das heißt: der Ag. ist die Problematik bekannt und geht bei vergleichbaren Leistungen selbst von einer vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung aus.

Anlage Ast. 6

4. Nichtabhilfeschreiben der Antragsgegnerin vom 03.08.2011

a) zu 1.

Die Ag. geht zwar zutreffend davon aus, dass es sich um freiberufliche Leistungen handele. Es greife aber die Ausnahmeregelung des § 5 Satz 5 VgV, wonach

- Leistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe sei,
 - deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden könne,
- dem § 4 Abs. 1 VgV und damit der VOL unterfiele.

Die Annahme einer hier vorliegenden eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Lösung ist falsch.

Oben ist zur Zulässigkeit, Antragsbefugnis und unverzüglichen Rüge, bereits konkret die Leistungsbeschreibung untersucht worden. Hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Hieraus ergab sich bereits aus dem Wortlaut der Unterlagen der Ag., dass bereits die gewünschten Leistungen unpräzise und unbestimmt sind.

Die von der Ag. gewünschte Lösung ist vorab nicht (!) eindeutig und erschöpfend beschrieben.

Es findet sich keine (!) Textpassagen in den Bekanntmachungs- / Vergabeunterlagen der Ag., aus der zu entnehmen ist,

- wo und
- wie
- die konkrete Kartierung
- auf „ca. 390 km²“
- eines jeden der „ca. 1.200“ Biotop des Los 3

jeweils aussehen soll.

Die Angabe von „ca. 1.200“ Biotopen allein ist bereits unklar und daher auch preislich nicht annähernd genau oder schätzweise zu kalkulieren. Übt die Ast. ihr gem. beider

„Kartierungsanleitungen“ und „Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“ eingeräumtes fachliches Ermessen aus, kann sie hier großzügig vorgehen, so dass sie mit ihrer Arbeit schneller fertig wird. Oder die Ast. geht genau und akribischer vor und hat eine höhere Anzahl von Biotopen. Denn häufig gibt es in der Landschaft Abgrenzungsprobleme bei nicht eindeutig zuzuordnenden Biotopen. So ließe sich z. B. großflächig ein naturnaher Eichenmischwald annehmen oder aber ein kleinerer Kiefernwald mit vereinzelt Eichen aber auch ein kleinerer Buchenwald mit vereinzelt Nadelbäumen. Der damit einhergehende Kartierungsaufwand unterscheidet sich angesichts einer Fläche von – wiederum „ca.“ 390 km² enorm.

Zur Verdeutlichung wie unterschiedlich der Kartierungsaufwand sein kann (abgeleitet aus den aktuellen Biotopkartierungen 2007 ff. (siehe Rüge S. 3 downloadet „bk 32 n f 20090717“) folgende Beispiele: :

Für ein 169 qm großes Gewässer, das nur eine geringe Ausstattung aufweist (keine Rote-Liste-Arten) wird die Biotoperfassung in zwei Stunden umgesetzt. Dem kann bei einem rd. 47 ha großen Gewässer mit hervorragender Ausprägung sowie zahlreichen charakteristischen und gefährdeten Pflanzenarten ein 40-fach erhöhter Aufwand gegenüber stehen.

Der erhöhte Arbeitsaufwand resultiert dabei aus

- der unterschiedlich großen Fläche, jedoch auch, und das verkennt die Ag.:
- die erst Vor-Ort festzustellende Artenvielfalt,
- die erst Vor-Ort festzustellende Strukturvielfalt und
- die Biotopart (biologisch-fachliche Zuordnung zu einem Biotoptyp nach fachlichem Ermessen),

vgl. willkürlich gewähltes Berechnungsbeispiel in

Anlage Ast. 7

Läge eine vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Lösung im o. g. Sinne für die Biotopkartierung vor, damit klar ist, wo welches Biotop genau ist, dann müsste die Ast. aber natürlich auch nicht mehr beauftragt werden, da dann die endgültige Lösung, nämlich die konkrete Biotopkartierung, bereits durch die Ag. vorläge. In diesem Falle hätte die Ag. eine Vorwegnahme der ausgeschriebenen Leistung zu erbringen gehabt, um die gewünschte Leistung ausschreiben zu können.

Dies wäre ein unsinniger Vorgang.

OLG München, 28.04.2006 - Verg 6/06 führte hierzu unter II. 2. lit. g) bb) zur Pflicht des Auftraggebers aus:

„Er gibt nicht nur vor, welche Aufgabe gestellt wird, sondern er **legt auch** die von ihm gewünschte Lösung in den wesentlichen Punkten fest. **Aufgrund dessen** können alle Bewerber (grundsätzlich ohne Rücksprache

mit der Vergabestelle) ihre Preise kalkulieren und für die gewünschte Leistung Angebote einreichen, die problemlos miteinander vergleichbar sind. Der Auftraggeber erteilt sodann - ebenfalls grundsätzlich ohne weitere Verhandlung oder Rücksprache - nach den von ihm festgelegten Kriterien den Zuschlag auf das günstigste Angebot.

Steht die Lösung der Aufgabe dagegen nicht fest, benötigt der Auftraggeber vielmehr gerade das gestalterischschöpferische Potential des Auftragnehmers zur Ausarbeitung der optimalen Lösung, ist die Leistung vorab nicht mehr hinreichend erschöpfend beschreibbar. Eingehende Angebote wären auch nicht in der Weise vergleichbar, wie dies für eine Zuschlagsentscheidung im offenen oder nichtoffenen Verfahren nach VOL/A nötig wäre. Hinreichend präzise Vorgaben für eine Leistungsbeschreibung könnte der Auftraggeber nur dann machen, wenn er dem Ergebnis möglicher geistig schöpferischen Gestaltung vorgreift und selbst die Lösung vorgibt.

Im Sinne der Abgrenzung beschreibbarer und nicht beschreibbarer Leistungen ist somit im konkreten Einzelfall zu ermitteln, wie groß der schöpferische, gestalterische und konstruktive Freiraum des potentiellen Auftragnehmers zur Ausfüllung der vom Auftraggeber bereits festgelegten Rahmenbedingungen und gesteckten Zielvorgaben ist. Ist ein solcher Freiraum in erkennbarem Maß vorhanden und gewollt, geht es insbesondere darum, dass der Auftragnehmer aufgrund seiner beruflichen Erfahrung und Kompetenz eine eigenständige, kreative Lösung findet, so mag das planerische Ziel des Auftrags beschreibbar sein, nicht jedoch die planerischer Umsetzung...“

Gerade das ist hier nicht gegeben!

Die Ag. führt weiter aus, dass aufgrund der

„langjährigen Erfahrungen bei der Vergabe von Kartierungsleistungen vergleichbare Angebote abgegeben werden können, ohne dass Verhandlungen und Rücksprachen erforderlich wären“.

Dieser Vortrag der Ag. ist unsubstantiiert und widerspricht dem Wortlaut ihrer eigenen (!) Vergabeunterlagen.

Zur Vermeidung von Wiederholungen siehe hierzu oben zur Antragsbefugnis und zur unverzüglichen Rüge mit Bezügen zur „Leistungsbeschreibung 23.05.2011“ und zur „Kartierungsanleitung Band 1 und 2“.

b) zu 2.

Die Ag. führt aus, dass das Zuschlagskriterium Qualität anhand der von den Unternehmen kalkulierten Stundenanzahl anhand von Erfahrungswerten erfolge. Dabei lasse die Anzahl der jeweils angesetzten Stunden für die einzelnen Arbeitsschritte Rückschlüsse auf die Bearbeitungsintensität zu.

Auch dies überzeugt nicht.

Hinzukommt, dass die Ag. in ihrem Antwortschreiben den unklaren Begriff „*Arbeitsschritte*“ aus der Bekanntmachung nun durch „*Teilschritte*“ ersetzt, der auch nicht klarer ist; jedenfalls erläutert sie diesen ebenfalls nicht.

Zunächst ist intransparent, welche Bearbeitungsintensität die Ag. denn konkret für erforderlich hält. Hier gibt es eine sehr weite Spannweite, insbesondere in problematischen Übergangsbeständen, wo unklar ist, ob / wie die Biotope von einander abgrenzbar sind und einem „Hauptbiototyp“ zugeordnet werden können. Der Aufwand kann hierzu dann völlig unterschiedlich sein, da bei oberflächlicher Annahme eines Hauptbiototyps eben weniger Erfassungsbögen auszufüllen sind als bei mehreren abgegrenzten Biotopen. Dies sind grundsätzlich Ermessensfragen und ein Bewerber weiß allein anhand der Vergabeunterlagen eben gerade nicht, wie dieses (ggfs. kostenintensive) Ermessen ausgeübt werden soll.

Nur wenn dieses Ermessen klar ist, kann auch präzise die Anzahl der Stunden angegeben werden. Wäre dies in der Tat transparent und erfahrungsreich belegt, hätte die Ag. auch Vordersätze für eine Leistungsbeschreibung in Ansatz bringen können, was sie aber nicht tat.

Wenn Leistung = Arbeit pro Zeiteinheit ist, ist zu erwarten, dass wenigstens klar ist, welche „Arbeit“ denn genau erfolgen soll. Wenn „Arbeit“ schon unklar ist, ist die „Lösung“ = Leistung auch erst recht unklar, siehe auch oben.

Wie bereits ausgeführt, ist dies aber alles nicht klar anhand der Vergabeunterlagen der Ag., in denen mehrfach von

- *ggfs.*
- *beispielsweise*
- *insbesondere*
- *optimal*
- *Ermessen (des Unternehmens)*
- *Rücksprache mit dem Auftraggeber*
- *etc.*

die Rede ist.

Angesichts dessen ist der Verweis auf „Erfahrungswerte“ widersprüchlich; denn liegen diese vor, müsste konsequenterweise die Kartierungsanleitung Bd. 1 und Bd. 2 sowie die Leistungsbeschreibung frei von solch offenen Formulierungen wie ggfs. etc. sein.

Letztlich handelt es sich bei diesem Kriterium der Qualität schlicht um ein verstecktes Preiskriterium.

c) zu 3.

Die Ag. führt aus, dass ausschlaggebend die „Erfahrungen“ mit Brandenburg maßgeblich seien, nicht die Ansässigkeit.

Das hat die Ast. durchaus verstanden.

Erfahrungen können aber nur diejenigen haben, die bisher schon beauftragt wurden. Das führt zu einem closed-shop-Prinzip von Bewerbern, mögen sie auch vereinzelt nicht in Brandenburg ansässig sein, denn die meisten Vergaben werden unter dem Schwellenwert vergeben und in Anbetracht von Aufwand, Reisekosten, erforderliche aber oft vergebliche Vor-Ort-Prüfungen zur Ausübung des Ermessens des Kartierers bzgl. des „optimalen Zeitpunktes“ der Vegetation etc.. werden dann eben überwiegend heimatnahe Unternehmen „Erfahrungen“ sammeln können.

Diese Unternehmen haben einen Vorteil auch insoweit, da sie praktisch wissen / ahnen, welche Bearbeitungsintensität (die Ag. nennt das „Qualität“ mit Blick auf die Stundenanzahl) der Ag. bislang wünschte, was aber anhand der Vergabeunterlagen nicht erkennbar ist.

Strenggenommen sind dies nur Erfahrungen mit dem Auftraggeber.

Wie in der Rüge bereits ausgeführt, gibt es vergleichbare Biotope auch in anderen Ländern.

Da es sich bei der Ast. um ein sehr erfahrenes Unternehmen handelt, welches in verschiedenen Ländern Niederlassungen hat, kann es auch in Brandenburg arbeiten.

Hinzu kommt, dass die Ast. bei Bedarf gerne und je nach Kapazitätenauslastung mit kleineren lokalen Büros/freischaffenden Landschaftsökologen/-planer kooperiert und sich

austauscht, die etwaige punktuelle landesspezifische Besonderheiten kennen oder der Ast. in anderen Leistungen zuarbeiten.

Die anzutreffenden Biotope finden sich auch in anderen Ländern.

Die Ag. hat zudem eine Leistungsbeschreibung und 2 Kartieranleitungen zur Grundlage gemacht.

Die Lücken, die diese Vergabeunterlagen offenbaren, will die Ag. zu Lasten der Ast. dadurch füllen, dass sie auf frühere Auftragnehmer zurückgreift.

Zu bestreiten ist daher, dass sich die Anforderungen in Brandenburg deutlich von der Methodik anderer Länder unterscheiden.

d) zu 4.

Die Ag. macht hier Ausführungen zur LHO und zu jährlichen Haushaltsmitteln.

Die anscheinend bestehenden Sachzwänge des Haushaltsrechts können nicht dazu führen, dass eine vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung von der Ag. (!) bestimmten Zeiträumen zugewiesen wird, die vorab nicht einzuschätzen sind, wie die Ag. selbst in den Vergabeunterlagen erkennen lässt.

Zusammenfassend hilft die Ag. somit der Rüge in keiner Weise ab. Der gerügte Sachverhalt bleibt unverändert Teil dieses Antrags.

5. „Vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar“

Vorstehend erfolgten bereits Ausführungen zu OLG München aus 2006. Weitere Rechtsprechung ist zu beachten, wie auch die EU-Richtlinie.

a) OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.09.2006 – 1 Verg 3/06

Das OLG Saarbrücken hatte laborärztliche Untersuchungen im Hinblick auf „Aufgabe, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann“ zu prüfen.

Diese Entscheidung unterscheidet sich fundamental von hiesigen Fall, vgl. Ziffer 3, lit. b) aa) – dd):

„aa)

Die für die Beurteilung maßgebliche Dienstleistung ist hier die laborärztliche Untersuchung von Körperstoffen (vgl. o. 1.). Ihr Gegenstand ist die Aufgabe, Körperstoffe zu untersuchen, dabei ein Ergebnis zu erzielen und dieses zu bewerten. Als Lösung kann das Ergebnis und dessen Bewertung bezeichnet werden.

bb)

Die Antragsgegnerin hat auf S. 15 ff. der Beschwerdeschrift für den Laborarzt anfallende Tätigkeiten im einzelnen beschrieben.

Die verschiedenen Vorgehensweisen, die dem Laborarzt nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zur Auswahl zur Verfügung stehen, und die Offenheit des Arbeitsergebnisses sind indes nach Auffassung des Senats für die Frage der eindeutigen und erschöpfenden Beschreibbarkeit der Leistung nicht von entscheidender Bedeutung. Denn § 5 Satz 2 VgV verlangt nicht, dass ein bestimmter Lösungsweg im Einzelfall vorgegeben werden kann oder dass das Arbeitsergebnis von vornherein feststeht. **Eindeutig und erschöpfend beschreibbar** ist eine Lösung vielmehr auch dann, wenn auf verschiedene in Betracht kommende Lösungswege Bezug genommen wird - hier etwa, auch stillschweigend, auf die anerkannten Untersuchungsmethoden - und wenn lediglich vorgegeben wird, dass ein Arbeitsergebnis festzuhalten ist.

cc)

Bei diesem Verständnis von § 5 Satz 2 VgV - eindeutige und erschöpfende Beschreibbarkeit auch bei weitgehender Offenheit von Lösungsweg und Arbeitsergebnis - ist freilich kaum eine Leistung vorstellbar, die nicht wenigstens theoretisch bei entsprechendem Aufwand vorab detailliert festgelegt werden kann (vgl. OLG München, Beschluss vom 28. April 2006, Verg 6/06, unter II. 2. a bb). Da der Wortlaut von § 5 Satz 2 VgV mithin keine sinnvolle Abgrenzung von Leistungen, die unter die VOF fallen, und Leistungen, auf die die VOL/A Anwendung findet, erlaubt, kommt dem Sinn und Zweck der Vorschrift maßgebliche Bedeutung zu.

Allein die Einordnung einer Dienstleistung als **freiberuflich** rechtfertigt aber noch nicht ohne weiteres, ihre Vergabe immer nur in Verhandlungsverfahren durchzuführen. Das Europäische Recht, dessen Umsetzung die §§ 97 ff. GWB und die VgV dienen, kennt die Unterscheidung zwischen freiberuflichen und sonstigen Dienstleistungen nicht, es sieht vielmehr die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens vor, wenn die zu erbringende Dienstleistung, insbesondere geistig-schöpferische Dienstleistungen, dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können (vgl. Art. 30 Abs. 1 Buchst. c VKR, Art. 11 Abs. 2 Buchst. c DKR). Eine vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Lösung i. S. v. § 5 Satz 1 VgV liegt deshalb vor, wenn die Leistung so genau beschrieben werden kann....

Dafür kann der **Freiraum**, der dem Dienstleister gerade für eine eigene kreativ-schöpferische Gestaltung verbleibt, von Bedeutung sein (vgl. OLG München, a. a. O.; jurisPKZeiss, Rdnr. 14 zu § 5 VgV).

dd)

Nach Auffassung des Senats kann die Leistung hier so genau beschrieben werden, dass sie Gegenstand eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens sein kann.

... ..., dass die in Betracht kommenden Untersuchungen so genau beschrieben werden können, dass sie einer öffentlichen Ausschreibung zugänglich sind. Die Vergabekammer hat zu Recht darauf verwiesen (S. 16 des Beschlusses), dass die Antragsgegnerin selbst eine solche detaillierte Beschreibung abgegeben hat, nämlich in den Anlagen I und II zum Schreiben vom 29. Juli 2005. Maßgeblich ist für die Entscheidung des Senats dabei in erster Linie nicht das Ausmaß der Kreativität oder des geistig-schöpferischen Elements, das die Laborärzte für ihre Tätigkeit benötigen, sondern der feste Rahmen, in dem sich dieser Freiraum bewegt und der eine öffentliche Ausschreibung ermöglicht.

Das heißt, dass bei laborärztlichen Untersuchungen zwar ein an sich offener Lösungsweg und eine offene Lösung besteht. Nach Sinn und Zweck kommt es nach dem OLG Saarbrücken auf den festen (!) Rahmen an, nach diesseitiger Ansicht einem Zeitrahmen, der den letztlich preiskalkulatorischen Aufwand vorhersehbar werden lässt.

Während bei laborärztlicher Tätigkeit ein überschaubares analytisches Instrumentarium besteht, wenn man sich 1 Reagenzglas anschaut und darin nach 1 einzigen Ausprägung schaut

- z. B. dem pH-Wert
- nach unterschiedlichen aber vom Aufwand her ähnlichen Methoden misst (z. B. Lackmustest o. a.),

ist dies bei der Landschaftskartierung anders.

Bei der Landschaftskartierung von Los 3 (analog 1 Reagenzglas) bedeutet eine Biotopkartierung, dass nicht nur nach 1 bestimmten Biotop zu schauen ist (analog pH-Wertprüfung), sondern völlig offen ist, was Vor-Ort angetroffen wird, sei es nach dem

- „ob“ (Zuordnung / Erkennbarkeit) oder nach dem
- „wie“ (Ausmaß eines Biotops, Abgrenzungsprobleme bzgl. Biotoparten, -ausprägungen etc.).

Die Ast. muss also „alles“ recherchieren, der Laborarzt misst lediglich den pH-Wert. Die Ast. macht also in einer Landschaft keine vorhersehbare Biotopkartierung, sondern eine Biotopenkartierung, da sie analog pH-Wert-Messung in einem Reagenzglas nicht nur nach 1 einzigen Biotop schaut, sondern nach allem, was sich ihr bei einer Vor-Ort-Betrachtung in unterschiedlichsten Ausprägungen, ggfs. „zufällig“, „spontan“ (vgl. Vergabeunterlagen) anbietet.

Auch für einen Koch oder Konditor, der sich zutreffend schöpferisch und geistig-kreativ wähnt, macht es zwar geschmacklich einen erheblichen Unterschied zu welchen Gewürzen er greift, nicht aber preislich für sein Angebot. Denn der zeitliche Aufwand für einen Griff ins Gewürzregal ist bei Pfeffer, Paprika oder Kräutern der Provence der gleiche.

b) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.04.2010 – Verg 55/09

Im Hinblick auf anwaltliche Leistungen führte das OLG unter Ziffer 4 lit. a) aus:

„Die Beschreibung ist nach den Umständen ebenso wenig schon als abschließend aufzufassen, was sich am verschiedentlichen Gebrauch des Ausdrucks "insbesondere" (vgl. § 3 Satz 4 des Vertrages sowie Spiegelstrich drei), aber auch an der Tatsache zeigt, dass der Auftragnehmer - ersichtlich im Benehmen mit dem Auftraggeber - zur Wahrnehmung "weiterer Geschäfte im Zusammenhang mit dem Bauprojekt" herangezogen werden soll (vgl. § 3 des Vertrages, Spiegelstrich fünf). Bei der Ausführung der Leistung hat der Auftragnehmer beträchtliche Kognitions-, Bewertungs- und Gestaltungsspielräume, die sich auf das Erkennen von Problemstellungen, die Entwicklung von Lösungswegen und die Beratungsergebnisse erstrecken. Insoweit hat die Vergabekammer mit Recht darauf hingewiesen, dass schon unklar ist, welche Rechtsfragen (mit Ausnahme möglicherweise einer bereits vorliegenden Nachtragsproblematik) sich in der Vertragslaufzeit stellen werden (VKB 13). Jedes auftretende Problem ist sodann unter tatsächlichen und rechtlichen Aspekten zu würdigen. Bei den Lösungen spielen sowohl die Bedürfnisse des Auftraggebers als auch die Opportunität eines Vorschlags und die Kreativität des Auftragnehmers eine gewichtige Rolle. Es sollen - dies ist in § 3 des Vertrages mehrfach hervorgehoben - Vorschläge für das weitere Vorgehen des Auftraggebers unterbreitet werden. In Anbetracht der theoretischen und praktischen Bandbreite denkbarer Lösungen schließt das in der Regel die Möglichkeit und Notwendigkeit ein, dass dem Auftragnehmer vom Auftraggeber, ggf. auch wiederholt, zunächst Sachinformationen erteilt werden, die Vertragsparteien darüber sowie über Lösungsvarianten sprechen und verhandeln, und dass sich erst im Gespräch die Lösung herausbildet und formt, mit der Folge, dass danach erst beschrieben werden kann, welche Leistung dem Auftragnehmer genau obliegt. Die Leistung ist demnach zwar bestimmbar, aber nicht von vorneherein beschreibbar (ebenso OLG München, Beschl. v. 28.4.2006 - Verg 6/06, VergabeR 2006, 914, 920 f., Juristische Beratung). Die Auftragsbeschreibung in § 3 des Vertrages stellt im Rechtssinn ebenso wenig eine Leistungsbeschreibung dar. Die Leistung konnte lediglich ihrem Gegenstand und ihrer Art nach beschrieben werden. Für eine exakte Beschreibung fehlt es hingegen an geeigneten Parametern. ...“

Aus obigen Ausführungen ergibt sich zunächst, dass es sich bei anwaltlichen Leistungen um geistig-schöpferische Leistungen handelt mit großen Kognitions- und Bewertungsaspekten. Dies ist auf die Biotopkartierung übertragbar angesichts der Vielzahl möglicher Biotope und deren jeweiliger Ausprägung. Damit geht eine Würdigung einher

unter Einbeziehung des Auftraggebers, was dieser gem. Vergabeunterlagen auch wünscht, wenn etwas problematisch ist.

Auch hier gibt es eine große Bandbreite von Lösungen und damit auch ein einhergehender sehr unterschiedlich hoher Arbeitsaufwand. Die genauen Bedürfnisse der Ag. sind in Anbetracht dessen dann mit ihm zu klären, also zu verhandeln.

c) Art. 30 VKR und effet utile

Die Frage nach Lösungen, die „vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar“ sind, ist kein Selbstzweck.

Eine Auslegung der deutschen vergaberechtlichen Bestimmungen zum Verhandlungsverfahren, hier nach VOF, hat vor dem Grundsatz des europarechtlichen „effet utile“ zu erfolgen, wonach im Sinne der Richtlinie auszulegen ist.

Nach Erwägungsgrund 2 der RL 2004/18 geht es darum,

„... den Wettbewerb zu garantieren. Folglich sollten diese Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags ausgelegt...“

Nach Erwägungsgrund 4 der RL 2004/18 soll

„... keine Wettbewerbsverzerrung ...“

entstehen.

Art. 30 Abs. 1 der RL dient diesem Ziel und lautet, dass statt offenes Verfahren / nicht offenes Verfahren das **Verhandlungsverfahren** stattzufinden hat

„c) bei Dienstleistungen, insbesondere bei Dienstleistungen der Kategorie 6 von Anhang II Teil A, und bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen wie Bauplanungsdienstleistungen, sofern die zu erbringende Dienstleistung so beschaffen ist, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebots in Übereinstimmung mit den Vorschriften über offene und nichtoffene Verfahren vergeben werden kann;“

Zieht man Art. 30 Abs. 1 der RL heran, wird deutlich, dass es darum geht, dass die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festlegbar sind. Verträge bedürfen zu ihrer hinreichenden Festlegung der sog. essentialia negotii,

- Vertragsparteien,
- Leistung und
- Gegenleistung.

Ist aber die Leistung intransparent, ist folglich auch die Gegenleistung, hier gem. der Bekanntmachung der Ag., Ziffer IV.2), der Preis mit einer Gewichtung von 70 und Qualität mit einer Angabe des Mengenansatzes mit einer Gewichtung von 30.

Das vertragsrechtliche Äquivalenzprinzip von Leistung und Gegenleistung erfordert, dass das Äquivalent zum Preis, nämlich die zu beschaffende Leistung, für ein Unternehmen auch erkenn- und bewertbar ist.

Ist die Leistung auch unter Einbeziehung eines festen Rahmens wie vom OLG Saarbrücken für laborärztliche Untersuchungen erachtet, hier bei einer Biotopenkartierung gerade nicht möglich, ist die geforderte Leistung intransparent und somit auch der anzugebende (Gesamt)Preis. In diesem Fall wird vergaberechtlich gegen den Transparenzgrundsatz und die Chancengleichheit verstoßen.

Die Weichenstellung zwischen VOL- und VOF-Verhandlungsverfahren ist zwar die freiberuflich geistig-schöpferische Leistung, die von Ast. und Ag. bejaht werden. Die Richtlinie unterscheidet nicht zwischen VOL und VOF-Verhandlungsverfahren, da ihr diese Unterscheidung nicht wichtig zu sein scheint. Auf eine insoweit ggfs. als „höherwertig“ mit einem ggfs. dünnelhaften Unterton einzustufende Leistung kommt es nicht an. Denn das lässt sich am Preis / Zeiteinheit (Stunde / Tagessatz) ausdrücken und insoweit müssen sich die verschiedenen Wettbewerber von Kartierungsleistungen wie die Ast. dem Preiswettbewerb pro Zeiteinheit mangels gesetzlichem Preisrecht wie dem RVG oder der HOAI aussetzen.

Maßgeblich für das VOF-Verhandlungsverfahren ist aber unter Einbeziehung der EU-Richtlinie, dass mangels vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbarer Leistungen die Menge an Zeitaufwand unklar ist, so dass insoweit kein fairer „**Wettbewerb**“ möglich ist.

Dabei ist zu beachten, dass der Begriff des Wettbewerbs im Europarecht nicht definiert ist. Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, Seite 101 (Rn. 162), führt aus:
„...Obwohl die Begriffe des europäischen Wettbewerbsrechts als Rechtsbegriffe juristischen Auslegungsregeln unterliegen, erschließt sich deren Bedeutung vollends erst vor ihrem ökonomischen Hintergrund und im Lichte der verschiedenen wirtschaftswissenschaftlichen Theorien, in denen sie verwendet werden.“ m. w. Nachw..

Ohne hierzu weiter zu detailliert auszuführen ist jedenfalls klar, dass ein Wettbewerb bei Annahme des sog. klassischen vollkommenen Marktes bei vollkommener

Markttransparenz und Homogenität der Leistungen (Transparenz) auf gewerbliche Leistungen passt, nicht aber bei vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen.

Liegen die Bedingungen iSd vollkommenen Marktes nicht vor, was bei den hiesigen freiberuflichen Leistungen offenkundig der Fall ist, kommt es zu einem Marktversagen und eben keinem gesunden „Wettbewerb“ iSd Richtlinie.

Nach alledem ist antragsgemäß zu entscheiden.

Wiesner, LL.M.

Rechtsanwalt



LAND BRANDENBURG

Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten des Landes Brandenburg

vorab per Fax: 0671 / 2085
Gegen Empfangsbestätigung
Rechtsanwälte - Bürogemeinschaft
Wiesner & Riemer
Herrn Michael Wiesner, LL.M.
Kreuzstraße 80

55543 Bad Kreuznach

Anlage 7

**Vergabekammer
des Landes Brandenburg**

beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten

- Der Vorsitzende -
Heinrich-Mann-Allee 107
14473 Potsdam

Bearb.: Herr Schumann
Gesch.Z.: VK 32/11
Telefon : (0331) 866 - 1617
Fax: (0331) 866 - 1652
Internet: <http://www.mwe.brandenburg.de>
hans-juergen.schumann@mwe.brandenburg.de
Bus X5, 601, 605, 606, 609, 612, 614, 631, 638,
639, 694, 695 / Tram 91 - 93, 96, X98, 99
Zug RE 1, RB 20 - RB 22 / S-Bahn S7

Potsdam, 19. August 2011

Nachprüfungsverfahren der Firma

./. Landesamt für Umwelt, Gesundheit und
Verbraucherschutz, Potsdam - OT Groß Glienicke

Ihr Nachprüfungsantrag vom 16. August 2011;
Ihr AZ.: / Landesamt UGV Potsdam - 79 / 11 (MW)

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

der vorbezeichnete Nachprüfungsantrag vom 16. August 2011 ist in der Vergabe-
kammer am 16. August 2011 als Telefax und am 18. August 2011 im Original mit
Anlagen eingegangen.

Der o. g. Nachprüfungsantrag wurde dem Auftraggeber am 17. August 2011 zu-
gestellt.

Da für die Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten erhoben werden, § 128
GWB, wird um Überweisung eines Kostenvorschusses in Höhe der Mindestgebühr
von 2.500,00 EUR bis zum **26. August 2011** gebeten: ✓

Kontoinhaber:	Ministerium für Wirtschaft
Kreditinstitut:	WestLB Düsseldorf
Konto-Nr.:	7 110 401 705
BLZ:	300 500 00
Verwendungszweck:	08 020 11140
Az.:	VK 32/11

Die Zahlung des Kostenvorschusses ist durch Einreichung eines Schecks, oder
Übersendung des Einzahlungs- oder Überweisungsbelegs **per Telefax** an die
Vergabekammer (Fax: 0331 / 866-1652) unbedingt nachzuweisen.

Mit freundlichen Grüßen


Schumann



LAND BRANDENBURG

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Postfach 60 10 61 | 14410 Potsdam

Vergabekammer des Landes Brandenburg
beim Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten
- Der Vorsitzende -

Heinrich- Mann- Allee 107
14473 Potsdam

VK 32/11

24082011
v. G. S. / G.
[Signature]

Potsdam, 23.08.2011

Landesamt für Umwelt,
Gesundheit und
Verbraucherschutz

Abteilung S

KOPIE

Bearb.: Gäbler, Katja
Gesch.-Z.: S3-VG-11-052
Hausruf: (33201) 442-105
Fax: (033201) 442-662
Internet: www.lugv.brandenburg.de
katja.gaebler@lugv.brandenburg.de

EINGEBANGEN
ES

Nachprüfungsverfahren der Firma

./. Landesamt für Umwelt, Gesundheit und
Verbraucherschutz, Potsdam – OT Groß Glienicke

Ihr Schreiben vom 17. August 2011

- Anlagen: 1. Originalvergabeakte
2. Literatur zum Vorhaben (3 Bücher)

In dem Nachprüfungsverfahren

der Firma

Verfahrensbevollmächtigter: RA Michael Wiesner, Kreuzstr. 80, 55543 Bad Kreuznach

gegen

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz, Seeburger Chaussee 2, 14476 Potsdam – OT Groß Glienicke

Gesch.Z.: VK 32/11

übergeben wir die Vergabeakten im Original gegen Empfangsbekanntnis und nehmen zum geschätzten Auftragswert, zu Versagungsgründen bzgl. einer Akten-einsicht gemäß § 111 GWB und zum Antrag der Firma

zunächst wie folgt Stellung. Eine weitere Stellungnahme behalten wir uns vor.



Dienstsitz:
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam
OT Groß Glienicke

Besucheranschrift:
Seeburger Chaussee 2, 14476 Potsdam
Tel. (33201) 442-103
Fax: (033201) 442-662

1) Geschätzter Auftragswert zur Bestimmung des Schwellenwertes

Der Antrag der Firma

Antragstellerin - auf Nachprüfung vor der Vergabekammer des Landes Brandenburg ist unseres Erachtens bereits unzulässig, da die Antragstellerin sich ausdrücklich allein gegen die Vergabe des Los 3 Bezeichnung Oberhavel III zum Vorhaben „Selektive Kartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH- Lebensraumtypen„ wendet.

Entgegen der Behauptung der Antragsstellerin erreicht das Los 3 [REDACTED] allein nicht den EU- Schwellenwert in Höhe von 193.000,00 Euro.

2) Vergabeart

Vorab treten wir der Behauptung entgegen, dass angesichts der Ausschreibungsunterlagen kein kalkulierbares Angebot abgegeben werden konnte, da uns hinsichtlich des Los 3 „Bezeichnung Oberhavel III“ 6 Angebote und insgesamt 21 Angebote zum Vorhaben „Selektive Kartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH- Lebensraumtypen„ vorliegen.

a) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war das Vorhaben nach VOL/A auszuschreiben. Richtig ist, dass es sich bei den zu vergebenen Kartierungsleistungen um freiberufliche Dienstleistungen von Ingenieuren handelt. Freiberufliche Dienstleistungen sind grundsätzlich gem. § 5 VgV nach der VOF auszuschreiben. Nach § 5 Satz 5 VgV gilt dies jedoch nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Dann ist gem. § 4 VgV Absatz 1 die VOL/A anzuwenden.

Der hier von uns zu vergebene Auftrag wird von dem Ausnahmetatbestand erfasst, da die Durchführung der zu beauftragenden freiberuflichen Leistung im Sinne des § 5 Satz 5 VgV beschrieben werden kann.

Dafür spricht, dass unseres Erachtens die Leistung in der Leistungsbeschreibung hinreichend konkretisiert wird. Insbesondere wird die Durchführung der Leistung anhand der Kartieranleitung „Biotopkartierung Brandenburg“ – siehe Anlage -, die vorgegebenen Erfassungsbögen und die „Handlungsanleitung sowie Digitalisierungsvorschrift“ vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben, so dass die Bieter

Angebote abgeben können und auch konnten, die ohne weitere Rückfragen und Verhandlungen aus sich heraus von der Vergabestelle bewertet werden können.

Zudem ist im vorliegenden Fall das Merkmal „geistig-schöpferische Leistung für eine Aufgabe, deren Lösung sich erst durch diese Leistung entwickelt“ einer nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung nicht erfüllt. Das Ergebnis der Leistungen - die Eintragung der gefundenen Biotop- und Lebensraumtypen in die vorgegebenen Erfassungsbögen sowie die anschließende Digitalisierung - erfordert umfassende botanische Kenntnisse sowie Fachkenntnisse in Bezug auf Kartierungsmethoden und Datenbankverarbeitung, aber keine eigene geistig-schöpferische Leistung. Die Lösung der Aufgabe „Biotopkartierung“ entwickelt sich nicht durch eine geistig-schöpferische Leistung bei der Durchführung der Kartierung, sondern sie entsteht durch die Anwendung des Fachwissens auf die vorgefundenen Biotope und deren Einstufung nach der vorgegebenen Anleitung zur Kartierung. Es handelt sich bei diesem zu vergebenen Auftrag um eine Ausnahme von der Regel, dass Aufträge an Freiberufler grundsätzlich geistig schöpferischer Natur und nach VOF auszuschreiben sind.

Um Wiederholungen zu vermeiden verweisen wir auf unsere Schreiben vom 30.06.2011 und 03.08.2011 –siehe Vergabeakte -.

b) Erfahrungen der vergangenen Jahre haben gezeigt, dass Bietergespräche, welche nach der VOF vorgesehen sind, nicht notwendig waren, um hinreichend vergleichbare Angebote zu erstellen.

Die von der Antragstellerin geforderte Aufklärung hinsichtlich der genauen Flächenanzahl und der genauen Flächengröße (ha) ließe sich auch im Rahmen eines Bietergespräches nicht aufklären. Nach unserer Auffassung könne eine Kalkulation mit durchschnittlichen Biotopgrößen erfolgen, auch wenn sich die Landschaft aus unterschiedlich großen Biotop- und Lebensraumtypenflächen zusammensetzt.

Die in der Leistungsbeschreibung genannten Angaben zur Flächencharakteristik beruhen auf einer ersten umfassenden Auswertung aller zur Verfügung stehenden Daten im LUGV. Erfahrungsgemäß bieten die in der Leistungsbeschreibung gemachten Angaben - bei Los 3 ca. 390 km² auszuwertende TK- Fläche ca. 1200 Biotope) eine hinreichend gute Grundlage für die Kalkulation der Angebote.

Die wesentlichen Bestandteile der ausgeschriebenen Leistung sind u. a.:

- die gründliche, flächengenaue Auswertung aller zur Verfügung stehenden Altdaten (Biotopdaten) und der anderen Kartengrundlagen),
- die umfassende Absprache mit den Unteren Naturschutzbehörden der entsprechenden Landkreise,

- Prüfung aller Verdachtsflächen vor Ort im Rahmen der selektiven Kartierung der Suchräume, einschließlich der Entscheidung, ob konkrete Flächen tatsächlich als geschützte Biotop oder FFH- Lebensraumtypen tatsächlich aufzunehmen sind.

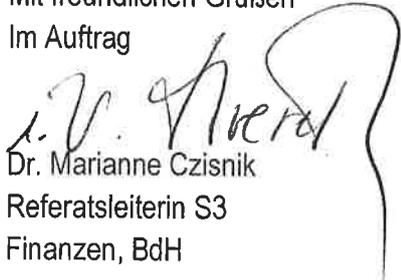
3) Akteneinsicht gemäß § 111 GWB

Wir weisen zwecks Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darauf hin, dass alle Unterlagen, die sich auf Mitbewerber bzw. Bieter beziehen, nicht herausgegeben werden dürfen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



Dr. Marianne Czisnik

Referatsleiterin S3

Finanzen, BdH

RECHTSANWÄLTE ~ BÜROGEMEINSCHAFT
Kanzlei für Immobilien- und internationales Wirtschaftsrecht
Bad Kreuznach ~ Frankfurt a. M.

55543 Bad Kreuznach:
Kreuzstr. 80
Tel: 0671/2088
Fax: 0671/2085
kanzlei@wiesner-riemer.de
www.wiesner-riemer.de

RAe Wiesner • Riemer Kreuzstr. 80 55543 Bad Kreuznach

Vergabekammer des Landes Brandenburg beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
Heinrich-Mann-Allee 107
14473 POTSDAM

Michael Wiesner, LL.M.
(International Business)
Rechtsanwalt - Dipl.- Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter FH Mainz

Daniela Riemer
Rechtsanwältin

Michael Krolla
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jeanette Wiesner
Rechtsanwältin

Per Fax vorab: 0331- 866 – 1652

Bad Kreuznach, den
05.09.2011

Unser Zeichen:
/ Landesamt UGV Potsdam - 79/11 (MW)

60329 Frankfurt a. M.:
Kaiserstr. 79

VK 32/11

In Sachen

- Antragsstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: RA Michael Wiesner, Kreuzstr. 80, 55543 Bad Kreuznach

gegen

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam OT Groß Glienicke

- Antragsgegner -

trage ich auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 23.08.2011 wie folgt vor:

zu 1) Geschätzter Auftragswert zur Bestimmung des Schwellenwertes

Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin kommt es bei Los 3 nicht auf den Schwellenwert in Höhe von 193.000 € an. Dies ist der Schwellenwert für alle Lose

zusammenaddiert. Im Hinblick auf ein einzelnes Los ist § 2 Nr. 7 VgV maßgeblich. Dort heißt:

„Der Schwellenwert beträgt

7. für Lose von Dienstleistungsaufträge nach Nummer 1 oder 2: 80.000 Euro oder bei Losen unterhalb von 80.000 Euro deren addierter Wert ab 20 vom Hundert des Gesamtwertes aller Lose.“

Im vorliegenden Fall geht es um einen Dienstleistungsauftrag, § 2 Nr. 2 VgV.

Alexander in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 2 VgV Rn. 35, führt aus:

„Fehlt eine eindeutige Zuweisung zum „80%-Kontingent“, dann ist der richtige Weg zur Nachprüfung gemäß der § 102 ff. GWB nicht eröffnet. ... Anders ist zu entscheiden, wenn ein Einzellos „an sich“ den Schwellenwert nicht erreicht, der Auftraggeber den Auftrag aber europaweit ausschreibt und zugleich auf die Vergabekammer als Nachprüfungsbehörde verweist. Denn dieses Verhalten ist nach den Umständen so zu verstehen, dass der Auftrag nicht den „20 %-Kontingent“ angehören soll. ... da eine nachträgliche Änderung der Zuordnung durch den Auftraggeber unzulässig ist ..., ist in einem solchen Fall ein Nachprüfungsverfahren möglich.“

Hieraus ist zu entnehmen:

1. Maßgeblich ist der Schwellenwert eines Loses in Höhe von 80.000 €.
2. Selbst wenn dieser Schwellenwert in Höhe von 80.000 € (oder 193 T€) nicht erreicht wäre, ist dies ohne Belang, da die Vergabestelle den Auftrag über Los 3 europaweit ausgeschrieben hat und die Vergabekammer als Prüfungsbehörde angab.

Siehe auch Beurskens, in Hattig/Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2010, § 2 VgV Rn. 24.

Im Übrigen ist der Vortrag der Antragsgegnerin im Hinblick auf einen nicht erreichten Schwellenwert in Höhe von 193.000 € tatsächlich nicht nachvollziehbar. Es handelt sich um eine schlichte Behauptung der Antragsgegnerin, die nicht mit Fakten belegt wird. Daher ist hier auch kein genauer Vortrag möglich, sondern nur eine grobe Bewertung.

Geht man bei ca. (!) 1200 Biotopen von mindestens 2 h für die Kartierung aus und für die sonstigen damit verbundenen Arbeiten wie Recherche, Eingabe, Digitalisierung etc. von mindestens weiteren zwei 2 h, so ergibt sich pro Biotop ein Aufwand von ca. 4 h. Bei ca. 1.200 Biotopen ergibt dies einen Zeitaufwand von 4.800 h.

Nimmt man vorsichtshalber (!) lediglich einen arithmetisch ermittelten Stundensatz für technische Mitarbeiter und wissenschaftliche Mitarbeiter von 47,50 € / h, so ergibt sich hieraus ein Betrag in Höhe von 228.000 €.

Dieser Stundensatz ist hier nur zu Beispielszwecken erwähnt und entspricht eher der Vergütung für einen extern beauftragten Handwerksgesellen. Die Antragsgegnerin will aber durchaus Akademiker, die diese Leistung ausführen, (vgl. Bekanntmachung III. 2.3), Technische Leistungsfähigkeit.

Anwaltliche Stundensätze liegen weit oberhalb dieses Stundensatzes, ohne dass diese als überzogen angesehen werden und statistisch belegbar zur Kostendeckung notwendig sind.

In Anbetracht der Vielzahl an Unwägbarkeiten aus der Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin, mit Formulierungen wie

„ggfs.“, „etc.“, „insbesondere“, „beispielsweise“, „Rücksprache mit dem Auftraggeber“, „ca.“,

oder sonstigen Unwägbarkeiten, wie in der hiesigen Antragschrift, z. B. Seite 33, dargestellt, ist eine genaue Kalkulation gar nicht möglich.

Die Antragsgegnerin will aber von den Unternehmen einen *Endpreis* angegeben haben, ohne dass die zahlreichen Unwägbarkeiten einschätzbar sind, bereits anhand ihrer eigenen Leistungsbeschreibung.

Die Antragsgegnerin möge angeben und durch Akteneinsicht offenlegen, von welchem Auftragswert sie selbst bei den Losen 1-7 und somit bei

- 5.160 Biotopen
- auf einer Gesamtfläche von 1.495 km²

ausgeht, damit dies in etwa nachvollzogen werden kann, sei es konkret anhand von (anonymen) Angeboten oder durch eine tabellarische Zusammenstellung.

zu 2) Vergabeart

Selbstverständlich kann man irgendeinen Preis als Angebot abgeben, wie dies in angeblich 21 Fällen geschehen ist. Die Antragsgegnerin begeht aber einen logischen Zirkelschluss. Aus der Tatsache, dass man einen Preis angeben „kann“, folgt noch nicht, dass dieser auch in seiner Ermittlung kalkulierbar war, anhand einer vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung.

Näherer Vortrag hierzu bedarf einer Akteneinsicht, zumindest die Angabe von Rahmendaten, um wenigstens in etwa hierauf vortragen zu können, wie die Bewerber auf die zahlreichen Formulierungen der Antragsgegnerin wie „ggfs.“, „etc.“, „ca.“, oder sonstigen Unwägbarkeiten, wie in der hiesigen Antragschrift dargestellt, tatsächlich kalkuliert haben. Diese lassen sich schlicht nicht ordnungsgemäß kalkulieren, da sie eine enorme Spannweite zwischen „0“ und „1“ eröffnen, also erforderlich oder nicht erforderlich mit großem Zeitaufwandsunterschied jeweils.

Ein – wenn auch schwaches – Indiz könnte die Spannweite der bepreisten Angebote sein, über die mangels Akteneinsicht seitens der Antragstellerin auch kein konkreter Vortrag möglich ist. Diese ist aber erforderlich!

Schwaches Indiz wäre dies aber ggf. deshalb, da nahe liegen kann, dass sich immer die gleichen Bewerber melden in Kenntnis dessen, was die *Antragsgegnerin* (!) haben will.

Maßgeblich ist aber, was das zu kartierende *Biotop* (!) jeweils im Einzelfall erforderlich macht. Dahingehend lautet auch die Aufgabenstellung der Antragsgegnerin, genau diesen Aufwand zu kalkulieren und zu bepreisen, anhand der unklaren Parameter, die aus dem Objekt Biotop herrühren und den überdies unklaren Formulierungen der Antragsgegnerin.

Klarstellend ist der Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin an sich kein Vorwurf zu machen. Sie gibt in der Tat einen Eindruck davon, wie schwierig die zu erbringende Leistung ist, da sie vorab gerade nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist.

zu a)

Die Antragsgegnerin geht auf die zahlreichen Beispiele unklarer Leistungsbeschreibungen, die in der Antragschrift vom 16.8.2011 stehen, überhaupt nicht ein.

Sie führt lediglich abstrakt § 5 VgV an. Das ist zu wenig. Damit ist überhaupt nicht nachvollziehbar, wie die Antragsgegnerin anhand eines konkreten Sachverhaltes zu ihrer Schlussfolgerung, abstrakt, kommt.

Die zahlreichen in der Antragschrift gemachten Beispiele widerlegen den Vortrag der Antragsgegnerin konkret.

Der Umstand, dass tatsächlich Angebote abgegeben wurden, besagt in dieser Allgemeinheit, siehe bereits oben, gar nichts! Denn aus der Abgabe eines Angebots oder eines Preises ist nicht zu entnehmen, dass der Preis auch ordnungsgemäß kalkuliert werden konnte. Die Angabe eines Preises besagt nur, dass ein Preis angegeben wurde.

Hinzukommt, dass die Rückfragen eines Bewerbers möglicherweise nicht vor Vertragsabschluss, sondern danach entstehen. Denn erst bei Besichtigung vor - Ort ergeben sich Anlässe, sich bei Bedarf mit der Vergabestelle ins Benehmen zu setzen, sofern auch die zahlreichen unklaren Formulierungen der Leistungsbeschreibung nicht weiterhelfen. Ebenso ist es unklar, wie mit einem fixen Endpreis verfahren wird, wenn z.B. statt 1.200 Biotopen eine Zahl von 1.400 Biotopen im Kartierungsgebiet erforderlich werden. Wie bereits in der Antragschrift ausgeführt, ist der Begriff „ca. 1.200 Biotope“ unklar. Es ist also nicht auszuschließen, dass sich vor-Ort nicht nur geringfügige Abweichungen ergeben.

Dies ist bei anwaltlichen Leistungen im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung genauso. Die Antragsgegnerin will aber vorher einen Festpreis. Gesetzliches Preisrecht existiert hier jedoch nicht.

Die Ausführungen zur Frage der geistig-schöpferischen Leistungen gehen fehl. Dies gilt sowohl rechtlich als auch tatsächlich; letztlich kommt es auf diese Frage ohnehin nicht an. Maßgeblich ist § 4 Abs. 2 VgV in der Fassung zum Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung am 01.07.2011 (vgl. VI.5) der Bekanntmachung):

„(2) Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und bei Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen, müssen Auftraggeber nach § 98 Nummer 1 bis 3 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgende Bestimmungen der VOL/A anwenden, soweit in § 5 nichts anderes bestimmt ist:

1. ...
2. ...
3.“

§ 5 Abs. 2 VgV (am 1.7.2011 gültige Fassung) lautet:

*„(2) Absatz 1 gilt nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren **Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.***

Das heißt: auf die Frage der geistig-schöpferischen Tätigkeit kommt es nicht an, sondern gem. oben genannter Paragraphen darauf, ob diese Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.

Nur dann kommt die Anwendung der VOL in Betracht.

In Anbetracht der zahlreichen Unwägbarkeiten, die sich auch in der Leistungsbeschreibung durch die Antragsgegnerin widerspiegeln, muss die Antragsgegnerin sich die Frage gefallen lassen, weshalb sie konkret (!) so oft unklare Begriffe wie „ggfs“. etc. benutzt, wenn doch nach ihrem eigenen Vortrag die Lösung (!)

der geforderten Biotopkartierung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.

Diesen Widerspruch muss die Antragsgegnerin auflösen.

Im Übrigen ist die Behauptung, es liege keine geistig - schöpferische Leistung vor falsch, unabhängig von der Frage, ob es auf dieses Kriterium überhaupt ankommt. Denn wie in der Antragschrift vorgetragen, wird dem zu beauftragenden Bewerber fachliches Ermessen eingeräumt und abverlangt, auch durch Formulierungen wie „ggf“ etc.. Es gibt zahlreiche Bewertungsprobleme, wie ein Biotop als solches

- fachlich zu bewerten und sodann
- zu kartieren ist.

Daher ist die Begrifflichkeit der *Kartierung* insoweit irreführend, da die fachlich-biologische Bewertung vorangehen muss, bevor das Ergebnis dieser Bewertung dann kartiert wird. Dieser damit einhergehende Leistungsaspekt der Bewertung selbst setzt gerade eine geistig - schöpferische Handlung voraus.

Es handelt sich fachlich also nicht um eine Tätigkeit, die der stenographischen Aufnahme eines Diktates durch eine Schreibkraft entspräche, wonach nur das gesprochene Wort wiedergegeben wird.

Es geht vorliegend auch um eine fachliche Tätigkeit, nämlich einzuschätzen, in welche Richtung ein Biotop sich

- tatsächlich entwickelt hat und / oder
- sich entwickeln soll.

Es gibt insoweit also auch planerisch-vorausschauende Elemente.

Auch dies belegt, dass der Begriff der „Biotopkartierung“ an sich zu kurz springt.

Zu b)

Die Ausführungen der Antragsgegnerin im 1. Absatz zu lit. b) zu den Erfahrungen der vergangenen Jahre, wonach

- Bietergespräche gem. VOF nicht notwendig waren,
- um hinreichend vergleichbare Angebote zu erhalten,

ist falsch, zumindest widersprüchlich.

Zum ersten Punkt ist auf die Antragschrift vom 16.8.2011, dort S. 29 f. zu verweisen. Dort ist ein Verfahren aus dem Jahr 2009 und aus dem Jahr 2011 geschildert, jeweils mit einer Biotopkartierung. Für beide Verfahren sah die Antragsgegnerin die VOF vor.

Zum zweiten Punkt ist der Antragstellerin mangels näherer Anhaltspunkte kein Sachvortrag möglich. Es handelt sich schlicht um eine Schutzbehauptung, die sich nicht durch Darstellung von konkretem Sachverhalt widerspiegelt. In Anbetracht der Ausführungen der Antragsgegnerin, die sie bereits auf S. 2 und 3, oben, machte, ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin falsch subsumiert und nur aus dem Umstand, dass bepreiste Angebote abgegeben wurden schlussfolgert, dass auch die Leistungen eindeutig und erschöpfend beschreibbar waren.

Dies ist nicht logisch im Sinne einer zwingenden Schlussfolgerung.

Auf obige Ausführungen wird ergänzend verwiesen.

Wenn die Antragsgegnerin im Weiteren im 2. Absatz zu lit. b) ausführt, dass auch im Rahmen eines Bietergespräches eine genaue Flächenanzahl und eine genaue Flächengröße sich nicht aufklären lässt, ist dem zumindest zu entnehmen, dass nach dem eigenen Vortrag der Antragsgegnerin vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen betroffen sind. Denn sie führt selbst aus, dass dies noch nicht einmal im Rahmen eines Bietergespräches aufzuklären wäre.

Dies ist auch wiederum vergleichbar mit anwaltlichen Leistungen, wo vorab auch nicht in einem Mandantengespräch vor Mandatierung aufklärbar ist, was der Prozessgegner im Laufe des Prozesses an tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen machen wird. Dort führt dieser Aspekt auch nicht dazu, dass die Ausschreibung anwaltlicher Leistungen zu einer VOL-Ausschreibung führt.

Hierzu greift man auf das RVG als gesetzlichem Preisrecht zurück – was hier nicht existiert – oder man vereinbart Zeithonorar nach Aufwand.

Die Antragsgegnerin will aber vorab für unklare Leistungen einen fixen Endpreis.

Hinzukommt, dass im gleichen Absatz von „*durchschnittlichen*“ Biotopgrößen die Rede ist. Die Antragsgegnerin teilt nicht mit, was das genau, konkret sein soll. Wie soll die Antragstellerin hieraus sinnvoll vortragen können?

Auf Seite 3, drittletzter Abs., führt die Antragsgegnerin aus, dass „*erfahrungsgemäß*“ die von ihr zur Verfügung gestellten Informationen „*eine hinreichend gute Grundlage für die Kalkulation der Angebote*“ bieten.

Auch hier handelt es sich wieder um abstrakte Wertungen, ohne dass konkrete Fakten geliefert werden. Die Erfahrungen werden behauptet, aber nicht belegt.

Was eine hinreichend gute Grundlage für eine Kalkulation sein soll, bleibt das Geheimnis der Antragsgegnerin. Erforderlich ist aber nicht eine hinreichend gute Grundlage, sondern erforderlich ist gem. § 5 VgV eine eindeutig und erschöpfende Beschreibung der Lösung. Sie geht auf die konkreten Fakten ihrer eigenen Leistungsbeschreibung, die in der Antragsschrift enthalten sind mit sodann folgender Wertung nicht ein sondern verliert sich leider in nebulösen Aussagen.

Hervorzuheben ist, dass es in Anbetracht der Vielzahl von Unwägbarkeiten bei der Leistungserbringung, es sich nicht um marginale Leistungsschwankungen handelt, sondern extreme Schwankungen beim Leistungsumfang möglich sind.

Auf Seite 3, 1. Spiegelstrich, wird ausgeführt, dass „wesentliche“ Bestandteile der ausgeschriebenen Leistung „u. a.“ die „gründliche“ Auswertung aller Altdaten umfasst. Dies belegt anhand des Vortrags der Antragstellerin, dass nur eine gründliche, aber keine eindeutig und erschöpfend beschriebene Lösung seitens der Antragsgegnerin vorliegt. Es bleibt auch unklar, was „wesentlich“ und „gründlich“ genau ist. In der Antragsschrift wird diese Behauptung der Antragsgegnerin gerade widerlegt, vgl. dort nur Seite 8 oben, wonach sie Altdaten nur „soweit vorhanden“ zur Verfügung stellt. Das ist dann vielleicht (!) punktuell „gründlich“, aber auch nur soweit vorhanden.

Entsprechendes gilt für den 2. Spiegelstrich mit dem Verweis auf die „umfassende“ Absprache mit den Unteren Naturschutzbehörden.

Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung sei auch – 3. Spiegelstrich auf Seite 4 – die Prüfung aller „Verdachtsflächen“ vor Ort im Rahmen der „selektiven“ Kartierung der Suchräume, einschließlich der Entscheidung, ob konkrete Flächen tatsächlich als geschützte Biotop aufzunehmen sind.

Das ist schlicht falsch.

Auf Seite 16 der Antragsschrift ist bereits aus den eigenen Unterlagen der Antragsgegnerin zu entnehmen:

*„..... Die als Arbeitshilfe zur Verfügung gestellten Altdaten des 1. Durchgangs der selektiven Biotopkartierung und weitere "Verdachtsflächen" können ebenso wie die flächendeckende CIR -Biotopkartierung und die Luftbilddaten **nur Anhaltspunkte** geben.“*

Unklar bleibt auch, was „selektiv“ genau bedeuten soll? Der Duden führt hierzu aus:

- „1. auf Auswahl, Auslese beruhend; auswählend*
- 2. (Funkwesen) trennscharf“*

Zunächst ist danach zu fragen, ob mit selektiv gemeint ist, dass die Vergabestelle auswählend (und trennscharf) vorab tätig war. Dies wird sie verneinen, denn sie ist anhand ihrer Unterlagen so zu verstehen, dass die Bewerber auswählend (und trennscharf) tätig werden sollen.

Damit hat die Vergabestelle aber die Leistung (bzw. deren Lösung, vgl. § 5 VgV) selbst nicht eindeutig und erschöpfend vorgegeben, sondern verlangt dies von den angefragten Bietern, die einen Preis letztlich ins Blaue „schießen“ in der Hoffnung, in ihrem Beruf arbeiten zu können.

Vgl. insoweit auch die Antragschrift vom 16.08.2011, S. 37, unten, wonach die Bewerber letztlich „alles“ prüfen müssen, wenn ihnen von der Vergabestelle nicht angegeben wird, was genau zu kartieren ist.

Damit bleibt es dabei, Verdachtsflächen sind – im Hinblick auf die dort erforderlichen Leistungsinhalte als auch im Hinblick auf die Lösung iSd § 5 VgV - als solche vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind.

Dies bedeutet letztlich, dass auf Grund der falschen oder ins Blaue gemachten Angaben der Antragsgegnerin zum Sachverhalt sowohl die Vergabekammer im Zuge der Amtsermittlung gefordert ist, wie auch,

Zu 3) Akteneinsicht,

die Antragstellerin auf Akteneinsicht angewiesen ist. Selbstverständlich sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schützenswert. Da die Antragsgegnerin mit diversen Begriffen leider sehr großzügig umgeht, mag sie dann bitte anführen, was sie darunter genau versteht. Hilfsweise mögen die 21 Bewerber befragt werden, welche Daten sie als problematisch ansehen.

Ich kann mir gut vorstellen, dass sich die Bewerber in Anbetracht des allgemein in dieser Berufsgruppe bestehenden Problems nicht auskömmlicher Preise und damit einhergehender Selbstausschöpfung im allgemeinen Berufsinteresse und in ihrem eigenen Interesse bereit erklären, hier keine Einwände gegen eine weitestgehende Offenlegung haben.

Ich rege höflich an, dass diese hierzu konkret befragt werden, möglichst unter Übermittlung der Schriftsätze oder wenigstens dieser Seite hier.

Denn es sind insoweit die Interessen der Bewerber betroffen, nicht die der Antragsgegnerin.

Höflich wird im Hinblick auf die der sehr speziellen technisch-fachlichen Fragen - letztlich zum Wesen der Biotopkartierung - und die leider allgemeinen, zu den Ausschreibungsunterlagen widersprüchlichen und ausweichenden Ausführungen der Antragsgegnerin die Beiziehung eines einschlägigen

Sachverständigen

angeregt.

Nach alledem ist antragsgemäß zu entscheiden.

Wiesner, LL.M.

Rechtsanwalt



LAND BRANDENBURG

Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten des Landes Brandenburg

vorab per Fax: 0671 / 2085

Gegen Empfangsbestätigung

Rechtsanwälte - Bürogemeinschaft

Wiesner & Riemer

Herrn Rechtsanwalt Michael Wiesner

Kreuzstraße 80

55543 Bad Kreuznach

[Anlage 10]

**Vergabekammer
des Landes Brandenburg**

beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten

- Der Vorsitzende -

Heinrich-Mann-Allee 107
14473 Potsdam

Bearb.: Herr Schumann

Gesch.Z.: VK 32/11

Telefon : (0331) 866 - 1617

Fax: (0331) 866 - 1652

Internet: <http://www.mwe.brandenburg.de>

hans-juergen.schumann@mwe.brandenburg.de

Bus X5, 601, 605, 606, 609, 612, 614, 631, 638,
639, 694, 695 / Tram 91 – 93, 96, X98, 99

Zug RE 1, RB 20 - RB 22 / S-Bahn S7

Potsdam, 5. September 2011

Nachprüfungsverfahren der Firma

./. Landesamt für Umwelt, Gesundheit und

Verbraucherschutz, Potsdam - OT Groß Glienicke

Ihr AZ.: 'Landesamt UGV Potsdam – 79 / 11 (MW)

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

in vorbezeichneter Angelegenheit wird im Hinblick auf Ihr Akteneinsichtsgesuch auf Folgendes hingewiesen:

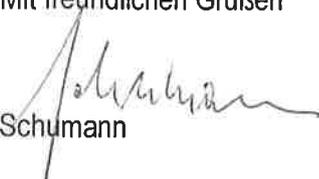
Bei der Bestimmung des Umfangs des Akteneinsichtsrechtes im Nachprüfungsverfahren ist das Geheimhaltungsinteresse der konkurrierenden Bieter gegenüber dem Rechtsschutzinteresse des um Akteneinsicht nachsuchenden Beteiligten unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes im Vergabeverfahren und des Grundrechts der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör abzuwägen.

Diese Abwägung führt dazu, dass Akteneinsicht in dem Umfang gewährt werden muss, in dem sie zur Durchsetzung der subjektiven Rechte der Beteiligten – beschränkt auf den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens – erforderlich ist. Ein Akteneinsichtsrecht besteht mithin lediglich bezüglich entscheidungsrelevanter Aktenbestandteile.

Ausschlaggebend für die Entscheidung der Vergabekammer dürfte der Inhalt der Bekanntmachung sowie der Vergabeunterlagen sein. Diese sind der Antragstellerin bekannt.

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im Hinblick auf ihr ergänzendes Rügevorbringen (S. 7ff. des Nachprüfungsantrages) zulässig ist. Es handelt sich dabei um Beanstandungen, die den Inhalt der Vergabeunterlagen betreffen und die spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe zu rügen waren, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB.

Mit freundlichen Grüßen


Schumann

RECHTSANWÄLTE ~ BÜROGEMEINSCHAFT
Kanzlei für Immobilien- und internationales Wirtschaftsrecht
Bad Kreuznach ~ Frankfurt a. M.

55543 Bad Kreuznach:
Kreuzstr. 80
Tel: 0671/2088
Fax: 0671/2085
kanzlei@wiesner-riemer.de
www.wiesner-riemer.de

RAe Wiesner + Riemer Kreuzstr. 80 55543 Bad Kreuznach

Vergabekammer des Landes Brandenburg beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
Heinrich-Mann-Allee 107
14473 POTSDAM

Michael Wiesner, LL.M.
(International Business)
Rechtsanwalt - Dipl.- Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter FH Mainz

Daniela Riemer
Rechtsanwältin

Michael Krolla
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jeanette Wiesner
Rechtsanwältin

60329 Frankfurt a. M.:
Kaiserstr. 79

Per Fax vorab: 0331- 866 – 1652

**Bad Kreuznach, den
09.09.2011**

Unser Zeichen:
/ Landesamt UGV Potsdam - 79/11 (MW)

VK 32/11

In Sachen

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: RA Michael Wiesner, Kreuzstr. 80, 55543 Bad Kreuznach

gegen

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam OT Groß Glienicke

- Antragsgegner -

trage ich auf das Schreiben der Vergabekammer vom 05.09.2011 wie folgt vor:

1. Akteneinsicht:

Abstrakt ist den Ausführungen der VK völlig zuzustimmen.

Zu schützen sind insoweit aber die Bieter, nicht die Vergabestelle. Daher mögen bitte die Bieter insoweit *konkret* befragt werden, was / wie von ihren Daten etwas preisgegeben werden kann.

Die Preise sind hier von Bedeutung, zumindest Ihre Art und Weise der Kalkulation. Anderenfalls vermag die Antragstellerin nicht sinnvoll auf den Vortrag der Vergabestelle zu erwidern, dass 21 bzw. 6 Bieter für Los 3 Preise abgegeben haben, mithin die Leistung nach Ansicht der Vergabestelle vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sein müsse.

Diese Ansicht der Vergabestelle ist nicht logisch im Sinne einer zwingenden Schlussfolgerung, da auch unbekannte Leistungen mit einem Preis versehen werden können, ohne jegliche Kalkulation, durch Raten und Suchen, ohne jegliche Bewertung der unklaren Leistungen selbst.

Hilfsweise möge eine anonymisierte, statistische Darstellung in Tabellenform genügen, aus der z. B. Standardabweichung, Varianz, Median o. a. ablesbar sind, ohne dass die Namen oder die genauen Preise erkennbar werden. Derartiges erstellt eine Vergabestelle ohnehin, um einen Überblick über die eingegangenen Angebote zu haben zwecks Entscheidungsfindung.

2. Rüge:

Der angesprochene § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB lautet:

(3) Der Antrag ist unzulässig, soweit ...

3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden, ...“

2.1 Verstöße

Zunächst ist festzuhalten, dass die detaillierten Darlegungen im Antragschriftsatz vom 16.08.2011 überwiegend Beispielscharakter haben und nur das konkretisieren, was in der Rüge vom 29.07.2011 ausgeführt ist. Daher befassen sich zahlreiche Beispielsfälle nur konkreter mit dem, was in der Rüge bereits bemängelt wird, nämlich dem Umstand, dass

die ausgeschriebenen Leistungen vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind.

In der Rüge ist auf Seite 2 angeführt:

*„Nur beispielhaft weisen wir darauf hin, dass weder die genauere Anzahl, noch die Qualität (Biotoptyp, früherer Erhaltungszustand), noch die **Flächenausdehnung** Sie verweisen in Ihrer „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“ auf einen **Altdatenbestand**, welcher Der tatsächlich zu leistende Umfang ist damit **offen** Sie sprechen von einer „selektiven Neukartierung“ ..., wobei Sie nicht weiter definieren ... was unter diesem Kartierungsbegriff zu verstehen ist. Der Begriff „selektiv“ zeigt bereits,“*

Auch die CIR-Luftbilder sind gerügt; diese stehen auf S. 11 der Rüge erneut, wenngleich etwas detaillierter.

Entsprechendes gilt für den auf S. 2 der Rüge angesprochenen Altdatenbestand, der wiederum detaillierter auf S. 11 der Antragsschrift behandelt wird.

Auf S. 4 der Rüge wird die Wortwahl wie „ggfs“, oder „nicht lediglich“ gerügt; dies geschieht ebenfalls in der Antragsschrift auf den S. 7 ff. Damit sind nach hiesiger Ansicht alle weiteren Formulierungen in Vergabeunterlagen, wo ebenfalls „ggfs.“ o. ä. auftaucht, ebenfalls gerügt, da nur Symptom eines grundlegenden Fehlers der Ausschreibung.

Ausdrücklich heißt es in der Antragsschrift auf S. 7, dass Bezug genommen wird auf die Rüge und dass möglichst nur neue Punkte angesprochen werden, um Doppelnennungen zu vermeiden.

Damit ist umfassend und für die Vergabestelle hinreichend erkennbar gerügt, was in der Antragsschrift auf den S. 7 ff. dann konkreter gefasst wird.

Würde die Vergabekammer diese Punkte unbeanstandet lassen und schriebe die Vergabestelle unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Leistungen erneut aus, so müsste die Antragstellerin sodann dies erneut rügen und zum Gegenstand eines neuen Verfahrens vor der Vergabekammer machen.

2.2 Umfangreiche Vergabeunterlagen spät erhalten

Wie ausgeführt hat die Antragstellerin sehr umfangreiches Datenmaterial erst einmal

- erhalten,
- dann sichten und sodann
- bewerten

müssen, damit Vergaberechtsverstöße „erkennbar“ iSd § 107 Abs. 3 GWB werden.

Dies erfordert seine Zeit.

Zunächst ist nach dem Beginn der Rügefrist zu fragen, in der etwas „erkennbar“ sein soll. Den Unternehmer trifft keine Pflicht zur *sofortigen* Prüfung der Vergabebekanntmachung oder ihm (früh) zugegangener Verdingungsunterlagen. Fristen dürfen bis zum letzten Moment ausgenutzt werden. Dass ein Unternehmen wegen der bereits übersandten Unterlagen die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme ihres Inhaltes hatte, genügt nicht. Es bestimmt selbst, wann es sich mit den Angebotsunterlagen inhaltlich auseinandersetzt. Es ist nicht verpflichtet, die Angebotsunterlagen unmittelbar nach Erhalt zu sichten. Ansonsten würde zudem derjenige, der die Unterlagen frühzeitig abfordert, zunächst in Urlaub fährt und diese Unterlagen erst einige Tage nach Erhalt am Tag X prüft, schlechter gestellt als derjenige, der erst später Unterlagen abfordert und erhält und diese sofort nach Erhalt, ebenfalls am Tag X, prüft.

Auf Seite 12 ff. des Antragsschriftsatzes wird die **Kartieranleitung Band 1 und 2** thematisiert.

Zunächst ist mir nicht klar, ob mit dem Schreiben der Vergabekammer vom 05.09.2011 und der Erwähnung der „S. 2 ff. des Nachprüfungsantrages“ auch diese Seiten gemeint sind.

Diese Unterlagen bestellte die Antragstellerin bei der Vergabestelle am 14.07.2011. Darüber hinaus hat die Antragstellerin auch beim LUGV, Frau Stach am 26.07.2011, wegen den fehlenden Unterlagen nachgefragt (siehe Emailschriften).

Diese Unterlagen erhielt die Antragstellerin erst am 28.07.2011 postalisch am Nachmittag (ca. 14.00 Uhr), mit einem Umfang von insgesamt über 800 (!) Seiten.

Diesen Text muss man auch erst einmal lesen.

Man wird der Antragstellerin daher nicht vorwerfen können, dass sie diese Unterlagen erst so spät erhielt. Das heißt: zum Zeitpunkt der Rüge am 29.07.2011 standen diese Informationen der Antragstellerin gerade erst einen Tag zur Verfügung und um keine Zeit

zu verlieren, schickte sie die Rüge in der vorliegenden Form erst einmal ab. Im Zeitraum vom 28.07.2011 bis zum Versand der von der Antragstellerin bereits vorbereiteten Rüge lassen sich keine über 800 Seiten prüfen und bewerten.

In solch einem kurzen Zeitraum sind Vergabefehler eben nicht „erkennbar“ iSd § 107 Abs. 3 GWB, s. a. unten, auch nicht bis zum 05.08.2011, als das Nichtabhilfes Schreiben der Vergabestelle kam.

2.3 Keine Erkennbarkeit

Dass, was an weiteren Details und „Neuem“ in der Antragschrift im Vergleich zur Rüge vorgetragen wird, war der Antragstellerin nicht erkennbar iSd § 107 Abs. 3 GWB.

Die Antragstellerin ist kein Vergaberechtlerin, sondern Ingenieurin.

Ausweislich der Rüge hat sie sich zwar selbst *punktuell* in Fachliteratur eingesehen, kann aber nicht sicher beurteilen, was letztlich unter eine Norm entscheidend zu subsumieren ist, was relevanter und was unrelevanter Sachverhalt ist und wie damit umzugehen ist.

In Anbetracht der Kürze der Zeit ist dies ohnehin nicht verwunderlich, sieht man u. a. die über 800 Seiten der Kartierungsanleitung und der übrigen Unterlagen.

Für die Antragstellerin war vieles nicht erkennbar, wie es dies für einen Vergaberechtler ist. Das haben die diversen Beratungen auch ergeben.

Dass die Antragstellerin diese Kartierungsanleitungen nicht schon früher hatte, kann ihr ebenfalls nicht vorgeworfen werden. Ansonsten läge eine Diskriminierung zu brandenburgischen Kartierern vor, die sich schon früher und mehrfach beworben haben.

Auch eine intensive Befassung mit einer Leistungsbeschreibung trägt nicht den sicheren Schluss, ein Unternehmen hätte z.B. die Mehrdeutigkeit einer Leistungsbeschreibung dabei schon erkannt,

OLG Düsseldorf, B. v. 28.02.2004 – Verg 35/03; VK Schleswig-Holstein, B. v. 16.06.2011 – VK-SH 07/11; VK Südbayern, B. v. 23.11.2006 – 32-10/06.

Insbesondere bei § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB prallen zwei Meinungen aufeinander, was „erkennbar“ ist :

- objektiver Maßstab: es ist auf die übliche Sorgfalt und durchschnittliche Kenntnisse eines Unternehmens abzustellen,
vgl. VK Arnsberg, B. v. 18.01.2008 – VK 1/08, jedoch nähert sie sich der Gegenmeinung und auch deren Folgen, da gleichzeitig konkretisierend zwischen erfahrenen Unternehmern und unerfahrenen Unternehmern unterschieden wird; 2. VK Bund, B. v. 31.07.2006 – VK 2-65/06; VK Baden-Württemberg, B. v. 28.10.2004 – 1 VK 68/04; OLG Stuttgart, B. v. 11.07.2000 – 2 Verg 5/00; NZBau 2001, 462; OLG Bremen, B. v. 07.11.2005 – Verg 3/05.
- subjektiver Maßstab: es ist auf die individuellen Kenntnisse des Unternehmens abzustellen,
vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 02.05.2007 – Verg 1/07; 1. VK Bund, B. v. 31.07.2007 – VK 1-65/07; 1. VK Brandenburg, B. v. 29.05.2006 – 1 VK 17/06.

Letztlich kann kein Dritter dem Unternehmer „in den Kopf schauen“.

Hintergrund der Rügeobliegenheit ist der Grundsatz von Treu und Glauben,

vgl. Nowak in Pünder / Schellenberg, § 107 GWB Rn. 51.

Dabei geht es gerade auch darum, ob dem Bewerber eine Erfüllung von Obliegenheiten zumutbar ist. Zumutbarkeit ist jedoch immer eine Frage der individuellen Situation der Beteiligten. Ist einem Unternehmen das Bestehen einer Obliegenheit nicht individuell erkennbar, ist deren Erfüllung nicht zumutbar. Die Vergabestelle ist der primäre Normenadressat des Vergaberechts; sie ist in erster Linie gehalten, die Normen des Vergaberechts einzuhalten. Nationale Ausschlussfristen und die Art und Weise ihrer Anwendung dürfen letztlich die Rechte, die Unternehmen nach EU-Vergaberecht bzw. GWB haben, nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, EuGH, Urteil vom 11.10.2007 – C-246/01; OLG München, Beschluss vom 04.04.2008 – Verg 4/08.

Beweisbelastet darüber, dass die Rüge bzgl. „erkennbar“ nicht rechtzeitig erfolgte, ist die Vergabestelle, denn der Antrag ist nur unzulässig, soweit (!) eine Erkennbarkeit der Antragstellerin vorzuwerfen ist; BGH, Beschluss vom 01.02.2005 – X ZB 27/04, NJW-RR 2005, 1439 = Vergaberech 2005, 328. Sie muss sich hierauf berufen.

Die Vergabestelle argumentiert aber nach wie vor, dass ja gar kein Vergabefehler vorliegt.

Wenn die (wohl auch nichtjuristischen) Fachleute der Vergabestelle dies so sehen oder ihre eigenen Texte mit „ggfs.“, „z. B.“, „insbesondere“, „ca.“ etc., deren Inhalte sie sehr gut kennen, dennoch anders bewerten, nämlich als vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, wird man der (nichtjuristischen) Antragstellerin schwerlich vorwerfen können, dass ihr aber die Vergaberechtsfehler „erkennbar“ (objektiv?) waren.

Will man objektive Maßstäbe anlegen, wird man dies auch zu bedenken haben.

M. a. W.: Wenn diese Vergabefehler selbst der Vergabestelle immer noch nicht erkennbar sind, wird man der Antragstellerin nicht vorhalten können, ihr wären diese (innerhalb weniger Tage) erkennbar gewesen.

Waren Vergabefehler nicht erkennbar, kommt es auf den Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung nicht an.

2.4. Entbehrlichkeit einer Rüge

Jedenfalls sind die Unklarheiten der Leistungsbeschreibung, die von der Vergabestelle mit „*ggfs., beispielsweise, insbesondere, optimal, Ermessen, Rücksprache, etc., z. B., ca.*“

umschrieben werden, lediglich Dinge, die zu unnötigen Wiederholungsrügen geführt hätten. Auch insoweit ist eine Rüge entbehrlich,

vgl. Nowak a. a. O. Rn. 54; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Bd. 2, § 107 GWB Rn. 66; BGH v. 26.09.2006 – X ZB 14/06.

Zudem wären weitere Rügen hierzu völlig aussichtslos und sinnlos gewesen, wenn auf die Rüge vom 29.07.2011 am 03.08.2011 die Mitteilung von der Vergabestelle kommt, man helfe (auch) diesen angeblich neuen Punkten wie „*ggfs*“ etc., doch nicht ab,

vgl. hierzu 2. VK des Bundes, B. v. 21.10.1999 – VK 2-26/99, NZBau 2000, 108 f.; Nowak a. a. O. Rn. 53.

Sinn und Zweck der § 107 Abs. 3 GWB – Regelung ist es, unnötige, evtl. zeitraubende und investitionshemmende Nachprüfungsverfahren zu vermeiden und der Vergabestelle vorab die Möglichkeit zur Selbstkorrektur zu geben,

vgl. Nowak in Pünder / Schellenberg, § 107 GWB Rn. 51.

Vorliegend haben wir aber ohnehin ein Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf zahlreiche andere Punkte, die in der Rüge angesprochen sind, also außerhalb der S. 7 ff. der Antragsschrift. Daher können diese angeblich (!) neuen Punkte auch gleich mitbehandelt werden, ohne dass der Vergabestelle insoweit eine neue Beschwer entsteht.

Vor allem handelt es sich ohnehin nicht um neue Aspekte auf den S. 7 ff., sondern um Ausprägungen der immer wieder gleichen Frage nach der vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschriebenen Leistung.

Eine Rüge ist nach Sinn und Zweck zudem entbehrlich,

„wenn selbst die Erfüllung der Rügeobliegenheit aus bestimmten Gründen nicht zur Verhinderung eines Nachprüfungsverfahrens beitragen könnte.“

vgl. Nowak a. a. O. Rn. 52.

Beispiel hierfür sind Kenntnisse aus einer Akteneinsicht.

Das ist im vorliegenden Fall, wenn man von neuen, da nicht gerügten Punkten ausgehen will, nicht anders. Wenn schon späte Kenntnisse aus einer Akteneinsicht eingebracht werden können, dann gilt dies *erst recht* für Vergaberechtsverstöße, die bereits in der Antragsschrift benannt werden.

Ein Nachschieben ursprünglich nicht erkannter Vergaberechtsverstöße ist also auch im laufenden Nachprüfungsverfahren möglich,

vgl. VK Sachsen, B. v. 10.06.2008 – 1/SVK/026-08, IBR 2008, 769.

Nach alledem ist antragsgemäß zu entscheiden.

Wiesner, LL.M.

Rechtsanwalt

Anlage 12

WIESNER **WR** RIEMER

RECHTSANWÄLTE ~ BÜROGEMEINSCHAFT
Kanzlei für Immobilien- und internationales Wirtschaftsrecht
Bad Kreuznach ~ Frankfurt a. M.

55543 Bad Kreuznach:
Kreuzstr. 80
Tel: 0671/2088
Fax: 0671/2085
kanzlei@wiesner-riemer.de
www.wiesner-riemer.de

RAe Wiesner • Riemer Kreuzstr. 80 55543 Bad Kreuznach

Vergabekammer des Landes Brandenburg
beim Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten
Heinrich-Mann-Allee 107
14473 POTSDAM

Michael Wiesner, LL.M.
(International Business)
Rechtsanwalt - Dipl.- Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter FH Mainz

Daniela Riemer
Rechtsanwältin

Michael Krolla
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jeanette Wiesner
Rechtsanwältin

60329 Frankfurt a. M.:
Kaiserstr. 79

Per Fax: 0331- 866 – 1652

Bad Kreuznach, den
29.09.2011

Unser Zeichen:
/ Landesamt UGV Potsdam - 79/11 (MW)

VK 32/11

In Sachen

- Antragsstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: RA Michael Wiesner

gegen

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz

- Antragsgegner -

möchte ich auf eine kürzlich vom OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.08.2011 – VII – Verg 36/11 getroffene Entscheidung hinweisen, die sich mit der Vergabe von Leistungen befasst, die die Bereitstellung und Bewerbung von Nachrichtenmeldungen und die Bereitstellung von entsprechendem Bild- und Tonmaterial betreffen.

Vorliegend geht es zwar um Biotopkartierung; die Ausführungen des OLG sind aber im Hinblick auf vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen von Interesse.

Die Ausführungen zu nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen unter Ziffer 2. lit. b) erlaube ich mir wiederzugeben zwecks Beschleunigung und Erleichterung:

„Die ausgeschriebenen Leistungen können jedoch nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. Damit ist der Inhalt der Aufgabenlösung gemeint.“

Demnach kommt es darauf an, ob die Vergabestelle im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits das Endprodukt der Biotopkartierung, vorab eindeutig und erschöpfend beschreiben kann. Dies ist hier zu verneinen.

Will eine Vergabestelle dies hingegen bejahen, müsste sie selbst die fix und fertige Biotopkartierung liefern, die sie eigentlich erst beschaffen will. Eine absurde Situation, da dann eine Ausschreibung nicht mehr notwendig wäre.

*„Nicht-Beschreibbarkeit ist in Betracht zu ziehen, wenn der Auftragnehmer aufgrund ihm zugestander Kognitions-, Bewertungs- und Gestaltungsspielräume die Aufgabenlösungen selbständig zu **entwickeln** hat. Dies bezieht sich insbesondere auf hochqualifizierte und geistig-schöpferische Leistungen, wie sie hier nachgefragt werden (...).“*

Genau dies findet vorliegend statt. Übertragen auf den hiesigen Fall ist die Aufgabenlösung nämlich die m. E. begrifflich zu kurz springende, also verkürzende Bezeichnung „Kartierung“ selbst. Diese Kartierung, also die Lösung zu erstellen ist mit großen Kognitions-, Bewertungs- und Gestaltungsräumen seitens der Bewerber verbunden, bevor das Ergebnis in eine Karte eingezeichnet wird.

Dies ist bei der Erstellung von Plänen von Architekten und Ingenieuren nicht anders, die unzweifelhaft der VOF unterfallen.

Dass hier die Bewerber etwas entwickeln sollen, unter Nutzung ihres Wissens und ihrer Erfahrung ist an den zahlreichen Formulierungen wie „ggf.“, „z. B.“, „insbesondere“ abzulesen. Hierzu sind seitens der Antragstellerin bereits Ausführungen und zahlreiche Zitate aus den Vergabeunterlagen erfolgt.

*„Dabei gibt der Auftraggeber - wie hier - lediglich **Zielvorstellungen** und einen **Leistungsrahmen** vor. Die konkrete, detaillierte **Aufgabenlösung** hat hingegen der **Auftragnehmer zu erarbeiten** (entweder allein oder auch im Benehmen oder Einvernehmen mit dem Auftraggeber, vgl. ...). Eine Leistung ist danach z.B. dann nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, wenn eine noch nicht existierende **Lösung** für die gestellte Aufgabe **gesucht** wird (...).“*

Die von der Antragsgegnerin gewünschte Lösung ist eine fachlich einwandfreie Biotopkartierung, die derzeit noch nicht vorliegt. Die umfangreiche Hinweise in Band 1 und Band 2 für die Biotopkartierung im Land Brandenburg geben nur Zielvorstellungen und einen Leistungsrahmen wieder. Die vorhandenen digitalen Daten auf Grund früherer Biotopkartierungen und Luftaufnahmen sind lediglich Darstellungen des noch zu bearbeitenden Vertragsgegenstands, also Be- und Überarbeitungsgegenstand.

„Dabei mögen zwar einzelne Schritte oder Parameter der Auftragsausführung beschrieben werden können, die inhaltliche Lösung der Aufgabe, mithin das Ergebnis der Auftragsausführung, kann aber nicht ausreichend konkretisiert werden, es sei denn, der Auftraggeber nähme einen zumindest wesentlichen Teil der Aufgabenlösung vorweg, löste die Aufgabe also teilweise selbst, um die Leistung entsprechend genau beschreiben zu können (...).

Die o. g. Hinweise in Band 1 und Band 2 und vorhandenes Altmaterial aus früheren Biotopkartierungen ist gerade noch keine Endlösung der Biotopkartierung, wie sie die Antragsgegnerin wünscht. Es sind auch keine Teilleistungen, da Flächen eben nicht endgültig, fix und fertig, bearbeitet sind, sondern in Teilbereichen nur einen früheren Zustand wiedergeben und Aufgabenstellung gerade ist, diese Altdateien und weitere Verdachtsflächen zu überprüfen. Dies schreibt die Antragsgegnerin ja selbst in der Leistungsbeschreibung vom 23.05.2011 c) *„...Es handelt sich nicht lediglich um eine Überprüfung/Überarbeitung bereits früher erhobener Biotope; vorhandene Altdateien sind aber auszuwerten und ggf. zu aktualisieren und einzuarbeiten.“*

„... Bei der Frage, ob eine Aufgabenlösung eindeutig beschreibbar ist, hat der Auftraggeber keinen Beurteilungs- oder Entscheidungsspielraum. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der objektiv entweder gegeben ist oder nicht. Dabei ist auf den Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens abzustellen. In diesem Zeitpunkt vorhandene subjektive tatsächliche oder fachliche Schwierigkeiten des Auftraggebers, die Aufgabenlösung eindeutig zu beschreiben, rechtfertigen nicht, die Lösung in der Leistungsbeschreibung offen zu lassen oder in ein Verhandlungsverfahren auszuweichen. Kognitions- oder Erfahrungsdefizite hat der Auftraggeber durch Aufklärung, gegebenenfalls durch Zuziehen externer sachverständiger Hilfe, zu beseitigen, nicht aber darf er sie gewissermaßen in das Vergabeverfahren "mitnehmen", sofern nicht die Lösung der Aufgabe im Verhandlungsverfahren geklärt werden soll.“

Dass die Vergabestelle vorliegend Schwierigkeiten hat, die fertige Lösung einer Biotopkartierung vorab zu beschreiben, entbindet sie nicht von der Pflicht, diese Lösung dennoch den Bewerbern mitzuteilen. Wenn sich die Lösung von der Vergabestelle im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens aber nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben lässt, dann ist das eben so und die Konsequenzen sind hieraus zu ziehen, nämlich ein Verhandlungsverfahren nach VOF.

„Im Streitfall ist eine eindeutige und erschöpfende Beschreibbarkeit der Aufgabenlösung zu verneinen. Die Lösung der gestellten Aufgaben ... entzieht sich einer detaillierten inhaltlichen Beschreibung. Hinsichtlich des konkreten Gegenstands der Leistung und ihrer redaktionellen Gestaltung, über den Inhalt von Nachrichtmeldungen und deren Platzierung sowie über den

Anlass und die Motive der Erhebung von Bild- und Tonmaterial sowie dessen redaktionelle Bearbeitung lassen sich in Ermangelung jedweder Vorhersehbarkeit keine abstrakt-generalisierenden Festlegungen treffen, zumal all dies entscheidend unter anderem auch von Art und Qualität der jeweiligen Begebenheiten, über die berichtet werden kann, von deren Aktualität und Andauer sowie von dem Ergebnis eines in jedem einzelnen Fall anzustellenden Abwägungsprozesses hinsichtlich des Ob und des Wie einer Veröffentlichung oder der Erzeugung eines Bild- oder Tonträgers abhängig ist.“

Wie im vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall zu journalistischen Leistungen lässt sich auch im Fall der Biotopkartierung ohne eine Vor-Ort-Besichtigung und fachliche Bewertung, d. h. der Leistungserbringung, das Endprodukt, eine Biotopkartierung nicht vorhersehen. Davon geht auch die Vergabestelle aus; denn anderenfalls hätte sie diese Leistungen nicht ausgeschrieben, um genau solch eine Einschätzung und fachliche Bewertung einer in jedem einzelnen Fall der Geländeerkundung anzustellende Abwägung zu erhalten.

„Folgerichtig ist weder eine solche noch eine Klärung der Aufgabenlösung im Verhandlungsverfahren zu erwarten. Mit welchen zusätzlichen inhaltlichen Klarheiten oder Konkretisierungen durch Verhandlungen gerechnet werden kann, ist dem Vortrag des Amtes auch nicht zu entnehmen. In den Vergabeunterlagen und in den Vertragsentwürfen sind infolgedessen lediglich die Zielvorstellungen und die Rahmenbedingungen der Aufgabenlösung festgelegt worden. Im Übrigen sieht der den Vergabeunterlagen beigelegte Entwurf eines Vertrages ... die Selbständigkeit der Ausführung durch den Auftragnehmer vor:

Die von ihm geschuldeten Leistungen erbringt der Auftragnehmer ... selbständig und nach seinem pflichtgemäßen Ermessen. Tätigkeitsort und -zeit bestimmt im Einzelnen bestimmt der Auftragnehmer selbst.

...“

Im entschiedenen wie im vorliegenden Fall lässt sich die Lösung, nämlich eine Biotopkartierung, auch nicht im Rahmen des vergaberechtlichen Verhandlungsverfahrens finden, sondern erst im Zuge der Bearbeitung nach Auftragserteilung.

Die Vergabeunterlagen etc. enthalten auch hier nur Orientierungspunkte, nicht aber die fertige Lösung in Gestalt einer endgültigen, aktuellen Biotopkartierung, die die Bewerber fachlich selbstständig, nach ihrem fachlichen, pflichtgemäßen Ermessen erbringen sollen.

Mangels Vorhersehbarkeit der Lösung durch eine noch zu erbringende Biotopkartierung ist dementsprechend auch der damit einhergehende Bearbeitungsaufwand nicht vorhersehbar und somit auch nicht kalkulierbar. Dementsprechend ist auch der fix

anzugebende Vertragspreis vorab für die Bewerber nicht ermittelbar. Eine präzise, vorherige Angabe eines Festpreises ist daher nicht möglich.

Der Vertragspreis entsteht also nicht aus einem vorher festgelegten Stundenpreis und dem tatsächlichen, konkret erforderlichen Stundenaufwand, sondern durch eigene Einschätzung der Anzahl der Bearbeitungsstunden durch die Bewerber.

Diese zu erwartenden Stunden kann die Antragstellerin mangels Vorhersehbarkeit der Leistung aber nicht kalkulieren.

Dadurch wird sowohl gegen das Wettbewerbsprinzip verstoßen als auch gegen die Chancengleichheit. Denn den Zuschlag erhält nicht derjenige, der die beste Leistung erwarten lässt bei günstigstem Stundensatz, sondern derjenige, der die geringste Stundenanzahl angibt und den geringsten Stundensatz, unabhängig davon, ob die „geratene“ Stundenanzahl für die konkret erforderlich werdende Leistung zutreffen wird oder nicht.

Dass als angeblicher Beleg für die Qualität der Bewerber auch deren Stundenanzahlschätzung gewertet werden soll, ändert angesichts der hohen Gewichtung des Preises als Zuschlagskriterium nichts wesentliches.

Nach alledem ist antragsgemäß zu entscheiden.



Wiesner, LL.M.

Rechtsanwalt



LAND BRANDENBURG

Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten des Landes Brandenburg

vorab per Fax: 0671 / 2085
Gegen Empfangsbestätigung
Rechtsanwälte - Bürogemeinschaft
Wiesner & Riemer
Herrn Rechtsanwalt Michael Wiesner
Kreuzstraße 80

55543 Bad Kreuznach

Anlage 13

**Vergabekammer
des Landes Brandenburg**
beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
- Der Vorsitzende -
Heinrich-Mann-Allee 107
14473 Potsdam

Bearb.: Herr Schumann
Gesch.Z.: VK 32/11
Telefon : (0331) 866 - 1617
Fax: (0331) 866 - 1652
Internet: <http://www.mwe.brandenburg.de>
hans-juergen.schumann@mwe.brandenburg.de

Bus X5, 601, 605, 606, 609, 612, 614, 631, 638,
639, 694, 695 / Tram 91 - 93, 96, X98, 99
Zug RE 1, RB 20 - RB 22 / S-Bahn S7

Potsdam, 15. September 2011

Nachprüfungsverfahren der Firma

**./. Landesamt für Umwelt, Gesundheit und
Verbraucherschutz, Potsdam - OT Groß Glienicke**

Ihr AZ.: / Landesamt UGV Potsdam - 79 / 11 (MW)

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

in vorbezeichneter Angelegenheit wird die Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1
S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bis zum

14. Oktober 2011

verlängert.

Die Entscheidungsfrist des am 16. August 2011 bei der Vergabekammer einge-
gangenen Nachprüfungsantrages läuft am 20. September 2011 ab.

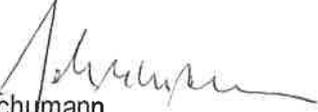
Wegen vorrangig durchzuführender Nachprüfungsverfahren ist die Verlängerung
bis zu dem genannten Termin erforderlich.

Seite 2

**Vergabekammer
des Landes Brandenburg**
beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
- Der Vorsitzende -

Die mündliche Verhandlung findet voraussichtlich in der 41. Kalenderwoche statt.
Eine Ladung erfolgt mit gesondertem Schreiben.

Mit freundlichen Grüßen


Schumann



LAND BRANDENBURG

Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten des Landes Brandenburg

vorab per Fax: 0671 / 2085

Gegen Empfangsbestätigung

Rechtsanwälte - Bürogemeinschaft

Wiesner & Riemer

Herrn Rechtsanwalt Michael Wiesner

Kreuzstraße 80

55543 Bad Kreuznach

Anlage 14

**Vergabekammer
des Landes Brandenburg**

beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten

- Der Vorsitzende -

Heinrich-Mann-Allee 107

14473 Potsdam

Bearb.: Herr Schumann

Gesch.Z.: VK 32/11

Telefon : (0331) 866 - 1617

Fax: (0331) 866 - 1652

Internet: <http://www.mwe.brandenburg.de>

hans-juergen.schumann@mwe.brandenburg.de

Bus X5, 601, 605, 606, 609, 612, 614, 631, 638,

639, 694, 695 / Tram 91 – 93, 96, X98, 99

Zug RE 1, RB 20 - RB 22 / S-Bahn S7

Potsdam, 4. Oktober 2011

Nachprüfungsverfahren der Firma

**Landesamt für Umwelt, Gesundheit und
Verbraucherschutz, Potsdam - OT Groß Glienicke**

Ihr AZ.: / Landesamt UGV Potsdam – 79 / 11 (MW)

Anlage: Anfahrt zum Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten des Landes Brandenburg

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

in vorbezeichneter Angelegenheit lade ich Sie zur mündlichen Verhandlung

am 13. Oktober 2011

um 10.00 Uhr

in die Vergabekammer
beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
Haus 6, Zimmer 308 (Dachgeschoss)
Heinrich-Mann-Allee 107
14473 Potsdam.

Im Falle des Nichterscheinens oder der nicht ordnungsgemäßen Vertretung kann ohne Sie in der Sache verhandelt und entschieden werden, § 112 Abs. 2 GWB.

Nach § 112 Abs. 1 S. 3 GWB kann mit Zustimmung der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten entschieden werden. Einverständniserklärungen sind bis zum

7. Oktober 2011, 12.00 Uhr

- gegebenenfalls per Fax - zu übersenden.

Sollten alle Verfahrensbeteiligten auf eine mündliche Verhandlung verzichten, wird der o. g. Termin rechtzeitig aufgehoben.

Etwaige Stellungnahmen sind ebenfalls bis zum **7. Oktober 2011, 12.00 Uhr** der Vergabekammer per Fax mitzuteilen (§ 113 Abs. 2 S. 2 GWB).

Auf dem Gelände der Landesregierung besteht keine Parkmöglichkeit. Parkhäuser befinden sich in den Bahnhofspassagen bzw. Parkstellplätze gegenüber dem Parkhaus Bahnhofspassagen (siehe Anlage). Die Parkplätze sind gebührenpflichtig. Es wird empfohlen, den ÖPNV zu nutzen.

Mit freundlichen Grüßen


Schumann

**Vergabekammer
des Landes Brandenburg**
beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
VK 32/11

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren betreffend die landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen – Los 3 (Oberhavel III),

Verfahrensbeteiligte:

1.

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Michael Wiesner,
Kreuzstraße 80,
55543 Bad Kreuznach,

Antragstellerin,

2. Land Brandenburg, vertreten durch
das Ministerium für Umwelt, Gesundheit
und Verbraucherschutz, dieses vertreten
durch das Landesamt für Umwelt,
Gesundheit und Verbraucherschutz,
vertreten durch den Präsidenten
Prof. Dr. Matthias Freude,
Seeburger Chaussee 2,
14476 Potsdam, OT Groß Glienicke,

Auftraggeber,

hat die Vergabekammer aufgrund der mündlichen Verhandlung am 13. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Ministerialrat Schumann, die hauptamtliche Beisitzerin Oberregierungsrätin Rollert und die stellvertretende ehrenamtliche Beisitzerin Trzewik beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Gebühr für das Verfahren wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt und mit dem eingezahlten Kostenvorschuss verrechnet.

Gründe

I.

Der Auftraggeber schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 17. Juni 2011 die landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen außerhalb von FFH-Gebieten und Großschutzgebieten nach den Vorgaben der Kartierungsanleitung zur Biotopkartierung in Brandenburg als Dienstleistungsauftrag im Offenen Verfahren europaweit aus. Es erfolgte eine Aufteilung in 7 Lose. Los 3 – „Oberhavel III“ – ist in der Bekanntmachung beschrieben mit „selektive Kartierung“, „ca. 390 km² TK-Fläche“ und „ca. 1200 Biotope“. Als Zuschlagskriterien benannte der Auftraggeber den Preis (Wichtung 50%) sowie die angemessene Zeitkalkulation der einzelnen Arbeitsschritte (Wichtung 50%), Ziff. IV.2.1) der Bekanntmachung. Unter Ziff. VI.4.2.1 benannte er die Vergabekammer des Landes Brandenburg als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren.

Am 6. Juli 2011 korrigierte der Auftraggeber seine Bekanntmachung. Im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit forderte er Referenzen zum Nachweis von u.a. Erfahrungen mit der Brandenburgischen Biotopkartierungsmethode sowie der Datenbankverarbeitung von Biotopdaten/ LRT-Daten (Brandenburgisches Erfassungsprogramm BBK), Ziff. III.2.3) der Bekanntmachung.

Die Zuschlagskriterien korrigierte er hinsichtlich ihrer Wichtung (Preis 70% - Qualität 30%). Das Zuschlagskriterium Qualität erläuterte er nunmehr als „kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte“.

Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 10. August 2011, 10.00 Uhr, Ziff. IV.3.4) der Bekanntmachung.

Gemäß Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes waren mit dem Angebot u.a. einzureichen ein Preisangebot (Angebotstabelle) auf der Basis der geschätzten Gebiete, ein Preisangebot für den Leistungszeitraum 1. September 2011 bis 30. November 2011 sowie ein Preisangebot für den Leistungszeitraum 1. Dezember 2011 bis 30. November 2012.

Den Bietern standen u.a. folgende Unterlagen zur Verfügung:

- die „Anlage Leistungsbeschreibung“ mit den Teilabschnitten Ausgangssituation, Leistungsbeschreibung, Materiell-technische Vorgaben und Grundlagendaten des Auftraggebers (LUGV), Zeitraum, Leistungsumfang und Flächen sowie Anlagen (Anlage 1: Gebietsliste/ Loseinteilung mit Angaben zu den zu

bearbeitenden TK-Blättern sowie zur Flächencharakteristik; Anlage 2: Erfassungsbögen – unter Hinweise auf eine entsprechende Internetseite; Anlage 3: Maßnahmenkatalog zur Planung; Anlage 4: Vorgaben für die Fotodokumentation; Anlage 5: Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift),

- Biotopkartierung Brandenburg, Band 1 – Kartieranleitung und Anlagen sowie Band 2 – Beschreibung der Biotoptypen,
- fortlaufend geführter Katalog „Fragen und Antworten zur Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung in Brandenburg“,
- Hinweis auf die Internetseite www.luis-bb.de (Naturschutz/ Schutzgebietsinformationen) – FFH-Gebietsgrenzen und GSG-Grenzen, S/W DOP-Luftbilder und CIR-Luftbildinterpretation, zur Erleichterung der Kalkulation.

Mit diversen Beanstandungen, betreffend die Lose 1 bis 7, wandte sich die Antragstellerin am 29. Juli 2011 an den Auftraggeber:

Sie rüge die Wahl der VOL als Grundlage für das Verfahren. Der Auftraggeber habe ein Verhandlungsverfahren nach VOF durchzuführen. Die nachgefragten Leistungen seien im Sinne von § 5 Satz 2 VgV vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar. Dies ergebe sich aus mehreren Merkmalen der Leistungen. Nur beispielhaft weise sie darauf hin, dass weder die genauere Anzahl, noch die Qualität (Biotoptyp, früherer Erhaltungszustand), noch die Flächenausdehnung der zu erfassenden und zu bewertenden Biotope benannt würden und auch nicht benannt werden könnten. Damit stehe die Lösung der Aufgabe vorab nicht fest, sie entwickle sich erst durch die Leistung während der Projektbearbeitung.

Der Auftraggeber verweise in seiner „Anlage Leistungsbeschreibung“ auf einen Alt-datenbestand, welcher hauptsächlich mittels der Interpretation von „CIR-Luftbildern“ und nur in geringem Umfang durch konkrete Geländeerhebungen ermittelt worden sei. Mittels Interpretation von CIR-Luftbildern könnten aber lediglich „Biotop-Verdachtsflächen“ vorermittelt werden. Der tatsächlich zu leistende Umfang sei damit offen und erst durch die eigentliche Erbringung der Leistung bestimmbar.

Hinzu komme, dass im Rahmen des Auftrages ... besonders geschützte, sogenannte „FFH-Lebensraumtypen“ zu erfassen seien. Dazu gehörten auch aufgrund ihrer Flächenausdehnung durchaus kalkulationsrelevante Biotoptypen, die bei früheren Biotopkartierungen im Land Brandenburg überhaupt nicht erfasst worden seien. Der Auftraggeber gebe keine Informationen, welcher Anteil hier einzukalkulieren sei.

Der Auftraggeber definiere nicht und könne auch vorab nicht definieren, was unter dem Begriff „selektive Neukartierung“ zu verstehen sei. Der Begriff „selektiv“ zeige bereits, dass hier eine sachverständige Würdigung in enger Absprache mit dem Auftraggeber zu erfolgen habe. Da die Natur durch die Kartierung in ein Schema zu pressen sei, sei hier ein hohes Maß an Kreativität erforderlich. Der Begriff der „Neukartierung“ sei unklar. Es könne einerseits der Eindruck entstehen, dass sich die Bieter ... nur auf „biotoprelevante“ Ausschnitte der ausgeschriebenen Kartierungsgebiete zu beschränken hätten. Andererseits könne aber auch gemeint sein, dass das Kartierungsgebiet flächendeckend und umfassend begangen bewertet werden müsse, dann auch wahrscheinlich wiederholt.

Die von dem Auftraggeber im Internet veröffentlichten Biotop-Bestandsdaten beinhalten Ergebnisse aus den aktuellen Biotopkartierungen (2007ff.) in den Landkreisen Elbe-Elster, Havelland und Märkisch-Oderland. Aufgrund der sehr unterschiedlichen Flächengrößen von Biotopen würden sich erhebliche Unterschiede bei der Kalkulation des Zeitaufwandes für die Kartierung und Erfassung ergeben. Aus der Angabe der Anzahl der Biotope lasse sich keine Aussage darüber ableiten, welcher Aufwand mit der Kartierung und Erfassung eines einzelnen Biotops verbunden sei.

Nach der „Anlage Leistungsbeschreibung“ seien Absprachen erforderlich, wie mit einzelnen Biotopen umzugehen sei. Es gebe einen Katalog („Fragen und Antworten zur Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung in Brandenburg“), der sehr umfangreich sei und „fortlaufend“ fortgeschrieben werde. Der Blick in den Katalog zeige, dass eine ständige Abstimmung mit dem Auftraggeber auch weiterhin stattzufinden habe. Dies zeige erneut, dass die Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sei. Hinzu komme, dass die Antragstellerin mit dem jetzt vorliegenden Stand kalkulieren solle und dann bei der Kartierung der Stand gelten solle zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe. Dies bedeute aber, dass zwingend Auftragsgespräche zu führen seien, denn die Veränderungen in der Zeit zwischen Angebotslegung und Auftragsvergabe wären ihr darzulegen und zu erläutern, die Veränderungen dann in einem neuen Angebot zu bewerten.

Die „Anlage Leistungsbeschreibung“ führe aus: ... „Es handelt sich nicht lediglich um eine Überprüfung/ Überarbeitung bereits früher erhobener Biotope; vorhandene Altdaten sind aber auszuwerten und ggf. zu aktualisieren und einzuarbeiten.“ Mit der Formulierung „nicht lediglich“ sage der Auftraggeber nicht hinreichend klar aus, wie die Leistung genau aussehen solle. Vor allem die weitere Wortwahl „ggf.“ zeige, dass sie keine Kalkulation vornehmen könne.

Die Formulierung: ...“ Die Kartierung erfolge zum Zeitpunkt der optimalen Vegetationsentwicklung (z. B. dürfen aquatische Bereiche nicht im zeitigen Frühjahr kartiert werden, da die Wasserpflanzenvegetation dann noch nicht ausgeprägt ist).“.... zeige, dass der Auftraggeber eine Beurteilung erwarte, wann der „optimale Zeitpunkt“ gegeben sei. Dies könne die Antragstellerin erst endgültig wissen, wenn sie vor Ort die Begehung durchführe. Hier könne es somit passieren (und passiere auch regelmäßig), dass doppelte Begehungen durchgeführt werden müssten. Diesen etwaigen Aufwand könne sie nicht kalkulieren.

Kartierungsanleitung, Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift würden lediglich die Methode der Vorgehensweise (und dies nur unzureichend), d. h. „wie“ eine Leistung zu erbringen sei, beschreiben, nicht aber ihr „ob“ oder das „was“. Zum Beleg dafür verweise sie nur beispielhaft auf Anlage 5 „Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift – Biotoptypen- und Lebensraumtypenkartierung Brandenburg“:

„Im Einzelfall ist die Entscheidung „Fläche“ oder „Punkt“ (auch bei Biotopen < 0,5 ha) im Rahmen des gutachterlichen Ermessens fachlich abzuwägen. ... Auftretende Probleme sind frühzeitig mit dem AG zu klären. Darunter fallen z. B. offensichtliche Widersprüche zwischen der Lage kartierter Objekte und topografischen Grundlagendaten...Im Regelfall ist bei flächenhaften Objekten, z. B. Wäldern, eine innere Differenzierung vorzunehmen...; bei linearen Objekten sind i. d. R. neue Abschnitte zu bilden... . In jedem Fall sind Plausibilitätskontrollen gegen das DOP vorzunehmen (insbesondere Vollständigkeit, Lagegenauigkeit).“

Hier spreche der Auftraggeber von „gutachterlichem Ermessen“, „auftretende Probleme sind mit dem AG zu klären“, von Handlungen, die „im Regelfall“ vorzunehmen, die „i. d. R. zu bilden oder die „insbesondere“ zu beachten seien. All diese offenen Formulierungen machten ihr eine Kalkulation ohne weitere Verhandlungen unmöglich und zeigten, dass die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben sei und auch nicht beschrieben werden könne.

Weiterhin rüge sie die Zuschlagskriterien. Deren Angabe sei nicht transparent. Ihr sei nicht klar, was der Auftraggeber zum Kriterium 2 erwarte. Wolle er eine möglichst schnelle Erfassung, dann würde sie hier wenige Stunden eingeben, denn sie könne sehr schnell arbeiten, wenn es der Auftraggeber wünsche. Oder wolle er eine hohe Anzahl von Stunden, dann würde sie viel Zeit einkalkulieren, denn sie könne auch langsamer und damit auch deutlich gewissenhafter und vertiefter arbeiten. Dabei sei allerdings nicht erkennbar, was die Anzahl der anzugebenden Stunden mit Qualität zu tun habe. Sie könne allenfalls ein Indiz für Qualität sein.

Sie rüge auch die Eignungskriterien, die offensichtliche Ausschlusskriterien seien und in unzulässiger Weise den Wettbewerb beschränkten. Mit dem ausschließlichen Bezug auf Brandenburg beschränke der Auftraggeber den Wettbewerb auf Freiberufler, die bereits Erfahrungen in Brandenburg und das speziell mit der Methode und dem Erfassungsprogramm des Auftraggebers haben. Dies sei objektiv nicht gerechtfertigt. Sie könne auch Erfahrungen in anderen Bundesländern mit vergleichbaren Methoden und vergleichbaren Erfassungsprogrammen nachweisen. Die in Brandenburg anzutreffenden, landesweit geschützten Biotoptypen bzw. FFH-Lebensraumtypen seien auch in vielen weiteren Bundesländern anzutreffen (z. B. Hessen, Bayern, Baden-Württemberg).

Weiterhin rüge sie die gewünschte Form des Preisangebots. Der Auftraggeber erwarte eine Aufteilung des Preisangebots im Jahr 2011 und im Jahr 2012. Gleichzeitig gebe er aber an keiner Stelle Hinweise, wie eine Aufteilung auf die unterschiedlichen Zeiträume vorzunehmen sei. Er gebe auch keine Hinweise, dass es ggf. ihr überlassen sei, wann sie die Leistung erbringen wolle.

Der Auftraggeber wies die Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 3. August 2011 zurück.

Die langjährige Erfahrung bei der Vergabe von Kartierungsleistungen habe gezeigt, dass anhand der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers sowie der Anlagen hinreichend vergleichbare Angebote abgegeben werden könnten, ohne dass Verhandlungen oder Rücksprachen zwischen dem Auftraggeber und Auftragnehmer erforderlich wären. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ diene zur Wertung, ob die angesetzte Anzahl von Stunden zur Erledigung der einzelnen Teilschritte ausreichend kalkuliert wurde. Hierzu würden Erfahrungswerte der letzten Jahre vorliegen. Die Anzahl der jeweils angesetzten Stunden für die einzelnen Arbeitsschritte lasse dabei auch Rückschlüsse auf die seitens der Antragstellerin erwähnte Bearbeitungsintensität zu. Die Brandenburgische Kartier- und Erfassungsmethodik unterscheide sich in ihrer Spezifik und Komplexität deutlich von der Methodik anderer Bundesländer. Vorhandene Erfahrungen würden den intensiven Betreuungs- und Kontrollaufwand durch die Fachbereiche erleichtern. Die jährliche Planung und Festlegung der Haushaltsmittel entsprechend der Haushaltsordnung für Brandenburg erfordere eine Preiskalkulation entsprechend der Haushaltsjahre. Der einzureichende Terminplan mit der Auswei-

sung abrechenbarer Teilleistungen ermögliche die Vereinbarung von Teilrechnungen im Werkvertrag.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 16. August 2011 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Brandenburg, beschränkt auf das Los 3, gestellt.

Zum Zuschlagskriterium „Preis“ meint sie, anhand der Leistungsbeschreibung bzw. Aufgabenbeschreibung sei unklar, welche Leistungen der Auftraggeber jeweils genau wünsche. Sei damit der Gesamtpreis gemeint, sei sie gehalten, bei Annahme einer gewissenhaft erwarteten Arbeit eine zu hohe Anzahl an Stunden (Menge) bei der Bildung des Gesamtpreises in Ansatz zu bringen. Dann laufe sie Gefahr, den mit 70 % bewerteten Preis aufgrund eines zu hohen Mengenansatzes nicht erteilt zu bekommen. Nehme man hingegen an, dass der Auftraggeber damit den Einheitspreis pro Arbeitsstunde meine, komme es auf das zweite Zuschlagskriterium an, so wie es der Auftraggeber verstehe, nämlich mit dem Ansatz der kalkulierten Stundenanzahl.

Es sei unklar, was der Auftraggeber unter „Arbeitsschritte“ (Zuschlagskriterium Qualität) genau verstehe. Es sei auch unklar, wie die Qualität genau ermittelt werde, wenn anhand der Leistungsbeschreibung schon unklar sei, welche Leistungen genau erwartet werden.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag ergänzt die Antragstellerin zudem ihr Rügevorbringen im Hinblick auf die „Anlage Leistungsbeschreibung“ sowie Band 1 und 2 der Biotopkartierung Brandenburg. Sie führe nunmehr – ergänzend zu den in der Rüge nur beispielhaft aufgeführten Unklarheiten und Unsicherheiten in der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers – alle wesentlichen Unklarheiten und Unsicherheiten auf. Dies habe erst nach genauerer Analyse des vorliegenden umfangreichen Materials in der nachfolgenden Genauigkeit erfolgen können. Wegen der Einzelheiten dieses Vorbringens wird auf die Seiten 7ff. des Nachprüfungsantrages verwiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Auftraggeber zu verpflichten, die Ausschreibung der Biotopkartierungsleistungen „Landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen“, Los 3, Bezeichnung Oberhavel III, gemäß VOF – Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen vorzunehmen,
2. hilfsweise den Auftraggeber zu verpflichten, nach der Auffassung der Vergabekammer auf anderem Wege die gerügten Vergaberechtsverletzungen abzustellen,
3. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
5. dem Auftraggeber die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Auftraggeber beantragt,

den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig zurückzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil das Los 3 allein nicht den maßgeblichen EU-Schwellenwert erreiche. Hinsichtlich des Loses 3 seien dem Auftraggeber sechs Angebote und insgesamt 21 Angebote zugegangen. Die Durchführung der zu beauftragenden freiberuflichen Leistung könne im Sinne des § 5 Satz 5 VgV beschrieben werden. Dafür spreche, dass die Leistung in der Leistungsbeschreibung hinreichend konkretisiert werde. Insbesondere werde die Durchführung der Leistung anhand der Kartieranleitung „Biotopkartierung Brandenburg“, der vorgegebenen Erfassungsbögen und der „Handlungsanleitung sowie Digitalisierungsvorschrift“ vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben, sodass die Bieter Angebote abgeben könnten und auch konnten, die ohne weitere Rückfragen und Verhandlungen aus sich heraus von der Vergabestelle bewertet werden könnten. Das Ergebnis der Leistungen – die Eintragung der gefundenen Biotop- und Lebensraumtypen in die vorgegebenen Erfassungsbögen sowie die anschließende Digitalisierung – erfordere umfassende botanische Kenntnisse sowie Fachkenntnisse in Bezug auf Kartierungsmethoden und Datenverarbeitung, aber keine eigene geistig-schöpferische Leistung. Die Lösung der Aufgabe „Biotopkartierung“ entwickle sich nicht durch eine geistig-schöpferische Leistung bei der Durchführung der Kartierung, sondern sie entstehe durch die Anwendung des Fachwissens auf die vorgefundenen Biotope und deren Einstufung nach der vorgegebenen Anleitung zur Kartierung. Erfahrungen der vergangenen Jahre hätten gezeigt, dass Bietergespräche, die nach der VOF vorgesehen sind, nicht notwendig gewesen seien, um hinreichend vergleichbare Angebote zu erstellen. Eine Aufklärung hinsichtlich der genauen Flächenanzahl und der genauen Flächengröße ließe sich auch im Rahmen eines Bietergespräches nicht erreichen. Nach Auffassung des Auftraggebers könne eine Kalkulation mit durchschnittlichen Biotopgrößen erfolgen. Die in der Leistungsbeschreibung genannten Angaben zur Flächencharakteristik würden auf einer ersten umfassenden Auswertung aller zur Verfügung stehenden Daten im Landesamt beruhen. Erfahrungsgemäß würden die in der Leistungsbeschreibung gemachten Angaben – bei Los 3 ca. 390 km² auszuwertende TK-Fläche, ca. 1200 Biotope – eine hinreichend gute Grundlage für die Kalkulation der Angebote bieten.

Mit Schriftsatz vom 5. September 2011 erwidert die Antragstellerin auf den Vortrag des Auftraggebers und vertieft ihr Vorbringen. Im Hinblick auf ihr Akteneinsichtsgesuch meint sie, der Auftraggeber möge, da er mit diversen Begriffen leider sehr großzügig umgehe, ausführen, was er darunter genau verstehe. Hilfsweise mögen die 21 Bewerber befragt werden, welche Daten sie als problematisch ansehen. Sie könne sich gut vorstellen, dass die Bewerber ... keine Einwände gegen eine weitestgehende Offenlegung haben. Sie rege an, dass diese hierzu konkret befragt werden.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 5. September 2011 betreffend ihr Akteneinsichtsgesuch sowie die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrages im Hinblick auf ihr ergänzendes Rügevorbringen einen Hinweis erteilt.

Mit Schriftsatz vom 9. September 2011 hat die Antragstellerin hierzu Stellung genommen. Die Preise der weiteren Bieter seien von Bedeutung, zumindest ihre Art und Weise der Kalkulation. Andernfalls vermöge sie nicht sinnvoll auf den Vortrag der Vergabestelle zu erwidern, dass 21 bzw. sechs Bieter für Los 3 Preise abgegeben

hätten, mithin die Leistung nach Ansicht der Vergabestelle vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sein müsse.

Die detaillierten Darlegungen im Antragschriftsatz hätten überwiegend Beispielcharakter und würden nur das konkretisieren, was in der Rüge ausgeführt worden sei. Die Antragstellerin habe die Kartieranleitung Band 1 und 2 am 14. Juli 2011 bei der Vergabestelle bestellt und am 26. Juli 2011 wegen der fehlenden Unterlagen nachgefragt. Diese Unterlagen habe sie erst am 28. Juli 2011 postalisch am Nachmittag ... mit einem Umfang von über 800 Seiten erhalten. Zum Zeitpunkt der Rüge hätten die Unterlagen der Antragstellerin erst einen Tag zur Verfügung gestanden. In solch einem kurzen Zeitraum seien Vergabefehler nicht erkennbar, auch nicht bis zum 5. August 2011, als das Nichtabhilfes Schreiben der Vergabestelle eingegangen sei. Das, was an weiteren Details und „Neuem“ in der Antragschrift im Vergleich zur Rüge vorgetragen werde, sei der Antragstellerin nicht erkennbar i. S. d. § 107 Abs. 3 GWB gewesen. Jedenfalls seien die Unklarheiten der Leistungsbeschreibung lediglich Dinge, die zu unnötigen Wiederholungsrügen geführt hätten. Zudem seien weitere Rügen hierzu völlig aussichtslos und sinnlos gewesen, wenn auf die Rüge vom 29. Juli 2011 am 3. August 2011 die Mitteilung von der Vergabestelle ergehe, man helfe (auch) diesen angeblich neuen Punkten wie „ggf.“ etc. nicht ab. Vorliegend habe man ohnehin ein Nachprüfungsverfahren auf zahlreiche andere Punkte, die in der Rüge angesprochen seien. Daher könnten die angeblich neuen Punkte gleich mitbehandelt werden, ohne dass der Vergabestelle eine neue Beschwerde entstehe.

Mit weiterem Schriftsatz vom 29. September 2011 hat die Antragstellerin ihren Vortrag unter Hinweis auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. August 2011 – VII-Verg 36/11 vertieft.

Durch Verfügung des Vorsitzenden der Kammer vom 14. September 2011 wurde die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB bis zum 14. Oktober 2011 verlängert.

In der mündlichen Verhandlung am 13. Oktober 2011 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen.

Auf die Vergabeakten sowie die eingereichten Schriftsätze der Beteiligten wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

Die angerufene Vergabekammer ist für die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zuständig, da der ausgeschriebene Auftrag dem Land Brandenburg zuzurechnen ist (§ 104 Abs. 1 GWB).

Das Land Brandenburg ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB.

Der Gesamtauftragswert für die landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen liegt über 193.000,00 EUR gemäß § 2 Nr. 2 VgV. Werden Dienstleistungsaufträge – wie vorliegend – losweise ausgeschrieben,

so gilt gemäß § 2 Nr. 7 VgV ein Schwellenwert in Höhe von 80.000,00 EUR oder bei Losen unterhalb davon deren addierter Wert ab 20 % des Gesamtwertes aller Lose. Ob das streitbefangene Los 80.000,00 EUR erreicht, kann dahinstehen. Selbst wenn dies nicht zuträfe, ist hier gleichwohl der Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB eröffnet. Der Auftraggeber hat das streitbefangene Los nämlich im Offenen Verfahren EU-weit ausgeschrieben und als Nachprüfungsstelle die Vergabekammer des Landes Brandenburg angegeben. Dadurch hat er den rechtlichen Rahmen für die Nachprüfung festgelegt. Die Wirkung dieser Festlegung besteht in einer Selbstbindung der Verwaltung dahingehend, dass der Auftraggeber das Los nicht dem 20 %-Kontingent nach § 2 Nr. 7 VgV zuordnet, für das das Nachprüfungsverfahren nicht eröffnet wäre (vgl. für die VOB/A : BayObLG, Beschluss vom 1. Oktober 2001 – Verg 6/01).

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Nach § 107 Abs. 2 S. 1 und 2 GWB ist antragsbefugt, wer ein Interesse an dem in Rede stehenden Auftrag hat und geltend macht, dass ihm durch die behaupteten Vergaberechtsverstöße ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot der effektiven Rechtsschutzgewährleistung dürfen an die in § 107 Abs. 2 GWB genannten Voraussetzungen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Ein Interesse am Auftrag liegt in der Regel vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Verfahren teilgenommen und einen Verstoß gerügt hat (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004 – 2 BvR 2248/03; BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005 – X ZB 27/04) bzw. wenn der Antragsteller ein Angebot abgegeben hat (BGH a.a.O.; BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06).

Hier hat die Antragstellerin innerhalb der (mit Einreichen des Nachprüfungsantrages bereits abgelaufenen) Angebotsfrist kein Angebot abgegeben. In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten, dass ein Interesse am Auftrag trotz fehlender Angebotsabgabe bejaht werden kann, wenn der Antragsteller durch die behaupteten Vergabefehler an der Angebotsabgabe gehindert ist oder aufgrund der Vergabefehler keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlages hätte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2009 – Verg 59/08; OLG Dresden, Beschluss vom 4. Juli 2008 – WVerG 3/08). Berufte sich der Antragsteller hierauf, muss er zur Begründung eine solche Verhinderung darlegen, d.h. er muss schlüssig und nachvollziehbar angeben, welche vermeintlichen Vergabefehler ihn veranlassen, von einer Angebotsabgabe abzusehen (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; Beschluss vom 9. Juli 2003 – Verg 26/03). Der in solchen Fällen bestehenden erhöhten Darlegungs- und Begründungspflicht wird der Vortrag der Antragstellerin, der Auftraggeber habe ihr wesentliche Kalkulationsgrundlagen, ohne die eine hinreichende Preisofferte nicht kalkuliert werden könne, vorenthalten und auch über die Wertungskriterien, nach denen sich der Bieter bei der Abfassung seines Angebotes richte, im Unklaren gelassen, gerecht.

Die Antragstellerin hat nicht sämtliche, mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemachte Vergaberechtsverstöße unverzüglich bei dem Auftraggeber gerügt, § 107 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB.

Die Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 29. Juli 2011 enthält Beanstandungen bezüglich der Bekanntmachung sowie der Vergabeunterlagen, die sie entspre-

chend den Anforderungen des § 107 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe am 10. August 2011, 10.00 Uhr, und damit rechtzeitig gerügt hat.

Soweit die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag, S. 7ff., darüber hinausgehende Vergaberechtsverstöße betreffend das Zuschlagskriterium Preis sowie die „Anlage Leistungsbeschreibung“ und Band 1/ 2 Biotopkartierung Brandenburg vorträgt, hat sie diese gegenüber dem Auftraggeber nicht bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt, § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 3 GWB.

Die zum Ablauf der Angebotsfrist normierte Präklusionswirkung des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 GWB stellt darauf ab, dass die geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften erkennbar sein müssen. „Erkennbar“ ist das, was sich bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt erschließt. Dabei muss der Vergabefehler sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht erkennbar gewesen sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Oktober 2008 – Verg 48/08; VK Bund, Beschluss vom 30. März 2010 – VK 3-30/10). Das Zuschlagskriterium Preis war bereits Bestandteil der Vergabebekanntmachung. Die „Anlage Leistungsbeschreibung“ sowie die Kartieranleitungen Band 1 und 2 sind Teil der Vergabeunterlagen und damit für alle Bieter, die sich damit im Zuge der Angebotserstellung auseinandersetzen, erkennbar. Vergaberechtliche Kenntnisse waren insoweit nicht erforderlich. Eine positive Kenntnis eines Vergaberechtsverstößes ist bei dieser Präklusionsnorm nicht relevant. Bleibt zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin aus der „Anlage Leistungsbeschreibung“ erkannte vermeintliche Vergaberechtsverstöße bereits zum Gegenstand ihres Rüge-schreibens vom 29. Juli 2011 gemacht hatte.

Die Antragstellerin kann nicht einwenden, dass es sich bei den erst mit der Einreichung des Nachprüfungsantrages erhobenen Beanstandungen nur um beispielhafte Ausprägungen der mangelnden Vorab-Beschreibbarkeit von Aufgabe und Lösung (S. 23 des Nachprüfungsantrages) handele.

Die Rügeobliegenheit verlangt, dass jeder einzelne (wirklich geschehene oder vermutliche) Vergaberechtsverstoß, den der Antragsteller zum Gegenstand der Nachprüfung machen will, gerügt werden muss (OLG Dresden, Beschluss vom 21. Oktober 2005 – WVerg 0005/05). Damit der öffentliche Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die gerügten Mängel abzustellen, muss der Rüge eine konkrete vergaberechtliche Beanstandung zu entnehmen sein. Der Auftraggeber muss dabei erkennen können, um welchen Verstoß es sich handelt. Es ist zum Ausdruck zu bringen, welcher Sachverhalt konkret zugrunde gelegt und woraus im einzelnen ein Vergabeverstoß abgeleitet wird. Zwar genügen laienhafte Ausführungen, doch muss die Rüge konkrete Tatsachen nennen, die den Vergaberechtsverstoß begründen. Der Antragsteller muss zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien darlegen, welche seinen Verdacht hervorgerufen haben, dass es zu Vergabeverstößen gekommen ist. Pauschale Rügen oder Rügen ohne Substanz genügen diesen Anforderungen nicht (OLG München, Beschluss vom 2. August 2007 – Verg 7/07; Beschluss vom 7. August 2007 – Verg 8/07).

Demgemäß trägt der Vortrag der Antragstellerin, der Nachprüfungsantrag stelle im Hinblick auf die vorab nicht eindeutige und erschöpfende Beschreibbarkeit der aus-geschriebenen Leistungen lediglich eine Konkretisierung der vergaberechtlichen Rüge dar, nicht. Es kann nur Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein, was die

Antragstellerin konkret vorab gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Um dem Auftraggeber die Gelegenheit zu geben, aus den Vergabeunterlagen erkennbare Vergaberechtsverstöße abzustellen, musste die Antragstellerin Unklarheiten bzw. Unverständlichkeiten im Rahmen von Textausführungen konkret benennen.

Auch die Begründung der Antragstellerin, die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße seien bereits in zeitlicher Hinsicht nicht erkennbar gewesen, überzeugt nicht. Richtig ist, dass den Bieter keine Pflicht zur sofortigen Prüfung der ihm zugesandten Vergabeunterlagen trifft. Demgemäß muss auch nicht davon ausgegangen werden, dass es der Antragstellerin möglich und zumutbar war, die aus den weiteren Vergabeunterlagen (Biotopkartierung Brandenburg, Band 1 und 2) erkennbaren Vergaberechtsverstöße bereits 1 Tag nach deren Erhalt im Rahmen ihres Rügeschreibens vom 29. Juli 2011 geltend zu machen. Eine solche Obliegenheit ergibt sich auch aus § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 GWB nicht. Maßgeblich ist der Termin zur Angebotsabgabe, dies war weder der 29. Juli 2011 noch der 5. August 2011 (Eingang des Nichtabhilfeschriftens des Auftraggebers bei der Antragstellerin) sondern der 10. August 2011.

Eine Rüge war auch nicht – wie die Antragstellerin meint – entbehrlich. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber im Vergabeverfahren eindeutig erkennen lässt, dass er unter keinen Umständen, also auch nicht auf eine Rüge von Bietern hin gewillt ist, einen vorliegenden Vergabeverstoß abzustellen (Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 34). Die tatsächlichen Voraussetzungen für ein solch ausnahmsweises Entfallen der Rügepflicht sind hier nicht gegeben. Anhaltspunkte dafür, dass der Auftraggeber mit seiner Entscheidung eine ernsthafte und endgültige Abhilfiverweigerung verbunden hätte, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil spricht mehr dafür, dass sich der Auftraggeber für weitere Verfahrensrügen durchaus aufgeschlossen gezeigt hätte, denn er hat auf die Rüge der Antragstellerin sofort schriftlich erwidert. Es genügt im Übrigen nicht, dass ein Auftraggeber sich mit aus seiner Sicht guten Gründen im Vergabeverfahren positioniert und die getroffene Entscheidung im anschließenden Nachprüfungsverfahren verteidigt (OLG Dresden, Beschluss vom 21. Oktober 2005 – WVerg 0005/05).

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist fristgerecht bei der Vergabekammer eingereicht worden, § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB.

Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er unbegründet. Die Antragstellerin wird durch die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

In Übereinstimmung mit der Antragstellerin geht die Vergabekammer davon aus, dass die Leistungen, die im Zusammenhang mit der landesweiten selektiven Kartierung von geschützten Biotopen zu vergeben sind, als freiberufliche Dienstleistungen zu qualifizieren sind. Die Kartierungstätigkeit ist, wenn sie selbstständig ausgeübt wird, typischerweise freiberuflich (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG).

Nach der Richtlinie (RL) 2004/18/EG wird zwischen vorrangigen und nachrangigen Dienstleistungsaufträgen, aufgeführt im Anhang II A und Anhang II B der RL (bzw. Anhang I A und Anhang I B der VOL/A), unterschieden mit der Folge, dass beide Kategorien von Leistungen unterschiedlichen Regeln unterworfen werden. Dienst-

leistungsaufträge wie der Vorliegende sind solche des Anhangs I A, Kategorie 12 der VOL/A (CPC-Code 71222 100 / 200 – Kartierung städtischer und ländlicher Gebiete), die als vorrangige Dienstleistungen bei Überschreitung der Schwellenwerte der kartellvergaberechtlichen Nachprüfung unterliegen.

Nach § 4 Abs. 1 i. V. m. § 5 Abs. 2 VgV ist die VOF nur bei der Vergabe von Dienstleistungen anzuwenden, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, es handelt sich um Dienstleistungen freiberuflicher Art, die, falls die Antragstellerin sie nicht im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbringen sollte, jedenfalls im Wettbewerb mit freiberuflichen Ingenieuren angeboten werden. Nach § 5 Abs. 2 VgV gilt Absatz 1 indes nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Da § 5 VgV mithin für diese Fälle keine anderweitige Bestimmung vorsieht, bleibt es bei der Anwendung der VOL/A gemäß § 4 Abs. 1 VgV. Ob die VOF oder die VOL/A anwendbar ist, hängt also davon ab, ob die zu erzielende Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann oder ob der Auftraggeber gerade das gestalterisch-schöpferische Potenzial des Auftragnehmers zur Ausarbeitung der optimalen Lösung braucht.

Maßgebliche Dienstleistung ist hier die selektive Biotopkartierung – die Kartierung ausgewählter, besonders naturschutzrelevanter Landschaftsbestandteile (vgl. § 32 BbgNatSchG) – im Gegensatz zur flächendeckenden Biotopkartierung. Grundlage ist in jedem Fall die Zuordnung des vorgefundenen Landschaftsausschnitts zu einem oder mehreren vorher definierten Biotoptypen, die in der Regel in einer Kartierungsanleitung definiert und beschrieben worden sind (vgl. Biotopkartierung – Wikipedia). Die Biotope werden in Karten eingezeichnet und dazu ihre wichtigsten Eigenschaften und Merkmale beschrieben. Hinzu kommen alle Flächen, die FFH-Lebensraumtypen (LRT) bzw. LRT-Entwicklungsflächen sind (vgl. hierzu den Hinweis des Auftraggebers auf die Beschreibung der Lebensräume und Arten der FFH-Richtlinie in Brandenburg). Als Lösung kann das Ergebnis und dessen Bewertung bezeichnet werden.

Der Auftraggeber hat in der Leistungsbeschreibung für den Kartierer anfallende Tätigkeiten im Einzelnen beschrieben.

Vor Beginn der eigentlichen Kartierung werden sämtliche verfügbare Vorabinformationen für das jeweilige Bearbeitungsgebiet ausgewertet. Zu diesem Zweck stellt der Auftraggeber materiell-technische Vorgaben und Grundlagendaten wie z. B. Topographische Karten, Luftbilder, digitale geometrische Daten und Landschaftsmodelle zur Verfügung, die in der Leistungsbeschreibung im Einzelnen aufgeführt sind. Zusätzlich dazu erscheint es angebracht, die entsprechenden Fachbehörden zu den örtlichen Verhältnissen, zu Pflanzen- und Tierarten zu befragen. Für die Durchführung der Biotopen- und Lebensraumtypenkartierung stehen den Bietern u. a. die Alt-daten des 1. Durchgangs der selektiven Biotopkartierung, die flächendeckende CIR-Biotop- und Nutzungstypenkartierung sowie die Bewertungsschemata für die Bestimmung des Erhaltungszustandes der Lebensraumtypen der FFH-Richtlinie in Brandenburg zur Verfügung.

Die bei der Kartierung anzuwendende Bewertungsmethode ist ein formalisiertes Verfahren, nach dem bestimmte Flächen anhand von Geländebögen beschrieben werden. Dabei werden die Biotope in verschiedene Biotoptypen unterteilt, die sich auf-

grund ihrer Gelände- und Standorteigenschaften, dem Vorkommen von Pflanzenarten und ihren Lebensgemeinschaften sowie ihrer Entstehung voneinander unterscheiden. Hierzu steht dem Auftragnehmer eine detaillierte Kartierungsanleitung (Biotopkartierung Brandenburg, Band 1 – Kartierungsanleitung und Anlagen, 312 Seiten) zur Verfügung, in der die Kriterien zur Bewertung und Typisierung bereits vorab im Einzelnen festgelegt sind.

In einem zweiten Arbeitsschritt erfolgt die Digitalisierung der Kartierungsergebnisse entsprechend einer Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift (Anlage 5 zur Leistungsbeschreibung).

Der dritte Arbeitsschritt beinhaltet die Eingabe der erfassten Sachdaten mit Hilfe des Biotoperfassungsprogramms BBK.

Die fertig gestellten Kartierungsbögen und die dazu gehörenden digitalisierten Geometrien, die BBK-Datenbank mit den geprüften digitalen Sachdaten sowie (Foto-) Dokumentationen gemäß den Vorgaben in Anlagen 4 (Vorgaben für die Fotodokumentation) und 5 der Leistungsbeschreibung werden dem Auftraggeber nach Abschluss der Arbeiten übergeben.

Nach Auffassung der Vergabekammer ist die Vorgehensweise bei der Kartierung hier so genau beschrieben worden, dass sie Gegenstand eines Offenen Verfahrens sein kann. Auf Grund der vom Auftraggeber festgelegten Rahmenbedingungen und Zielvorgaben verbleibt dem Kartierer kein Freiraum, der eine eigene kreativ-schöpferische Gestaltung erlaubt. Die Offenheit des Arbeitsergebnisses ist dabei nicht von entscheidender Bedeutung. Sie liegt in der Natur der Sache. § 5 Absatz 2 VgV verlangt auch nicht, dass ein Arbeitsergebnis von vornherein feststeht.

Auch die Existenz eines Katalogs oft gestellter Fragen und Antworten im Rahmen der Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung Brandenburg führt zu keiner anderen Bewertung. Es handelt sich um ein vorbeugendes Instrument des Auftraggebers zur Vereinheitlichung von Datenbeständen, um den Zeitaufwand der Kartierungszentrale zu minimieren. Wiedergegeben werden Fragestellungen der Kartierer und die entsprechenden Antworten, die sich zum Teil auch aus der Kartierungsanleitung selbst ergeben. Fragestellungen, die sich für den Kartierer im Rahmen der Durchführung der ausgeschriebenen Leistung anhand der vorgefundenen örtlichen Verhältnisse ergeben, verlangen diesen keine kreativ-schöpferische Tätigkeit ab.

Die von der Antragstellerin geltend gemachte Unkalkulierbarkeit der Preise ist nicht gegeben. Unstreitig war es der Antragstellerin möglich, sich durch Abgabe eines Angebots am Verfahren des Auftraggebers zu beteiligen, wie es eine Vielzahl von Bietern getan hat. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der von der Novelle der VOL/A im Jahr 2009 geltende Grundsatz des Verbots der Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses auf der Grundlage der Neufassung des § 8 VOL/A EG anzuwenden ist, (Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. § 8 EG Rn. 39 ff.), denn im Streitfall ist der Antragstellerin eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation des Angebotspreises möglich und zumutbar. Das verbleibende Kalkulationsrisiko beruht nicht ausschließlich auf Umständen, auf die sie keinen Einfluss hat.

Im Hinblick auf das durch den Auftraggeber zur Verfügung gestellte Datenmaterial ist nicht entscheidend, ob und gegebenenfalls welche weiteren Daten der Auftraggeber

den Bietern zusätzlich hätte zur Verfügung stellen können. Es kommt aus vergabe-rechtlicher Sicht alleine darauf an, ob die zur Verfügung gestellten Daten hinreichen-de Kalkulationssicherheit gewährleisten.

Die Bieter haben – da die tatsächliche Zahl und Größe der Biotop des Loses 3 nicht spezifiziert worden sind – bei der Preiskalkulation zu beachten, dass auf einer Fläche von etwa 390 km² ungefähr 1200 Biotop zu kartieren sind. Daraus ergibt sich theo-retisch ein Mittelwert von rund 0,3 km² pro Biotop. Tatsächlich dürfte die Größe der einzelnen Biotop jedoch variieren. Entsprechende Feststellungen hat die Antragstel-lerin beispielsweise bei den Biotop der Kategorie „Gewässer in Sand- und Kies-gruben“ gemacht. Sie hat Flächen von 168 m² und 469.591 m² registriert und dabei auf die vom Auftraggeber zur Eingrenzung der Flächengrößen veröffentlichten Daten – Ergebnisse aus den aktuellen Biotopkartierungen in den Landkreisen Elbe-Elster, Havelland und Märkisch-Oderland – abgestellt.

Mögliche Konkretisierungen der Leistungen hat der Auftraggeber durch Veröffentli-chung bestimmter Daten im Bezug auf das jeweilige Los vorgenommen. Neben der Anzahl und Gesamtfläche der Biotop enthalten die mit Nummern versehenen TK-Blätter Hinweise zu den ungefähren Anteilen der Kartierung und der Lage innerhalb der TK sowie Informationen zur weiteren Flächencharakteristik der jeweiligen Lose. Darüber hinaus sind bei der hier vorzunehmenden Gesamtbetrachtung weitere kalku-lationsrelevante Faktoren zu berücksichtigen. Der Auftraggeber hat flankierend zu den bereits erwähnten Angaben Kartendienste in das Internet eingestellt (www.luis-bb.de), die u.a. auch Luftbildinterpretationen der ausgeschriebenen Losgebiete er-möglichen und den Bietern die Kalkulation erleichtern sollen.

Darüber hinaus wird der Antragstellerin nicht im Einzelnen vorgegeben, in welcher zeitlichen Reihenfolge die Kartierungsleistungen vorzunehmen ist. Dadurch wird ihr ein organisatorischer Spielraum zugestanden, der auch Einflussnahmen auf die Be-grenzung des Kalkulationsrisikos erlaubt.

Die mit der Kalkulation verbundenen Risiken liegen nicht in der Verantwortung-sphäre des Auftraggebers begründet, sondern werden durch die im Voraus nicht be-kannte tatsächliche Größe der Untersuchungsfläche und Anzahl der Biotop hervor-gebracht. Wenn das so ist, genügt der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur Mittei-lung der kalkulationsrelevanten Umstände, wenn er die am Auftrag interessierten Unternehmen in den Vergabeunterlagen oder auf andere dokumentierbare Art darauf hinweist.

Danach ist der Auftraggeber verfahren. Er hat in der Leistungsbeschreibung darauf hingewiesen, dass es sich bei den Angaben zur vermuteten Biotopanzahl und zur Untersuchungsfläche um Schätzungen handelt, die auf Basis von Altdaten und Hoch-rechnungen ermittelt wurden.

Er hat darüber hinaus durch seine Formulierungen in der Leistungsbeschreibung die – in der Natur der Sache liegenden – Unwägbarkeiten zum Ausdruck gebracht:

So versteht es sich von selbst, dass bereits vorhandene Altdaten bei einer „Neukar-tierung“ (vgl. S. 1 der Anlage Leistungsbeschreibung) nur dann – also „ggf.“ zu aktua-lisieren sind, wenn der Kartierer tatsächlich Abweichungen im Zuge der Erbringung der geschuldeten Leistung feststellt. Gemäß Ziff. 2.1 (Seite 5) der Handlungsanlei-

tung und Digitalisierungsvorschrift (Anlage 5 der Leistungsbeschreibung) ist die Auswahl der Geometrietypen „Fläche“ oder „Punkt“ abweichend von den grundsätzlichen Festlegungen des Auftraggebers im Einzelfall der fachlichen Entscheidung des Kartierers vorbehalten. Auf Seite 7 der Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift erläutert der Auftraggeber den Regelfall („im Regelfall“, „i.d.R.“) einer bestimmten Vorgehensweise, aber auch in jedem Fall vorzunehmende Handlungen wie Plausibilitätskontrollen sowie spezifische Gesichtspunkte wie „Vollständigkeit, Lagegenauigkeit“, die dabei für den Auftraggeber bedeutsam sind.

Vor diesem Hintergrund ist der Einwand der Antragstellerin, ohne Verhandlungen und Absprachen mit dem Auftraggeber lasse sich der Aufwand, der mit der Kartierung eines einzelnen Biotops verbunden sei, nicht ableiten, nicht nachvollziehbar. Eine detailgenaue Beschreibung der bei der Kartierung anfallenden Leistungen ist vorausschauend objektiv unmöglich, weil niemand vorhersagen kann, welche Leistungen bei welchem Biotop im Einzelnen anfallen werden. Dies ist abhängig vom Einzelfall. Der genaue Leistungsumfang wäre durch keine andere Methode als die Abarbeitung des ausgeschriebenen Auftrages vorab zu ermitteln gewesen. Die durch den Auftraggeber gewählte Methode zur Erstellung der Leistungsbeschreibung ist daher nicht als fehlerhaft anzusehen.

Im Ergebnis ist das noch verbleibende Kalkulationsrisiko hinzunehmen, da zahlreiche abschwächende Faktoren zu einer beherrschbaren Eingrenzung durch die Antragstellerin führen. Es ist daher Aufgabe des Bieters, dem verbleibenden typischen vertragsimmanenten Risiko – wie z. B. auch den Zeitpunkt der optimalen Vegetationsentwicklung und daraus resultierende ggf. erforderliche Doppelbegehungen – durch eine nach Erfahrungswerten vorzunehmende entsprechend angepasste Kalkulation Rechnung zu tragen, indem angemessene (Risiko-) Zuschläge einkalkuliert werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die in dem Bereich der Biotopkartierung Tätigen über einschlägiges Erfahrungswissen verfügen oder sich entsprechende Informationen jedenfalls ohne weiteres beschaffen können, um auf Basis der zur Verfügung gestellten Daten kalkulieren zu können. So verfügt auch das Büro der Antragstellerin ausweislich ihrer Internetpräsentation über Erfahrungen in der landesweiten hessischen Biotopkartierung („selektive Kartierung diverser TK 25 seit 1993 bis 2006“). Die Antragstellerin trägt auch in ihrer Rügebegründung vom 29. Juli 2011 selbst vor, sie könne Erfahrungen in anderen Bundesländern mit vergleichbaren Methoden und vergleichbaren Erfassungsprogrammen nachweisen. Die in Brandenburg anzutreffenden, nach § 32 BbgNatSchG landesweit geschützten Biotoptypen bzw. FFH-Lebensraumtypen seien auch in vielen weiteren Bundesländern anzutreffen (z. B. Hessen, Bayern, Baden-Württemberg).

Das Wertungskriterium „Preis“ und vor allem das Kriterium „Qualität“ sind entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht intransparent.

Die Vergabekammer hält die nach § 19 Abs. 9 VOL/A EG zulässigen Wertungskriterien für hinreichend klar und mithin die auf deren Grundlage abgegebenen Angebote für vergleichbar. Der Auftraggeber hat jedes Wertungskriterium mit einer entsprechenden Gewichtung untersetzt und das in Bezug auf die Leistungsbeschreibung auslegungsbedürftige Kriterium der Qualität mit der kalkulierten Stundenzahl für die Arbeitsschritte unterlegt. Damit weiß jeder Bieter, welche Inhalte mit welchem Gewicht eine Rolle spielen. Dabei darf der Auftraggeber sich Ermessensspielräume für die Wertung eröffnen und erhalten. Ob die Antragstellerin eine schnelle oder eine

langsamere und damit auch deutlich gewissenhaftere und vertiefte Erfassung der Kartierung kalkuliert, bleibt ihr vorbehalten, denn die Kalkulation der Preise ist Sache des Bieters. Wie die Angebotssumme zustande kommt, insbesondere, ob sie richtig ermittelt wurde, ist für den Auftraggeber grundsätzlich unerheblich. Dem Auftraggeber obliegt es vielmehr, im Rahmen der Wertung ein wirtschaftliches Angebot zu ermitteln.

Mit der Rüge, die Aufteilung des Preisangebots für Leistungen im Jahr 2011 und im Jahr 2012 sei intransparent und widersprüchlich, kann die Antragstellerin ebenfalls keinen Erfolg haben.

Die Antragstellerin übersieht, dass der Auftraggeber bereits in der Leistungsbeschreibung unter der Überschrift „Zeitraum“ bestimmte Kartierungsarbeiten für Kartierer/ Büros, die bisher noch keine Biotoptypen-/ LRT- Kartierungen für den Auftraggeber durchgeführt haben und zu denen die Antragstellerin zählt, vorgegeben hat, die spätestens sechs Wochen nach Auftragsvergabe und spätestens bis zum 30. November 2011 ab Auftragsvergabe zu erledigen waren. Diese Kartierungsarbeiten waren für das Jahr 2011 unter preislichen Gesichtspunkten durch die Antragstellerin zu kalkulieren. Spätestens bis zum 30. November 2012 ist die sog. Teilleistung 2 - Digitale Daten, Sachdatenbank, Ausdruck aller Kartierungsbögen und die Fotodokumentation – auszuführen. Die Vergabeunterlagen enthalten zwar keinen vorgegebenen Vordruck, in welche die Preise getrennt nach Leistungszeitraum separat eingetragen werden können. Dies hindert die Bieter nicht daran, dem Auftraggeber als Bestandteil des Angebotes ein Preisangebot entsprechend der angegebenen Zeiträume zu übermitteln. Hat der Auftraggeber hierfür keine Vorgaben gemacht, bleibt es dem Bieter überlassen, in welcher Form er die geforderten Angaben macht.

Es erscheint zweifelhaft, ob der in § 97 Abs. 2 GWB verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz die Berücksichtigung von Erfahrungen mit der Brandenburgischen Biotopkartierungsmethode sowie dem Brandenburgischen Erfassungsprogramm BBK verbietet, zumal sich die Brandenburgische Kartier- und Erfassungsmethodik in ihrer Spezifik und Komplexität deutlich von der Methode anderer Bundesländer unterscheiden soll. Darauf kommt es aber letztlich nicht entscheidend an, denn nach § 7 Abs. 5 S. 2 VOL/A EG können statt der geforderten Eignungsnachweise andere Nachweise erbracht werden, wenn ein Unternehmen aus einem stichhaltigen Grund die geforderten Nachweise nicht beibringen kann und der Auftraggeber die stattdessen erbrachten Nachweise für geeignet erachtet (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 4. Juli 2007 – 1 Verg 3/07).

Die Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages ergibt sich bereits daraus, dass weder die Wahl des Vergabeverfahrens noch die Kalkulationsgrundlagen vergaberechtlich zu beanstanden waren und die Antragstellerin dadurch nicht gehindert war, ein Angebot abzugeben. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war daher zurückzuweisen. Durch die von der Antragstellerin darüber hinaus behauptete Nichtbeachtung von Vergabevorschriften können ihre Aussichten auf den Zuschlag weder beeinträchtigt noch verschlechtert worden sein.

III.

Der Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht gemäß § 111 Abs. 1 GWB war abzulehnen. Bei der Bestimmung des Umfangs des Akteneinsichtsrechts im Nachprüfungsverfahren ist das Geheimhaltungsinteresse der konkurrierenden Bieter gegenüber dem Rechtsschutzinteresse des um Akteneinsicht nachsuchenden Beteiligten unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes im Vergabeverfahren und des Grundrechts der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör abzuwägen. Diese Abwägung führt dazu, dass Akteneinsicht in dem Umfang gewährt werden muss, in dem sie zur Durchsetzung der subjektiven Rechte der Beteiligten – beschränkt auf den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens – erforderlich ist. Ein Akteneinsichtsrecht besteht mithin lediglich bezüglich entscheidungsrelevanter Aktenbestandteile (vgl. zuletzt OLG Brandenburg, Beschluss vom 24. Mai 2011 – Verg W 8/11). Ausschlaggebend für die Entscheidung der Vergabekammer war der Inhalt der Bekanntmachung sowie der Vergabeunterlagen. Diese sind der Antragstellerin bekannt.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen und personellen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens. Für die wirtschaftliche Bedeutung ist regelmäßig die Summe (brutto) im Angebot des Bieters der maßgebliche Gesichtspunkt. Vorliegend liegt vonseiten der Antragstellerin kein in die Wertung einzubeziehendes Angebot vor, sodass auf den objektiven Wert des Auftrages, dessen Vergabe beabsichtigt ist, abzustellen ist. Hierfür bieten insbesondere die Schätzungen des Auftraggebers einen hinreichenden Anhaltspunkt (OLG Naumburg, Beschluss vom 23. August 2005 – Verg 4/05).

Entsprechend der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes vom Dezember 2009, die zur Gewährleistung einer einheitlichen Handhabung und zur Sicherstellung von Transparenz anzuwenden ist und bei Abwägung des Aufwandes einerseits und der wirtschaftlichen Bedeutung des dem Vergabeverfahren zugrunde liegenden Auftrages andererseits hält die Vergabekammer die Festsetzung der Mindestgebühr von 2.500,00 EUR für angemessen. Die Gebühr wird mit dem eingezahlten Kostenvorschuss in Höhe von 2.500,00 EUR verrechnet.

V.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Brandenburgischen Oberlandesgericht, Gertrud-Piter-Platz 11, 14770 Brandenburg, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 117 Abs. 3 GWB).

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten (§ 117 Abs. 4 GWB).

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern (§ 118 Abs. 1 GWB).


Schumann


Rollert


Trzewik

Anlage 16

WIESNER **WR** RIEMER

RECHTSANWÄLTE ~ BÜROGEMEINSCHAFT
Kanzlei für Immobilien- und internationales Wirtschaftsrecht
Bad Kreuznach ~ Frankfurt a. M.

55543 Bad Kreuznach:
Kreuzstr. 80
Tel: 0671/2088
Fax: 0671/2085
kanzlei@wiesner-riemer.de
www.wiesner-riemer.de

RAe Wiesner • Riemer Kreuzstr. 80 55543 Bad Kreuznach

Brandenburgisches Oberlandesgericht
Gertrud-Pifer-Platz 11
14770 Brandenburg an der Havel

Michael Wiesner, LL.M.
(International Business)
Rechtsanwalt - Dipl.- Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter FH Mainz

Daniela Riemer
Rechtsanwältin

Michael Krolla
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jeanette Wiesner
Rechtsanwältin

Per Fax vorab: 03381 – 39 - 9360

Bad Kreuznach, den
27.10.2011

Unser Zeichen:
/ Landesamt UGV Potsdam 79/11 (MW)

60329 Frankfurt a. M.:
Kaiserstr. 79

Sofortige Beschwerde und Antrag auf Verlängerung aufschiebender Wirkung

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigter: RA Michael Wiesner, Kreuzstr. 80, 55543 Bad Kreuznach

gegen

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam OT Groß Glienicke

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

lege ich namens und in Vollmacht der Beschwerdeführerin und Beschwerdeführerin gegen die Entscheidung der Vergabekammer Brandenburg vom 13.10.2011, Az. VK 32/11 sofortige Beschwerde ein und beantrage,

1. die Entscheidung der Vergabekammer Brandenburg vom 13.10.2011, Az. VK 32/11 aufzuheben,
2. den Antragsgegner und Beschwerdegegner zu verpflichten, die Ausschreibung der Biotopkartierungsleistungen "Landesweite selektive Kartierung von

geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen", **Los 03. Bezeichnung Oberhavel III**, gem. VOF, Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen vorzunehmen,

3. hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten nach der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Sache zu entscheiden und auf anderem Wege die gerügten Vergaberechtsverletzungen abzustellen,
4. der Beschwerdeführerin Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin für notwendig zu erklären,
6. dem Beschwerdegegner die Kosten und Auslagen des Verfahrens aufzuerlegen,
7. gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Eine auf mich lautende Vollmacht habe ich als Anlage beigefügt.

Begründung:

A. Sachverhalt

Die Parteien streiten im wesentlichen darüber, ob die ausgeschriebenen Leistungen der

- VOL, so der Beschwerdegegner, oder der
- VOF, so die Beschwerdeführerin, unterfallen.

Folge hieraus ist dabei auch, wie diese Leistungen zu kalkulieren und zu bepreisen sind. Der Beschwerdegegner verlangt von den Bewerbern eine eigene Kalkulation des Stundenaufwandes und die Angabe des Preises pro Stunde, was zu einem bindenden Gesamtpreis führt.

Die Beschwerdeführerin ist in der Ansicht, dass die Lösung gemäß § 5 VgV, nämlich die fix und fertige Biotopkartierung als Endprodukt ihrer Leistungen, nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, da es nicht vorhersehbar ist, was ein Bewerber direkt vor Ort (!) in den zu untersuchenden Flächen an Biotopen antrifft.

Der Begriff der „Biotopkartierung“ verkürze die Tätigkeit der Bewerber auf die

- nach erfolgter Analyse der jeweiligen Biotope,
- ihrer Bewertung und

- damit einhergehende Empfehlung / Prognose über deren zukünftige jeweilige weitere Entwicklung und
 - insoweit noch zu ergreifende (Schutz)Maßnahmen
- auf den letzten Akt der Tätigkeit, nämlich die Niederschrift (Kartierung) darüber, was in der Fläche jeweils angetroffen wird.

Die Vergabekammer ist der Ansicht, dass die Leistung, die von den Bewerbern verlangt werde, durch den Beschwerdegegner hinreichend genau beschrieben werde. In der Tat gibt es zahlreiche Unterlagen mit Erläuterungen seitens des Beschwerdegegners, siehe unten.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin verkennt die Vergabekammer jedoch, dass die zahlreichen Erläuterungen lediglich die Methode der Biotopkartierung darstellen, nämlich „wie“ diese Leistungen erbracht werden müssen.

Es handelt sich begrifflich daher auch nicht um eine Leistungsbeschreibung, sondern lediglich um eine Aufgabenbeschreibung, die die Methode und die Ziele der zu beschaffenden Leistungen umschreibt, vergleichbar bei Architekten- und Ingenieurleistungen, die der VOF unterfallen.

Die Unterlagen des Beschwerdegegners beschreiben aber nicht die gemäß § 5 VgV erforderliche Lösung.

Die Lösung, die der Beschwerdegegner hätte vorgeben müssen, wenn er nach VOL ausschreibt, wäre die fix und fertige Biotopkartierung gewesen (was eine Ausschreibung sodann natürlich erübrigt hätte).

In diesem Zusammenhang verneint die Vergabekammer eine geistig-schöpferische Tätigkeit im Rahmen der Biotopkartierung.

Dies sieht die Beschwerdeführerin völlig anders, da erhebliche Analyse-, Kognitions- und Bewertungstätigkeiten je nach Ausprägung des jeweils zu untersuchenden Biotops in einer Fläche erforderlich sind.

Zwar werden die Bewerber hier nicht wie ein planender Architekt tätig, der ein Gebäude schöpferisch entstehen lässt, da die Schöpfung der Natur bereits vorhanden ist; siehe hierzu aber näheres unten.

Die zahlreichen Unwägbarkeiten bei der Durchführung einer Biotopkartierung auf der Leistungsebene haben dementsprechend auch Unwägbarkeiten bei der Kalkulation des von dem Beschwerdegegner geforderten fixen Gesamtpreises zur Folge.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass der Beschwerdegegner die gleichen Leistungen auch schon nach VOF ausgeschrieben hat.

Er sei hiervon abgewichen, so die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung, da die Verhandlungen vor Auftragserteilung keine neuen Erkenntnisse gebracht hätten und aufwändig wären.

Dies wurde wohl nicht protokolliert in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer, da die Protokollführerin währenddessen mit geschlossenen Augen am Tisch saß, ohne dies u. a. zu notieren.

Diese obige Aussage überrascht die Beschwerdeführerin nicht, da die eigentlichen Schwierigkeiten im Zuge der Auftragsbearbeitung entstehen, nämlich dann, wenn in der Fläche die jeweiligen Biotopkonkret zu bewerten sind, mit nicht vorhersehbaren Schwierigkeiten und damit entsprechend variierendem Aufwand.

Die Vergabeunterlagen der Beschwerdegegner enthalten daher auch Passagen, dass dann im Zuge der Auftragsbearbeitung Rücksprache mit dem Beschwerdegegner zu führen sei; die Vergabekammer meinte, dies könne man letztlich preislich kalkulieren.

Dies sieht die Beschwerdeführerin anders, da unklar ist,

- wann,
- wie oft,
- bei welchem Anlass
- über die ohnehin hohe Varianz des jeweils erforderlichen Bearbeitungsaufwandes hinaus

konkret (!) Rücksprache erfolgen soll.

Im einzelnen chronologisch:

Die Antragsgegnerin schrieb am 17.06.2011 zunächst unter der EU-Bekanntmachung 2011/S 115-190341 Leistungen „Landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen“ aus, vgl. Anlage Ast. 1 zum Antrag an die VK Brandenburg vom 16.08.2011.

Es folgte als EU-Bekanntmachung 2011/S-127-211101 die erneute Ausschreibung der Leistung „Landesweite Erfassung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen“ am 01.07.2011 (VI.5)), die die Bekanntmachung vom 17.06.2011 abänderte, da die ursprünglichen Angaben unvollständig waren und korrigiert werden mussten, vgl. Anlage Ast. 2, zum Antrag an die VK Brandenburg vom 16.08.2011.

Wesentliche Ausschreibungsmerkmale sind lt. Bekanntmachung:

„II.1.9) der Bekanntmachung lässt keine Varianten / Alternativangebote zu.

II.2.2) Optionen sind verneint.

II.3) Leistungszeitraum ist 15.09.2011 bis 30.11.2012.

III.2.1) Teilnahmebedingungen nennt die „VOL“.

III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit verlangt Erfahrungen mit der Brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und mit dem Brandenburgischen Erfassungsprogramm BBK.

IV.1).1) Verfahrensart nennt „Offenes Verfahren“.

IV.2) Zuschlagskriterien nennt das wirtschaftlich günstigste Angebot, wobei Preis mit 70 gewichtet wird und Qualität (= „kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte“) mit 30.

.....“

Der Hinweis auf weitere Informationen erfolgte in der erstgenannten Bekanntmachung unter Ziffer IV.3. Demnach waren weitere Informationen der Internetplattform <http://vergabemarktplatz.brandenburg.de/VMPCenter/> zu entnehmen.

Dort sind folgende Informationen erhältlich:

- Angebotsaufforderung.dot
- Leistungsbeschreibung_Mai_2011.pdf
- Anlage1_Lose11.pdf
- 3LB_Anlage3Massnahmen.pdf
- Anlage4Fotodoku.pdf
- Anl5_bbk_digitalisierungsanl_1.04.pdf
- Angebotstabelle2011.doc
- Bietererklärung.doc
- Angebotsschreiben.dot
- vol06 bewerbungsbedingungen.pdf
- vol08 zvb-bbg.pdf
- Werkvertrag-n-Vergabe-04-2011.doc
- Kennzettel.doc

Gemäß der Unterlage im 2. Spiegelstrich „Leistungsbeschreibung Mai 2011“, dort lit. d) Methode, bedarf es der kostenpflichtigen (anders IV.3.3 der Bekanntmachung) Unterlagen der Beschwerdegegner, Biotopkartierung Brandenburg Band 1 (Kartierungsanleitung), 2004, und Band 2 (Beschreibung der Biotoptypen), 2007.

Das Vergabeverfahren für alle 7 Lose rügte die Beschwerdeführerin. Der Antrag an die Vergabekammer richtet sich allein gegen Los 3. Los 3 ist bezeichnet mit „Oberhavel III“ und betrifft die selektive Kartierung von „ca. 390 km²“ TK-Fläche mit „ca. 1.200 Biotope“.

B. Rechtliche Bewertung

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

Die Beschwerdeführerin wird in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

I. Zulässigkeit

Auf S. 10, Abs. 2, führt die Vergabekammer aus, dass die im Nachprüfungsantrag vom 16.08.2011, S. 7 ff., angesprochenen Punkte nicht rechtzeitig von der Beschwerdeführerin gerügt seien. Dabei geht es um das

- Zuschlagkriterium Preis, die
- Anlage Leistungsbeschreibung und
- Band 1 und Band 2 Biotopkartierung Brandenburg,

somit bis Seite 20 dieser Antragsschrift.

Zum Kriterium **Preis** finden sich in der Tat in der Antragsschrift der Beschwerdeführerin vom 16.08.2011, S. 5 f., S. 24 ff., 40 auch weitere Aspekte zum Preis im Vergleich zur Rüge vom 29.07.2011, S. 5 unten und S. 6 unten.

Dies stimmt nicht ganz, denn in der Rüge steht auf S. 5, unten:

„Weiter rügen wir Ihre Zuschlagskriterien. Hier führen Sie unter IV.1.1) der Bekanntmachung aus:

„1. Preis. Gewichtung 70

2. Qualität (kalkulierte Stundenzahl für die Arbeitsschritte). Gewichtung 30“

*Diese Angabe ist **nicht transparent**. Uns ist nicht klar, was Sie zum Kriterium 2 erwarten. Wollen Sie“*

Im Übrigen macht das nach meinem Dafürhalten ohnehin nichts, da logische Folge einer intransparenten weil vorab nicht eindeutig und erschöpfbaren Leistung bzw. Lösung ist, dass der Preis dann auch vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist.

Zur „**Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)**“ finden sich in der Tat in der Antragsschrift der Beschwerdeführerin vom 16.08.2011, S. 7 ff. auch weitere Aspekte im Vergleich zur Rüge vom 29.07.2011, S. 2, S. 3 mittig und S. 4 unten.

Die Punkte in der Antragsschrift sind aber nicht neu, sondern vertiefen die Rüge. Es handelt sich um die gleichen Themen wie in der Rüge, jedoch mit weiteren Beispielen („ggfs.“, „z. T.“, „bzw.“, oder der inhaltlich und umfänglich unklare Altdatenbestand).

Entsprechendes gilt im Hinblick auf o. g. „**Band 1**“ und „**Band 2**“ Biotopkartierung Brandenburg.

Höchstvorsorglich nachstehendes:

§ 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB lautet:

(3) Der Antrag ist unzulässig, soweit ...

3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden, ...“

Die Vergabekammer führt auf S. 10, Abs. 5, aus, dass die Rügeobliegenheit verlange, dass jeder einzelne Vergaberechtsverstoß gerügt werden müsse. Sinn und Zweck ist, dass der örtliche Auftraggeber in die Lage versetzt werde, die gerügten Mängel abzustellen. Er müsse dabei erkennen können, um welchen Verstoß es sich handele. Der Sachverhalt sei konkret zu benennen. Im weiteren führt die Vergabekammer aus, dass tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien darzulegen seien, welche seinen Verdacht hervorgerufen haben. Pauschale Rügen seien nicht zulässig.

Dies ist so, abstrakt, richtig. Jedoch subsumiert die Vergabekammer falsch.

1. Sinn und Zweck der Rügepflicht

Sinn und Zweck der Rügepflicht ist in der Tat, dass der Beschwerdegegner in die Lage versetzt wird, die gerügten Mängel abzustellen.

Dies ist mit der ausdrücklich beispielhaften Erwähnung der offenen Formulierungen in der Rüge der Beschwerdeführerin geschehen.

Wenn die Beschwerdeführerin typische, offene Formulierungen in Vergabeunterlagen („ggfs.“, z. B.“, „etc.“, „insbes.“) rügt, so ist hiermit hinreichend ein Indiz dargelegt, dass der Beschwerdegegner in Kenntnis seiner eigenen (!) Unterlagen hinreichend Anlass hat, selbstkritisch auch weitere Stellen mit solchen offenen Formulierungen zu prüfen.

An dieser Stelle verkennt die Vergabekammer, dass es der Beschwerdegegner ist, der als an Gesetz und Recht gebundene öffentliche Hand gehalten ist, sich gewissenhaft an Vergaberecht zu halten.

Mit so „spitzen Fingern“ muss man als Auftraggeber ein Vergabeverfahren nicht betreiben, zumal dies dem Beschwerdegegner leichter fallen wird, wenn er digital im Softwareprogramm Word o. a. Software alle seine Texte hat und nur in der Office Windows Menüleiste unter „Bearbeiten“ den Befehl „Suchen“ einsetzen muss.

Ein minimaler Aufwand.

Dies gilt vor allem in Anbetracht eines Umfangs von ca. 800 Seiten allein mit Band 1 und Band 2.

Die Beschwerdeführerin hat sich dennoch die Mühe gemacht, nach der Rüge weitere Beispiele der Beschwerdegegner zu benennen.

Diese weiteren, identischen Beispiele („z. B.“, „ggfs.“, „etc.“) will die Vergabekammer aber nicht gelten lassen.

In der Rüge ist zum Thema Anlage Leistungsbeschreibung bereits auf Seite 2, mitten in Abs. 5, angeführt:

*„Die nachgefragten Leistungen, nämlich selektive Kartierungen und Bewertungen von Nur **beispielhaft** weisen wir darauf hin, dass weder die genauere Anzahl, noch die Qualität (Biotoptyp, früherer Erhaltungszustand), noch die Flächenausdehnung Sie verweisen in Ihrer „Anlage Leistungsbeschreibung (23.05.2011)“ auf einen Altdatenbestand, welcher Der tatsächlich zu leistende Umfang ist damit offen Sie sprechen von einer „selektiven Neukartierung“ ..., wobei Sie nicht weiter definieren ... was unter diesem Kartierungsbegriff zu verstehen ist. Der Begriff „selektiv“ zeigt bereits,“*

Auch die CIR-Luftbilder sind bereits auf S. 2, Abs. 6 der Rüge gerügt. Entsprechendes gilt für den Altdatenbestand, der wiederum detaillierter auf S. 11 der Antragschrift behandelt wird. Im übrigen sind CIR-Luftbilder ebenfalls Altdaten.

Auf S. 4 der Rüge wird die Wortwahl wie „ggfs“, oder „nicht lediglich“ gerügt; dies geschieht ebenfalls in der Antragschrift auf den S. 7 ff. Damit sind nach hiesiger Ansicht alle weiteren Beispiele aus den Vergabeunterlagen, wo ebenfalls „ggfs.“ o. a. auftaucht, ebenfalls gerügt.

Rhetorische Frage: Soll der Beschwerdegegner ernsthaft nur die Stellen mit solchen offenen Formulierungen ändern, die von einem Bewerber genannt werden, während alle anderen gleichlautenden Stellen in den ca. 800 Seiten unverändert bleiben dürfen, obwohl bereits in der Rüge mitgeteilt wurde, dass es sich um einige Beispiele – statt vieler - handelt?

Würde die Vergabekammer diese neuen Beispiele demnach unbeanstandet lassen und schriebe der Beschwerdegegner unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Leistungen erneut aus, so müsste die Beschwerdeführerin sodann dies konsequenterweise erneut rügen und zum Gegenstand eines neuen Verfahrens vor der Vergabekammer machen, bis in den ca. 800 Seiten auch jedes „ggfs.“ oder „z. B.“ o. a. gefunden ist.

Dem Beschleunigungsgrundsatz des Vergaberechts wäre dies unverkennbar abträglich.

2. Später Erhalt der Kartierungsanleitung etc. , Bd. 1 und 2 und Erkennbarkeit

Wie ausgeführt hat die Beschwerdeführerin sehr umfangreiches Datenmaterial erst einmal

- erhalten,
- dann sichten und sodann
- bewerten

müssen, damit Vergaberechtsverstöße „erkennbar“ iSd § 107 Abs. 3 GWB werden.

Dies erfordert seine Zeit.

Zunächst ist nach dem Beginn der Rügefrist zu fragen, in der etwas „erkennbar“ sein soll. Den Unternehmer trifft keine Pflicht zur *sofortigen* Prüfung der Vergabebekanntmachung oder ihm (früh) zugegangener Verdingungsunterlagen. Fristen dürfen bis zum letzten Moment ausgenutzt werden. Dass ein Unternehmen wegen der bereits übersandten Unterlagen die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme ihres Inhaltes hatte, genügt nicht. Es bestimmt selbst, wann es sich mit den Angebotsunterlagen inhaltlich auseinandersetzt. Es ist nicht verpflichtet, die Angebotsunterlagen unmittelbar nach Erhalt zu sichten. Ansonsten würde zudem derjenige, der die Unterlagen frühzeitig abfordert, zunächst in Urlaub fährt und diese Unterlagen erst einige Tage nach Erhalt am Tag X prüft, schlechter gestellt als derjenige, der erst später Unterlagen abfordert und erhält und diese sofort nach Erhalt, ebenfalls am Tag X, prüft.

Auf Seite 12 ff. des Antragsschriftsatzes wird die **Kartieranleitung Band 1 und 2** thematisiert. Diese Unterlagen bestellte die Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegner am 14.07.2011. Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin auch bei dem Beschwerdegegner, dem LUGV, Frau Stach am 26.07.2011 kontaktiert und wegen der immer noch fehlenden Unterlagen nachgefragt (siehe Emailschriften).

Diese Unterlagen erhielt die Beschwerdeführerin erst am 28.07.2011 postalisch am Nachmittag (ca. 14.00 Uhr), mit einem Umfang von bereits erwähnten ca. 800 (!) Seiten.

Diesen Text muss man auch erst einmal lesen.

Man wird der Beschwerdeführerin daher nicht vorwerfen können, dass sie diese Unterlagen erst so spät erhielt.

Das heißt: zum Zeitpunkt der Rüge am 29.07.2011 standen diese Informationen der Beschwerdeführerin gerade erst einen Tag zur Verfügung und um keine Zeit zu verlieren, schickte sie die Rüge in der vorliegenden Form erst einmal ab.

Im Zeitraum vom 28.07.2011 bis zum Versand der von der Beschwerdeführerin bereits vorbereiteten Rüge lassen sich keine über 800 Seiten vollständig prüfen und bewerten.

In solch einem kurzen Zeitraum sind Vergabebefehle eben nicht „erkennbar“ iSd § 107 Abs. 3 GWB, wenn man denn schon wie die Vergabekammer meint, es handele sich um „neue“, noch nicht gerügte Punkte, s. a. unten. Das Gleiche gilt für den Zeitraum bis zum 05.08.2011, als das Nichtabhilfes Schreiben des Beschwerdegegners kam.

Dass, was an weiteren Details und „Neuem“ in der Antragsschrift im Vergleich zur Rüge vorgetragen wird, war der Beschwerdeführerin nicht erkennbar iSd § 107 Abs. 3 GWB.

Die Beschwerdeführerin ist keine Vergaberechtlerin, sondern Ingenieurin.

Ausweislich der Rüge hat sie sich zwar selbst *punktuell* in Fachliteratur eingelezen, kann aber nicht sicher beurteilen, was letztlich unter eine Norm entscheidend zu subsumieren ist, was relevanter und was unrelevanter Sachverhalt ist und wie damit umzugehen ist.

Dass die Beschwerdeführerin diese Kartierungsanleitungen Band 1 und Band 2 nicht schon früher hatte, kann ihr ebenfalls nicht vorgeworfen werden. Ansonsten läge eine Diskriminierung zu brandenburgischen Kartierern vor, die sich schon früher und mehrfach beworben haben.

Auch eine intensive Befassung mit einer Leistungsbeschreibung trägt nicht den sicheren Schluss, ein Unternehmen hätte z.B. die Mehrdeutigkeit einer Leistungsbeschreibung dabei schon *erkannt*,

OLG Düsseldorf, B. v. 28.02.2004 – Verg 35/03; VK Schleswig-Holstein, B. v. 16.06.2011 – VK-SH 07/11; VK Südbayern, B. v. 23.11.2006 – 32-10/06.

Insbesondere bei § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB prallen zwei Meinungen aufeinander, was unter „erkennbar“ zu verstehen ist:

- objektiver Maßstab: es ist auf die übliche Sorgfalt und durchschnittliche Kenntnisse eines Unternehmens abzustellen,

vgl. VK Arnsberg, B. v. 18.01.2008 – VK 1/08, jedoch nähert sie sich der Gegenmeinung und auch deren Folgen, da gleichzeitig konkretisierend zwischen erfahrenen Unternehmern und unerfahrenen Unternehmern unterschieden wird; 2. VK Bund, B. v. 31.07.2006 – VK 2-65/06; VK Baden-Württemberg, B. v. 28.10.2004 – 1 VK 68/04; OLG Stuttgart, B. v. 11.07.2000 – 2 Verg 5/00; NZBau 2001, 462; OLG Bremen, B. v. 07.11.2005 – Verg 3/05.

- subjektiver Maßstab: es ist auf die individuellen Kenntnisse des Unternehmens abzustellen,
vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 02.05.2007 – Verg 1/07; 1. VK Bund, B. v. 31.07.2007 – VK 1-65/07; 1. VK Brandenburg, B. v. 29.05.2006 – 1 VK 17/06.

Letztlich kann kein Dritter dem Unternehmer „in den Kopf schauen“.

Hintergrund der Rügeobliegenheit ist der Grundsatz von Treu und Glauben,

vgl. Nowak in Pünder / Schellenberg, § 107 GWB Rn. 51.

Dabei geht es gerade auch darum, ob dem Bewerber eine Erfüllung von Obliegenheiten zumutbar ist. Zumutbarkeit ist jedoch immer eine Frage der individuellen Situation der Beteiligten. Ist einem Unternehmen das Bestehen einer Obliegenheit nicht individuell erkennbar, ist deren Erfüllung nicht zumutbar.

Der Beschwerdegegner ist der primäre Normenadressat des Vergaberechts; er ist in erster Linie gehalten, die Normen des Vergaberechts einzuhalten.

Nationale Ausschlussfristen und die Art und Weise ihrer Anwendung dürfen letztlich die Rechte, die Unternehmen nach EU-Vergaberecht bzw. GWB haben, nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren,

EuGH, Urteil vom 11.10.2007 – C-246/01; OLG München, Beschluss vom 04.04.2008 – Verg 4/08.

Beweisbelastet darüber, dass die Rüge im Hinblick auf den Begriff „erkennbar“ nicht rechtzeitig erfolgte, ist der Beschwerdegegner. Denn der Antrag ist nur unzulässig, soweit (!) eine Erkennbarkeit der Beschwerdeführerin vorzuwerfen ist;

BGH, Beschluss vom 01.02.2005 – X ZB 27/04, NJW-RR 2005, 1439 = VergabeR 2005, 328.

Der Beschwerdegegner argumentiert aber nach wie vor, dass ja gar kein Vergabefehler vorliege.

Wenn die (wohl auch nichtjuristischen) Fachleute des Beschwerdegegners dies so sehen oder ihre eigenen Texte, deren Inhalte sie sehr gut kennen, dennoch anders bewerten, nämlich als vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, wird man der (nichtjuristischen) Beschwerdeführerin schwerlich vorwerfen können, dass ihr aber die Vergaberechtsfehler (objektiv?) „erkennbar“ waren.

Will man objektive Maßstäbe anlegen, wird man auch zu bedenken haben, dass der Beschwerdegegner dies nach wie vor nicht „erkennt“, trotz einschlägiger Sach- und Fachkunde.

Mit anderen Worten:

Wenn diese Vergabefehler selbst dem Beschwerdegegner und auch der Vergabekammer nach wie vor nicht erkennbar sind, wird man der Beschwerdeführerin nicht vorhalten können, ihr wären diese (innerhalb weniger Tage / Wochen) erkennbar gewesen.

Daher wird man der Beschwerdeführerin zubilligen müssen, dass sie hierzu eingehender (Rechts)beratung bedurfte. Dies ist in schwierigen Fällen nach der Rechtsprechung anerkannt. Erst danach setzt Erkennbarkeit ein.

Waren Vergabefehler nicht erkennbar, kommt es auf den Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung nicht an.

3. Entbehrlichkeit einer Rüge

Jedenfalls sind die Unklarheiten der Leistungsbeschreibung, die von der Beschwerdegegner mit

„ggfs., beispielsweise, insbesondere, optimal, Ermessen, Rücksprache, etc., z. B., ca.“

umschrieben werden, lediglich Dinge, die zu *unnötigen Wiederholungsrügen* geführt hätten. Auch insoweit ist eine Rüge entbehrlich,

vgl. Nowak a. a. O. Rn. 54; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Bd. 2, § 107 GWB Rn. 66; BGH v. 26.09.2006 – X ZB 14/06.

Zudem wären weitere Rügen hierzu *völlig aussichtslos und sinnlos* gewesen, wenn auf die Rüge vom 29.07.2011 am 03.08.2011 die recht kurz und knapp gehaltene Mitteilung vom Beschwerdegegner kommt, man helfe bereits diesen Punkten wie „ggfs“ etc., nicht ab, vgl. hierzu 2. VK des Bundes, B. v. 21.10.1999 – VK 2-26/99, NZBau 2000, 108 f.; Nowak a. a. O. Rn. 53.

Sinn und Zweck der § 107 Abs. 3 GWB – Regelung ist es, unnötige, evtl. zeitraubende und investitionshemmende Nachprüfungsverfahren zu vermeiden und der Beschwerdegegner vorab die Möglichkeit zur Selbstkorrektur zu geben,

vgl. Nowak in Pünder / Schellenberg, § 107 GWB Rn. 51.

Vorliegend haben wir aber ohnehin ein Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf zahlreiche andere Punkte, die in der Rüge angesprochen sind, also außerhalb der S. 7 ff. der Antragschrift. Daher können diese angeblich (!) neuen Punkte auch gleich mitbehandelt werden, ohne dass dem Beschwerdegegner insoweit eine neue Beschwer entsteht.

Vor allem handelt es sich, unabhängig davon, dass weitere Beispiele betroffen sind, ohnehin nicht um neue Aspekte auf den S. 7 ff., sondern um Ausprägungen der immer wieder gleichen Frage nach der vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschriebenen Leistung.

Eine Rüge ist nach Sinn und Zweck zudem entbehrlich,

„wenn selbst die Erfüllung der Rügeobliegenheit aus bestimmten Gründen nicht zur Verhinderung eines Nachprüfungsverfahrens beitragen könnte.“

vgl. Nowak a. a. O. Rn. 52.

Beispiel hierfür sind Kenntnisse aus einer Akteneinsicht.

Das ist im vorliegenden Fall, wenn man mit der Vergabekammer von neuen, da nicht gerügten Punkten ausgehen wollte, nicht anders.

Wenn schon späte Kenntnisse aus einer späten Akteneinsicht eingebracht werden können, dann gilt dies *erst recht* für Vergaberechtsverstöße, die bereits in der vorhergehenden Antragschrift benannt werden.

Ein Nachschieben ursprünglich nicht erkannter Vergaberechtsverstöße ist also auch im laufenden Nachprüfungsverfahren möglich,

vgl. VK Sachsen, B. v. 10.06.2008 – 1/SVK/026-08, IBR 2008,

4. EuGH zur Rügepflicht

Ich verweise auf die ablehnende Entscheidung des EuGH vom 28.01.2010 Rs. C-406/08 zur Frage, ob der unbestimmte Rechtsbegriff „promptly“, hier „unverzüglich“, durch die EU-Richtlinie gedeckt ist.

II. Begründetheit

Die Begründung der Vergabekammer ist falsch.

Maßgeblich ist § 4 Abs. 2 VgV in der Fassung zum Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung am 01.07.2011 (vgl. VI.5) der Bekanntmachung):

„(2) Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und bei Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen, müssen Auftraggeber nach § 98 Nummer 1 bis 3 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgende Bestimmungen der VOL/A anwenden, soweit in § 5 nichts anderes bestimmt ist:

1. ...

2. ...

3.“

Der sodann maßgebliche § 5 VgV wird unzutreffend definiert und subsumiert. § 5 Abs. 2 VgV (am 1.7.2011 gültige Fassung) lautet:

*„(2) Absatz 1 gilt nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren **Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben** werden kann.*

Die Lösung ist das Werk des Auftragnehmers, welche das Ergebnis aus den erforderlichen Leistungshandlungen ist, auf die es dem Auftraggeber letztlich ankommt.

Eine vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung liegt vor, wenn eine Leistung im Sinne der Lösung einer Aufgabe nachgefragt wird,

- deren Resultat im Voraus noch nicht feststeht bzw.
- deren Lösung sich erst durch die Leistung entwickelt bzw.
- ohne deren planerische Umsetzung/vorweggenommene Planung vorab eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung nicht möglich ist bzw.
- zu deren Realisierung ein Beurteilungsspielraum gegeben ist.

Vgl. Weyand, *ibr-online-Kommentar* 2011, § 1 VOF Rn. 23.

Zutreffend nimmt die Vergabekammer dabei an, dass es sich vorliegend um freiberufliche Leistungen handelt.

Sie liegt aber falsch mit der Annahme, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 VgV vorliegen.

Seite 12:

Unzutreffend ist, vergleiche S. 12, dass § 5 Abs. 2 VgV verlange, dass hier

- nicht nur die Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, sondern

- dass über den Wortlaut des § 5 VgV hinaus darüber hinaus auch ein gestalterisch-schöpferisches Potenzial des Auftragnehmers zur Ausarbeitung der optimalen Lösung erforderlich ist, jedenfalls im so von der Vergabekammer verstandenen Sinne. Dieser zweite Punkt kann ohnehin dahinstehen, dennoch sollen hier vorsorglich Ausführungen gemacht werden, siehe unten.

Die Vergabekammer hat sich nicht ausreichend und letztlich unzutreffend mit der Biotopkartierung auseinandergesetzt. Sie vermischt und verwechselt

- Lösung,
- Leistungserbringung und
- Methode.

Während die Vergabekammer auf S. 12, zweiter Abs., ausführt, dass es nach § 5 VgV auf die Lösung ankommt, die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, so führt sie auf der gleichen Seite im vierten Abs. aus, dass hierzu der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung für den Biotopkartierer die anfallenden Tätigkeiten im einzelnen beschrieben habe.

Dies ist nach meiner Ansicht ein Denkfehler, da § 5 VgV allein auf die Lösung abstellt, während die Vergabekammer die Tätigkeiten, also den Weg zur Lösung, betont.

Auf S. 2, Abs. 3, heißt es, nachdem auszugsweise erläutert wird, welche Tätigkeit im Rahmen einer Biotopkartierung erforderlich ist, am Ende:

*„Als **Lösung** kann das Ergebnis und dessen Bewertung bezeichnet werden.“*

§ 5 VgV verlangt jedoch, dass danach genau die Lösung, nämlich die fix und fertige Biotopkartierung, vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden muss.

Wie in der mündlichen Verhandlung dargestellt, führt dies, konsequent weitergedacht, zu einer absurden Situation, da der Beschwerdegegner dann natürlich gehalten wäre, die Leistungen, die er als Lösung von den Bewerbern haben will, den Bewerbern im Rahmen der Ausschreibung vorab fix und fertig vorab im Rahmen des Vergabeverfahrens mitzuteilen.

Dies ist aber die konsequente Folge einer typischen VOF-Leistung, die eben dadurch vermieden wird, in dem der Beschwerdegegner in einem Verhandlungsverfahren eintritt, da es ihm nicht möglich ist eine Lösung = Leistungsbeschreibung wie bei VOL-Leistungen zu erstellen, sondern lediglich eine Aufgabenbeschreibung mit der Angabe des Ziels der Auftraggeberwünsche.

Seite 13:

Die Vergabekammer meint auf S. 13, oben, dass die Bände 1 und 2 des Landes Brandenburg, die beschreiben, wie die Biotopkartierung aussehen soll, eine ausreichende Beschreibung der gewünschten Leistung enthalte. Sodann heißt es, dies sei die Lösung. Dies ist aber schlicht falsch. Die Lösung ist die fix und fertige Biotopkartierung. Genauer: Die beiden Bücher des Landes beschreiben nur die **Methode**, wie zu arbeiten ist. Die Vergabekammer meinte im Termin zudem, dass die Beschwerdeführerin sich besser mehr Zeit mit ihrer Rüge gelassen hätte, um in Ruhe diese zwei Bände zu studieren. Auch dies macht deutlich, dass die Vergabekammer verkannte, dass die zwei Bände nur die Methode darstellen, nicht aber die Lösung, nämlich die fertige Biotopkartierung.

Die Vergabekammer führt auf S. 13, 5. Abs., aus, dass die Vorgehensweise, also die Methode, genau genug beschrieben worden sei, mit der Folge, dass ein Offenes Verfahrens möglich sei. Dem Bewerber verbleibe wegen der festgelegten Rahmenbedingungen und Zielvorgaben kein Freiraum (hierzu später, vgl. Anlage 7 des Antrags an die VK), der eine eigene **kreativ-schöpferische Gestaltung** erlaube. Vergleichbares führt die Vergabekammer auf S. 13, Abs. 6, mit Hinweis auf die Existenz eines Katalogs aufgestellter Fragen und Antworten aus.

Zunächst lässt sich dem Wortlaut des § 5 VgV nicht unmittelbar entnehmen, dass eine solche geistig-schöpferische Leistung erforderlich ist. Alleiniges Kriterium des Wortlauts des § 5 VgV ist, ob die Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Demnach kommt es hierauf zumindest nicht entscheidend an. Weyand führt in *ibr-online*, 2011, § 1 VOF, Rn. 24, hierzu aus:

„Jede Leistungserbringung erfordert geistige und schöpferische Arbeit im Sinne einer eigenen Arbeitsorganisation, Arbeitstechnik, Anwendung fachlicher Regeln, Lösung von situationsbedingten Schwierigkeiten, so wie eine geistig-schöpferische Leistung in jedem einzukaufenden Produkt bereits verkörpert wird.“

mit Verweis auf OLG Düsseldorf, B. v. 10.08.2011 - VII-Verg 36/11; OLG München, B. v. 28.04.2006 - Verg 6/06; VK Düsseldorf, B. v. 30.9.2002 - VK - 26/2002 - L).

Mit Weyand ist daher der Ansatz der Vergabekammer falsch, dass Biotopkartierer überhaupt keine geistig-schöpferische Leistung erbringen.

Selbst wenn man dies anders sähe, unterliegt die Vergabekammer einer Fehleinschätzung. Denn sie versteht den schöpferischen Aspekt dahingehend, dass etwas

geschaffen wird, vergleichbar einem Architekten, der ein Haus schöpferisch entstehen lässt. Im Fall der Biotopkartierung trifft der / die Biotopkartierer/in aber bereits auf die fertige Schöpfung Natur.

Dies ist aber bedeutungslos, da der geistig-schöpferische Akt sich nicht in einem Gegenstand (Haus / Baum) zu manifestieren hat.

Wird das von einem Architekten geplante Haus nur auf einem Plan erstellt und nicht gebaut, ist es dennoch ein geistig - schöpferischer Vorgang. Der geistige Vorgang besteht darin, auf eine Vielzahl von Möglichkeiten eine Lösung zu erstellen und auszuwählen, die in der vorgegebenen Situation (z. B. Einbindung in die Umgebung, Einhaltung von Baufenstern oder Baulinien eines Bebauungsplans) opportun und angemessen ist.

Das heißt: auch ein Architekt hat enge Vorgaben für seine geistige Leistung.

Auch ein Anwalt im Rahmen eines Prozesses hat unbestritten geistige-schöpferische Leistungen zu erbringen. Dabei störte bislang niemanden, dass der umstrittene Sachverhalt bereits vorgegeben ist, und man geht auch insoweit vom Anwendungsbereich der VOF aus.

Kennzeichnend ist dabei, dass der geistig-schöpferische Aspekt auf Grund der Vielzahl von Lösungsmöglichkeiten, die denkbar sind, zu unkalkulierbarem Leistungsaufwand führt. Die geistige Leistung mit schöpferischen Aspekten besteht also im Kern darin, im Rahmen vorgegebener Sachzwänge aus einer Vielzahl von völlig unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten eine vertretbare, nicht verkörperte, immaterielle Lösung zu erzielen. Dies ist bei der Beschwerdeführerin im Rahmen einer Biotopkartierung nicht anders, siehe unten Darstellung dieser Leistung.

Der Kommentar von Alexander in Pünder/Schellenberg zu § 5 VgV lautet zu Fällen der VOL:

*„In diesen Fällen fehlt es nämlich an der **schöpferischen Leistung**, die darin besteht, dass eine **Lösung für ein bestimmtes Problem entwickelt werden muss**, was gerade das typische der freiberuflichen Leistung ausmacht.“*

Die VK Südbayern, B. v. 27.9.2002 - 36-08/02; bestätigt durch BayObLG, B. v. 27.2.2003 - Verg 25/02 war der Auffassung, dass eine Untersuchung von Rüstungsaltlastverdachtsstandorten im Sinne einer vertieften historischen Erkundung der Einzelstandorte mit Prioritätensetzung nach der VOF ausgeschrieben werden musste.

Die hiesige Biotopkartierung ist mit einer Ermittlung von Altlastenflächen vergleichbar. Auch dort wird nichts Neues von einem Auftragnehmer geschaffen, sondern der Auftragnehmer trifft auf etwas bereits vorhandenes, das er zu prüfen und zu bewerten hat.

Das heißt:

Selbst wenn man wie die Vergabekammer vom Wortlaut des § 5 Abs. 2 VgV abweicht und wie sie nach einer geistig-schöpferische Leistung fragt, lässt sich dem o. g. Kommentar entnehmen, dass das schöpferische Moment in der Lösung für ein bestimmtes *Problem* zu sehen ist.

Es kommt also nicht auf die materielle Schaffung eines „Gegenstandes“ Gebäude oder Biotop an.

Die Vergabekammer, S. 13, Abs. 7, ist der Ansicht, dass die **Preise** kalkulierbar sind. Es sei eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation möglich und zumutbar. Das verbleibende Kalkulationsrisiko beruhe nicht ausschließlich auf Umständen, auf die sie keinen Einfluss habe.

Dies ist falsch:

Zum einen ist dies bereits aus obigen Beispielen der Biotopkartierung ersichtlich, wonach der Aufwand erheblich variieren kann. Folge ist, dass auch der Preis nicht kalkulierbar ist.

Weitere Ausführungen zum Preis macht die Vergabekammer weiter auf

Seite 14:

Im Abs. 1 führt die Vergabekammer aus, dass die zur Verfügung gestellten Daten hinreichende Kalkulationssicherheit gewährleisten.

Dabei führt sie in Abs. 2 im Weiteren aus, dass es sich um eine Fläche von etwa 390 km² mit ungefähr 1.200 Biotopen handele, wobei die Größe der einzelnen Biotope variieren könnten.

In Abs. 3 wird auf Luftbildinterpretationen und TK-Blätter verwiesen, die die *ungefähren* Anteile der Kartierung und der Lage innerhalb der TK angegeben würden, u. a. mit Verweis auf www.luis-bb.de, etc..

Damit lägen die mit der Kalkulation verbundenen Risiken nicht in der Verantwortungssphäre des Auftraggebers, Abs. 5.

An dieser Stelle behauptet die Vergabekammer dies schlichtweg und belegt es nicht anhand von Fakten über die Art und Weise, wie eine Biotopkartierung stattzufinden hat. Zwar führt die Vergabekammer auf S. 12, Abs. 3 beginnend, aus, wie eine Biotopkartierung stattfinde. Dies ist jedoch völlig unzureichend. Es ist schlicht falsch, wenn

die Biotopkartierung schlicht nur in die Karte eingezeichnet werden und dazu ihre wichtigsten Eigenschaften oder Merkmale beschrieben werden.

In der Antragsschrift der Beschwerdeführerin an die Vergabekammer vom 16.08.2011, dort S. 31, ist ein willkürlich gewähltes Berechnungsbeispiel ihnen der Anlage Ast. 7 benannt. Aus dieser lässt sich entnehmen, welche enormen Schwankungen im Rahmen einer Biotopkartierung stattfinden können.

Auf S. 14, Abs. 6, führt die Vergabekammer näher aus, dass der Beschwerdegegner in der Leistungsbeschreibung darauf hingewiesen habe, dass es sich um seine Schätzungen handele, die auf Basis von Altdaten und Hochrechnungen ermittelt wurden.

Sicherlich mag es – in der Natur der Sache liegende – Unwägbarkeiten geben, Abs. 7. Hierbei verkennt die Vergabekammer aber, dass § 5 VgV zu subsumieren ist, wonach die Lösung

- vorab eindeutig (!) und
- erschöpfend (!)

beschreibbar sein muss. In § 5 VgV steht eben nichts von Unwägbarkeiten, die letztlich der Auftragnehmer hinzunehmen habe. Unwägbarkeiten gehen zu Lasten der Beschwerdegegner.

Die Lösung durch den Biotopkartierer besteht u. a. darin, die vorgefundenen Biotopkartierungen systematisch und aufgrund von Sach- und Fachkunde unter Einsatz und fachlichem Beurteilungs- und Prognoseermessens ordnungsgemäß zu erfassen.

Dies kann je nach tatsächlich vor-Ort (!) auffindbarer Situation ganz unterschiedlichen Arbeits- und damit Zeitaufwand, der folglich preislich vorab nicht kalkulierbar ist, nach sich ziehen.

Da helfen auch keine Verweise der Vergabekammer auf durchschnittliche Erfahrungswerte, wenn die Streuung der Arbeitsaufwandes ist einfach zu groß (anders bei Laborärzten mit vorgegebenen Untersuchungssubstraten in einem Reagenzglas, mit vom Aufwand her ähnlichen und meist vorgegebenen Untersuchungsmethoden und vorgegebenem Auftrag (z. B. pH-Wert), vgl. bereits Antragsschrift u. a. zu OLG Saarbrücken).

Nachstehend ein Beispiel zu **Grasflurbiotopen**:

Zwei gleich große Grasflurenbiotop aus der Datenbank bk32nf20090717 (download, www.mugv.brandenburg.de, Selektive Biotopkartierung neu (§32 und LRT außerhalb von FFH- und Großschutzgebieten)
Merkmale des Objektes in der Datenbank:

a) 30.204 qm großer submediterraner Halbtrockenrasen (*Mesobromion erecti*) LRT 6212 Submediterrane Halbtrockenrasen auf Kalk (*Mesobromion*), Märkisch-Oderland, Seelow, Biotoptypen-Code 051224

b) 32.264 qm große Grünlandbrachen trockener Standorte mit einzelnen Trockenrasenarten, LRT 6212 Submediterrane Halbtrockenrasen auf Kalk (*Mesobromion*), Märkisch-Oderland, Seelow, Biotoptypen-Code 051331

Leistung: Durchführung der Biotoptypen- und Lebensraumtypenkartierung nach Kartierungsmethode Bd.1 und Bd. 2 Brandenburg

Nachfolgend fiktive individuelle Berechnungsbeispiele für einen geringen und hohen Kartierungsaufwand für die gleiche Flächengröße rd. 3 ha und gleicher Lebensraumtyp, verschiedene Biotoptypen

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand b)	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand a)
1.	Vorbereitende Arbeiten: Ausdruck Grund- und Vegetationsbogen, Ausdruck der Bewertungsbögen für mögliche LRT (6240, 6120, 6212, 6510), Erstellen einer Feldkarte und Eintragen des Objektes und den Ergebnissen aus der Vorinformation	0,5 h	0,5 h
2.	Fahrzeit, Anteilige Berechnung, Distanz zwischen zwei Objekten und Anteilige Hin- und Rückfahrt zur Unterkunft	1,0 h	1,0 h (1. Begehung) 1,0 h (2. Begehung mit AG)
	Zeitaufwand für Pos. 1 und 2	1,5 h	2,5 h
3.	Erfassen Grundbogen und Vegetationsbogen.		
3.1	Art/Ausprägung des Biotops Es erfolgt eine Analyse zur Art und Ausprägung	Es handelt um eine alte Ackerbrache, die mit Schafen beweidet wird; die relativ monoton ausgebildet ist und einige Trockenrasenarten aufweist. Die Zugänglichkeit ist einfach, das Biotop liegt direkt an einem befahrbaren Weg. Das Biotop gehört außerdem zum LRT 6212, so dass der Erhaltungszustand nach den Bewertungskriterien 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 zu bewerten ist.	Es handelt sich um ein stark reliefiertes Gelände mit Magerrasen und anderen Grasfluren im kleinräumigen Wechsel aufgrund von Substratunterschieden, Wasser- und Nährstoffhaushalt. In den Senken finden sich frischere und nährstoffreichere Standortbereiche als an den Oderhängen. Die Nutzung der Fläche ist nicht einheitlich, Brachen, intensive und extensive Schafbeweidung. Der Strukturreichtum ist aufgrund der starken Differenzierung hoch. Die Zugänglichkeit zur Fläche ist schwierig; es gibt keinen befahrbaren Wirtschaftsweg. Ein Fußweg von 0,5 h muss zurückgelegt werden. Dichte Heckenstrukturen umgeben z.T. die Fläche. Auch auf der Fläche wachsen aufgrund des Nutzungsmosaiks stellenweise Dornensträucher, so dass in

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand b)	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand a)
			Kombination mit unterschiedlichem Geländere relief, die Begehung der Fläche sehr zeitaufwendig ist. Das Biotop ist außerdem ein LRT 6212, so dass der Erhaltungszustand nach den Bewertungskriterien 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 zu bewerten ist.
3.1.1	Ermitteln und Bewerten des Arteninventars, Artenreichtums, der Vorkommen von gefährdeten Pflanzenarten und Tierarten	Die Vegetation ist sehr monoton. Es handelt sich überwiegend um Glatthafer-Grasfluren, die nicht als LRT 6510 einzustufen sind. Vereinzelt kommen gefährdete Magerrasenarten <i>Dianthus carthusianorum</i> , <i>Aster linosyris</i> , <i>Veronica spicata</i> vor. Das Biotop wird als Entwicklungsfläche 6212 eingestuft.	Die Vegetation ist sehr artenreich, es kommen zahlreiche bemerkenswerte und gefährdete Arten vor. Aufgrund des Vorkommens charakteristischer Pflanzenarten verschiedener Lebensraumtypen im kleinräumigen Wechsel muss fachlich abgewogen und bewertet werden zwischen kontinentalen prioritären Steppenrasen (LRT 6240), subkontinentalen basenreichen Sandrasen (LRT 6120) und Halbtrockenrasen (LRT 6212). Es werden auch Begleitbiotope erfasst. Der Abwägungs- und Bewertungsprozess ist im Gelände langwierig und dennoch nicht abschließend leistbar, so dass die weitere Bearbeitung im Büro erfolgt. Dort findet nach sorgfältiger gutachterlicher Interpretation der aufgenommenen Artenlisten eine Festlegung des LRT und der Biotopgrenzen statt. Mit dem AG wird aufgrund der unterschiedlichen Interpretierbarkeit der Erfassungsdaten ein Geländetermin vereinbart, um die getroffenen Entscheidungen fachinhaltlich zu diskutieren und bestätigen zu lassen.
3.1.2	Ermitteln und Bewerten der Habitatstrukturen	Die Habitatstrukturen weisen ein Entwicklungspotential auf.	Die Habitatstrukturen sind gut ausgeprägt.
3.1.3	Ermitteln und Bewerten der Beeinträchtigungen und Gefährdungen	Beeinträchtigungen liegen in Form von Störzeigern vor	Es liegen verschiedene Beeinträchtigungen in Bezug auf die Landnutzung und Umgebungseinflüsse vor.
3.2	Empfehlen von Pflege- und Maßnahmevorschlägen	Es werden Vorschläge zur Entwicklung gemacht.	Es werden verschiedene Vorschläge mit unterschiedlicher Dringlichkeit empfohlen.
3.3	Bemerkungsfeld	Kein Eintrag	Die gute Ausstattung des Biotops wird im Bemerkungsfeld vermerkt.
3.4	Eintragung: Ausfüllen der Bögen und Abgrenzung des Objektes	Der Aufwand für das Ausfüllen des Grundbogen- und Vegetationsbogens ist gering. Der Vegetationsbogen weist 10 Arten auf und kann zügig ausgefüllt werden.	Der Aufwand für das Ausfüllen der Grund- und Vegetationsbögen ist aufgrund der zahlreichen charakteristischen und auch gefährdeten Arten als hoch einzustufen. Der Vegetationsbogen ist sehr umfassend (ca. 90 Arten). Ebenso aufwendig ist die Schätzung

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand b)	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand a)
			des Deckungswertes für jede Art.
	Zeitaufwand: Pos 1. und Pos. 2	1, 5 h	2,5 h
	Zeitaufwand Pos 3.1 bis 3.2: Begehung, Erfassen, Analyse, Bewerten, Abgrenzen der Fläche in der Feldkarte	50 min	0,5 h Fußweg 4,0 h Erfassung 1 h Auswertung Büro 1 h Abstimmung AG
	Zeitaufwand Pos 3.4: Eintragung in die vorgegebenen Erfassungsbögen	10 min	1 h
	Zeitaufwand für Pos 3 gesamt in Stunden	1,0 h	7,5 h
	Zeitaufwand für Kartierung, Pos. 1 bis 3 gesamt in Stunden	2,5 h	10,0 h

Das heißt: der Arbeits- und Zeitaufwand bereits für ein einziges Biotop kann

- in der einen möglichen Situation 2,5 h betragen,
- in einer anderen möglichen Situation 10 h.

Nachstehend 2 Beispiele zu **Gewässerbiotopen**:

<p>Kleines Biotop aus der Datenbank bk32nf20090717 (download, www.mugv.brandenburg.de, Selektive Biotopkartierung neu (§32 und LRT außerhalb von FFH- und Großschutzgebieten) Merkmale des Objektes in der Datenbank: 169 qm Sand- und Kiesgruben-Gewässer (Biotoptypen-Code 02162) im Landkreis Elbe-Elster, Herzberg mit Lebensraumtyp 3150 Leistung: Durchführung der Biotoptypen- und Lebensraumtypenkartierung nach Kartierungsmethode Bd.1 und Bd. 2 Brandenburg</p> <p>Nachfolgend <i>fiktive individuelle</i> Berechnungsbeispiele für einen geringen und hohen Kartierungsaufwand für die gleiche Flächengröße und gleichen Biotoptypen-Code (Flächengröße und Art identisch)</p>			
--	--	--	--

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand
1.	Vorbereitende Arbeiten: Ausdruck Grund- und Vegetationsbogen, Ausdruck der Bewertungsbögen für mögliche LRT (3130, 3140, 3150), Erstellen einer Feldkarte und Eintragen des Objektes und den Ergebnissen aus der Vorinformation	0,5 h	0,5 h
2.	Fahrzeit, Anteilige Berechnung, Distanz zwischen zwei Objekten und Anteilige Hin- und Rückfahrt zur Unterkunft	1,0 h	1,0 h
	Zeitaufwand für Pos. 1 und 2	1,5 h	1,5 h
3.	Erfassen Grundbogen und Vegetationsbogen. Der Gewässerbogen ist nicht erforderlich, da < 1ha.		

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand
3.1	Art/Ausprägung des Biotops Es erfolgt eine Analyse zur Art und Ausprägung	Es handelt sich um ein kleines Sand- und Kiesgrubengewässer mit wenigen Habitatstrukturen, es ist gut einsehbar. Die Zugänglichkeit zum Gewässer ist einfach. Das Biotop ist außerdem ein LRT 3150, so dass der Erhaltungszustand nach den Bewertungskriterien 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 zu bewerten ist.	Es handelt sich um ein kleines Sand- und Kiesgrubengewässer mit verschiedenen Habitatstrukturen, der Uferbereich ist mit Röhrichtern und Seggen reich strukturiert, die Uferlinie und Uferform ist vielgestaltig mit Flachufer, Abbruchkanten und besonnten freien Abschnitten, das Gewässer ist schwer zugänglich (Eingezäuntes Gelände, Sukzessionsflächen, z.T. stark verbuscht). Für die Entnahme und das Bestimmen der Wasserpflanzen in der tieferen Gewässermite (Tiefe 1,5 m) wird ein Krautanker sowie eine Wathose benötigt. Diese muss in einem zweiten Arbeitsschritt aus dem weiter entfernt abgestellten Fahrzeug geholt werden, da dieses Erfordernis nicht vorhersehbar war. Das Biotop ist außerdem ein LRT 3150, so dass der Erhaltungszustand nach den Bewertungskriterien 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 zu bewerten ist.
3.1.1	Ermitteln und Bewerten des Arteninventars, Artenreichtums, der Vorkommen von gefährdeten Pflanzenarten und Tierarten	Die Vegetation ist sehr artenarm mit einer Art, Schwimmblattvegetation von Nuphar lutea ausgebildet. Unterwasserpflanzen kommen nicht vor. Es werden keine Rote-Liste-Pflanzenarten nachgewiesen. Aufgrund des Windes und leichter Regenfälle sind keine Libellen sichtbar. Ein Teichfrosch wird aufgeschreckt und springt ins Wasser.	Die Vegetation ist sehr artenreich. Es kommen verschiedene Unterwasserpflanzen und Schwimmblattpflanzen vor, insgesamt sind es acht kennzeichnende Wasserpflanzenarten, davon sind einige Rote-Liste-Arten, auch Moosarten kommen vor. In der Gewässermite werden Utricularia-Arten entnommen, auch eine Characeen-Art wird festgestellt. Beide Arten müssen mit Hilfe der Stereolupe im Büro nachbestimmt, ein Herbarbeleg angefertigt und dem AG zu Verfügung gestellt werden. Am Ufer im Röhrichtsaum patrouillieren verschiedene Libellenarten. Auf der Wasseroberfläche werden zufällig Kaulquappen mit einem kugelförmigen, ungesprenkeltem goldenem Bauch entdeckt. Es werden Laubfrösche vermutet, die in Brandenburg vom Aussterben bedroht sind.
3.1.2	Ermitteln und Bewerten der Habitatstrukturen	Die Habitatstrukturen sind mittel bis schlecht ausgeprägt: Das Gewässer weist Flachufer auf, die	Die Habitatstrukturen sind hervorragend ausgeprägt. Das Gewässer weist Flachufer und Uferabbrüche auf, die Uferlinie ist vielgestaltig, es kommen

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand
		Uferlinie ist weitgehend uniform, Gewässertypische Ufervegetation ist nicht ausgebildet.	verschiedene Vegetationszonen (Schwimmblattpflanzen, Unterwasserpflanzen), Verlandungsvegetation mit Röhrichten und Seggen vor. Das Gewässer weist auch vegetationsfreie und damit besonnte Uferzonen auf.
3.1.3	Ermitteln und Bewerten der Beeinträchtigungen und Gefährdungen	Es liegen keine vor.	Es liegen verschiedene Beeinträchtigungen in Bezug auf Landnutzung und Erholung und Freizeit vor.
3.2	Empfehlen von Pflege- und Maßnahmenvorschlägen	Da keine Beeinträchtigungen vorliegen, sind keine Vorschläge zur Abhilfe erforderlich.	Es werden verschiedene Maßnahmen mit unterschiedlicher Dringlichkeit empfohlen. Für den vermuteten Laubfrosch werden spezielle Artenschutzmaßnahmen empfohlen.
3.3	Bemerkungsfeld	Kein Eintrag.	Die sehr gute Ausstattung des Biotops wird im Bemerkungsfeld vermerkt.
3.4	Eintragung: Ausfüllen der Bögen und Abgrenzung des Objektes	Der Aufwand für das Ausfüllen des Grundbogen- und Vegetationsbogens ist gering. Der Vegetationsbogen weist 4 Arten auf.	Der Aufwand für das Ausfüllen der Grund- und Vegetationsbögen ist aufgrund der Begleitbiotope und zahlreichen charakteristischen und gefährdeten Arten als hoch einzustufen. Der Vegetationsbogen ist sehr umfassend (ca. 40 Arten) Aufgrund der Erschwernis bei der Entnahme von Pflanzen, der schwierigeren Zugänglichkeit, Nachbestimmen von besonderen Arten ist der Aufwand hoch.
Zeitaufwand, Detailliert			
	Zeitaufwand: Pos 1. und Pos. 2	1,5 h	1,5 h
	Zeitaufwand Pos 3.1 bis 3.3: Begehung, Erfassen, Analyse, Bewerten, Abgrenzen der Fläche in der Feldkarte	20 min	230 min 60 min (Hin- und Zurück Auto, Wathose anziehen) 70 min (Nachbestimmen Büro, Herbarbeleg erstellen, Lieferung an AG, Rücksprache)
	Zeitaufwand Pos 3.4: Eintragung in die vorgegebenen Erfassungsbögen	10 min	30 min
	Zeitaufwand Pos. 3 gesamt in Stunden	0,5 h	6,5 h
	Zeitaufwand für Kartierung gesamt, Pos.1 bis 3 in Stunden	2,0 h	8,0 h

Das heißt: der Arbeits- und Zeitaufwand kann je Biotop

- in der einen möglichen Situation 2,0 h betragen,
- in einer anderen möglichen Situation 8 h.

Sehr großes Biotop aus der Datenbank bk32nf20090717 mugv. Brandenburg,

Merkmale des Objektes: 469.591 qm Sand- und Kiesgrubengewässer (Biotoptypen-Code 02162)

Leistung: Durchführung der Biotoptypen- und Lebensraumtypenkartierung nach Kartierungsmethode Bd.1 und Bd. 2 Brandenburg

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand:	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand:
1.	Vorbereitende Arbeiten: Vorbereitende Arbeiten: Ausdruck Grundbogen, Vegetationsbogen und Gewässerbogen, Ausdruck der Bewertungsbögen für mögliche LRT (3130, 3140, 3150), Erstellen einer Feldkarte und Eintragen des Objektes und den Ergebnissen aus der Vorinformation	0,5 h	0,5 h
2.	Fahrzeit Objekt, Anteilige Berechnung, Distanz zwischen zwei Objekten und Anteilige Hin- und Rückfahrt zur Unterkunft.	1,0 h (1 Geländetag, 1 Person)	6 h (insgesamt 4 Geländetage; 1. + 2. Tag jeweils eine Person, 3 + 4 Tag jeweils 2 Personen)
Zeitaufwand für Pos. 1 und 2		1,5	6,5
3.	Erfassen Grundbogen und Vegetationsbogen und Gewässerbogen, da Objekt > 1ha.		
3.1	Art/Ausprägung des Biotops	Es handelt sich um ein großes Abgrabungsgewässer, dessen Nutzung erst kürzlich stattfindet. Die Uferbereiche sind daher weitgehend vegetationsfrei. Die Zugänglichkeit ist einfach. Das Gewässer weist aufgrund des geringen Alters keine Wasserpflanzen auf. Es handelt sich um kein LRT Gewässer, so dass die Einzelkriterien 3.1.1, 3.1.2 und 3.1.3 nicht ermittelt und bewertet werden müssen; der Erhaltungszustand muss ebenfalls nicht ermittelt werden. Die Bearbeitung wird im Rahmen eines Geländetages vollzogen. Das Gewässer kann am Ufer gut umlaufen werden, es ist sehr gut zugänglich und einsehbar.	Es handelt sich um ein großes Abgrabungsgewässer, das in Teilbereichen noch abgebaut wird. Andere Teilbereiche sind schon länger ungenutzt. Das Gewässer ist teilweise von Auenwald und anderen Sukzessionsgebüschern umgeben. Die Gewässerrandbegehung ist sehr erschwert. Es werden zugängliche Bereiche an verschiedenen Stellen angelaufen und begutachtet. Das Biotop weist außerdem in Teilbereichen die LRT 3130, 3140 auf, so dass der Erhaltungszustand nach den Kriterien 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 zu bewerten ist.
3.1.1	Ermitteln und Bewerten des Arteninventars, Artenreichtums, der Vorkommen von gefährdeten Pflanzenarten und Tierarten	Muss nicht ermittelt werden, da kein LRT.	Sehr hohe Ausstattung: Im Bereich von trockenengefallenen Gewässerrändern treten Pflanzen der Zwergbinsen- und Strandlingsgesellschaften auf, die

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand:	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand:
			dem LRT 3130 zuzuordnen sind. Die Zuordnung zu den LRT-Subtypen wird schwierig. Es werden die bestimmbareren Rote-Liste-Pflanzenarten und charakteristische Arten notiert. Manche Pflanzenarten sind noch zu klein, so dass eine zweite Begehung zu einem späteren Zeitpunkt erforderlich wird. Zum LRT 3140: Es kommen Schwimmblattvegetation und Unterwasservegetation (Armleuchteralgen und andere Makrophyten) vor. Gemäß der Vorgabe sind Pflanzen zu entnehmen. Es erfolgt eine Erfassung mittels Boot-, Krautanker und Sichtkasten. Die Erfassung der Vegetation erfolgt vom Boot mit 2 Personen. Die Vegetation wird vom Boot aus mit dem Krautanker entnommen. Eine Bestimmung der Arten erfolgt im Büro mittels Stereoluppe und Mikroskop. Der Aufwand ist groß, da es unterschiedliche Armleuchter-Arten sind. Die Herbarbelege werden dem AG zu Verfügung gestellt. Es erfolgt eine Abstimmung und Rücksprache mit AG
3.1.2	Ermitteln und Bewerten der Habitatstrukturen	Muss nicht ermittelt werden, da kein LRT.	Die Bewertung der Habitatstrukturen/Festlegung der Erhaltungszustandes stellt sich dennoch sehr schwierig heraus, weil der Bedeckungsgrad des besiedelbaren Gewässerbodens (LRT 3140), die absolute Makrophytengrenze, den Bedeckungsgrad des besiedelbaren Gewässergrundes mit Characeen-Unterwasserrasen mit den gewählten Methoden vom Boot aus nicht zufriedenstellend bestimmbar ist, so dass ein Taucheinsatz mit 2 Personen erfolgt.
3.1.3	Ermitteln und Bewerten der Beeinträchtigungen und Gefährdungen	Muss nicht ermittelt werden, da kein LRT.	Es liegen vier verschiedene Beeinträchtigungen in Bezug auf Landnutzung und Erholung und Freizeit vor.
3.2	Pflege- und Maßnahmenvorschlägen	Da, dass Gewässer noch in der Entwicklung ist, werden keine Maßnahmen vorgeschlagen.	Es werden verschiedene Maßnahmen mit unterschiedlicher Dringlichkeit empfohlen.

Arbeitsschritte		Geringer Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand:	Hoher Schwierigkeitsgrad/ Kartierungsaufwand:
3.3	Gewässerchemische Daten/Sichttiefe	Die gewässerchemischen Daten liegen nicht vor, es müssen ph-Wert, die Kalkhärte, Gesamt-Wasserhärte mittels Schnelltest vor Ort ermittelt werden sowie die elektrische Leitfähigkeit bestimmt werden. Die Sichttiefe wird mittels Secchi-Scheibe festgestellt.	Die gewässerchemischen Daten liegen nicht vor, es müssen ph-Wert, die Kalkhärte, Gesamt-Wasserhärte mittels Schnelltest vor Ort ermittelt werden sowie die elektrische Leitfähigkeit bestimmt werden. Die Sichttiefe wird mittels Secchi-Scheibe festgestellt.
3.4	Ausfüllen der Bögen und Abgrenzung des Objektes	Der Aufwand für das Ausfüllen des Grund-, Gewässerbogen ist gering. Es wird kein Vegetationsbogen ausgefüllt.	Das Ausfüllen der Grund-, Gewässer- und Vegetationsbögen ist aufgrund der zahlreichen Begleitbiotope, charakteristischen und gefährdeten Arten sehr aufwendig. Ebenso die Maßnahmenplanung aufgrund der unterschiedlichen Nutzung des Gewässers sowie Beeinträchtigungen und Gefährdungen. Der Vegetationsbogen weist 80 Arten auf.
	<i>Zeitaufwand: Pos 1. und Pos. 2</i>	<i>1, 5 h</i>	<i>6,5 h</i>
	<i>Zeitaufwand Pos 3.1 bis 3.2: Begehung, Erfassen, Analyse, Bewerten, Abgrenzen der Fläche in der Feldkarte</i>	<i>7,0 h</i>	<i>8 h 1. Begehung 6 h 2. Begehung 36 h 3. Booteinsatz mit zwei Personen, 2 Tage 4 h (Nachbestimmen Büro, Herbarbeleg erstellen, Lieferung an AG, Rücksprache) 16 h 4. Taucheinsatz mit zwei Personen</i>
	<i>Zeitaufwand Pos 3.3: Eintragung in die vorgegebenen Erfassungsbögen</i>	<i>0,5 h</i>	<i>0,5 h</i>
	<i>Zeitaufwand Pos 3.4: Eintragung in die vorgegebenen Erfassungsbögen</i>	<i>1,0 h</i>	<i>3,0 h</i>
	<i>Zeitaufwand für Pos 3 gesamt in Stunden</i>	<i>8,5 h</i>	<i>73,5 h</i>
	Zeitaufwand für Kartierung gesamt, Pos. 1 bis 3 in Stunden	10,0 h	80,0 h

Das heißt: der Arbeits- und Zeitaufwand kann je Biotop

- in der einen möglichen Situation 10,0 h betragen,
- in einer anderen möglichen Situation 80 h.

Der Beschwerdegegner ist einschlägig erfahren bezüglich der Biotopkartierung und ihrer Ausschreibung.

Es wäre jetzt Sache des Beschwerdegegners darzulegen, dass alles dies, Leistungsinhalte und Zeitaufwand, vorab anhand der Vergabeunterlagen und Erläuterungen, die den Biotopkartierern zugänglich gemacht wurden,

„*eindeutig und erschöpfend*“, § 5 VgV,

erkennbar war. Vorstehendes sind sachliche Fakten, die durch

Sachverständigengutachten

belegt werden können, was hiermit höchst vorsorglich beantragt wird.

Im 8. und somit letzten Abs. der S. 14 und auf S. 15 wird unter Bezugnahme auf die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin mit **offenen Formulierungen** wie „*ggf.*“, „*i.d.R.*“, Plausibilitätskontrollen etc. hingewiesen, vgl. auch Antragschrift an die Vergabekammer vom 16.08.2011.

Solche offenen Formulierungen in der Leistungsbeschreibung (genauer: Methodenbeschreibung zur Biotopkartierung), die schon in der Rüge der Beschwerdeführerin benannt wurden, vgl. dort ab S. 4, belegen, dass im Sinne obiger Kommentierung von Alexander a. a. O., dass schöpferisch-gestalterisches Potential der Beschwerdeführerin als potentielle Auftragnehmerin erforderlich ist.

Weyand führt a. a. O., Rn. 24, aus:

„Haben sich daher bei der konkreten Aufgabe die Vorgaben des Auftraggebers der Lösung bereits soweit genähert, dass kein Raum für notwendige Verhandlungen verbleibt und hat der Auftragnehmer keinen kreativen Spielraum mehr, um erstmalig dem Auftraggeber etwa zu beachtende Anforderungen mit den dazu in Frage kommenden planerisch/technischen Lösungen zu benennen, besteht keine Veranlassung bzw. Notwendigkeit, die gewünschte Leistung unter Anwendung der Regelungen der VOF zu beschaffen“,

so Weyand, *ibr-online* 2011, zu § 1 VOF, Rn. 24 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, B. v. 10.08.2011 - VII-Verg 36/11; OLG München, B. v. 28.04.2006 - Verg 6/06; VK Düsseldorf, B. v. 30.9.2002 - VK - 26/2002 - L).

Das Gleiche wird *erst recht* gelten, wenn darüber hinaus dem Bewerber Unklarheiten nach Verhandlung und Auftragserteilung verbleiben.

Ist ein schöpferischer, gestalterischer und konstruktiver Freiraum in erkennbarem Maß vorhanden und gewollt, was z. B.

- anhand der offenen Formulierungen oder
- des nach der sog. Anlage 5, „Handlungsanleitung und Digitalisierungsvorschrift“, dort Seite 5, wegen des vom Auftragnehmer verlangten
„gutachterlichen Ermessens fachlich abzuwägen Auftretende Probleme sind frühzeitig mit dem AG zu klären. ...“ (vgl. Rüge, dort S. 5)

offensichtlich ist, geht es insbesondere darum, dass der Auftragnehmer aufgrund seiner beruflichen Erfahrung und Kompetenz eine eigenständige, kreative Lösung findet, so ist das Ziel des Auftrags beschreibbar, nicht jedoch die dessen Umsetzung, OLG München, B. v. 28.04.2006 - Verg 6/06.

Das heißt: die Vergabekammer subsumiert falsch, in dem sie die konkret gerügten Punkte außer Betracht lässt.

Seite 15:

In Abs. 2 führt die Vergabekammer zutreffend aus, dass eine detailgenaue Beschreibung der bei der Kartierung anfallenden Leistungen

„vorausschauend objektiv unmöglich“ sei, wie

„niemand vorhersagen kann, welche Leistungen bei welchem Biotop im Einzelnen anfallen werden“.

Dies sei abhängig vom Einzelfall.

Genau dies entspricht der Auffassung der Beschwerdeführerin.

Die Vergabekammer zieht hieraus aber nicht die entsprechende Schlussfolgerung für § 5 VgV, wonach die Lösung für eine VOL-Ausschreibung im offenen Verfahren vorab eindeutig (!) und erschöpfend (!) beschreibbar sein muss, mithin eben detailgenau.

Diese Ausführungen der Vergabekammer auf S. 15 stehen im Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen

- ab Seite 12, Abs. 4, wonach der Auftraggeber alle anfallenden Tätigkeiten im Einzelnen *beschrieben* habe (wenngleich es nach Ansicht der Beschwerdeführerin auf die Lösung gem. § 5 VgV ankommt) und
- auf S.13, 7. Abs., wonach eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation des Preises *möglich und zumutbar* sei und,
- S. 14, oben beginnend, dass die zur Verfügung gestellten Daten hinreichende Kalkulationssicherheit gewährleisten;

- Schätzungen der Beschwerdegegner, S. 14, 6. Abs., reichten aus.

Der genaue Leistungsumfang wäre nach Ansicht der Vergabekammer durch keine andere Methode vorab zu ermitteln gewesen, so dass die vom Beschwerdegegner gewählte Methode zur Erstellung der Leistungsbeschreibung nicht als fehlerhaft anzusehen sei.

Diesen Widerspruch in ihrer eigenen Begründung verkennt die Vergabekammer.

Ursache hierfür ist, dass die Vergabekammer

- die Tätigkeit, also die Leistungshandlung von dem
- Leistungserfolg, der Lösung,

nicht zutreffend trennt.

Auf S. 15, Abs. 3, führt die Vergabekammer aus, dass bei dem verbleibenden Kalkulationsrisiko insbesondere zu berücksichtigen sei, dass die in dem Bereich der Biotopkartierung Tätigen über einschlägiges Erfahrungswissen verfügten oder sich entsprechende Informationen jedenfalls ohne weiteres beschaffen könnten, um auf dieser Basis kalkulieren zu können. Hierbei verweist die Vergabekammer auf die Website / Internetpräsenz der Beschwerdeführerin, wonach diese Erfahrungen in der landesweiten hessischen Biotopkartierung habe wie auch in anderen Bundesländern mit vergleichbaren Methoden und vergleichbaren Erfassungsprogrammen.

Hieraus lässt sich aber entgegen der Ansicht der Vergabekammer nicht herleiten, dass auch ein Preis kalkuliert werden kann.

Diese Argumentation ist beliebig sowohl auf VOL als auch auf VOF anwendbar, die hier aber voneinander zu trennen sind. Es kann also nicht auf allgemein oder sogar speziell beim konkreten Auftraggeber vorliegende Erfahrungen mit vergleichbaren Vergaben ankommen.

Es ist nicht denkbar, dass eine auszuschreibende Leistung je nach subjektivem Erfahrungsstand auf Auftraggeberseite zunächst der VOF und mit wachsenden Erkenntnissen der VOL/A zuzuordnen ist. Die Einordnung muss sich vielmehr anhand eines objektiven Maßstabs vollziehen, vgl. 1. VK Bund, B. v. 07.04.2011 - VK 1 - 23/11.

Siehe auch obige Ausführungen, wonach die Beschwerdegegnerin bisher diese Leistungen nach VOF ausschrieb.

Festzuhalten ist, dass der Aufwand des im Einzelfall erforderlichen Arbeitsaufwandes nicht vorhersehbar ist.

Diese Bewertung schlägt natürlich durch auf den zu kalkulierenden Preis.

Der einzutragende Preis, den der Beschwerdegegner abfragt, setzt sich zusammen aus der Multiplikation von Menge und Preis pro Stunde.

Entscheidend ist, dass der Beschwerdegegner hier einen **Gesamtpreis** verlangt.

Ist der im Einzelfall erforderliche Aufwand höher, sind die Mehrkosten von der Beschwerdeführerin selbst zu tragen.

Im Termin vor der Vergabekammer führte der Beschwerdegegner aus, dass es durchaus schon einmal zu Nachträgen käme. Dies weiß die Beschwerdeführerin nicht und kann dies nur bestreiten. Denn aus den Vergabeunterlagen ergibt sich kein (!) Anspruch auf Mehrvergütung bei höherem Aufwand.

Ausweislich der Bekanntmachung, Ziffer II.1.9) sind keine Varianten / Alternativangebote zugelassen. Das heißt: die Beschwerdeführerin kann gar nicht an der Beschwerdegegner herantreten und statt einer Abrechnung als Gesamtpreis eine Abrechnung nach tatsächlichem Stundenaufwand anbieten. Sie flöge sofort aus dem Vergabeverfahren.

Daher ist die nebenbei gemachte Einlassung der Beschwerdegegner, es kämen auch schon einmal Nachträge vor (was leider nicht protokolliert wurde, s. o. bereits) auch aus dem Grund der Bekanntmachungsvorgaben bedeutungslos. Somit kann ein Biotopkartierer nur „hoffen“, dass entgegen der Vorgaben der Bekanntmachung ein erhöhter Bearbeitungsaufwand auch höher abgerechnet wird. Verlangen kann er es jedenfalls vertragsrechtlich nicht.

Damit gehen alle Unwägbarkeiten, die sich aus den Biotopen im Einzelfall ergeben und dem ebenso nicht vorab zu kalkulierenden Abstimmungsbedarf des Beschwerdegegners, vgl. Rüge vom 29.07.2011, Seite 5 ff., allein zulasten der Beschwerdeführerin.

Auf S. 15, letzter, 5. Abs., heißt es, dass das Zuschlagskriterium der **Qualität** nicht zu beanstanden sei.

Hiernach gebe die kalkulierte Stundenzahl an, ob ein Bewerber den notwendigen Aufwand zutreffend einschätzen könne. Bereits in der Rüge und in der Antragsschrift an die Vergabekammer ist von der Beschwerdeführerin bemängelt worden, dass unklar sei, welche *Leistungstiefe*, also welche Qualität, der Beschwerdegegner denn genau wünsche.

Sicherlich mag man dem Beschwerdegegner mit der Vergabekammer gewisse Ermessensspielräume für die Wertung der Qualität der Bewerber eröffnen.

Unklar ist aber, was der Vergleichsmaßstab des Beschwerdegegners ist, was auch in der mündlichen Verhandlung von der Beschwerdeführerin thematisiert wurde (und nicht protokolliert wurde). Der Beschwerdegegner führte im Termin aus, dass man sich an Vergangenheitswerten orientiere.

Wenn schon in der Vergangenheit der Beschwerdegegner von anderen Bewerbern bei anderen Ausschreibungen Festpreise verlangte, ohne dass bereits im Vertrag vorgesehen war, dass bei höherem als dem kalkulierten Aufwand Nachträge möglich sind, ist der Vergleichsmaßstab für die Bewertung der Qualität falsch.

Denn hiermit werden Fehler aus der Vergangenheit auf Dauer in die Zukunft perpetuiert.

Hierüber findet sich in der Entscheidung der Vergabekammer leider kein Wort, obwohl dies im Termin Thema war!

Im weiteren führt die Vergabekammer zum Thema Qualität auf S. 16, Abs. 1, weiter aus, dass es der Beschwerdeführerin selbst vorbehalten sei, wie sie eine deutlich gewissenhaftere und vertiefte Erfassung der Kartierung kalkuliere, da die Kalkulation der Preise ihre eigene Sache sei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Vergabekammer hier die Zuschlagskriterien Preis einerseits und Qualität andererseits vermischt.

Es handelt sich um einen logischen Zirkelschluss. Denn selbstverständlich ist die Kalkulation der Preise pro Stunde Sache der Beschwerdeführerin. Unter dem Zuschlagskriterium Qualität ist aber danach zu fragen, welche Qualität der Beschwerdegegner verlangt, da unklar ist, welche Leistungstiefe sie wünscht. Diese Frage beantwortet die Vergabekammer nicht damit, indem sie das Thema wechselt und auf die Kalkulation der Preise pro Stunde verweist, was zum Zuschlagskriterium Preis gehört.

Ebenso falsch ist, S. 16, Abs. 1, dass es für den Beschwerdegegner unerheblich sei, wie die Angebotssumme zustande komme. Denn dem Auftraggeber obliege es vielmehr, ein wirtschaftliches Angebot zu erhalten.

Dies verkennt erneut, dass es sich vorliegend um vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen handelt. Die Argumentation der Vergabekammer greift nur dann, wenn es vorliegend um vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare und damit kalkulierbare Leistungen ginge.

Entgegen der Ansicht der Vergabekammer, S. 16, Abs. 4, liegt eine **Diskriminierung** der Beschwerdeführerin vor. Ausweislich der Vergabeunterlagen müssen Erfahrungen mit der **brandenburgischen Biotopkartierung** Methode sowie dem brandenburgischen Erfassungsprogramm bei den Bietern gegeben sein. Hierbei vertritt die Vergabekammer die Ansicht, dass dieses Kriterium so gemeint sei, dass es rechtskonform ist, nämlich im Einklang mit § 7 Abs. 5 S. 2 VOL/A EG stehe. Hierbei verweist die Vergabekammer auf eine Entscheidung des OLG Koblenz vom 4.7.2007 – 1 Verg 3/07.

Konsequent weiter gedacht bedeutet dies, dass in VOL oder VOB-Vergaben künftig nicht mehr produktneutral ausgeschrieben werden müsse und man auf den Zusatz „oder gleichwertig“ verzichten könne. Denn dieser sei ja gemeint.

Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut des § 7 Abs. 5 S. 2 VOL/A EG nicht passt. Denn dort heißt es, dass ein Unternehmen die Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage anderer,

„vom Auftraggeber für geeignet erachteter Belege nachweisen“

kann. Aus den Vergabeunterlagen ist nicht ersichtlich, welche Erfahrungen *alternativ* zur brandenburgischen Biotopkartierungsmethode etc. als geeignet angesehen werden.

Dass im Übrigen daneben auch andere Eignungsnachweise abgefragt werden, ändert hieran nichts.

Hiermit hält der Beschwerdegegner sich neue Bewerber vom Hals, seien sie aus Deutschland oder dem EU-Ausland.

Im Weiteren passt der Verweis auf die Entscheidung des OLG Koblenz nicht. Dort ging es darum, dass der Beschwerdegegner von Unternehmen Unbedenklichkeitsbescheinigungen von Finanzbehörden und Sozialversicherungsträgern verlangte. Das Gericht führte aus:

„Vergabekammern und -senate haben grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Auftraggeber mit der Forderung nach Eignungsnachweisen einen Zweck mit einem normorientierten Sinn verfolgt. Zweck der "Unbedenklichkeitsbescheinigung" ist es, den Auftraggeber darüber zu unterrichten, ob der Bieter in der Vergangenheit seine Steuern und (Sozial-)Abgaben pünktlich und gewissenhaft gezahlt hat. Der Auftraggeber kann daraus entnehmen, inwieweit der Bieter wirtschaftlich leistungsfähig und zuverlässig und somit als Vertragspartner der öffentlichen Hand geeignet ist.“

Das heißt, dass eine Auslegung der geforderten Unbedenklichkeitsbescheinigungen nach ihrem Zweck möglich ist. Der Wortlaut gibt also für eine dementsprechende Auslegung eine Anknüpfungstatsache.

In dem von der Vergabekammer Brandenburg entschiedenen Fall gibt es aber keine derartige Anknüpfungstatsache. Der Wortlaut ist beschränkt auf „brandenburgische“ Aspekte. Hieraus zu entnehmen, dass vergleichbare Erfahrungen auch außerhalb von Brandenburg akzeptiert werden, widerspricht dem klaren, beschränkten Wortlaut. Der Begriff „Brandenburg“ lässt sich nicht über diesen Wortlaut hinaus auslegen.

III. Akteneinsicht

Bezüglich der Akteneinsicht erlaube ich mir auf die Ausführungen in der Antragschrift vom 16.08.2011 vollumfänglich zu verweisen.

IV. Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde ist begründet, da die sofortige Beschwerde Aussicht auf Erfolg hat, § 118 Abs. 2 GWB.

Die nach § 118 Abs. 2 GWB in die Prüfung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde anschließende Interessenabwägung fällt zu Gunsten der Beschwerdeführerin aus.

Der hier gestellte Antrag ist nur dann abzulehnen, 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 zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

Eine solche Eilbedürftigkeit des Abschlusses des Vergabeverfahrens lässt sich jedoch nicht feststellen.

Dies gilt sowohl aus obigen rechtlichen Gründen als auch aus Gründen, die in der Natur der Sache, der Biotopkartierung, mit Blick auf die Vegetationszeiträume liegen, in denen eine Biotopkartierung in Betracht kommt.

Denn unabhängig davon, wie schnell in dieser Sache durch das OLG entschieden wird, beginnt der neue Vegetationszeitraum, in dem die Biotopkartierung vorzunehmen wäre, Anfang April 2012.

Genauer: die zu überprüfende und fachlich zu bewertende und letztlich sodann zu kartierenden Biotope und Lebensraumtypen im Los 3 der Ausschreibung sind zwingend an die Vegetationsperiode gebunden und können nicht in den nun anstehenden Wintermonaten (Ruheperiode) ausgeführt werden.

Die Vegetationsperiode (durchschnittliche Temperatur > 5 Grad) beginnt in der Regel Anfang April und endet Ende Oktober.

Anbei die Übersicht der Station Nuthetal in Brandenburg StDV (durchschnittliche Temperatur Zeitraum 2007 bis 2011):

Temperatur

STDV		2007	2008	2009	2010	2011
-0,9	Jan	5,42	4,03	-2,61	-4,83	0,77
0,2	Feb	3,87	4,46	0,78	-0,44	-0,33
3,7	März	7,35	5,35	5,41	4,65	4,25
8	Apr	11,8	9,49	13,15	9,4	12,61
13,2	Mai	16,21	16,79	14,79	11,85	15,2
16,6	Jun	19,91	19,78	16,33	18,22	19,13
17,9	Jul	19,25	20,22	20,12	22,68	18,21
17,5	Aug	18,93	19,19	19,87	18,64	19,09
13,9	Sep	14,1	14,13	15,16	13,04	
9,4	Okt	8,28	9,86	7,75	7,53	
4,2	Nov	4,3	6,01	7,21	4,78	
0,7	Dez	2,52	1,45	-0,73	-4,78	
8,7	Durchschn.	11,00	10,90	9,77	8,40	11,12

Die Vegetationsperiode (Synonym für Vegetationszeit) wird definiert als derjenige Zeitraum des Jahres, in dem die Pflanzen photosynthetisch aktiv sind, d. h. wachsen, blühen und fruchten. Als Beginn der Wachstumszeit wird im allgemeinen der Abschnitt des Jahres definiert, in dem das Tagesmittel der Lufttemperatur mindestens 5° Celsius (für verschiedene Pflanzen auch 10° C) beträgt. Beim Unterschreiten der Schwellenwerte für die Temperatur bzw. bei Trockenheit tritt Vegetationsruhe ein.

Nach alledem ist der sofortigen Beschwerde mit den oben gestellten Anträgen der Beschwerdeführerin stattzugeben.

Wiesner, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



LAND BRANDENBURG

Anlage 17

Landesamt für Umwelt,
Gesundheit und
Verbraucherschutz
Abteilung Service

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Postfach 60 10 61 | 14410 Potsdam

KOPIE

Brandenburgische Oberlandesgericht

Gertrud- Piter- Platz 1
14770 Brandenburg

Brbg. Oberlandesgericht
Gertrud-Piter-Platz 1 | 14767 Brandenburg e. d. L.

09. Nov. 2011

Bearb.: Frau Katja Gäbler
Gesch-Z.: LUGV_S3-
1042/222+2#191111/2011
Hausruf: +49 33201 442-105
Fax: +49 33201 442-662
Internet: www.lugv.brandenburg.de
Katja.Gaebler@LUGV.Brandenburg.de

Vorab per Fax: 03381-39 9350

Anl.: Doppel: Nz:

Potsdam, 07.11.2011

./ LUGV

Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB

Im dem Rechtsstreit

./ Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz

VergW 13/ 11

nehmen wir Bezug auf die gerichtliche Verfügung vom 27.10.2011 und beantragen den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gem. § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB abzulehnen.

Gründe

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ist abzulehnen. Der Antrag dürfte zwar zulässig, aber unbegründet sein.

Die summarische Prüfung wird ergeben, dass das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat. Zudem wird eine Abwägung ergeben, dass 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 zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.



- l) Die Entscheidung der Vergabekammer des Landes Brandenburg, welche den Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin zurückwies, ist nicht rechtsfehlerhaft. Die Beschwerdeführerin ist nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt.
- 1) Weder die Wahl des Vergabeverfahrens noch die Kalkulationsgrundlagen sind vergaberechtlich zu beanstanden, so dass die Beschwerdeführerin nicht gehindert war, ein Angebot abzugeben.

Die Wahl des Vergabeverfahrens war nicht rechtsfehlerhaft. Die VOL/A ist anwendbar. Nach § 4 Abs. 1 i. V. m. § 5 Abs. 2 VgV ist die VOF nur bei der Vergabe von Dienstleistungen anzuwenden, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigen angeboten werden. Nach § 5 Abs. 2 VgV gilt Absatz 1 nicht für die Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. In diesen Fällen ist gem. § 4 Absatz 1 VgV die VOL/A anzuwenden.

Der ausgeschriebene Auftrag „Selektive Kartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH- Lebensraumtypen außerhalb von FFH- Gebieten und Großschutzgebieten (GSG) 2011 –Los 3“ wird von dem Ausnahmetatbestand erfasst, da im Vorhinein die Durchführung der zu beauftragenden freiberuflichen Leistung im Sinne der § 5 Satz 5 VgV beschrieben werden kann.

Wie die Vergabekammer zur Begründung richtig ausführt, bleibt dem Auftragnehmer bzgl. dieses Auftrages „Selektive Kartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH- Lebensraumtypen außerhalb von FFH- Gebieten und Großschutzgebieten (GSG) 2011 –Los 3“ aufgrund der von der Vergabestelle festgelegten umfangreichen Rahmenbedingungen und Zielvorgaben kein Freiraum, der eine eigene kreative- schöpferische Gestaltung erlaubt. Die Offenheit des Arbeitsergebnisses ist dabei nicht von entscheidender Bedeutung. Sie liegt in der Natur der Sache.

Entgegen des Vortrages der Beschwerdeführerin wird von Seiten des Beschwerdegegners und der Vergabekammer nicht bestritten, dass das Ergebnis der Lösung – die Eintragung der gefundenen Biotop- und Lebensraumtypen in die vorgegebenen Erfassungsbögen sowie die anschließende Digitalisierung – umfassende botanische Kenntnisse sowie Fachkenntnisse in Bezug auf Kartierungsmethoden und Datenbankverarbeitung erfordert. Jedoch entwickelt sich die Lösung der Aufgabe „Biotopkartierung“ nicht durch eine geistig- schöpferische Leistung bei der Durchführung der Kartie-

rung, sondern sie entsteht durch die Anwendung des Fachwissens auf die vorgefundenen Biotop und deren Einstufung nach der vorgegebenen Anleitung zur Kartierung. Haben sich daher bei der konkreten Aufgabe die Vorgaben des Auftraggebers der Lösung bereits soweit genähert, dass kein Raum für notwendige Verhandlungen verbleibt und hat der Auftragnehmer keinen kreativen Spielraum mehr, um erstmalig dem Auftraggeber etwa zu beachtende Anforderungen mit den dazu in Frage kommenden planerisch/technischen Lösungen zu benennen, besteht keine Veranlassung bzw. Notwendigkeit, die gewünschte Leistung unter Anwendung der Regelungen der VOF zu beschaffen (OLG München, B.v. 28.4.2008 – Az.: Verg 6/06).

Die Erfahrungen der vergangenen Jahre haben gezeigt, dass die Verhandlungsverfahren, welche nach der VOF vorgesehen sind, nicht notwendig waren, um den Auftrag in der notwendigen Eindeutigkeit und Bestimmtheit erteilen zu können.

Aufgrund des oben gesagten, können wir die Andeutungen der Beschwerdeführerin auf Seite 6 in der Beschwerdeschrift nicht deuten.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin stellen die zur Verfügung gestellten Daten eine ausreichende Kalkulationsgrundlage dar, denn die in der Leistungsbeschreibung genannten Angaben zur Flächencharakteristik beruhen auf einer umfassenden durch den Fachbereich des LUGV erarbeiteten Auswertung aller zur Verfügung stehenden Daten im LUGV. Erfahrungsgemäß bieten die in der Leistungsbeschreibung gemachten Angaben – bei Los 3 ca. 390 km³ auszuwertende TK- Fläche ca. 1200 Biotop eine hinreichend gute Grundlage für die Kalkulation der Angebote, um vergleichbare Angebote zu erstellen. Anzumerken ist, dass hinsichtlich Los 3 „Bezeichnung Oberhavel III“ 6 Angebote vorliegen.

- 2) Das Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens überwiegt.
 - a) Unabhängig vom Vorliegen der Vegetationsperiode ergibt sich in der hiesigen Sache eine Dringlichkeit bzgl. der Zuschlagserteilung.

Die selektive Kartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotop und FFH- Lebensraumtypen außerhalb von FFH- Gebieten und Großschutzgebieten (GSG) - zu der auch die Ausführung der Leistung Los 3 im Landkreis Oberhavel gehört - erfolgt im Rahmen einer eng abgestimmten fachlichen und haushalterischen Gesamtplanung für Kartier- und Monitoringarbeiten.

Die zu erhebenden Daten (betrifft ca. ein Drittel der Kreisfläche im Landkreis Oberhavel) werden für die Vervollständigung des Biotopkatasters Brandenburg (für den Landkreis Oberhavel liegen entsprechende Daten nicht aktualisiert vor), für die Aufgabenwahrnehmung der Unteren Naturschutzbehörden und der Regionalabteilungen des LUGV - insbesondere für den Vollzug des gesetzlichen Biotopschutzes, für die Prüfung in Genehmigungsverfahren, für die Ausweisung von Schutzgebieten – sowie für die Umsetzung der Europäischen Flora- Fauna- Habitat- (FFH)- Richtlinie dringend benötigt.

Damit kommt es insgesamt zu Verzögerungen bei der landesweiten Umsetzung des gesetzlichen Biotopschutzes, bei Planungs- und Genehmigungsverfahren und bei der Umsetzung der FFH- Richtlinie.

Auch führen Verzögerungen in dieser Gesamtplanung dazu, dass eingeplante Haushaltsmittel für 2011 verfallen und in den Folgejahren nicht für die bereits geplante und notwendige Kartierungen zur Verfügung stehen.

- b) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die auszuführende und ausgeschriebene Leistung des Los 3 nicht zwingend an die Vegetationsperiode gebunden. Im Bewusstsein dessen erfolgte die Ausschreibung auch über 2 Kalenderjahre, einschließlich der Wintermonate.

Laut Leistungsbeschreibung besteht ein erheblicher, sehr arbeitsintensiver Anteil der Leistung, welcher unabhängig von der Vegetationsperiode zu erbringen ist, aus folgenden Aufgaben:

- Recherche, Sichtung und Vorauswertung vorhandener Kartierungsunterlagen und Geobasisinformationen. Anzumerken ist, dass dazu die Erstellung von Arbeitskarten ausschließlich am Bildschirm gehört.
- Die Kontaktaufnahme und Absprache mit Ansprechpartnern in den jeweils zuständigen Behörden (Naturschutzreferate der Regionalabteilungen des LUGV, untere Naturschutzbehörden, Forstbehörde) sowie ggf. mit dem ehrenamtlichen Naturschutz (ehrenamtliche Gebietsbetreuer) vor Durchführung der Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung.

Der Auftraggeber ging bei der Ausschreibung davon aus, dass diese Leistungsbestandteile vor der Vegetationsperiode bzw. nach der Vegetationsperiode (Dateneingabe, Digitalisierung, Auswertung) bearbeitet werden.

Insgesamt ist festzuhalten, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um gesetzliche Aufgaben des Landes Brandenburg handelt, deren Umsetzung durch etwaige Verzögerungen gefährdet ist. Zudem ist anzumerken, dass für die weiteren ausgeschriebenen Lose dieser Vergabe der Zuschlag erteilt wurde bzw. die Leistungserbringung begonnen hat.

Nach alledem ist eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen.

Im Auftrag

Gäbler



Verg W 13/11 Brandenburgisches Oberlandesgericht
VK 32/11 Vergabekammer des Landes Brandenburg

Ausfertigung



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

betreffend: Landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen - Los 3 (Oberhavel III)

hier: Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB

Beteiligte:

1.

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Wiesner Riemer,
Kreuzstraße 80, 55543 Bad Kreuznach,

2. Land Brandenburg, vertreten durch das Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz Brandenburg, vertreten durch den Präsidenten Prof. Dr. Matthias Freude, Seeburger Chaussee 2, 14473 Potsdam OT Groß Glienicke,

- Auftraggeber und Beschwerdegegner -

hat der Vergabesenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts

am 10 . November 2011

durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Eberhard,
die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schwonke und
den Richter am Oberlandesgericht Hänisch

b e s c h l o s s e n :

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 13.10. 2011 - VK 32/11 - wird bis zur Entscheidung über die sofortigen Beschwerde verlängert.

Der Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht in die Vergabeakten des Auftraggebers wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Auf Antrag der Antragstellerin ist die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 GWB zu verlängern.

Die sofortige Beschwerde ist statthaft (§ 116 Abs. 1 GWB) und auch sonst zulässig, insbesondere form- und fristgerecht erhoben (§ 117 Abs. 1, 2 und 3 GWB). Das Rechtsmittel erweist sich nach der gebotenen summarischen Prüfung (§ 118 Abs. 2 Satz 1 GWB) nicht als offensichtlich unbegründet. Zwar dürfte dem Nachprüfungsantrag eine Erfolgsaussicht insoweit fehlen, als die Antragstellerin in erster Linie begehrt, den Auftraggeber zu verpflichten, die Ausschreibung nicht im offenen Verfahren nach VOL/A sondern im Verhandlungsverfahren gemäß VOF vorzunehmen. Nicht offensichtlich ohne Erfolgsaussicht ist der Nachprüfungs-

antrag aber, soweit die Antragstellerin rügt, die Ausschreibung lasse eine hinreichende Preiskalkulation nicht zu, weil die Umstände, welche die Preisermittlung maßgeblich beeinflussen, nicht festgelegt seien. Gemäß § 8 Abs. 1 EG VOL/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Eine in diesem Sinne erschöpfende Beschreibung der Leistung erfordert, dass für die Bieter voraussehbar ist, welche Leistung in welchem Umfang gefordert wird. Die Antragstellerin trägt im Einzelnen vor, aus welchen Gründen die Angaben der Leistungsbeschreibung unter Einschluss der Flächenangabe des zu untersuchenden Gebiets und der voraussichtlich anzutreffenden Anzahl der zu erfassenden Standorte eine hinreichende Bestimmung des Leistungsumfangs nicht ermöglichen und deshalb die geforderte Gesamtpreisangabe nicht kalkuliert werden könne. Das Vorbringen der Antragstellerin stellt sich nicht als offenkundig unbegründet dar. Vor diesem Hintergrund kommt auf den Hilfsantrag der Antragstellerin die Anordnung der Zurückversetzung des Verfahrens in ein Stadium in Betracht, in welchem die in Rede stehenden Vergabefehler behoben werden können.

Die zusätzlich zur summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde vorzunehmende Interessenabwägung (§ 118 Abs. 2 Satz GWB) gebietet es im Streitfall nicht, von der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abzusehen. Eine Ablehnung des Antrages auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung findet statt, 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 zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Solche überwiegenden Interessen des Auftraggebers sind im vorliegenden Falle nicht festzustellen.

II.

Der Antrag auf Einsicht in die Vergabeakten des Auftraggebers ist zurückzuweisen.

Bei der Bestimmung des Umfangs des Akteneinsichtsrechts im Beschwerdeverfahren ist das Geheimhaltungsinteresse der konkurrierenden Bieter gegenüber dem Rechtsschutzinteresse des um Akteneinsicht nachsuchenden Beteiligten unter Berücksichtigung des Gebots der

Transparenz des Vergabeverfahrens und des Grundrechts der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) abzuwägen. Diese Abwägung führt dazu, dass Akteneinsicht in dem Umfang gewährt wird, in dem sie zur Durchsetzung der subjektiven Rechte der Beteiligten - beschränkt auf den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens - erforderlich ist (st. Rechtsprechung des Senats, vgl. Beschluss v. 16.10.2006, Verg W 5/06). Das Akteneinsichtsrecht (§§ 111 i.V.m. § 120 Abs. 2 GWB) besteht mithin lediglich bezüglich entscheidungsrelevanter Aktenbestandteile.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze bedarf die Antragstellerin der Einsichtnahme in die Vergabeakten nicht. Die Rügen der Antragstellerin betreffen ausschließlich den Inhalt der Ausschreibung und der Verdingungsunterlagen.

Eberhard

Dr. Schwonke

Hänisch



Brandenburgisches Oberlandesgericht



Brandenburgisches Oberlandesgericht | 14767 Brandenburg a. d. Havel

Herrn Rechtsanwalt
Michael Wiesner
Kreuzstraße 80
55543 Bad Kreuznach

Gertrud-Piter-Platz 11
14770 Brandenburg
Telefon: 03381 39-90
Telefax: 03381 39-9350
Internet: www.olg.brandenburg.de

Vergabesenat
- Die Vorsitzende -
Durchwahl: 03381 39-9165 (Serviceeinheit)

Aktenzeichen (bei Antwort bitte angeben):

Verg W 13/11

Ihr Zeichen: 79/11

Brandenburg, 10.11.2011

Bitte dieses Schreiben zum Termin mitbringen!

LADUNG zum Termin am

Datum	Uhrzeit	Ort
Dienstag, 31. Januar 2012	14:00 Uhr	Saal 124

Vuoh
PL

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

in dem Rechtsstreit **/. Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz**

werden Sie zu dem oben genannten Termin vor den Vergabesenat zur mündlichen Verhandlung über die sofortige Beschwerde geladen.

Das persönliche Erscheinen der Parteien wird angeordnet (§ 141 ZPO).

Dem Auftraggeber wird aufgegeben, **binnen einer Woche** dem Senat den Stand des Vergabeverfahrens betreffend Los 3 mitzuteilen und, soweit weitere Unterlagen - insbesondere Wertung von Angeboten, Bieterreihenfolge etc. - vorhanden sind, diese dem Senat zu übersenden. Der Senat benötigt die Informationen, um zu entscheiden, welche vom Nachprüfungsantrag in Ihren Interessen möglicherweise betroffenen Bieter zur Wahrung ihrer Rechte im Beschwerdeverfahren beizuladen sind.

Der Auftraggeber erhält Gelegenheit, **binnen drei Wochen** zu der sofortigen Beschwerde schriftsätzlich Stellung zu nehmen.

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass sich der Auftraggeber vor dem Beschwerdegericht durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen muss; juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen (§ 120 Abs. 1 Satz 1 GWB).

Mit freundlichen Grüßen

Eberhard
Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht

Beglaubigt


Kupferschmied
Justizbeschäftigte

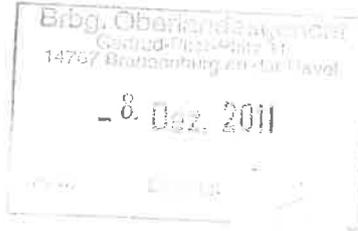




LAND BRANDENBURG

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Postfach 60 10 61 | 14410 Potsdam

Brandenburgisches Oberlandesgericht
Vergabesenat
- Der Vorsitzende -
Gertrud- Piter- Platz 1
14770 Brandenburg



Anlage 20

Landesamt für Umwelt,
Gesundheit und
Verbraucherschutz

Abteilung Service

Bearb.: Frau Katja Gäbler
Gesch.-Z.: LUGV_S3-
1042/222+2#209996/2011
Hausruf: +49 33201 442-105
Fax: +49 33201 442-662
Internet: www.lugv.brandenburg.de
Katja.Gaebler@LUGV.Brandenburg.de

Vorab per Fax: 03381-399350

Potsdam, 05.12.2011

./ Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz

In dem Rechtsstreit

./ Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz

Verg W 13/ 11

beantragen wir die Beschwerde der Antragsstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 13.10.2011 – VK 32/11 – zurückzuweisen.

Die Beschwerde dürfte zwar zulässig, aber unbegründet sein. Die Entscheidung der Vergabekammer des Landes Brandenburg ist nicht rechtsfehlerhaft. Ein Vergaberechtsverstoß liegt nicht vor. Die Antragsstellerin ist nicht in ihren Rechten nach § 97 Absatz 7 GWB verletzt.

1) Die Wahl des Vergabeverfahrens ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Um Wiederholungen zu vermeiden, verweisen wir hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens auf unseren Vortrag im Schriftsatz vom 07.11.2011 sowie auf unsere schriftlichen Stellungnahmen im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer des Landes Brandenburg.

II) Ein Vergabefehler nach § 8 Absatz 1 EG VOL/A liegt nicht vor, da die Leistungsbeschreibung entgegen der Auffassung der Antragsstellerin die kalkulationsrelevanten Umstände festlegt, welche eine Preisermittlung ermöglicht. Mithin konnte der Auftraggeber erwarten, dass er miteinander vergleichbare und wertungsfähige Angebote erhält. In der Tat war es 6 Bietern möglich, sich durch Abgabe eines Angebotes am Verfahren des Auftraggebers (Los 3 „Bezeichnung Oberhavel III“) zu beteiligen.

Nach § 8 Absatz 1 EG VOL/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind.

Zwar wurde die Norm - § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A 2006 -, welche das Gebot der Nennung aller kalkulationsrelevanten Umstände benennt, im Zuge der Novellierung 2009 gestrichen, jedoch ist dieses Gebot in das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung hineinzulesen (Kulatz/ Marx/ Portz/ Prieß, Komm. zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 8 EG, Rn. 27).

Nach dem Gebot der Nennung aller kalkulationsrelevanten Umstände muss die Leistungsbeschreibung es den Bietern ermöglichen, ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten zu kalkulieren. Dazu müssen die Bieter die für die Auftragsdurchführung wesentlichen Begleitumstände kennen oder zumindest realistisch abschätzen können (Kulatz/ Marx/ Portz/ Prieß, Komm. zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 8 EG, Rn. 28).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bieten die in der Leistungsbeschreibung aufgeführten Angaben zu Los 3 – ca. 390 km² auszuwertende TK- Fläche und ca. 1.200 Biotope -, eine sichere Grundlage für die Kalkulation, da der Antragsgegner alle wesentlichen Begleitumstände genannt hat. Insbesondere dann, wenn - wie hier - der Auftraggeber die Leistung beschreibt und dabei alle ihm zur Verfügung stehenden Informationen aus der Vergangenheit mitteilt, so dass Höhe des Risikos und die Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung für den branchenkundigen und erfahrenen Bieter ungefähr abzuschätzen und einzupreisen ist, VK Brandenburg, Beschluss v. 8.12.2005 – VK 72/05 -.

Die wesentlichen Umstände für die Preisermittlung, welche in der Leistungsbeschreibung benannt sind, sind die umfassende Beschreibung des Leistungsgegenstandes, die zu verwendende Methodik (Methodenbeschreibung in den Anlagen) sowie eine Abschätzung des Aufwandes als Kalkulationshilfe in Anlage 1 der Leistungsbeschreibung.

1) Umfassende Beschreibung des Leistungsgegenstandes

Die Leistungsbeschreibung nennt als Gegenstand folgende Leistung:

„Selektive Neukartierung der nach § 32 BbgNatSchG geschützten Biotope und FFH – Lebensraumtypen außerhalb von FFH- Gebieten und Großschutzgebieten (GSG) 2011“

Zudem wird dem potentiellen Bieter folgendes Hintergrundwissen mitgeteilt:

„ ... Der 1. Kartierungsdurchlauf zur Erfassung geschützter Biotope im Maßstab 1:25.000 (Überblickskartierung) stammt überwiegend aus den Jahren 1991-98 und entspricht nicht den Maßgaben des BbgNatSchG und der Biotopschutz-VO. Für diese Flächen ist eine Aktualisierung / Vervollständigung erforderlich, ebenso die Erfassung im Maßstab 1:10.000. Die FFH-LRT wurden bisher nicht erfasst. Die parallele Erfassung der FFH-LRT erfolgt für die Gesamtbestandserfassung der FFH-LRT als Grundlage für Monitoring und Berichtspflichten nach FFH-Richtlinie.“

Für diejenigen, die sich beruflich mit Biotopkartierung / Lebensraumtypenkartierung befassen, wird hiermit der Leistungsgegenstand und Leistungsrahmen bzw. Leistungsumfang klar und ausreichend deutlich gesteckt. Für jeden potentiellen Bieter ergeben sich deshalb folgende Leistungsaufgaben, die für die Preisermittlung wesentlich sind:

- es geht um eine Neukartierung (d.h. Suchkartierung, die genaue Anzahl und die genauer Ausstattung der konkret zu erfassenden Flächen sind im Vorfeld nicht bekannt)
- dabei sind Existenz und Zustand bereits früher erfasster Flächen zu überprüfen
- Aufgabe des Auftragnehmers ist es, die genannten Flächen zu ermitteln (der Auftraggeber kennt die Flächen nicht im Einzelnen und damit auch nicht ihre Größe und konkrete Ausstattung)
- mit der Beschränkung auf geschützte Biotope sowie auf LRT- Flächen ist klar, dass die naturschutzfachlich wertvollen Flächen zu erfassen sind, die im Durchschnitt einen vergleichsweise hohen Erfassungsaufwand erfordern
- mit der Beschränkung auf die Flächen außerhalb der Großschutzgebiete und FFH- Gebiete (d.h. untersucht wird die „restliche“ Landschaft) vergleichsweise geringere Dichte naturschutzfachlich wertvoller Flächen

- eine selektive Erfassung bedeutet einen vergleichsweise hohen Wegeaufwand.

2) Die zu verwendende Methodik (Methodenbeschreibung in den Anlagen)

Die Beschreibung der Methodik und des Lösungsweges erfolgen anhand der Methodenbeschreibung in den Anlagen eindeutig und erschöpfend. Um die Leistung in guter Qualität und mit einem (für Kartierer/ -innen und den Auftraggeber) wirtschaftlich angemessenen Aufwand bearbeiten zu können, müssen die Bieter über ausreichende Erfahrungen mit Landschaft und Vegetation verfügen. In der Leistungsbeschreibung sind weiterhin die zu verwendende Kartierintensität (höchste Stufe C, d.h. damit höchster Aufwand) und weitere über das vorliegende Regelwerk hinaus gehende Vorgaben (z.B. Fotodokumentation, Probenahme) beschrieben.

Diese Informationen und insbesondere die Kenntnis der zu verwendenden Kartierintensität ermöglichen den Bietern, über die in Ziffer 1) gemachten Hinweise hinaus, den vom Auftraggeber verlangten Aufwand der Kartierleistung ausreichend abzuschätzen und somit auch entsprechend zu kalkulieren.

Wie der „Aufwand“ durch Planungs-/Kartierbüros jedoch im Einzelfall kalkuliert wird, hängt je nach Planungsbüro / Kartierer/in von mehreren Faktoren ab, u. a.

- Erfahrung mit dem Leistungsgegenstand
- Erfahrung mit den Landschaftsräumen im nordostdeutschen Tiefland
- Erfahrungen mit der Spezifik des jeweils zu kartierenden Landschaftsraumes
- Erfahrung mit der BB Kartier- und Eingabe/Digitalisierungsmethodik
- Erfahrung, Struktur und persönliche Arbeitsweise der jeweiligen Planungs-/Kartierbüros
- Freiheit bei der Festlegung der Stundensätze
- konkreter Fahrtaufwand

3) Abschätzung des Kartieraufwandes für die einzelnen Lose in Anlage 1 der Leistungsbeschreibung

In der Anlage 1 der Leistungsbeschreibung werden für jedes Los Angaben zur Lage des Untersuchungsgebietes (Landkreis, Lage im Landkreis, Namen der Topografischen Karten) und zum Aufwand der Kartierleistung gemacht.

Für Los 3 sehen die Angaben folgendermaßen aus:

<p>Los 3 Oberhavel III</p>	<p>(nur innerhalb der Landkreisfläche und außerhalb der Großschutzgebiete !!!) 24 TK, davon 6 mit Flächenanteilen < 20 % (3242SO), 3243NO, 3243SW, 3243SO, 3244 alle, 3245NW, 3245NO, 3245SW, 3245SO, (3342NO), (3343NW), (3342NO), 3344NW, 3344NO, 3344SO, 3345NW, 3345NO, 3345SW, 3345SO, (3346SW) (3445NW) Erläuterungen: TK25-Nummer fett (z.B. 4245): jeweils alle 4 TK 10 (NW, NO, SW, SO) sind zu kartieren; TK 10 fett (z. B NO): TK10-Blatt ist (nahezu) vollständig zu kartieren (vollständig bedeutet, dass geringe Anteile (< 20 %) nicht zum Kartierungsgebiet gehören können); TK 10 normal gedruckt (z.B. NW): TK10-Blatt ist teilweise zu kartieren (in unterschiedlichen Anteilen von 20 bis 70%, im Schnitt jeweils ca. 50 % der TK 10; TK 10 (in Klammern) nur geringer Anteil der TK-Fläche (< 20 %) ist zu kartieren NSG ohne FFH-Gebietsstatus sind mit zu erfassen</p>	<p>- Süden des LK OHV; - angrenzend an NP Barnim; - einschließlich Teilfläche NSG Oberes Rhinluch i.V. (Teile außerhalb FFH-Fläche), NSG Schwimmhaferwiesen</p> <p>Ca. 390 km² TK-Fläche Ca. 1200 Biotope</p>
--------------------------------	---	---

Entgegen der Behauptung der Antragsstellerin lässt sich der nötige Kartieraufwand durch folgende Angaben abschätzen:

- Nennung von Namen, Anzahl und der zu bearbeitenden TK- Blätter
- abgeschätzter Anteil des Untersuchungsgebietes (Suchraum) an der der zu bearbeitenden TK- Fläche
- Angaben zur Lage des Gebietes
- Angaben zu Besonderheiten im Gebiet (z.B. NSG ohne FFH- Status, die mit zu untersuchen sind, Vorkommen von Bundeswehrflächen oder Tagebauflächen)
- abgeschätzte Flächengröße des Untersuchungsgebietes („Suchraum“)

- Angabe der geschätzten Anzahl zu erwartender Biotope

Auf dieser Grundlage, dazu zählt insbesondere die geschätzte Biotopanzahl, ist es aufgrund Erfahrungen mit vergleichbaren Ausschreibungen in den vergangenen Jahren und mit der parallel erfolgten Vergabe der restlichen Lose 2011 (Lose 1, 2, 4, 5, 6, 7) möglich, eine Preisermittlung vorzunehmen.

Entscheidend ist die Perspektive eines fachkundigen und sorgfältigen Bieters, der mit dem betreffenden Ausschreibungsgegenstand vertraut ist, OLG Schleswig, Beschluss v. 13.4.2006 – 1 (6) Verg 10/5. Abzustellen ist nicht auf die Sicht des einzelnen, sondern aller potentiellen Bieter, also des Fachkreises, Müller- Wrede (Hrsg.) Verdingungsordnung für Leistungen VOL/A.- Komm., 2. Aufl. 2007, § 8 Rn. 24. Damit besteht die Anforderung an den Bieter, Professionalität an den Tag zu legen und sich mit der Leistungsbeschreibung eingehend inhaltlich auseinanderzusetzen.

Deshalb ist nochmals darauf hinzuweisen, dass 6 Bieter ein Angebot für Los 3 abgegeben haben. Alle Bieter kalkulierten ihre Angebote auf Basis der angegebenen ca. 1200 Biotope.

4) Eine Preisermittlung wird auch deshalb nicht unmöglich gemacht, weil – wie die Antragstellerin behauptet – die Biotope einen unterschiedlich hohen Kartier- und Zeitaufwand erfordern.

Nicht bestritten werden kann, dass wenn der Auftragnehmer verschiedene Biotope darstellt und vergleicht, diese einzeln betrachtet, tatsächlich einen unterschiedlich hohen Kartier- und Zeitaufwand erfordern.

Geschützte und naturschutzfachlich wertvolle Flächen, wie z.B. gesetzlich geschützte Biotope oder FFH- Lebensraumtypen, sind durch eine große Vielfalt gekennzeichnet. Diese Vielfalt drückt sich durch unterschiedliche Naturausstattung und Flächengröße aus und führt damit selbstverständlich zu einem im Einzelfall unterschiedlich hohen Kartieraufwand.

Die langjährigen Erfahrungen des Auftraggebers haben allerdings gezeigt, dass sich Kartierarbeiten der ausgeschriebenen Größenordnung (etwa $\frac{1}{4}$ bis $\frac{1}{3}$ der Landkreisfläche, Großschutzgebiete und FFH-Gebiete sind nicht mit zu erfassen) trotz der Vielfalt und Unterschiedlichkeit des einzelnen geschützten Biotops / LRT-Fläche sehr wohl mit „mittleren Biotopgrößen“ und einem „mittleren Aufwand“ pro Biotop planen, kalkulieren und vergleichen lassen. Dies ist trotz des individuell unterschiedlich hohen Kartieraufwandes für einzelne Biotope / LRT- Flächen möglich, denn es gibt eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich die Anzahl der

Biotope mit einem extrem hohen/ extrem niedrigen Kartieraufwand und die Anzahl der Biotope mit extrem großer/ extrem kleiner Fläche ausgleichen.

Zur Angebotserstellung ist es also ausreichend, mit durchschnittlichen Biotopgrößen zu kalkulieren, auch wenn sich die Landschaft tatsächlich aus unterschiedlich großen und unterschiedlich komplexen Biotop- und Lebensraumtypenflächen zusammensetzt. Diese Vorgehensweise ist fachlich zulässig und garantiert darüber hinaus auch einen vertretbaren finanziellen und zeitlichen Aufwand für Bieter.

Dem Auftragnehmer ist es nämlich zuzumuten, durchschnittliche Werte zu ermitteln und durch Überlassung ihm zur Verfügung stehender Informationen und Zahlen eine Prognose über das Auftragsvolumen zu ermöglichen (Ziekow/ Völlink, Vergaberecht Komm. 2011, § 7 VOL/A Rn. 2 Verlag C.H. Beck München Rn. 3)

Anzumerken ist, dass sich die von der Antragstellerin geforderte Aufklärung zur genauen Flächengröße (ha), Biotopanzahl und Flächenqualität auch im Rahmen eines Bietergespräches bzw. bis zur Auftragsvergabe nicht aufklären ließe, da diese Inhalte den Leistungsgegenstand betreffen.

Für die Preiskalkulation im Angebot auf der Grundlage von durchschnittlichen Biotopgrößen ist die genaue Flächengröße aber auch nicht erforderlich. Aufgrund der umfangreichen Angaben ist eine realistische Abschätzung für jeden mit der Materie vertrauten Bieter möglich.

5) Die im Schriftsatz der Antragstellerin vom 27.10.2011 aufgeführten Beispiele eignen sich nicht, um den Kartieraufwand für die überwiegende Flächenanzahl zu illustrieren. Insgesamt und hochgerechnet auf eine Vielzahl von Biotopen, erscheinen die beispielhaft kalkulierten Zeiten überdurchschnittlich hoch. Übertragen auf die ausgeschriebene Gesamtleistung würden diese Werte zu unrealistisch hohen (und damit unwirtschaftlichen) Gesamtkosten führen.

Erfahrungsgemäß arbeiten erfahrene Kartierer/ Büros i. d. R. deutlich routinierter und damit effektiver und erreichen dennoch die erwartete Qualität. Dies betrifft u. a. die Kartiervorbereitung, Wegeplanung, Bewertung/Maßnahmeableitung und die Dateneingabe/Digitalisierung. Beispielsweise erfolgt die Bearbeitung ähnlicher/ benachbarter Biotope zusammengefasst, für Datenvorbereitung und Eingabe/Digitalisierung gibt es effektive Bearbeitungsroutinen (z.B. Artnamen müssen nicht mit vollem Namen per Hand eingegeben werden; vorgegebenen Codes für Bewertungen, Gefährdungen und Maßnahmen, Kopiermöglichkeit bei Datenbankeingabe).

Die Behauptung der Antragstellerin – siehe Vergleiche auf Seite 20 bis 22 des Schriftsatzes der Antragsstellerin-, eine nicht kalkulierbare Unsicherheit läge in den möglichen Vor- Ort- Begehungen und Rücksprachen, wird hiermit bestritten. Vor- Ort- Begehungen mit dem Auftraggeber im Rahmen normaler Biotopkartierungsarbeiten sind eher unüblich und wären damit ein extremer Ausnahmefall. Sie entsprechen nicht der generell üblichen Arbeitsweise und würden als regelmäßig erforderliche Betreuungsleistung für den Auftraggeber einen unangemessen hohen Betreuungsaufwand bedeuten. Auftauchende Fragen und Probleme lassen sich üblicherweise auch telefonisch oder per E-Mail klären.

Selbstverständlich ist es möglich, dass einzelne, schwierig zu bearbeitende Biotope einen hohen Zeitaufwand erfordern (Nachbestimmungsaufwand, Zugänglichkeit), insbesondere wenn nur geringe Erfahrungen mit der Einschätzung eines bestimmten Biotoptypes vorliegen (dieser Aufwand ist dann allerdings beim nächsten vergleichbaren Biotop in der Nachbarschaft deutlich geringer).

Allerdings erscheint der Aufwand von 2 h für ein 169 m² (= 0,017 ha, Fläche ca. 10 x 17 m) großes Biotop mit geringem Schwierigkeitsgrad/Kartieraufwand überdurchschnittlich hoch angesetzt, siehe Schriftsatz der Antragstellerin auf Seite 22 bis 24. Allerdings ist es möglich, dass Büros mit wenig / fehlender Erfahrung bei der Anwendung der Brandenburgischen Methodik und der möglichen Bearbeitungsroutinen, die genannte Arbeitszeit benötigen.

Auch der Vergleich auf Seite 25 bis 27 des Schriftsatzes der Antragstellerin erscheint selbst bei einem relativ großen See von 469.591 m² (47 ha, Fläche ca. 700 x 700 m) mit einer Bearbeitungszeit von 80 h vergleichsweise hoch angesetzt. Im Rahmen der Befahrung des Sees können zeitgleich Daten für angrenzende Biotope und Begleitbiotope erhoben werden - Belege sind nicht einzeln abzuliefern -.

3 Stunden zum Ausfüllen eines Erfassungsbogens (einschließlich Gewässerbögen) erscheinen ebenfalls zu hoch.

6) Entgegen der Auffassung der Antragsstellerin führen die restlichen geringen Unwägbarkeiten, die sich aus den Biotopen im Einzelfall ergeben könnten, nicht zu einer unabschätzbaren sowie unsicheren Preisermittlung. Dafür spricht, dass derjenige, der beruflich mit der Materie „Landschaft“ arbeitet, ganz selbstverständlich mit der großen Vielfalt, Unterschiedlichkeit, Dynamik und natürlich mit Ungewissheiten aller vorkommenden Landschaftsbestandteilen umgehen kann und muss. Diese Sichtweise bestimmt die professionelle Arbeit von Kartier- und Planungsbüros, für die Fachleute mit Hochschulabschlüssen in den Bereichen Biologie, Landschaftsplanung/ -pflege, Landschafts-/ Geoökologie, Landwirtschaft tätig sind. Zudem beruhen die in der Leistungsbeschreibung genannten Angaben zur Flächencharakteristik (geschätzte Anzahl der Biotop/- LRT- Flächen) auf einer

umfangreichen Auswertung aller zur Verfügung stehenden Daten im LUGV durch fachkundige Mitarbeiter der Berufsrichtungen Biologie und Landschaftsökologie/Geoökologie des LUGV.

Kommt der Bieter zu dem Schluss, dass die Risiken in Abwägung mit den wirtschaftlichen Vorteilen zu hoch sind, steht es ihm im Übrigen frei, auf die Teilnahme an der Ausschreibung zu verzichten (Kulatz/ Marx/ Portz/ Prieß, Komm. zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 8 EG, Rn. 38).

Nach alledem ist der Antrag der Antragsstellerin zurückzuweisen.

7) Abschließend möchten wir darauf hinweisen, dass wir den Vortrag der Antragsstellerin im Abschnitt „Sachverhalt“ insbesondere zur mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer rechtlich nicht deuten können. Um eine rechtliche Stellungnahme abgeben zu können, bitten wir um einen substantiierten Vortrag. Einen weiteren Vortrag behalten wir uns vor.

Im Auftrag


Gäbler

Anlage 21

WIESNER **WR** RIEMER

RECHTSANWÄLTE ~ BÜROGEMEINSCHAFT
Kanzlei für Immobilien- und internationales Wirtschaftsrecht
Bad Kreuznach ~ Frankfurt a. M.

55543 Bad Kreuznach:
Kreuzstr. 80
Tel: 0671/2088
Fax: 0671/2085
kanzlei@wiesner-riemer.de
www.wiesner-riemer.de

RAe Wiesner • Riemer Kreuzstr. 80 55543 Bad Kreuznach

Brandenburgisches Oberlandesgericht
Gertrud-Piter-Platz 11
14770 Brandenburg an der Havel

Michael Wiesner, LL.M.
(International Business)
Rechtsanwalt - Dipl.- Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrech
Lehrbeauftragter FH Mainz

Daniela Riemer
Rechtsanwältin

Per Fax vorab: 03381 – 39 - 9360

Michael Krolla
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jeanette Wiesner
Rechtsanwältin

**Bad Kreuznach, den
27.02.2012**

Unser Zeichen:
/ Landesamt UGV Potsdam 79/11 (MW)

60329 Frankfurt a. M.:
Kaiserstr. 79

Verg W 13/11

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigter: RA Michael Wiesner, Kreuzstr. 80, 55543 Bad Kreuznach

gegen

Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz
Seeburger Chaussee 2
14476 Potsdam OT Groß Glienicke

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

bitte ich zunächst höflich um Nachsicht für diesen kurz vor dem Termin 06.03.2012
liegenden Vortrag. Die umfassende Beschreibung dessen, was Biotopkartierung als vorab
nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare geistig-schöpferische Leistung ausmacht,
ist komplex.

Abschriften gingen den Beigeladenen unmittelbar zu.

Ich frage ergänzend vor:

1. Widersprüchliche Ausschreibungspraxis in Brandenburg selbst und anderen Ländern

1.1. Widersprüchliches Verhalten der Antragsgegnerin bei neuen Ausschreibungen (= VOF)

Die Antragsgegnerin verhält sich widersprüchlich. Einerseits führt sie im Rahmen des hiesigen Verfahrens aus, dass die VOL vorliegend einschlägig sei, andererseits schreibt sie unter ihrem Az. S3-VG11-126 gem. IV.3.1 der Bekanntmachung „*D-Potsdam: Umweltplanung 2011/S 215-350892*“ vergleichbare Leistungen aus, nämlich gem. II. 1.1) dieser Bekanntmachung „*Managementplanung Natura 2000 für das Biosphärenreservat Flusslandschaft Elbe*“.

Unter II.1.5) erfolgt eine „*Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens*“.

Dort heißt es:

„Die *Managementplanung (MP)* erfolgt gemäß dem **Handbuch** zur *Managementplanung Natura 2000 im Land Brandenburg* und beinhaltet neben der Gebietsbeschreibung eine *Darstellung der biotischen Ausstattung (insbesondere der Lebensraumtypen und Arten der FFH-RL und der Vogelschutz-RL)*. Die **Bestandserhebung** erfolgt nach dem **im Land Brandenburg gültigen Kartierungsmethoden** und umfasst auch eine **Analyse** der *Gefährdung*. Auf der Basis der **Bestandsanalyse** erfolgt die **Bewertung** des *Erhaltungszustandes und der Einhaltung der Kohärenzkriterien*. Hieraus werden **Erhaltungs- und Entwicklungsziele** abgeleitet. Darüber hinaus wird die **Gebietsabgrenzung** überprüft und ggf. ein **Entwurf für eine Anpassung** erstellt. Im Rahmen der *Managementplanung* werden **konkrete flächenbezogene Ziel- und Maßnahmenvorschläge entwickelt**. Weiterhin werden **Umsetzungsmöglichkeiten** sowie -**konflikte analysiert**, dargestellt und die **erforderlichen Maßnahmen** der *Gebietssicherung vorgeschlagen*. Neben der **Formulierung des verfolgten Schutzziels** werden auch die zu dessen Erreichung **erforderlichen Maßnahmen bzw. Restriktionen** bezogen auf die *Nutzergruppen (Forst- und Landwirtschaft, Fischerei, Jagd etc.) herausgearbeitet*. Die *MP* enthält eine **Kostenschätzung** der *erforderlichen gebietsbezogenen Maßnahmenvorschläge*. Die o.g. **Darstellungen** des Gutachtens erfolgen in **Text und Karte**. Abschließend ist eine **Kurzfassung** zu erstellen. Weiter Informationen zur

*Managementplanung Natura 2000 im Land Brandenburg siehe:
<http://www.mugv.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.221574.de>“*

Die mit o. g. neuer Ausschreibung verlangten Leistungen sind im Wesentlichen die Gleichen, wie die hier streitgegenständlichen Leistungen.

Denn die Bestandserhebung erfolgt nach der gleichen Kartierungsmethode des Landes Brandenburg, Band 1 und Band 2. Entsprechendes gilt für die Erfassung und Bewertung der Lebensraumtypen nach dem Vorgaben des Landes Brandenburg (siehe <http://www.mluv.brandenburg.de/cms/detail.php/lbm1.c.234908.de>).

1.2. Baden-Württemberg: Biotopkartierung gem. VOF

In der EU-Bekanntmachung „D-Karlsruhe: Landschaftsschutz 2012/S 16-025567“ werden Leistungen der Biotopkartierung nach VOF ausgeschrieben.

Dort heißt es in Ziffer II.1.5), Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens:

*„Im Rahmen der FFH-Berichtspflicht werden in den nächsten Jahren umfangreiche **Daten** zum Vorkommen und zur Verbreitung der FFH-Lebensraumtypen (LRT) in Baden-Württemberg **benötigt**. Da es sich bei einem Großteil der LRT zugleich um gesetzlich geschützte **Biotope** nach § 30 BNatSchG handelt, wird eine Verknüpfung der beiden Erhebungen durchgeführt.*

*Berücksichtigt werden muss, dass neben der Notwendigkeit die LRT zu **erfassen** die Verpflichtung besteht, die durch die Neufassung des BNatSchG hinzugekommenen geschützten **Biotoptypen** zu **erheben**.*

Die während der Pilotkartierungen im Kreis Esslingen 2010 und in den Kreisen Freiburg, Rastatt und Sigmaringen 2011 gewonnenen Ergebnisse und Verbesserungsvorschläge sollen nun in einer dritten Pilotphase eingearbeitet und getestet werden. Dadurch sollen sowohl die kombinierte Erhebung von FFH-Lebensraumtypen und Biotoptypen als auch die digitale Erfassung der Sach- und Geodaten optimiert werden sowie die Erhebung der FFH-Mähwiesen an die Methodik des MaP-Handbuchs angeglichen werden.

2 Kartierung von FFH-Lebensraumtypen und gesetzlich geschützten Biotopen

Pilotkartierung III zur Erhebung der FFH-Lebensraumtypen und Aktualisierung der Biotopkartierung.

Teil A.

— **Kartierung** der gegenüber § 24a NatSchG in § 30 BNatSchG neu geschützten **Biotope**,

— **Kartierung** der sonstigen gesetzlich geschützten **Biotope** mit einem Vorkommen von FFH-Lebensraumtypen, somit sind Biotope ohne FFH-Lebensraumtyp nicht zu kartieren, wie Biotope, die zu 100 % aus Hecken oder bestehen,

- *In den kartierten Biotopen Abschätzung der Flächenanteile der FFH-Lebensraumtypen,*
- *Flächenscharfe und mit A, B, C-bewertete Erfassung von LRT 6510 „Magere Flachland-Mähwiesen“ und 6520 „Berg-Mähwiesen“ in Erfassungseinheiten nach MaP-Handbuch.*

Teil B.

- *Stichprobenartige Erhebung des LRT 3260 „Flüsse der planaren bis montanen Stufe mit Vegetation des Ranunculion fluitantis und des Callitricho-Batrachion“.*

Die **Kartierung** von FFH-Lebensraumtypen und gesetzlich geschützten **Biotopen** erfolgt **nach der Kartieranleitung** „FFH-Lebensraumtypen und Biotoptypen Baden-Württemberg“ (in der aktuellen Fassung), dies sowohl die technische Kartieranleitung als auch die Beschreibung der Biotope nach § 30 BNatSchG umfasst (Anlage), sowie hinsichtlich der Beschreibung und Bewertung der FFH-Lebensraumtypen nach dem „Handbuch zur Erstellung von Managementplänen für die Natura 2000-Gebiete in Baden-Württemberg“ (in der aktuellen Version) (verfügbar unter: <http://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/11169/>).

Die **Kartierung** im Gelände erfolgt **mit Hilfe von Ortholuftbildern** mit vorher eingefügten Flurstücksdaten der Automatisierten Liegenschaftskarte (ALK).“

Die mit o. g. neuer Ausschreibung in Baden-Württemberg verlangten Leistungen sind vollständig identisch mit den hier streitgegenständlichen Leistungen.

2. OLG Düsseldorf, B. v. 02.01.2012 - 7 Verg 70/11

In Ziffer 3., a) aa) heißt es zu juristischen, hier: Rechtsanwaltsleistungen, die ich insoweit für vergleichbar halte:

*„Im Streitfall hat die Vergabekammer **nicht** genügend **zwischen** dem Erfordernis der **Beschreibbarkeit** der Leistung und deren bloßer **Bestimmbarkeit differenziert**. Der Umstand, dass die ausgeschriebene (freiberufliche) Leistung in den Vergabeunterlagen ihrem Gegenstand und ihrer Art nach beschrieben ist (und werden kann), und dass insofern die Zielvorstellungen und Rahmenbedingungen des Auftraggebers angegeben sind (faktisch allerdings nicht mehr als das dem Auftragnehmer obliegende Arbeitsprogramm), rechtfertigt lediglich die Feststellung, dass die Leistung **bestimmbar** ist und im Rechtssinn wirksam zum Gegenstand eines Vertrages gemacht werden kann. **Dies sagt freilich nichts über den Inhalt der Aufgabenlösung** aus, die im jeweiligen Einzelfall vom Auftragnehmer zu erbringen ist, ohne durch Verhandlungen im Vergabeverfahren näher konkretisiert werden zu können (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.8.2011 - VII-Verg 36/11). Auch sieht der Vertragsentwurf als Bestandteil der Vergabeunterlagen in § 5 Abs. 3 (**„insbesondere“**) vor, dass die genannten Leistungen nicht als abschließend zu verstehen sind, sondern dass der Auftragnehmer zu weiteren Dienstleistungen herangezogen werden kann.*

Erneut: der Begriff der Biotop“kartierung“ verkürzt das, was inhaltlich bei einer solchen Tätigkeit zu machen ist.

3. Tätigkeit der Biotopkartierung

Die Biotopkartierung besteht aus

- Erheben der naturschutzfachlichen Gegebenheiten,
- Analyse und Abwägung,
- Naturschutzfachliche Bewertung,
- Pflege- und Maßnahmenvorschläge/Dringlichkeit.

Anders als ein Bauzeichner, der vorgefertigte Geometrien eines Planers übernimmt, entwirft der Biotopkartierer die Geometrien einer Fläche, die er aus der natürlichen Umgebung erst heraus entwickelt. Er lässt das Biotop überhaupt erst entstehen, in dem er aus einer „chaotischen Natur“ eine Struktur entwickelt, mit erheblichen Wertungsspielräumen und Empfehlungen.

Dies ist mit dem vorgehen eines Arztes vergleichbar bezüglich Anamnese - Diagnose – Problembehandlung – Therapievorschlag.

Der Annahme einer vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Lösung steht bereits entgegen, dass ein „Biotoptypus X“ niemals

- „rein“, exakt auftritt ist, oder
- identisch zu anderen Ausprägungen des gleichen Biotoptypus X ist,

da Unterschiede in der Zusammensetzung, also zahlreiche Mischformen, die recht schwierig zu bewerten sind, gegeben sind. Es gibt sehr schwierig einzuschätzende fließende Übergänge zwischen den Biototypen die, den Ansatz des Antragsgegners oder des OLG insoweit konsequent zu Ende gedacht, ebenfalls vom Antragsgegner in ihrer Lösung exakt vorher eindeutig und erschöpfend beschrieben werden müsste.

Es ist daher auch eine jeweils schwierig, aufwändig und je nach *opportuner* Einschätzung offen und eben nicht exakt vorhersagbar, wie ein Biotop zu klassifizieren ist.

Dies liegt im wesentlichen auch an der Prognose, ob und wie es opportun ist, dass sich eine bestimmte Flora/Fauna-Ausprägung am besten entwickelt, gerade auch mit Blick auf umliegende gleichartige / andersartige / gemischte Biotope.

Denn Ziel der Biotopkartierung ist, dass das Land Brandenburg nicht nur *feststellt*, wie der momentane Zustand *in etwa* ist, sondern auch nachweist, dass die Ziele des europarechtlichen Naturschutzes quantitativ und qualitativ aktuell eingehalten sind und eingehalten werden können. Im Zuge der Verpflichtung nach Artikel 17 der FFH-RL sind die

Bundesländer verpflichtet alle 6 Jahre zum qualitativen und quantitativen Zustand der Lebensraumtypen und Arten einen Bericht vorzulegen. Die nächste Berichtsperiode ist für 2013 anberaumt.

Dies schließt Maßnahmen für die Zukunft – also ggfs. auch durch Prognose, Vorwegnahme der Planung und Gestaltung – ein.

Die Frage der Gefährdung erfordert nicht nur eine Einschätzung der derzeitigen Gefährdungslage, sondern auch eine schwierig einzuschätzende Prognose, wie sich das Biotop entwickeln wird und welches Potential es hat oder auch nicht.

Die Regenerierbarkeit erfordert ebenfalls eine fachliche Prognose, in dem der Biotopkartierer in die Zukunft antizipiert, welche Regenerierbarkeit realistisch ist.

Vorstehendes geht damit erheblich über den einengenden Begriff der – rein rezeptiven – Biotopkartierung hinaus.

Nachstehend erfolgen daher Ausführungen zur grundsätzlichen Vorgehensweise bei der Biotopkartierung.

3.1. Erheben der naturschutzfachlichen Gegebenheiten

Arzt: Was hat der Patient?

a) Überblick mittel Abkürzungsverzeichnis

Bevor diese einzelnen Arbeitsschritte genauer erläutert werden, vorab Überblickartig Vorgaben für die Biotopkartierung im Land Brandenburg. Es gibt gem. Biotoptypenliste 1095 Biotoptypen in Brandenburg. Davon sind 478 Biotoptypen nach § 32 BbgNatSchG geschützt und 370 Biotoptypen sind einem FFH-Lebensraumtyp zuzuordnen.

Ausweislich der „***Biotopkartierung Brandenburg, Liste der Biotoptypen, mit Angaben zum gesetzlichen Schutz (§ 32 BbgNatSchG), zur Gefährdung und zur Regenerierbarkeit, Stand 09. März 2011***“, dortige Seite 2, heißt es:

Erläuterung der Abkürzungen:

FFH-Lebensraumtyp:

v vollständig FFH-Lebensraumtyp

pp pars partim, teilweise FFH-Lebensraumtyp

** prioritärer FFH-Lebensraumtyp*

Schutz:

§ Geschützter Biotop nach § 32 BbgNatSchG

(§) in bestimmten Ausbildungen oder Teilbereiche nach § 32 BbgNatSchG geschützt

§§ Geschützt nach § 31 BbgNatSchG (Alleen)

Gefährdung:

RL einzelne Biotoptypen der Gruppe/Untergruppe sind gefährdet/unterschiedlich stark gefährdet

- 1 extrem gefährdet
- 2 stark gefährdet
- 3 gefährdet
- V im Rückgang, Vorwarnliste
- R wegen Seltenheit gefährdet
- D Datenlage unzureichend

Regenerierbarkeit (Reg)

- N nicht regenerierbar:** Biotoptypen bzw. -komplexe, deren Regeneration in historischen Zeiträumen nicht möglich ist. Hierzu zählen z.B. Biotoptypen, die extrem lange Entwicklungszeiten aufweisen (z.B. „Urwälder“, bestimmte Moortypen usw.), biotoptypen, deren Standortbedingungen nicht neugeschaffen werden können sowie Biotoptypen, deren Bestände weitgehend isoliert sind und von Restpopulationen vom Aussterben bedrohter biotoptypischer Arten bzw. bedeutenden Teilpopulationen davon besiedelt werden.
- K kaum regenerierbar:** Biotoptypen bzw. -komplexe, deren Regeneration nur in historischen Zeiträumen (>150 Jahre) möglich ist und dann aufgrund der geringen Zahl und hohen Isolation der Einzelbestände (mögliche Ausbreitungszentren für eine (Wieder-)Besiedlung durch typische Arten) nur in unvollständiger Form zu erwarten ist.
- S schwer regenerierbar:** Biotoptypen bzw. -komplexe, deren Regeneration nur in langen Zeiträumen (15-150 Jahre) wahrscheinlich ist; für die (Wieder-)Besiedlung durch bestimmte typische Pflanzen- und Tierarten sind fallweise deutlich längere Zeiträume zu veranschlagen.
- B bedingt regenerierbar:** Biotoptypen bzw. -komplexe, deren Regeneration in kurzen bis mittleren Zeiträumen (etwa bis 15 Jahre) wahrscheinlich ist; für die (Wieder-)Besiedlung durch bestimmte biotoptypische Pflanzen- und Tierarten sind fallweise deutlich längere Zeiträume zu veranschlagen.
- X keine Einstufung sinnvoll:** Biotoptypen bzw. -komplexe, bei denen die Beurteilung der Regenerationsfähigkeit nicht sinnvoll ist. Hierzu gehören vor allem
 - aus naturschutzfachlicher Sicht „unerwünschte“ Typen (z.B. intensive landwirtschaftlich genutzte Bereiche, Forste mit nicht autochthoner Bestockung, sich im Betrieb befindliche Abbaubereiche) und Typen, die belastungsbedingte stark überformte Varianten schützenswerter Lebensraumtypen darstellen,
 - nur kurzzeitig existierende Sukzessionsstadien und
 - Lebensraumtypen, die aus naturschutzfachlicher Sicht in Abhängigkeit von regionalen bzw. lokalen Zielsetzungen und Leitbildern sowohl als Ergebnis einer Gefährdung (z.B. Verbrachung eines schützenswerten Halbtrockenrasens) als auch als Ziel einer Entwicklung (Brachen von vormals intensiv bewirtschafteten Nutzflächen) angesehen werden können.

b) Ablauf der Erhebung

Begehen der Verdachtsfläche und Erfassen der Artenausstattung (diagnostisch wichtige Pflanzenarten der Pflanzengesellschaften, standortanzeigende Arten, störungsanzeigende Arten), Vegetationsstruktur (vertikale Schichtung der Vegetation), Relief, Exposition, Hangneigung, standörtlichen Gegebenheiten, Flächennutzung, besonderen Kleinstrukturen, faunistischen Zufallsbeobachtungen sowie Gefährdungen und Beeinträchtigungen des Biotopes.

Bei diesem Vorgang werden erst einmal alle notwendigen Sachinformationen notiert.

Bei der Erfassung der relevanten Daten ist genaue Beobachtung gefordert. Der Kartierer/Kartiererin ist mit detektivischem Scharfsinn (sehen, riechen, hören) unterwegs, um die relevanten Daten zu erfassen.

Anders als bei einer Laboruntersuchung durch einen Laborarzt, vgl. OLG Saarbrücken, nimmt der Biotopkartierer „alles“ auf, was sich ihm bietet und stellt es zueinander in einen ökologischen Zusammenhang. Der Laborarzt erhält dagegen nur einen begrenzten Prüfauftrag, nach bestimmten, vorab festgelegten Analysemethoden zu suchen.

Gefährdungen und Beeinträchtigungen eines Biotops sind in der Regel nur an Indizien zu erkennen, da die Ursache des Schadens nicht unmittelbar beobachtet werden kann, sondern in der Vergangenheit liegt. Beispielsweise werden Schäden an der Vegetation (z.B. Fahrspuren, starker Verbiss, Feuerstellen, Trampelpfade, Kümmerwuchs, überhöhter Wuchs, Einsaat, Etablierung expansiver Pflanzenarten) festgestellt, die im Rahmen des zweiten Arbeitsschrittes – siehe sogleich unten - zur interpretieren/bewerten sind.

3.2. Analyse und Abwägung

Arzt: Welches Krankheitsbild oder bei komplexen Erkrankungen, welche Krankheitsbilder können vorliegen? Diagnosestufe 1.

Für die Entscheidung zu einem Biotoptyp oder FFH-Lebensraumtyp (FFH-LRT) sind die erfassten Merkmale oder Merkmalskombinationen aus Arbeitsschritt 3.1 b) auszuwerten.

Zunächst ist bevor die Analyse und Abwägung beginnt, der Datenbestand auf Vollständigkeit und Richtigkeit kritisch zu prüfen. Konnten die für die Diagnose wichtigen Elemente des Naturhaushaltes ausreichend erfasst werden? Ist eine 2. Begehung erforderlich, weil die zu begutachtende Fläche frisch gemäht oder abgeweidet war oder diagnostisch wichtige Pflanzenarten (zum Beispiel Frühjahrsblüher) zu dieser Jahreszeit nicht nachweisbar sind?

Bei Feuchtbiotopen kann ein witterungsbedingt ungewöhnlicher Wasserstand das Untersuchungsergebnis beeinträchtigen oder verfälschen (z.B. Austrocknung von Kleingewässern).

Bei seltenen Pflanzen oder solchen, die an ungewöhnlichen Orten wachsen, ist zu hinterfragen, ob die Vorkommen natürlich sind oder möglicherweise aus Ansaat oder Anpflanzung stammen.

Bei der Beurteilung der Natürlichkeit von Wäldern (nur diese sind kartierwürdig!) muss geprüft werden, ob Vegetationsbestand und Standort zusammenpassen. Gegebenenfalls müssen ergänzende Recherchen z.B. bei Fachbehörden angestellt werden.

In der Natur weist jede Fläche eigene individuelle Merkmale oder Merkmalskombinationen auf und entspricht selten einem beschriebenen Idealtypus gemäß der Kartieranleitung für Biotoptypen (Band 2/2007 Brandenburg) oder Beschreibung der Lebensraumtypen Brandenburg (Heft 1,2/2002, Heft 3/2006, <http://www.mugv.brandenburg.de/cms/detail.php/lbm1.c.234908.de>).

Offt weist eine konkrete Fläche Merkmale von zwei oder mehreren Biotoptypen (Mischzonen) auf (Bsp.: Halbtrockenrasen und Frischwiese / Nasswiese und Kleinseggensumpf), so dass neben der Analyse der Daten auch eine gutachterliche Abwägung getroffen werden muss.

Bei diesem Arbeitsschritt werden am konkreten Objekt regelmäßig mehrere Lösungsmöglichkeiten gegeneinander abgewogen (handelt es sich um einen kartierwürdigen Biotop und wenn ja, welcher?) und das Für und Wider einer möglichen Entscheidung betrachtet. Bei dieser Tätigkeit wird sehr viel Kreativität und Wissenshintergrund verlangt, da ein konkretes Objekt (Unikat) dem generalisierten Typus (Biotoptyp oder FFH-LRT) zuzuordnen ist, der dem konkreten Biotop am besten entspricht. Das gleiche Abwägen wie beim Biotoptyp beschrieben, ist ebenfalls bei der Analyse/Feststellung von FFH-Lebensraumtypen erforderlich.

Es ist herzuleiten, ob ein Befund / Gegebenheit auf natürlichen oder anderen Ursachen beruht. Dabei ist quasi detektivisch zu beachten, dass folgende Indizien / Kriterien zu werten sind:

- Standortbedingungen des Biotops selbst (Boden, Relief, Exposition, Klima, Wasserhaushalt),
- Flächennutzung des Biotops selbst,
- Umgebungseinflüsse (benachbarte landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Nutzung, Verkehrswege, Siedlungen, Freizeitnutzung, Wanderwege, Ansaaten, Anpflanzungen, Beschattung, Jagdausübung, benachbarte Entwässerung oder Verbrachung usw.),
- Gefährdungs- und Schadensursachen,

um später (siehe unten) Schlussfolgerungen hieraus ableiten zu können.

Die anspruchsvolle Aufgabe „Analyse und Abwägung“ setzt fundiertes floristisches, vegetationskundliches und standortkundliches Wissen und Erfahrung ebenso voraus, wie analytische Fähigkeiten und komplexes Abwägungsvermögen.

Bei komplexen Abwägungsprozessen, in denen viele Parameter beurteilt werden müssen, wobei die Auswahl dieser Parameter an sich schon einen Abwägungsprozess erfordert, kann es zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Demnach beschränkt sich die Analyse nicht nur auf die „Zur-Kenntrnisnahme“ des Zustands, sondern geht tiefer, da die tatsächlichen Feststellungen z. B. auch in ihrer

Plausibilität und ihren Ursachen zu hinterfragen sind. Dies erfordert geistig-schöpferisches Potential bereits bei der Analyse, da die vorgefundene Flora und Fauna „herzuleiten“ ist.

Abgrenzung von Biotopen

Neben dem Analyseschritt und Festlegung des konkreten Objektes zu einem Biotoptyp ist die Abgrenzung des Biotopes ein weiterer Arbeitsschritt, der als kreativ geistige Tätigkeit einzustufen ist. Bei der Abgrenzung geht es darum, das in Realität gefundene Objekt sodann auch kartographisch darzustellen.

Dabei setzt der Biotopkartierer die (natürliche) Realität in eine kartographische Aufzeichnung (siehe Abbildung unten) um. Erst durch nachstehend genauer beschriebenes kreatives geistig-schöpferisches Handeln entsteht das Biotop in der Plankarte als Endprodukt einer komplizierten Abwägung.

Vegetations- und Standortstypen fügen sich in der Natur durch vielfältige Übergänge und Zwischenformen aneinander:



Quelle: Kartographische Zeichnung, Ausschnitt Biotopkartierung Brandenburg nördlicher Landkreis Märkisch-Oderland, Seelow, download Daten § 32 und LRT außerhalb von FFH- und Großschutzgebieten, <http://www.mugv.brandenburg.de/cms/detail.php/bb2.c.515599.de>

Aufgrund vieler möglicher Merkmalskombinationen sind die Grenzen zwischen den einzelnen Biotoptypen in der Realität sehr häufig nicht scharf und daher auch nicht vorab eindeutig, abschließend und erschöpfend beschreibbar, ohne die ausgeschriebene Leistung der Biotopkartierung im Sinne einer Lösung der Aufgabenstellung vorwegzunehmen.

Die in Luftbildern und Karten erkennbaren Strukturen bieten bei der Kartierung Orientierung, jedoch keine Hilfe der Identifikation und Feinabgrenzung von Biotoptypen in der Differenziertheit, die die brandenburgische Kartierung erfordert, beispielsweise einer (kartierwürdigen) mageren Wiese oder von (nicht kartierwürdigem) Intensivgrünland oder bei der Analyse und Bestimmung eines Moortyps.

Darüber hinaus unterliegen die Biotope - wie alle Elemente des Naturhaushaltes - einer raumzeitlichen Dynamik, ausgelöst durch Witterungsabläufe (trockene - feuchte Jahre), Schwankungen des Wasserstandes oder auch wechselnde Nutzungen, die von Jahr zu Jahr das Erscheinungsbild, die Artenstruktur und die Größe des Biotops anders beeinflussen können.

Dies gilt insbesondere für ephemere (kurzlebige) Biotope, die durch kurzlebige Pflanzenarten geprägt sind (beispielsweise Schlammröhren in Flüssen, therophytenreiche Sandrasen).

Hierbei bedarf es auch der Analyse, ob Schwankungen des Wasserstandes natürliche Ursachen oder auch andere Ursachen haben können.

Fallbeschreibung 1:

Übergänge von Biotoptypen, in denen die Charakterarten* beider Biotoptypen (Mischzonen) innerhalb einer Fläche

- gleichmäßig verteilt und
- quantitativ gleich vorhanden sind.

**(Anm: Charakterarten = Pflanzenarten, die einen bestimmten Biotoptyp kennzeichnen, d.h. es sind treue Arten, die fast ausschließlich nur in dem bestimmten Biotoptyp vorkommen.)*

Die Problematik besteht nun darin, dass die Vorgaben der Biotopkartierung des Landes Brandenburg verlangen, dass eine eindeutige Zuordnung zu einem (!) Hauptbiotoptyp erfolgt, obwohl Indizien für mehrere (Haupt)biotoptypen vorliegen. Der Kartierer muss sich nach einer komplexen Abwägung also entscheiden.

Beispiel: Übergänge von Frisch- und Feuchtwiesen, in denen sowohl Frischwiesenarten als auch Feuchtwiesenarten vorhanden sind.

Diese Fälle sind selten durch das rein quantitative „Auszählen“ von einer Frisch- oder Feuchtwiese zuzuordnenden Pflanzen lösbar, weil die Anzahl der zuzuordnenden Pflanzen nicht entscheidend für die Lösungsfindung sind, sondern es auf qualitativ-wertende

Aspekte ankommt. So werden diagnostisch wichtige Pflanzenarten gegen mäßig wichtige Pflanzenarten, die für eine Frisch- oder Feuchtwiese kennzeichnend sind, herausgefiltert und bewertet. Letztendlich durchläuft der Kartierende geistig die klassische Pflanzensoziologie (= Lehre der Vergesellschaftung von Pflanzen, die voneinander in ihrer Existenz weitgehend abhängig sind, sich nicht schädigen, sondern fördern) durch, bis er zu einer wissenschaftlich belastbaren Lösung kommt. Auch seltene oder gefährdete Pflanzenarten, die eine Frisch- oder Feuchtwiese kennzeichnen, können bei der Wichtung eine Rolle spielen.

Ein weiteres Abwägungskriterium in Anbetracht einer Vielzahl von vertretbaren Lösungen ist auch der gesetzliche Schutzstatus von Biotoptypen nach § 32 BbgNatSchG.

So kann die vertretbare Lösungsfindung auch unterschiedliche Einstufung der gesetzlichen Bedeutung und eine unterschiedliche gesetzliche Vorsorgeverpflichtungen nach sich ziehen. Kommt der Biotopkartierer nach reichlicher Abwägung zur Lösung, sind die gesetzlichen Folgewirkungen sehr unterschiedlich:

- Frischwiese → kein gesetzlicher Schutz nach § 32 → kein Zerstörungsverbot,
- Feuchtwiese → gesetzlicher Schutz nach § 32 → Zerstörungsverbot

Das heißt, es wird auf Grundlage der Erfahrung des Biotopkartierers einzelfallbezogen entschieden.

Das Ergebnis der Bewertung/Lösung liegt im Ermessen des Bearbeiters und muss geistig entwickelt werden. Diese Lösung ist vorab nicht beschreibbar.

Fallbeschreibung 2:

Übergänge von Biotoptypen, in denen die Charakterarten beider Biotoptypen (Mischzonen) innerhalb einer Fläche

- ungleichmäßig verteilt und
- quantitativ ungleich vorhanden sind.

Beispiel: Häufig gibt es Frischwiesen (Biotoptyp 1), die sich mit Feuchtwiesen (Biotoptyp 2) und Wechselfeuchten Wiesen (Biotoptyp 3) eng verzahnen.

Bei einem „Durcheinander“ von drei Biotoptypen, die unterschiedlich gut durch Pflanzenarten charakterisiert sind, bestehen verschiedenste Möglichkeiten zur Lösungsfindung (nachfolgend eine Auswahl):

- a) Um den gesamten Bestand wird eine Biotopgrenze gezogen, um ihn so gegen eine eventuell vorhandene Intensivwiese (Biotoptyp 4) abzugrenzen. Die Einstufung erfolgt insgesamt als Feuchtwiese. Der Übergang zur Frischwiese wird nur textlich als Begleitbiotop erwähnt.

Lösung = 1 Fläche mit 1 Biotoptyp

- b) Drei Bereiche der Frischwiese (Biotoptyp 1) werden gegen kleine Bereiche von Feucht- (Biotoptyp 2) und Wechselfeuchten Bereichen (Biotoptyp 3), die aber alle gegeneinander abgegrenzt werden, einzeln kartiert. Es erfolgt eine sehr kleinteilige Kartierung an der Grenze der Darstellbarkeit.

Lösung = 6 Flächen mit 3 verschiedenen Biotoptypen.

- c) Es wird eine größere Frischwiese (Biotoptyp 1) gegen größere Bereiche, die hauptsächlich von feuchteren Wiesen (Biotoptyp 2) dominiert werden, abgegrenzt.
- Lösung = 3 Flächen mit 2 verschiedenen Biotoptypen.

- d) Bereiche mit wechselfeuchten Arten (Biotoptyp 3) werden zunächst abgegrenzt. Wechselfeuchte Wiesen werden beim Auftreten von wechselfeuchten Arten kartiert, das gleichzeitige Auftreten von Feucht- und Frischwiesenarten ist typisch für diesen Biotoptyp. Die restliche Fläche wird dann - je nach dem dominierenden Auftreten von Feucht- oder Frischwiesenarten - aufgeteilt.

Lösung = 3 Flächen mit 3 verschiedenen Biotoptypen

Das Beispiel anhand verschiedener Grünlandbiotoptypen zeigt, dass im Rahmen einer geistig-schöpferisch-kreativen Einschätzung des jeweiligen Gutachters sehr unterschiedliche Lösungen/Ergebnissen möglich sind, die dennoch alle naturschutzfachlich vertretbar sind. Der Bewertungs- und Begutachtungsaufwand bei obigen Fällen a) – d) ist dabei auch unter Zeitaufwandsaspekten sehr unterschiedlich, der vorab nicht sicher einschätzbar ist.

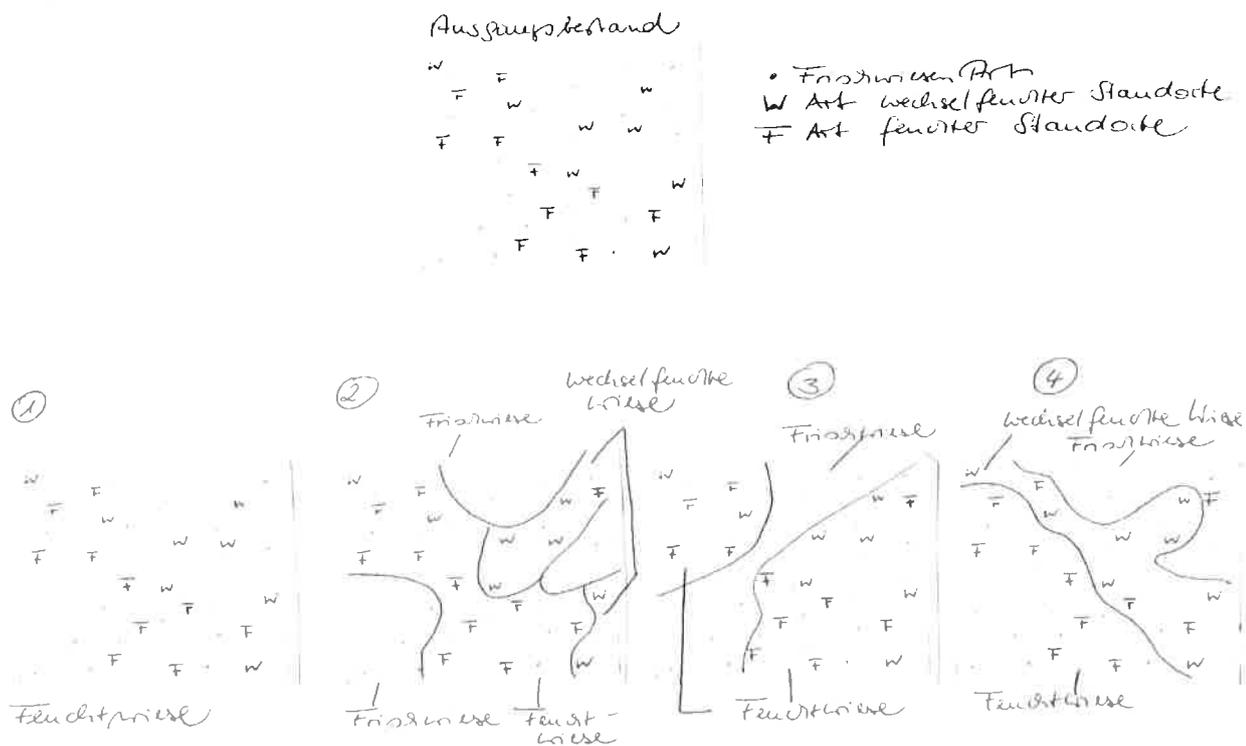


Abbildung: Fallbeschreibung 2, Lösung 1 = a), Lösung 2 = b), Lösung 3 = c), Lösung 4 = d)

Die oben angeführten Beispiele der komplexen Abwägung treten regelmäßig bei der Kartiertätigkeit im Gelände auf und stellen keinen Sonderfall dar. Es zeigt, dass die Lösung der gestellten Aufgabe nicht vorher eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, sondern über Denkprozesse erarbeitet werden muss.

Verallgemeinert lässt sich feststellen, wenn eine kartierwürdige Fläche mehrere verschiedene Biotoptypen enthält - was in der Praxis häufig der Fall ist - gibt es verschiedene Konstellationen, die es abzuwägen gilt und die je nach qualitativ-wertender Gewichtung zu unterschiedlichen Lösungen führen.

Zu der Lösung und dem Lösungsweg findet sich in der Methodenbeschreibung Brandenburg keine Hilfestellung. Das heißt, dass z. B. angezeigt sein kann, hier mit der Vergabestelle Rücksprache zu halten; diese Leistung als solche ist nicht vorhersehbar und damit auch nicht kalkulierbar.

Die Grenzziehung einer analysierten Biotopfläche ist als eine kreativ-geistige Tätigkeit anzusehen. Die Möglichkeiten/Lösungen sind vielfältig und liegen im Ermessen des Kartierenden.

Anhand der Beispiele wird aufgezeigt, dass geistig-kreative Tätigkeiten wie die Biotopkartierung Dienstleistungen sind, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis (Anzahl der Biotope) führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht.

Während der Arzt in Anbetracht der ihm mitgeteilten Symptome, die er interpretieren muss, sich nur für eine (!) zutreffende Krankheit entscheiden sollte, hat der Biotopkartierer sogar die Möglichkeit sich für mehrere „Krankheiten“, hier: Biotoptypen, unter Nutzung seines geistig-schöpferischen-kreativen Potentials zu entscheiden.

3. 3. Naturschutzfachliche Bewertung

Arzt: Wie schwer ist die Krankheit oder Krankheitsbilder? Diagnosestufe 2.

Die Bewertung der ökologischen Wertigkeit wird an verschiedenen Stellen abgefragt, so im sog. „**Grundbogen**“ für die Biotopkartierung Brandenburg, Stand 01.07.2003, siehe dort unter der Rubrik „*Hauptbiotop*“ die darunter stehenden Beschriftungsfelder „*Biotopausbildung, Erhaltungszustand, Habitatstruktur, Arteninventar, Beeinträchtigungen, Gesamtbewertung*“ und unter „*Begleitbiotope*“ die darunter stehenden Beschriftungsfelder „*Biotopausbildung, Erhaltungszustand*“ und unter der Rubrik „*Beurteilungs- und Planungsvorschläge*“ das Beschriftungsfeld „*wertbest. Faktoren*“ für wertbestimmende

Faktoren.

Beweis: Grundbogen für die Biotopkartierung Brandenburg, Stand 01.07.2003, **Ast. 8**

Die naturschutzfachliche Bewertung als Bestandteil der Biotopkartierung ist kein rezeptiver Vorgang, sie ist geistig-kreativ. Um bei dem Vergleich des Arztes zu bleiben, wird hier nun die Schwere der Erkrankung festgestellt. Die naturschutzfachliche Bewertung ist Gegenstand der täglichen Praxis und ist in zahlreichen Lehrbüchern beschrieben.

- Usher & Erz 1994 „Erfassen und Bewerten im Naturschutz“, dort S. 132 ff., Ziffer 7.2, z. B. auch 7.2.2, „Bewertungsgrundlagen für Naturschutzansprüche – Rote Listen und Biotopkartierung“. Diese Grundlagen nach 7.2 benötigt der Biotopkartierer als Basiswissen. Dort ist § 1 (2) BNatSchG a. F. (1994) – jetzt § 2 (3) – mit einem Abwägungsgebot zwischen den Zielen des Naturschutzes erwähnt, das auch bei der Biotopkartierung zu beachten ist, wenn einzelne konkurrierende Biotope zu bewerten sind (z. B. Biotop-Übergänge (Mischzonen), sog. Biotop-Komplexe).

Anlage Ast. 9

- Plachter 1991 „Naturschutz“, S. 180, „Naturschutzfachliche Analyse und Bewertung“.

Anlage Ast. 10

- Bastian et al. 1999 „Analyse und ökologische Bewertung der Landschaft“, S. 56 ff., „Landschaftsbewertung“ (klarstellend: die dort auch genannte „gesellschaftliche Bewertung“ ist kein Bestandteil der Biotopkartierung).

Anlage Ast. 11

Entscheidend für die Bewertung ist die Einbindung in Bewertungsmaßstäbe. Plachter 1991 beschreibt die naturschutzfachliche Bewertung als Vergleich der gewonnenen Analyseergebnisse mit den naturschutzfachlichen Zielvorstellung des Bezugsraumes (siehe Abbildung unten).

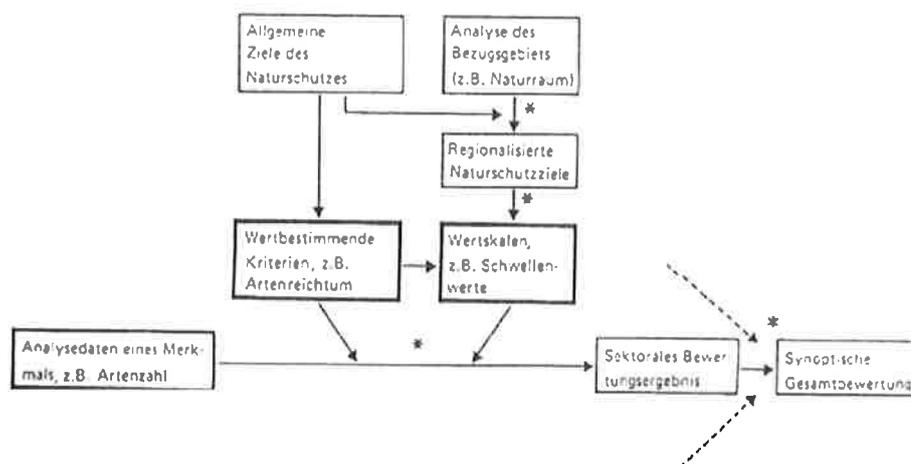


Abbildung: Auszug aus dem Lehrbuch Plachter 1991, Ablauf naturschutzfachliche Bewertung

Für die Biotopkartierenden besteht nun die Anforderung, die verschiedenen Bewertungsebenen mit unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben selbstständig, geistig-kreativ zu beurteilen und zu bewerten.

Es gibt hierfür folgende Bewertungsebenen in der Biotopkartierung Brandenburg:

a) Bewertung des Biotoptypes: Die Bewertung des Biotoptypes erfolgt auf Grundlage der Vollständigkeit der Artenausstattung in Verbindung mit der Intensität der Beeinträchtigungen und Gefährdungen; es sind vier Stufen zu unterscheiden: besonders typisch, typisch, untypisch und nicht bewertbar. Um diese Bewertung sicher vornehmen zu können, sind Kenntnisse einer durchschnittlichen Ausprägung eines Biotoptypes in dem jeweiligen Naturraum unter bestimmten Beeinträchtigungsintensitäten erforderlich. Die Biotopbewertung ist für alle Bestandteile einer abgegrenzten Fläche durchzuführen, für Hauptbiotope und Begleitbiotope.

b) Bewertung des Erhaltungszustandes der FFH-LRT:

Zur Feststellung der Erhaltungszustände der FFH-LRT ist eine detaillierte Bewertung für jeden LRT durchzuführen nach

- Vollständigkeit des lebensraumtypischen Habitatstrukturen,
- Vollständigkeit des lebensraumtypischen Arteninventars,
- Beeinträchtigungen.

Zu bewerten ist in 3 *Erhaltungstufen* A (sehr gut), B (gut), C (mittel bis schlecht).

Darüber hinaus ist auch die Erfassung von *Entwicklungsflächen* gefordert. Hier geht es um die Frage, ob sich eine betrachtete Fläche unter bestimmten Voraussetzungen in einen ökologisch höherwertigen Biotop (beispielsweise eine magere Frischwiese, eine Pfeifengras-Wiese, einen Magerrasen) *umwandeln* lässt. Gleichzeitig ist ein *Verfahren vorzuschlagen*, das dieser Entwicklung förderlich ist - Pflegemaßnahmen wie beispielsweise Mahd, Beweidung mit Rindern oder Schafen oder Entwicklungsmaßnahmen wie Verzicht auf Düngung, Schließen von Gräben, Anhebung des Grundwasserstandes.

In diesem Arbeitsschritt wird eine Prognose über die *Zukunftsansichten* einer Fläche abgegeben, die fundiertes ökologisches Fachwissen über die Entwicklungsfähigkeit (Gestaltung) von Biotopen voraussetzt.

Eine Prognose beinhaltet immer einen erheblichen Ermessensspielraum,- hier ist der typische Fall der kreativen Schöpfung gegeben. Der Gutachter bewertet auf

Grundlage seiner Erkenntnisse und Erfahrungswerte die Zukunftsaussichten für eine bestimmte Fläche. Die Lösung dieser Abwägung ist nicht vorab beschreibbar.

Biotopausbildung	
3	besonders typisch (nicht gestört)
2	typisch (gering gestört)
1	untypisch (gestört)
9	nicht bewertbar

Erhaltungszustand	
A	sehr guter Erhaltungszustand
B	guter Erhaltungszustand
C	mittlerer-schlechter Erhaltungszusta.
Z	irreversibel gestört
E	Entwicklungsfläche
9	nicht bewertbar

Auszug Bewertungsstufen Kartieranleitung Brandenburg

c) Bewertung von wertbestimmenden Faktoren:

Nach der Kartieranleitung besteht die Möglichkeit, Flächen mit besonderen Merkmalen durch eine separate Bewertung hervorzuheben. Auch dieser Schritt liegt im Ermessen der Biotopkartierenden.

wertbestimmende Faktoren	
110	Nutzpflanzen-Wildsippen
120	Alte Kulturpflanzen
140	Erdgeschichtliche Dokumente
150	Kulturgeschichtliche Dokumente
180	Besondere Prägung des Landschaftsbildes
210	Typisch ausgeprägtes Mosaikbild, typische Zonierung
160	Komplexer Wert

Auszug Bewertungsstufen Kartieranleitung Brandenburg

Die Bewertung der ökologischen Wertigkeit ist eine geistig-schöpferische Tätigkeit. Dem Gutachter wird der Rahmen (Bewertungsmaßstäbe) vorgegeben und nicht das Ergebnis. Dies wird auf die Merkmale und Besonderheiten des Objektes bezogen und individuell durch Erbringung von geistiger Leistung entschieden. Die Ergebnisse können somit sehr unterschiedlich sein. Die Lösung ist folglich vorab nicht beschreibbar.

3.4 Pflege- und Maßnahmenvorschläge/Dringlichkeit

Arzt: Problembehandlung: Therapie, Medikament, Operation

Im Weiteren weist der sog. „**Grundbogen**“ für die Biotopkartierung Brandenburg, Stand 01.07.2003 auch eine Rubrik „*Beurteilungs- und Planungsvorschläge*“ auf. Dieser unterteilt

sich in „*Gefährdung u. Beeinträchtigung*“, „*Pflege- u. Maßnahmenvorschläge*“, „*Dringlichkeit*“ und „*wertbestimmende Faktoren*“.

Die im Rahmen der Biotopkartierung getroffenen Pflege- und Maßnahmenvorschläge geben eine erste Einschätzung dazu, in welchem Umfang die abgegrenzten Biotope zu erhalten und / oder zu entwickeln sind. Dabei sind die Erhaltungs- und Entwicklungsvorschläge biotopspezifisch und konkret auf die tatsächlich vorgefundene Fläche zu beziehen. Dieser Arbeitsschritt ist zukunftsgerichtet. Nach der Kartiermethode des Landes Brandenburg, Band 1, S. 41 sollen die *Vorschläge zur Verbesserung der Lebensbedingungen innerhalb eines Biotops führen oder zur Abwendung von Gefahren* notwendig sein.

Die Entwicklung von Pflege- und Maßnahmenvorschläge sowie die Angabe der Dringlichkeit der Umsetzung umfasst auch planerisch-gestalterische Elemente mit Prognosen über das Entwicklungspotential und der Erhaltungsmaßnahmen. Das heißt, dass bei der Biotopkartierung nicht rein rezeptiv gearbeitet wird, sondern auch geistig-schöpferisch mit einem problemlösenden Ansatz, sowohl bei 3.1 bis 3.4. Nur mit kritischem Blick lassen sich die Anforderungen und Ziele des Naturschutzes einhalten.

Beweis: Grundbogen für die Biotopkartierung Brandenburg, Stand 01.07.2003, **Ast.8**

Auch wenn die Vorschläge aus einem vorgegebenen Katalog zu entnehmen sind und nicht den Anforderungen eines Pflege- und Entwicklungsplans nach § 31 HOAI entsprechen, werden an dieser Stelle dennoch die grundlegenden Entscheidungen für darauf aufbauende Planungen getroffen.

Beweis: Kurzschlüssel Biotopkartierung Bbg Grundbogen / Vegetationsbogen, **Ast. 12**

Mit der Angabe der *Dringlichkeit* wird sogar die Priorität der Aufgabenerledigung für die zuständige Behörden dargelegt.

Auch hier ist die Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, denn der Biotopkartierer entscheidet sich für bestimmte Pflege- und Maßnahmenvorschläge mit entsprechender Dringlichkeit auch auf Grundlage seiner vorangegangenen, durch eine Vergabestelle nicht vorhersehbare und damit nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Analyse und Bewertung.

4. Beschluss des OLG Brandenburg vom 10.11.2011

Das OLG führt mit Blick auf die VOL/A im Beschluss vom 10.11.2011 auf S. 3 aus:

„Eine in diesem Sinne erschöpfende Beschreibung der Leistung erfordert, dass für die Bieter voraussehbar ist, welche Leistung in welchem Umfang gefordert wird.“

unter allgemeiner Bezugnahme auf den hiesigen Vortrag der Antragstellerin.

Da vorliegend auch nach Ansicht des OLG problematisch ist, dass bereits bei Angebotsabgabe ein Gesamtpreis anzugeben ist, käme nach dem OLG hier wohl § 3 Abs. 3 lit. b) EG VOL/A in Betracht:

*„Die Auftraggeber können Aufträge im **Verhandlungsverfahren** mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) vergeben, wenn*

a) ...

b) es sich um Aufträge handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen,

c) ...“

Das heißt, dass für die Anwendung der VOL die

- Lösung einer Leistung als solche vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann,
- nicht aber ihr Mengenansatz.

Der vorläufigen Ansicht des OLG gem. dessen Beschluss ist hinsichtlich des unklaren Mengenansatzes zuzustimmen, nicht jedoch bezüglich der vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Lösung der ausgeschriebenen Dienstleistung.

Die Antragsgegnerin sieht nach wie vor die VOL/A als einschlägig an, jedoch ohne VOL-Verhandlungsverfahren. Während § 5 Satz 1 VgV wird die Anwendbarkeit der VOF bei freiberuflichen Leistungen bestimmt, macht Satz 2 eine Ausnahme:

„Dies gilt nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.“

Liegen die Voraussetzungen des Satz 2 nicht vor, ist die VOF anwendbar.

Liegen die Voraussetzungen des Satz 2 vor, ist die VOL/A anwendbar.

Aus nachstehendem wird erkennbar, dass praktisch keine eindeutig und erschöpfende Vorab-Beschreibung durch die Vergabestelle möglich ist:

Theoretisch denkbar ist an sich, jedes einzelne Biotop oder jede einzelne Biotopart vorab durch die Antragsgegner zum Zwecke der Preiskalkulation zu beschreiben, unter Berücksichtigung der hierzu erforderlichen Kognitions-, Bewertungsvorgänge,

Abstimmungen mit dem Auftraggeber und Prognosen über die Werthaltigkeit jedes Biotops auch im Hinblick auf dessen zukünftige Entwicklung.

Das heißt: beschreibt die Antragsgegnerin wie vom OLG gewünscht, welche Leistung und in welchem Umfang erforderlich ist, ist die ausgeschriebene Biotopkartierung bereits erbracht.

Diese Beschreibung seitens der Antragsgegnerin müsste exakt, eindeutig und erschöpfend erbracht werden. Denn wie in der sofortigen Beschwerde vom 27.10.2011, Seite 19 ff. ausgeführt, kommt es bei der groben Angabe „Grasflurbiotop“ zu erheblichen Unterschieden im zeitlichen Aufwand (Umfang).

Biotope sind keine statische und unabänderliche, sondern dynamische Gebilde, da sie sich jahreszeitlich verändern und von Jahr zu Jahr entwickeln oder bei massiver Beeinträchtigung zurückbilden.

Das heißt: Wenn das OLG in seinem Beschluss eine Beschreibung des Umfangs der Leistung (zutreffend) für erforderlich hält, damit die Leistung einer Biotopkartierung *vorab eindeutig und erschöpfend* beschrieben ist, so ist dies zum Zeitpunkt der späteren Leistungserbringung durch einen Biotopkartierer unter Umständen nicht mehr zutreffend, da sich das Biotop verändert hat und durch einen ganz anderen Biotoptyp zu erfassen ist oder weil zerstört, gar nicht mehr vorhanden ist.

Wir möchten dies zum Mengen- und Leistungsumfang näher erläutern:

Vorliegend sind 478 Biotoptypen (Fall aa) relevant, die einen Schutzstatus vollständig nach § 32 BbgNatSchG aufweisen bzw. bestimmte Ausbildungen oder Teilbereiche den Schutzanforderungen entsprechen.

Insgesamt 370 Biotoptypen (Fall bb) werden den FFH-Lebensräumen bzw. entsprechenden Entwicklungsflächen zugeordnet. Davon weisen 340 Biotoptypen beide Schutzgründe auf (Fall cc). 30 Biotoptypen weisen demnach nur den alleinigen Schutzstatus nach FFH-RL auf:

- aa) Biotoptyp mit geschütztem Biotop nach § 32 BbgNatSchG, in bestimmten Teilbereichen oder in bestimmten Ausbildungen,
- bb) Biotoptypen mit einem FFH-LRT oder LRT-Entwicklungsfläche nach FFH-Richtlinie,
- cc) Biotoptypen mit geschütztem Biotop und FFH-LRT oder LRT-Entwicklungsfläche.

Beweis: Website Brandenburg, Excel Datei Biotoptypenliste
<http://www.mugv.brandenburg.de/cms/detail.php/lbm1.c.227062.de>

Im Rahmen eines VOL-Verfahrens müsste die Vergabestelle nun haargenau auf Grundlage der Vorkenntnisse für die Biotop- und Lebensraumtypen die im Kartiergebiet vorkommen könnte, eine Preisabfrage starten.

Wie in der Sofortigen Beschwerde vom 27.10.2011 ausgeführt, Seite 19 ff., kann der Leistungsumfang bei Grasflurbiotopen enorm schwanken im Hinblick auf den dort ausgeführten geringen oder hohen Schwierigkeitsgrad mit Auswirkungen auf den unterschiedlichen Arbeits- und damit Zeitaufwand.

Weiterhin können Grasflurbiotope oder jegliche andere Biotope jeweils mal klein- oder großflächig sein.

Soll die Antragsgegnerin nach Vorgabe des OLG den Leistungsumfang vorgeben, so müsste sie der Antragstellerin für Los 3 vorab außer den

1. zahlreichen, verschiedenen Biotoptypen
2. diese auch nach unterschiedlichen Schwierigkeitsgraden differenzieren
3. und weiterhin eine Angabe zur jeweiligen Flächenausdehnung machen.

Demnach gäbe es für eine Beschreibung des Leistungsumfang 3 Achsen, also nicht nur eine X- und Y-Achse (Koordinatensystem), sondern eine dreidimensionale Matrix allein für die zutreffende Vorab-Leistungsbeschreibung

Im Einzelnen ist u. a. erforderlich:

- Erstellen eines umfassenden Leistungskatalogs für alle Leistungen. Dies sind die relevanten Biotoptypen des ausgeschriebenen Kartierungsgebietes. Hinzu kommt die Leistungsbeschreibung der „Zusammenstellung der Ausgangsbedingungen“ (siehe Begriff unten in Tabelle), die „Digitalisierung der Kartierungsergebnisse“ (siehe Anlage Leistungsbeschreibung der Antragsgegner, Seite 3, lit. e)), die „Eingabe der erfassten Sachdaten“ (siehe wie vor, Seite 3, lit. f)), die „Anfertigung einer Fotodokumentation“ (siehe wie vor, Seite 2), die Erstellung der fix und fertigen „Unterlagen“ (siehe wie vor, Seite 3, lit. g), Abgabeverision.
- Das Leistungsverzeichnis wäre sodann für alle geschützten Biotoptypen und FFH-Lebensraumtypen – dies sind bis zu 478 Stück - vorab eindeutig und erschöpfend zu beschreiben! Bei der Abfrage von Preisen für unterschiedliche Biotopgrößen, ergeben sich bei 10 Größenklassen und 478 Biotoptypen, somit bis zu 4.780 Einzelpositionen. Hinzu kommen noch z. B. drei Schwierigkeitsklassen (gering/mittel/hoch), so dass es insgesamt bis zu 14.340 Einzelpositionen sein können für Los 3. Diese Anzahl von nahezu 14.500 erforderlichen Einzelpositionen zeigt, wie unsinnig eine VOL-Ausschreibung für Auftraggeber und Auftragnehmer wäre.

- Nachfolgendes Beispiel zeigt, wie die Antragsgegnerin die Leistungstätigkeiten beschreiben könnte – im Sinne einer VOL-Anwendbarkeit – wenngleich die Lösung aus dieser Tätigkeit hierbei schlicht offen bleibt, da vorab nicht möglich. Die Einheitspreisfelder (s. u., „Betrag [€]“) sind vom Bieter auszufüllen. Das Beispiel stellt nur einen sehr kleinen Auszug dar, da nur exemplarisch auf 2 Lebensraumtypen/Biototypen eingegangen und nicht auf 478.

Pos.	Leistungsbezeichnung	Zeitaufwand, Stundensatz	Zeitaufwand [h] Vorgabe durch AG	Betrag [€]
1	Zusammenstellen der Ausgangsbedingungen			
1.01	Recherche, Sichtung und Vorauswertung vorhandener Kartierungsunterlagen und Geobasisinformationen. <i>Der AG stellt die relevanten Unterlagen dem AN zu Verfügung. 8 Stunden Auswertung durch den AN Ein Mehraufwand an Stunden wird separat vergütet, siehe Pos.1.000xy</i>	Auftragnehmer: Wiss. Mitarbeiter Tech. Mitarbeiter	3,00 4,00 1,00	
1.02	Kontaktaufnahme und Absprache mit Ansprechpartnern in den jeweils zuständigen Behörden <i>5 Behörden, 4 ehrenamtliche Betreuer Insgesamt 9 Termine je 2 h. Ein Mehraufwand an Stunden wird separat vergütet, siehe Pos.1.000xy</i>	Auftragnehmer: Wiss. Mitarbeiter Tech. Mitarbeiter	 18,00 -	
1.03	Vorbereitende Arbeiten, Ausdruck Grundbogen, Vegetationsbogen 1000 Stk. (Stückkosten inkl. Arbeitszeit)	Stk.	1000,00	
1.04	Vorbereitende Arbeiten, Ausdruck Gewässerbogen Standgewässer 200 Stk. (Stückkosten inkl. Arbeitszeit)	Stk.	200,00	
1.05	Vorbereitende Arbeiten, Ausdruck Waldbogen 200 Stk. (Stückkosten inkl. Arbeitszeit)	Stk.	20,00	
1.06 bis 1.XY	Weitere Vorbereitende Arbeiten	Stk. oder Zeitstunden		
1.XY+1	Erstellung einer Zeitdokumentation mit Datum, Tätigkeit differenziert nach allen Positionen in der Aufgabenbeschreibung, Anzahl der Stunden, Stundensatz und Bearbeiter. <i>Abgabe in digitaler, tabellarischer Form (MS-EXCEL).</i>	Auftragnehmer: Wiss. Mitarbeiter Tech. Mitarbeiter	- - 1,00	
1.XY+2	Fahrtzeiten Leistungsbeschreibung 1 Insgesamt 10 h <i>Ein Mehraufwand an Stunden wird separat vergütet, siehe Pos.1.000xy</i>	Auftragnehmer: Wiss. Mitarbeiter Tech. Mitarbeiter	 10,00 	
	Summe LB 1 (Netto):		37,00	0,00
2	Durchführung der Kartierung			

Pos.	Leistungsbezeichnung	Zeitaufwand, Stundensatz	Zeitaufwand [h] Vorgabe durch AG	Betrag [€]
2.10	Durchführung der Erfassung und Bewertung der Biotoptypen- und Lebensraumtypen Brandenburg. Die Erfassung und Bewertung erfolgt nach den Vorgaben der Kartierungsanleitung Brandenburg. Die Foto-Dokumentation der bearbeiteten LRT/Biotoptypen (charakteristische Bestände und besondere Ausprägungen sowie ggf. Beeinträchtigungen) ist eine separate Leistungen, siehe Pos. 2.1.5059.			
2.10.0001	LRT 6510: Magere Flachlandmähwiese Biotoptyp 051121 (Frischwiese, artenreiche Ausprägung) Zusammenhängende Begehungsfläche <10 ha (Größenklasse I, geringe Schwierigkeitsstufe) . Einmalige Begehung vor der ersten Mahd im Mai 2012.. Die entworfene Biotopabgrenzung ist in die Arbeitskarte einzutragen. Die digitale Eingabe ist in dieser Position nicht enthalten.	Auftragnehmer:	-	
		Wiss. Mitarbeiter	3,00	
		Tech. Mitarbeiter		
2.10.0002	LRT 6510: Magere Flachlandmähwiese Biotoptyp 051121 (Frischwiese, artenreiche Ausprägung) Zusammenhängende Begehungsfläche 50 ha (Größenklasse IV, geringe Schwierigkeitsstufe) . Einmalige Begehung vor der ersten Mahd im Mai 2012. Die entworfene Biotopabgrenzung ist in die Arbeitskarte einzutragen. Die digitale Eingabe ist in dieser Position nicht enthalten.	Auftragnehmer:		
		Wiss. Mitarbeiter	12,00	
		Tech. Mitarbeiter		
2.10.003 bis 2.10.0115		
2.10.0116 bis 2.10.4178	LRT 3140: Oligo- bis mesothrope Gewässer, Biotoptyp 02162 (Gewässer in Sand- und Kiesgruben) Begehungsfläche 50 ha (Größenklasse 10, hohe Schwierigkeitsstufe). Einmalige Begehung in dem Monat: _____ 2012, Gewässerchemische Daten/Sichttiefe, Booteinsatz oder Taucheinsatz wird separat berechnet, siehe Pos. 2.1..... bis 2.1..... Die entworfene Biotopabgrenzung ist in die Arbeitskarte einzutragen. Die digitale Eingabe ist in dieser Position nicht enthalten.	Auftragnehmer:		
		Wiss. Mitarbeiter	23,00	
		Tech. Mitarbeiter	-	
	Summe LB 2 (Netto):		xy,00	0,00
3.10.	Weitere Leistungsbereiche			

Abbildung: Anwendungsbeispiel Auszug

Zusammengefasst:

Der Arbeitsaufwand für die Erstellung des Leistungsverzeichnisses und das Ausfüllen der Bieter kommt dem Aufwand der Kartierung gleich. Damit steht der Aufwand der Ausschreibung in keinem Verhältnis zur Auftrags erledigung.

Für eine VOL-Ausschreibung eine schier unlösbare Aufgabe, die zudem wirtschaftlich sinnlos wäre. Denn die Beschreibung der *Leistungshandlungen* für die Biotopkartierung kommt dem Aufwand der Biotopkartierung gleich, ohne dass die zusätzlich zu vergütende Biotopkartierung als *Leistungserfolg* bereits gemacht ist.

5. Parallele juristischer Subsumtion auf vorgegebenen Sachverhalt (Vergleich Strafrecht)

Man kann auch die juristische Subsumtionstechnik als Vergleich bemühen, die keine vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung ist.

„*Da mihi facta, dabo tibi ius*“ passt analog auch auf den Biotopkartierer, wobei „*ius*“ die normativ vorgegebene Biotoptypkategorie ist, z. B. Mischwald, anhand der detaillierten Vorgaben des Landes Brandenburg.

Ein Strafrechtler hat ebenfalls einen konkreten Sachverhalt zu prüfen und zu ermitteln, ob ein bestimmtes, strafrechtlich zu prüfendes Verhalten unter die eine oder andere Strafnorm zu subsumieren ist. Was für den Strafrechtler der zu prüfende und / oder abzugrenzende § 211 StGB, Mord, § 212 StGB, Totschlag, § 226 StGB, Körperverletzung mit Todesfolge oder § 249 StGB, Raub, § 255 StGB, Räuberische Erpressung ist, ist für den Biotopkartierer die Abgrenzung verschiedener Biotope entsprechend den „*biologischen Normierungen*“ für die Biotopkartierung anhand der Vorgaben des Landes Brandenburg.

Vergleichbar dem Strafrechtler trifft der Biotopkartierer auf eine „wuselige“ Landschaft mit allen ihren individuellen Besonderheiten, die er in normative Kategorien pressen (subsumieren) muss.

Sowohl der Strafrechtler als auch der Biotopkartierer bedarf hierzu erheblichen Kognitions- und Bewertungskönnens, um eine zutreffende fachliche Subsumtion vorzunehmen. Der Biotopkartierer *muss* sich dabei für einen Biotoptyp entscheiden und kann nicht einfach offen lassen, was für ein Biotoptyp gegeben ist, ähnlich einem Strafrechtler / Richter.

Beiden Berufsgruppen ist gleich, dass ein bestimmtes Verhalten bzw. hier ein bestimmtes Biotop bereits *existiert*, also nicht neu *schöpferisch* geschaffen wird, sondern fachlich zutreffend subsumiert werden muss. Doch auch diese fachlich zutreffende Subsumtion eines vorgefundenen Sachverhaltes / Biotops ist ein *geistig-schöpferischer Akt des Analysierens, Bewertens, Abwägens unter quantitativen und qualitativen Aspekten und gestalterischer Empfehlungen für die Zukunft*.

6. Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 05.12.2011

Auf Seite 2, 7. Absatz, führt die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf eine Kommentierung an, dass die Unternehmen die wesentlichen Begleitumstände kennen oder realistisch abzuschätzen können müssen. Nachfolgend führt sie dann aus, dass dies geschehen sei.

Genau dies ist hier zu bestreiten.

Die Antragsgegnerin bleibt im allgemein-abstrakten stecken, ohne auf die Eigenart der Biotopkartierung einzugehen.

Im Übrigen stimmt es nicht, was auf Seite 2, 8. Absatz, ausgeführt wird unter Bezugnahme auf deren Angaben zu Los 3.

In dieser Ausschreibung werden sehr viele Einzelleistungen verlangt, siehe Leistungsbeschreibung a) bis f), ohne sie hinreichend genau zu definieren, im Umfang und in der geforderten Qualität zu benennen.

Es liegt kein Leistungsverzeichnis vor, das ein Auftragnehmer ohne große Recherchearbeit ausfüllen kann. Die Vergabestelle fragt lediglich Endpreise zu großen Leistungsgruppen ab. Die Vergabestelle fordert im Ergebnis einen LOS-Preis ohne genau die geforderten Inhalte zu beschreiben. Um einen Preis zu kalkulieren müssen die Leistungen aber klar definiert werden.

Entgegen dem Vortrag des Antragsgegners auf Seite 2, 5. Absatz, liegt keine umfassende Beschreibung in der Leistungsbeschreibung etc. vor, da

- die Vergabestelle sehr dürftig die Methode der geforderten Tätigkeit in Bd. 1 Biotopkartierung Brandenburg beschreibt. Die Kartieranleitung bezieht sich zudem nicht explizit auf die hiesige Ausschreibung „*Selektive Biotopkartierung*“, sondern bezieht sich auf flächendeckende Biotopkartierungen, siehe Seite 22, Band 1

Biotopkartierung. Somit hat das Methodenhandbuch ein allgemeines, größeres Anwendungsspektrum und ist nicht speziell auf die ausgeschriebene Leistung bezogen und anwendbar,

- die Methodenbeschreibung nur das „wie“ ist, nicht aber die vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare *Lösung* der jeweils im Gelände vorzunehmenden Biotopkartierung,
- die Kalkulationshilfe in Anlage 1 unzureichend ist. Weiteres unten zu Seite 5 der Antragsgegnerin.

Die Tatsache, dass die Leistungshandlungen bestimmbar sind, führt noch nicht dazu, dass die Aufgabenlösung in ihrem Inhalt vorab beschreibbar ist, vgl. oben, OLG Düsseldorf, B. v. 02.01.2012 - 7 Verg 70/11, siehe oben Ziffer 2 dieses Schriftsatzes.

Die Ausführungen der Antragsgegnerin aus Seite 3 und 4, wonach eine umfassende Beschreibung des Leistungsgegenstands gegeben sei, trifft nicht zu. Selbst für eine Leistungsbeschreibung im Sinne der VOL ist der Leistungsgegenstand nicht ausreichend beschrieben. Die angegebenen Informationen sind als grober Rahmen der Aufgabenbeschreibung zu verstehen, aber schon nicht für eine Bepreisung ausreichend. Im Weiteren ist im Sinne der VOF die Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar. Die Vergabestelle müsste die Lösung im Sinne einer fix und fertigen Biotopkartierung (fiktiv?) vorwegnehmen und beschreiben. D.h. die Vergabestelle müsste jeden Leistungsschritt (fiktiv?) vorausbestimmen und eindeutig und erschöpfend darlegen und beschreiben, wie es bei Kauf- und Bauleistungen auch der Fall ist. Der Aufwand der Ausschreibung stünde dann im keinen Verhältnis zur Auftrags erledigung.

Siehe hierzu bereits obige Ausführungen in Ziffer 4.1.

Zu Seite 5:

Die dortigen Angaben sind völlig unzureichend. Der Aufwand ist mit den Angaben nicht im Geringsten abschätzbar. Die Angaben der Vergabestelle sind zu unpräzise für eine Kalkulation:

- Es fehlt die räumliche Abgrenzung des Kartierungsgebiets bezogen auf die Landkreisfläche Oberhavel, Oranienburg. Die Aussage von 390 km² allein ist zu ungenau.
- Wie wird das Kartierungsgebiet genutzt? Auch hier ist wieder danach zu fragen: Welche Flächenanteile Wald, Ackerland, Grünland, Wasserflächen, bebaute Flächen liegen vor?

- Welcher Schwierigkeitsgrad ist im Gebiet insgesamt zu erwarten? Wie sind die Kartierungsflächen erreichbar? Die Vergabestelle müsste hier eine Beschreibung selbst vornehmen; dies ist nicht Sache eines Bieters.
- Für den Bieter muss der Bezugsraum eindeutig erkennbar sein; dies ist nicht der Fall. Gebiete, die nicht zum Suchraum der Kartierung zählen sind auszugrenzen, z.B. Siedlungslagen, Großschutzgebiete und FFH-Gebiete. Diese ist nicht dargelegt.
- Die Angabe der TK 10 mit sehr groben Schätzklassen, dass 20 bis 70 % zu kartieren sind, ist zu ungenau zwecks Kalkulation.
- Die TK 3342 NO ist doppelt aufgeführt, dafür fehlt die TK 3343 NO. Will die Vergabestelle das TK Blatt 3342 NO zweimal kartiert haben?

(Anm: TK = Topographische Karte)

Zu Seite 6:

Die Abgabe von Angeboten durch andere Unternehmen ist kein Beleg, vgl. Absatz 1, dass das richtige Verfahren gewählt wurde. Oben ist ausgeführt, dass das Land Brandenburg und Baden-Württemberg die gleichen Leistungen auch nach VOF ausschreiben. Dort werden auch Angebote abgegeben. Welche Schlussfolgerung zieht die Antragsgegnerin hieraus?

Die Aussage der Antragsgegnerin in Absatz 2 ist im Zusammenhang mit ihrer Aussage auf Seite 2, Absatz 4 zu sehen. Danach müssen Bieter die Begleitumstände kennen / abschätzen. Abzustellen ist dabei sinngemäß auf einen durchschnittlich erfahrenen Bieter, sinngemäß einen objektiven Bieterhorizont. Die Antragsgegnerin versucht an diesen 2 Stellen aber einen logischen Zirkelschluss in dem sie Leistungen als ordentlich beschrieben oder einschätzbar annimmt, was aber nicht gegeben ist.

Im Weiteren stellt die Antragsgegnerin Behauptungen und letztlich Wertungen in den Raum, ohne dazu genaue Angaben aus ihrer Leistungsbeschreibung zu machen. Sie gibt noch nicht einmal an, wie groß durchschnittliche Biotopgrößen sind oder wie hoch der durchschnittliche Aufwand pro Biotop ist. Sie teilt selbst noch nicht einmal hinreichende Schätzgrößen hierzu mit, um sicher kalkulieren zu können. Biotope können aber derart unterschiedlich sein in ihrer Flächenausdehnung und Qualität, dass der Aufwand auch sehr unterschiedlich ist.

Es geht bei der hier von der Antragsgegnerin geforderten Einschätzung nicht um die 5. Stelle hinter einem Komma, sondern um große Einschätzungsrisiken zu Lasten der Unternehmen.

Wenn das alles so einfach ist: Weshalb gibt die Vergabestelle nicht selbst eine durchschnittliche Biotopgröße und –art an, damit alle von gleichen Voraussetzungen ausgehen?

Hier drängt sich eine Parallele zur technischen Honorarzoneneinschätzung in Fällen der HOAI auf. Dies muss dort ebenfalls die Vergabestelle machen, einheitlich für alle Bewerber, die den Planungsauftrag alle gleich verstehen sollen. Dies erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz.

Es ist schon zu bezweifeln, ob eine durchschnittliche Biotopgröße quasi pauschal zu ermitteln ist. Dazu wären hinreichend genau Schätzgrundlagen nachvollziehbar zu benennen, um die nötige Transparenz sicher zu stellen. Dies erfordert das Transparenzgebot. Sollte sich diese nach Ausführung der Biotopkartierung als nicht zutreffend erweisen, wären die Bieter von unzutreffenden Schätzgrundlagen ausgegangen und hätten ihre Kalkulation hierauf fehlerhaft ausgebaut. Die mangelnde Transparenz durch die Vergabestelle darf aber nicht der Schaden der Bieter sein; es müsste sodann zumindest anhand tatsächlicher Leistungserbringung abgerechnet werden dürfen.

Zu Seite 7 Absätze 4 ff. ist zu erwidern:

Bei einer VOL-Ausschreibung ist die Leistung vorab exakt zu beschreiben. Wenn die Vergabestelle dies nicht kann, hat sie das falsche Verfahren gewählt.

Die Angaben in Absatz 5 ff. sind nicht ausreichend, um eine Kalkulation hierauf abgeben zu können; siehe bereits obige Ausführungen. Es wird nur behauptet und gewertet, ohne dies konkret zu begründen anhand von Belegen oder dies nachvollziehbar zu machen.

Wer seine Meinung nicht begründet, ist nicht zu widerlegen!

Die Antragsstellerin hatte diese fiktiven Berechnungen erstellt, um den unterschiedlichen Kartierungsaufwand je nach Größe in Kombination mit dem Schwierigkeitsgrad darzustellen. Es sollte aufgezeigt werden, dass die Aufgabenbeschreibung nicht ausreichend ist, um den Aufwand sicher abzuschätzen. Die Beispiele beziehen sich auf den Kartierungsaufwand allein im Gelände; dabei ist die Dateneingabe und Digitalisierung noch nicht berücksichtigt.

Die Antragsgegnerin gibt in der Ausschreibung keine Anhaltspunkte wie Bearbeitungsroutrinen in die Kalkulation einfließen sollen. Das sind seitens der Antragsgegnerin nur Allgemeinplätze. Selbstverständlich sind nach Kenntnis Bearbeitungsroutrinen möglich, wie bei jeder Arbeitstätigkeit. Die Nutzung von Bearbeitungsroutrinen setzt aber die Kenntnis voraus, wo diese – auf Basis einer vorab eindeutig und erschöpfend beschriebenen Lösung – zum Einsatz kommen können.

Mangels hinreichender Beschreibung der Leistung kann auch nicht kalkuliert werden, wo diese BearbeitungsROUTINEN möglich sind. Hierauf kann daher nicht präzise erwidert werden.

Zu Seite 8:

Zu Absatz 1:

Vorort-Begehungen mit dem Auftraggeber sind natürlich nicht die Regel, kommen aber bei schwierigen Fällen vor. Bieter müssen dann mit dem Auftraggeber die Fläche z.B. erneut und mit anderen Vorgaben (des AG) begehen. Dies kann aber nicht vorab kalkuliert werden, da die Vergabestelle einen Fixpreis für etwas haben möchte, was sie vorab nicht beschreiben kann.

Die Rücksprache mit dem Auftraggeber ist von der Antragstellerin bei dem fiktiven Berechnungsbeispiel mit hohem Schwierigkeitsgrad bewusst mit 1 h gewählt worden. Praktisches Beleg für deren Notwendigkeit ist, dass in der Kartieranleitung im Bd. 2 auf S. 198 auf die Besonderheit und Seltenheit des Biotoptypes „*Submediterrane Halbtrockenrasen*“ in Brandenburg hingewiesen wird und das in der Regel keine Kartierung als Hauptbiotop erfolgen soll.

Die Antragsstellerin möchte sich als routinierte, erfahrene und gewissenhafte Kartierende gerne beim Auftraggeber darüber informieren, dass hier eine Ausnahme der Regelannahme vorliegt um spätere Rücksprachen bei dem relativ großen Magerrasen-Biotop von 3,0 ha zu vermeiden. Wenn der Auftraggeber eine telefonische Klärung, die natürlich auch Zeit kostet, für ausreichend hält, ist der Zeitanatz von 1 h trotzdem beizubehalten inklusive Vor- und Nachbereitung auch zu solch einem Telefonat.

Zu Absatz 2:

Die Antragsgegnerin übersieht, dass die Kartierungszeit mit 20 min kalkuliert ist und 10 min für das vollständige Ausfüllen der Kartierungsbögen. Der Aufwand von 1,5 h bezieht sich auf die Fahrzeit (Hin- und Rückfahrt) mit 1,0 h und den vorbereitende Arbeiten mit 0,5 h. Bei kleinen Biotopen ist dieses Verhältnis natürlich ungünstig. Die Antragsgegnerin macht Behauptungen („...*erscheint ... überdurchschnittlich hoch angesetzt*“) ohne eigene Angaben ihrer Kalkulation vorzulegen. Soll die Antragstellerin oder das OLG jetzt „raten“, was angemessen ist? Wie soll auf Wertungen, zudem ohne Zahlenangaben, vorgetragen werden können?

Zu Absatz 3:

Zur Befahrung des Sees und Begleitbiotope: Die Antragsgegnerin macht Behauptungen ohne eigene Angaben der Kalkulation vorzulegen. Die Angabe, es müsse irgendwie

weniger als 80 h ist unsubstantiiert. Dabei ist sie es, die die Leistung eindeutig und erschöpfend beschreiben muss, nicht die Antragstellerin.

Wie will die Antragsgegnerin wissen, welche und wieviele Begleitbiotope anzutreffen sind? Nach der „Anlage Leistungsbeschreibung“, Seite 3, sind alle verschiedenen Arten der Armleuchter-Algen zu belegen. In dem fiktiven Berechnungsbeispiel sind die Belege gesammelt und in einem Arbeitsschritt dem Auftraggeber zu Verfügung gestellt.

Zunächst geht es hier um Synergien bei der Befahrung des Sees. Synergien können aber nur kalkuliert werden, wenn die Begleitbiotope bei Befahrung des Sees ebenfalls hinreichend eindeutig und erschöpfend beschrieben sind. Begleitbiotope können geringen oder hohen Aufwand verursachen. Dies übersieht die Antragsgegnerin.

Im Weiteren reicht aufgrund der zahlreichen Begleitbiotope ein vom Biotopkartierer auszufüllender Grundbogen aber nicht aus. Bei dem Berechnungsbeispiel der Antragstellerin werden Grund-, Gewässer und Vegetationsbögen ausgefüllt. Aufgrund der vielen Begleitbiotope reichen die 6 Felder in einem Grundbogen nicht aus, so dass weitere Grundbögen angelegt werden müssen. Die jeweiligen Bögen werden sehr sorgfältig ausgefüllt, damit keine Veränderungen mehr in den analogen Bögen bei der Dateneingabe in das Eingabeprogramm mehr notwendig werden. Sie sind fix und fertig auszufüllen. Der Ansatz ist daher nicht überhöht.

Nach dem Katalog oft gestellter Fragen und Antworten im Rahmen der Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung Brandenburg Seite 7 (Katalog auch unter Methode der Leistungsbeschreibung, siehe Anlage Ausschreibung) wird auf die identische Ausführung der digitalen Eingaben und analogen Bögen verwiesen. Beide Unterlagen sind dem Auftraggeber vorzulegen. Bei Unstimmigkeiten müssen die analogen Bögen nachgearbeitet werden. Diese Abweichungen will ein Bieter im Vorfeld natürlich vermeiden.

Zu Absatz 4:

Es handelt sich um Wiederholungen der Antragsgegnerin, zu denen bereits vorgetragen ist; hierauf wird ergänzend verwiesen. Um den Kartierungsaufwand abzuschätzen, sind die gelieferten Unterlagen nicht ausreichend. Die Angabe der Website www.luis-bb.de deckt nicht das große Defizit ab, dass die Vergabestelle sich nicht bemüht, vorhandene Daten losbezogen auszuwerten und sie den Bietern zu Verfügung zu stellen. Die Bieter erhielten im Ausschreibungsverfahren keine umfangreichen Auswertungen.

Seite 9:

Zu Absatz 2:

Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein aufstrebendes und einschlägig erfahrenes Unternehmen, das in Brandenburg auch die Bearbeitung von Aufträgen mit Schwerpunkt Biotopkartierung anstrebt. Die Antragstellerin hat auch kein Angebot abgegeben, da die

Risiken zu hoch sind. Sie möchte gerne bei zukünftigen Verhandlungsverfahren teilnehmen.

Im Übrigen verkennt die Antragsgegnerin, dass die in der Fundstelle benannten Risiken aus Kulartz pp., § 8 VOL/A EG, Rn. 38, andere Risiken sind, als die, die die Antragstellerin meint. Denn die Leistung ordnungsgemäß und kalkulationsbereit zu beschreiben ist ihre Pflicht, nicht der sich bewerbenden Unternehmen, denen in Anbetracht der Aufgaben- / Leistungsbeschreibung nur marginale Restrisiken zumutbar sind.

Die Antragsgegnerin verkennt, dass ihre mangelhafte Aufgaben- bzw. Leistungsbeschreibung zu einem weithin zu beobachtenden Phänomen der Selbstaussbeutung von freiberuflichen Hochschulabsolventen bei der Biotopkartierung führt, die der Unterzeichner persönlich als erschreckend empfindet.

Nach alledem ist der sofortigen Beschwerde mit den oben gestellten Anträgen der Beschwerdeführerin stattzugeben.

Wiesner, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Stand: 01.07.2003

Biotopkartierung Brandenburg

Grundbogen

Nr. TK 10 -

Geb.-nr.

Kartierintensität A B C

Inhalt identisch mit Grundbogen
 Nr. TK 10 - Geb.-nr.

Name

(z.B. "Teufelsmoor") _____

Beschreibung

Hauptbiotop

Biototypencode

Biotopausbildung 1 2 3 9

§ 32 BbgNatSchG - Biotop nein 32 9

Altern. Biotopcode

FFH-Lebensraumtyp (LRT)

Habitatsstruktur (H) A B C 9

Arteninventar (A) A B C 9

Beeinträchtigungen (B) A B C 9

Gesamtbewertung (G) A B C E Z 9

Luftbildnummer - /

Begleitbiotop

Nr	Biototypencode	Anzahl	Anteil (%)	Biotop		FFH-LRT	Erhaltungszustand				Beschreibung	
				Ausbildung	§ 32		H	A	B	G		
1	<input type="text"/>											
2	<input type="text"/>											
3	<input type="text"/>											
4	<input type="text"/>											
5	<input type="text"/>											
6	<input type="text"/>											

Oberflächenstruktur

Relief

Exposition

Hangneigung

Vegetation

Deckungsgrad

Baumschicht (nur Offenlandbiotop)

Strauchschicht (nur Offenlandbiotop)

Gras-/Krautschicht

Moosschicht

ohne Vegetation

Vegetationsbogen

<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

ja nein

Beurteilungs- und Planungsvorschläge

Gefährdung u. Beeinträchtigung

<input type="text"/>				
<input type="text"/>				
<input type="text"/>				
<input type="text"/>				

Pflege- u. Maßnahmen-vorschläge

<input type="text"/>				
<input type="text"/>				
<input type="text"/>				
<input type="text"/>				

Dringlichkeit

<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

werbest. Faktoren

<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

Fauna

Zusätzliche Erhebung

<input type="text"/> 1	vorhanden
<input type="text"/> 2	nicht notwendig
<input type="text"/> 3	notwendig

Bemerkungen

Kürzel

<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
----------------------	----------------------	----------------------	----------------------

Name KartiererIn

Datum

<input type="text"/>					
----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------

Waldbogen
 Gewässerbogen

Erstaufnahme
 Folgeuntersuchung

EDV

Usher / Erz 1994

7 Bewerten und Erfassen für den Naturschutz in Deutschland: Anforderungen und Probleme aus dem Bundesnaturschutzgesetz und der UVP

WOLFGANG ERZ

7.1 Anfänge und Entwicklung von Erfassungs- und Bewertungsaufgaben

Wann in Deutschland erstmals mit Erfassungen und Bewertungen für den Naturschutz begonnen wurde, ist schwer zu sagen. Die Frage nach dem geschichtlichen Anfang wird dadurch problematisch, welche Beurteilungsmaßstäbe man an solchen frühen Inventarisierungen und deren Auswertungen anlegen soll.

Das Für und Wider um Nutzen und Schaden von Kleinvögeln („Dieser Gesichtspunkt dominiert um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert immer deutlicher“, BARTHELMESS 1981) ist sicherlich nicht als wissenschaftliche Kriterien-Diskussion anzusehen. Doch bestimmt die etwa 200 Jahre zurückliegende Nutzen-Schaden-Bewertung insbesondere von Tieren, aber auch von Pflanzen, schließlich auch von Naturschutzgebieten, die der Nutzung entzogen werden, die Werte-Diskussion bis heute. Dies wird beispielsweise in der aktuellen Beurteilung des gesetzlichen Schutzes für Tierarten wie die Rabenvogel (RAHMANN u. a. 1988) ebenso deutlich wie in den Abwägungen bei Eingriffen in Natur und Landschaft (etwa bei Eindeichungen im Wattenmeer, MELF-SH 1981) oder bei der Verwirklichung des Nationalparkprogramms der DDR von 1990 (RÖSLER u. a. 1990).

Das Grundproblem „Ökologie und Ökonomie“, also Schaden-/Nutzwertungen aus wirtschaftlicher Sicht, beeinflusst über den darin verborgenen emotionalen Wertkonflikt auch die rationale Bewertung im Naturschutz von heute.

Die erste mit wissenschaftlichen Argumenten vorgenommene Erhebung und Bewertung für Naturschutzzwecke stammt wohl von JENTZSCH (1900). Er führte von 1896 bis 1898 eine Studie über „beachtenswerte und zu

schützende Bäume, Sträucher und erratische Blöcke in der Provinz Ostpreußen“ auf der Basis von Fragebögen aus. Sie ist wahrscheinlich die wesentlichste Grundlage sowohl für den Gebiets- und Landschaftsschutz (Einrichtung von Schutzgebieten, Landschaftsästhetik, Baumschutz u. a.) in praktischer und rechtlicher Hinsicht (ERZ 1980) in Deutschland als auch für die Institutionalisierung des staatlichen und wissenschaftlichen Naturschutzes (mit der Staatlichen Stelle für Naturdenkmalpflege in Preußen von 1906).

Neben der Entwicklung einer einfachen Konzeption, Typologie und Bewertungsvorgabe war in der Arbeit von JENTZSCH mit Begründung des „wissenschaftlichen Interesses“ die ästhetische und ethische Motivation, von der Idee der Romantik mit dem Rückblick in die Vergangenheit bestimmt, bemerkenswert.

Diese romantischen Grundeinstellungen mit den Kriterien der Ästhetik und der Ethik sind als Bewertungsgrundlagen auch heute noch prägend. Den dominantesten Einfluß auf Bewertungsvorgaben für den Gebietsschutz in dieser Hinsicht übte CONWENTZ (1904) mit einem Gutachten über den Reservatsschutz aus, das zum entscheidenden Ansatz für rechtliche, wissenschaftliche und praktische Lösungen des Gebiets- und Biotopschutzes bis in die 60er und 70er Jahre (ERZ 1990) wurde.

Erst etwa ab Mitte bis Ende der 60er Jahre wurden für Erfassungs- und Bewertungsaufgaben in Naturschutz und Landschaftspflege standardisierte und auch erste quantifizierte Konzepte und Methoden entwickelt. Dies geschah vor allem in Verbindung mit der Landschaftsplanung (vgl. u. a. BFANL 1966, BECHMANN 1977) oder für den damals stark diskutierten Aspekt der landschaftsbezogenen Erholungsplanung (vgl. insbesondere KIEMSTEDT 1967). Die Bewertungsfrage wurde etwa zur gleichen Zeit für die Auswahl und Beurteilung

von Naturschutzgebieten intensiver erörtert (hierzu etwa: BAUER 1968, 1970, BORISOW 1970, BFANL 1971) und schließlich dann im Hinblick auf die Erstellung von Roten Listen und Artenschutzprogrammen (BFANL 1972).

Die Ermittlung und Bewertung von Eingriffen in Natur und Landschaft im Sinne des 1976 verkündeten Bundesnaturschutzgesetzes (§ 8) wurde schon zuvor mit dem Aufgreifen der Probleme von Landschaftsschäden und -belastungen aus den Konzepten der Landschaftsplanung entwickelt (vgl. hierzu u.a. ARBEITSKREIS LANDSCHAFTSSCHÄDEN ... 1971, SIEGERT 1971). An das mit dem Inkrafttreten des Bundesnaturschutzgesetzes zur Verwirklichung der Eingriffs-Ausgleichs-Regelung des § 8 notwendige Instrument des Landschaftspflegerischen Begleitplans (mit z. T. stark formalisierten Bewertungsverfahren für die Fachplanungen des Straßenbaus, der Flurbereinigung, der Wasserwirtschaft usw.) schließt sich als neue Aufgabe für Bestandsaufnahmen und Bewertungskonzepte die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) mit dem UVP-Gesetz von 1990 an.

Die UVP stellt wohl die bisher größte Herausforderung an Erfassungen und Bewertungen auch für den Naturschutz dar.

Seit etwa 25 Jahren hat somit die Phase rationaler, wissenschaftlicher, entscheidend von der Landschaftsplanung, den Fachplanungen und neuerdings von der UVP mit einem hohen, spezifizierten und teilweise standardisierten Datenbedarf bestimmter Erfassungs- und Bewertungsvorhaben begonnen. Eine weitere Anforderung entstand für den Artenschutz aus den Roten Listen gefährdeter Arten und Tiere (vgl. hierzu BLAB & NOWAK 1989) und darauf aufbauenden Artenschutzprogrammen (vgl. ERZ 1978). Gleichzeitig kam man im Bereich des biologischen Naturschutzes mehr und mehr von den zuvor fast rein qualifizierenden Beurteilungs- und Bewertungsverfahren ab und benutzte verschiedene mathematische Verfahren, die vor allem aus den Theorien und Konzepten von SHANNON & WEAVER (1963) und vor allem von MACARTHUR (1965) und MACARTHUR & WILSON (1963, 1967) beeinflusst worden sind (KAULE 1986, 1991, PLACHTER 1991).

7.2 Grundzüge der Bewertungs- und Erfassungsanforderungen nach dem Bundesnaturschutzgesetz

Mit seinen Zielvorgaben und den für ihre Verwirklichung aufgeführten Instrumenten gibt das Bundesnaturschutzgesetz die wichtigste Orientierung auch für Erfassungs- und Bewertungsverfahren.

Das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) ist ein Rahmengesetz, das in den Ländern durch Landesnaturschutzgesetze konkretisiert ist. Die Landesgesetze und daraus abgeleitete Rechtsvorschriften enthalten weitere, teilweise noch detailliertere Anforderungen an Erfassungs- und Bewertungsaufgaben.

Außerdem wird in internationalen Rechtsübereinkommen zum Naturschutz und vor allem in Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft weiterer, z. T. sehr präzise angezeigter, Bedarf für Bewertungen angegeben.

Die Gesetzgebung ist im Fluß mit den Trends

- (1) in immer stärkerem Maße Sachverhalte aufzunehmen, die Wertzuordnungen erfordern und auch relativ daten-extensiv sind, d.h. größere Erfassungsprogramme und Datenvorhaltungen nach sich ziehen (z.B. wird dies in der Neuaufnahme des „besonderen Biotopschutzes“ nach § 20c BNatSchG deutlich, in beabsichtigten Erweiterungen des Grundsätze-Paragrafen, § 2, und der Eingriffs-Ausgleichs-Regelung, § 8, oder in der Ausarbeitung von Kriterien-Katalogen zu EG-Richtlinien und zu internationalen Übereinkommen);
- (2) in genauer geregelten Vorgaben für Art und Umfang von Bewertungen (z.B. wird dies im BNatSchG durch die Aufnahme von Darstellungs- und Bewertungsaufgaben im bei der letzten Novellierung eingefügten § 20 b ersichtlich oder aus der Richtlinie der EG für den Biotop- und Artenschutz, der sog. FFH-Richtlinie).

Der in § 1 BNatSchG enthaltene Zielrahmen gibt auch die Orientierung für die Art der zu erfassenden und bewertenden Informationen. Die Absätze 1 und 2 des § 1 lauten:

**ertungs-
orderungen
aturschutz-**

en für ihre Ver-
umenten gibt
die wichtigste
gs- und Bewer-

atz (BNatSchG)
r den Ländern
konkretisiert
als abgeleitete
weitere, teilweise
ngen an Erfas-
en.
onalen Rechts-
utz und vor al-
schen Gemein-
ise angezeigter,
eben.

it den Trends
e Sachverhalte
rdnungen erfor-
n-extensiv sind,
rogramme und
ich ziehen (z. B.
me des „beson-
nach § 20c
absichtigten Er-
dsätze-Paragra-
-Ausgleichs-Re-
beitung von
htlinien und
ommen);
rgaben für Art
ngen (z. B. wird
e Aufnahme von
rgsaufgaben im
ng eingefügten
der Richtlinie der
Artenschutz, der

tonic Zielrahmen
die Art der zu er-
Informationen.
iten:

„Ziele des Naturschutzes und der Land-
schaftspflege

- (1) Natur und Landschaft sind im besiedelten und unbesiedelten Bereich so zu schützen, zu pflegen und zu entwickeln, daß
 1. die Leistungsfähigkeit des Naturhaus-
halts,
 2. die Nutzungsfähigkeit der Naturgüter,
 3. die Pflanzen- und Tierwelt sowie
 4. die Vielfalt, Eigenart und Schönheit von
Natur und Landschaft
 als Lebensgrundlagen des Menschen und
als Voraussetzung für seine Erholung in
Natur und Landschaft nachhaltig gesichert
sind.
- (2) Die sich aus Absatz 1 ergebenden Anfor-
derungen sind untereinander und gegen die
sonstigen Anforderungen der Allgemein-
heit an Natur und Landschaft abzu-
wägen.“

**7.2.1 Bewertung von innerfachlichen
Naturschutzkonflikten**

Aus dem „Abwägungsgebot“ des Absatz 2 er-
gibt sich zwangsläufig die Notwendigkeit, die
verschiedenen Zielvorstellungen des Gesetzes
bei ihrer Verwirklichung zu bewerten, um

- (1) innerfachliche Vor- und Nachrangigkeiten
des Naturschutzes und der Landschafts-
pflege für Schutzobjekte, Schutzgüter,
Schutzziele, Fördermaßnahmen u. a. m. un-
tereinander festzulegen,
- (2) für die Auseinandersetzung des Natur-
schutzes mit anderen Nutzungsansprü-
chen oder Eingriffen in der Landschaft be-
gründete Argumente und Wertorientierun-
gen zu liefern.

Ein Beispiel für den ersten Fall ist die Klärung
der Frage, ob in einem Moor-Naturschutzge-
biet die ungestörte Entwicklung „des Natur-
haushalts“ mit der starken Ansiedlung dort
brütender Lachmöwen vereinbar ist, die zu
einer Hypertrophierung und damit zu einer
Zerstörung des oligotrophen Hochmoor-Öko-
systems führen (SCHWOPPE et al. 1988). Ein an-
derer Fall solcher innerfachlichen Abwägung
ist die Entscheidungsfindung über Verträglich-
keiten von Tierartenschutz und „Erholung in

Natur und Landschaft“ durch Wassersport in
den Wattenmeer-Nationalparken (BACHERT
1988, Segelsport 1986).

Aus beiden Beispielen wird schon offenkun-
dig, welche weitreichende Bedeutung Bewer-
tungsauflagen (die sich selbstverständlich auf
solides, umfangreiches und aktuelles Daten-
material stützen müssen) bereits für Lösungen
von Konfliktfällen innerhalb gemeinsamer An-
liegen aus dem Naturschutzgesetz haben kön-
nen. (Beide Fallbeispiele sind im übrigen bisher
nicht hinreichend gelöst.)

**7.2.2 Bewertungsgrundlagen für
Naturschutzansprüche – Rote
Listen und Biotopkartierung**

Noch wichtiger für den Naturschutz sind aber
Auseinandersetzungen über Ansprüche des
Naturschutzes mit denen der Wirtschaft, des
Verkehrs, der Stadtplanung u. v. a. m. und Be-
wertungen für die Sicherung von gefährdeten
Tier- und Pflanzenvorkommen oder besonders
schutzwürdigen Biotoptypen. Die Bewertungs-
konzepte der Roten Listen gefährdeter Tier-
und Pflanzenarten (vgl. BLAB 1985, KORNECK &
SUKOPP 1988, SUKOPP, TRAUTMANN & KORNECK
1978, dort jeweils weitere Literaturangaben)
oder von Pflanzengesellschaften und Biotopen
(BFANL 1986) haben von Anbeginn ihrer Auf-
stellung an mit ihrer Zunahme (vgl. Verzeichnis
bei BLAB & NOWAK 1984, S. 190–198, aktualisiert
von NOWAK 1989) den Artenschutz in außerge-
wöhnlichem Maße sowohl in der Durchsetzung
von Ansprüchen wie durch Akzeptanz in der
Öffentlichkeit gefördert.

Eine ähnliche, wenn auch nicht gleichrangi-
ge Bedeutung für die Durchsetzung von Natur-
schutzzielen auf der Fläche haben die Ergeb-
nisse der Biotopkartierung erlangt, mit der seit
Mitte der 70er Jahre (SUKOPP, TRAUTMANN &
SCHALLER 1979) in den meisten Bundesländern
eine Inventarisierung und Bewertung der meis-
ten, vor allem naturnahen Biotoptypen gel-
angt (vgl. Methodik und Übersicht bei KAULE
1986, 1991, PLACHTER 1991).

Sowohl die Ergebnisse der Roten Listen
gefährdeter Tiere und Pflanzen wie die der
Rote-Listen-Ansätze von Pflanzengemein-
schaften und Biotopen sowie die Befunde der
Biotopkartierung haben einen Niederschlag in

der Verbesserung rechtlicher Vorschriften gefunden:

- die Roten Listen gefährdeter Arten in der Abfassung der Bundesartenschutzverordnung (dies war auch in der Artenschutzbestimmung vom 1. Oktober 1984 in der DDR, lt. WEINITSCHKE 1987, der Fall: dort wurden sogar die Schutzkategorien an die Gefährdungskategorien der Roten Liste der Pflanzen, RAUSCHERT et al. 1978, angelehnt);
- die Befunde der Biotopbewertung in der Aufnahme des § 20c (Schutz bestimmter Biotoptypen) bei der Novellierung des BNatSchG.

Damit sind Bewertungsergebnisse des Arten- und Biotopschutzes zur Rechtsnorm geworden.

7.2.3 Allgemeiner Anforderungsrahmen funktionaler Bewertungen

Als Aufgabenrahmen von Naturschutz und Landschaftspflege (oder als „Ansprüche“ an Natur und Landschaft) legt das Bundesnaturschutzgesetz mit § 1

- (1) Nutzfunktionen für den Menschen,
- (2) Schutzziele für Natur und Landschaft,
- (3) Vermeidungs- oder Minimierungsstrategien

fest. Hierdurch sind Zweckbestimmungen für Bewertungen gegeben, an denen sich diese ausrichten haben.

Es zeigt sich hier, daß die Aufgaben der Bewertung über das klassisch-traditionelle Naturschutzverständnis hinausgehen.

Es mag zunächst verwundern, daß der Naturschutz auch die Sicherung der Nutzfähigkeit von Naturgütern sowie der Landschaft für die Erholung beinhaltet, während emotionale Schutzinhalte wie Eigenart und Schönheit als Kriterium von vornherein selbstverständlich (weil aus den Wurzeln des Naturschutzes begreifbar) erscheinen. Tatsache ist aber, daß ökonomische Nutzfunktionen, ästhetischer Landschaftsbildschutz und Erholungseignung bei den Auswahlkriterien für die verschiedenen Schutzgebiets-Typen und bei Beurteilungen von Pflegemaßnahmen, erst recht aber bei der

Landschaftsplanung eine keineswegs ungewichtige Rolle spielen.

Daß Naturschutz in Form der „Stadtökologie“ (oder der „ökologischen Stadtplanung“) mit der Stadtbiotopkartierung als Wertungs- und Erfassungsgrundlage durch die Zielsetzung des Bundesnaturschutzgesetzes ausdrücklich legitimiert ist („Natur und Landschaft im besiedelten Bereich ...“), sei hier angemerkt. Hierfür ist inzwischen für den Bereich der Bundesrepublik (mit schnell um sich greifenden Ansätzen in der ehemaligen DDR) ein umfassendes Erfassungs- und Bewertungssystem entwickelt worden (ADAM 1988, ARBEITSGRUPPE „METHODIK DER BIOTOPKARTIERUNG IM BESIEDELTEN BEREICH“ 1986, dort weitere Literatur), nachdem der Naturschutz zuvor (mit Ausnahme der Grünflächenplanung) urbane Ökosysteme, Einflußnahme auf die Stadtplanung oder gar Biotop- und Artenschutz in Städten in den ersten 80 Jahren seiner Entwicklung kaum beachtet hatte.

7.2.4 Ethische Bewertungsnormen im Naturschutz

Neben den genannten drei Aufgaben- bzw. Anforderungsbereichen für den Naturschutz bzw. an Natur und Landschaft zeichnet sich noch eine vierte Dimension ab, die für Fragestellungen der Bewertung eine besondere Herausforderung sein wird (obwohl diese Dimension im Grunde wohl bei Bewertungsproblemen, zumindest unbewußt, auch bisher schon eine bedeutsame Rolle spielt): die Berücksichtigung ethischer Normen.

In einem (gescheiterten) Novellierungsansatz zum Bundesnaturschutzgesetz von 1989 wurde die stark utilitaristische (anthropozentrische Zielausrichtung des geltenden Gesetzes in Richtung auf eine „ökologische Ethik“ (aber noch nicht „ökozentrische Ethik“) hin umformuliert: Naturschutz wäre danach „aus Verantwortung des Menschen für die natürliche Umwelt“ und zur Sicherung der „Lebensgrundlage für ... künftiger Generationen“ zu betreiben. Eine solche Zielformulierung würde auch für Bewertungsaufgaben, vor allem im Artenschutz ähnlich wie im Rechtsbereich des Tierschutzes, neue Maßstäbe vorgeben (vgl. ALTNER 1985, GASSNER 1987, ZWANZIG 1987).

zweigs unge-

„Stadtökolo-
adtpfanung“)
ls Wertungs-
i die Zielset-
zsetzes aus-
d Landschaft
r angemerkt.
ich der Bun-
r greifenden
i) ein umfas-
tungssystem
BEITSGRUPPE
V BESIEDELTEN
r), nach-
snahme der
Ökosysteme,
ng oder gar
en in den er-
ig kaum be-

ormen im

gaben- bzw.
Naturschutz
eichnet sich
ie für Frage-
ondere Her-
liese Dimen-
ungsproble-
isher schon
berücksichti-

stirungsan-
von 1989
thropozentri-
en Gesetzes
Ethik" (aber
) hin umfor-
h „aus Ver-
o natürliche
r „Lebens-
ationen“ zu
ung würde
or allem im
bereich des
geben (vgl.
i 1987).

Tab 7.1: Differenzierung zwischen wissenschaftlicher Ökologie, Naturschutz und Naturschutzforschung. (Aus Eaz 1986.) – Die Übersicht verdeutlicht die Unterschiede zwischen der Ökologie als objektiv-wissenschaftlicher und dem Naturschutz als wertend-technischer Disziplin. Naturschutzforschung als Synthese aus beiden (und anderen, hier nicht genannten) Bereichen hat daher als anwendungsorientierte bzw. angewandte Wissenschaft u. a. auch die Aufgabe der Ermittlung von Werten, Wertkriterien usw. und der Anwendung von Bewertungen (und ist daher auch nur teilweise „angewandte Ökologie“).

Differenzierungsmerkmale	Wissenschaftliche Ökologie	Naturschutz	ökologische Naturschutzforschung ¹⁾ (angewandte Naturschutz-Ökologie)
Zielsetzung	Ermittlung der objektiven Realität in Form wahrer (begründbarer) Aussagen	Erhaltung, Pflege und Entwicklung von Natur und Landschaft unter ökologischen Gesichtspunkten und nach gesellschaftlichen Bedürfnissen	Wissenschaftliche Lösung von Problemen des Naturschutzes (objektivierte Erkenntnis und Lösung von Problemen sowie subjektiv aktualisierte Erkenntnisse für gedankliche und gegenständliche Tätigkeiten)
Aufgaben	Gewinnung, Verarbeitung und Vermittlung von Erkenntnissen über Fakten und gesetzmäßige Zusammenhänge der objektiven Realität	Vermeidung und Steuerung von die Toleranz (Belastbarkeit) von Ökosystemen überschreitenden Nutzungen und technischen Eingriffen	Ermittlung und Bewertung von Störungen in Ökosystemen und von ökologischen Methoden ¹⁾ , ihrer Vermeidung und Steuerung
Grundlagen (Anlaß)	Aus wissenschaftlichen Zusammenhängen sich ergebende Erkenntnisdefizite	Probleme in den Wechselbeziehungen zwischen Natur (Umwelt) und Gesellschaft	Problemstellungen des Naturschutzes (gesellschaftlicher Anforderungen an die Natur)
Motiv	Wissenschaftliche Neugier	Kulturelle (z.B. moralische) und ökonomische Bedürfnisse der Gesellschaft gegenüber der Natur	Rationale Lösungen gesellschaftlicher Bedürfnisse gegenüber der Natur
Basiselemente	Fakten	Werte, Normen	Normierte Fakten
Basisstrukturen	(wert-)freie Erkenntnis-systeme	Wertbezogene Handlungssysteme	Handlungsorientierte Erkenntnis- und Erfahrungssysteme
Basismethodik	Hypothesen- und Theorienbildung und deren experimentelle Überprüfung	Aufstellung gesellschaftlicher Normen und gesellschaftliche Willensbildung	Bereitstellung wertbezogener (sozialbezogener) Hypothesen und Theorien
Handlungsformen	Abstrahieren	Realisieren	Konkretisieren, Generalisieren

¹⁾ ohne sozialwissenschaftliche, geisteswissenschaftliche und philosophische Disziplinen

7.2.5 Ökologie oder Naturschutz?

Aus den Aufgaben der Bewertung ästhetischer und landschaftsgeschichtlicher Merkmale (Eigenart und Schönheit), aus der Erholungs-

vorsorge und künftig wohl auch der Erfüllung ethischer Verpflichtungen wird deutlich, daß hier zwischen Anliegen und Kompetenzen von Naturschutz und Landschaftspflege (als wertbezogene Handlungsdisziplinen) und Aufga-

ben der Ökologie (als Wissenschaft) zu trennen ist.

Vielfach wird diese Differenzierung zwischen Ökologie und Naturschutz (ERZ 1989), die in Tab. 7.1 verdeutlicht wird, nicht gesehen, und Bewertungen für Naturschutzzwecke werden mit „ökologischer Bewertung“ gleichgesetzt. Dieser Irrtum wird in Begriffsbildungen wie „ökologisch wertvoll“ bzw. „ökologisch besonders wertvoll“ als Attribute für Gebiete, Biotope oder gar für Tier- und Pflanzenarten deutlich. Demgegenüber unterscheidet PLACHTER (1990) zwischen „biologischer Analyse“ von Untersuchungsergebnissen und „naturschutzfachlicher Bewertung“ mit bestimmten Wertzahlen oder -maßstäben (vgl. Abb. 7.1), die ziel-, zweck- oder problembezogen angewandt werden.

7.2.6 Anforderungen aus Instrumenten und Handlungsschemata des Naturschutzgesetzes

Während sich aus den Zielbestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes zwar klar erkennbare, aber noch zu allgemeine Vorgaben für Bewertungen ergeben, lassen sich aus den für die Umsetzung dieser Ziele im Gesetz genannten Instrumenten und Maßnahmen konkretere Anforderungsprofile an die Bewertung (und z.T. auch an Erfassungen) ableiten; oder sie sind bereits angegeben. Die dafür bedeutsamen Merkmale und Objekte sind in Tab. 7.2 (in der Reihenfolge vom Arten- und Biotopschutz bis zur Eingriffs-Ausgleichsregelung,

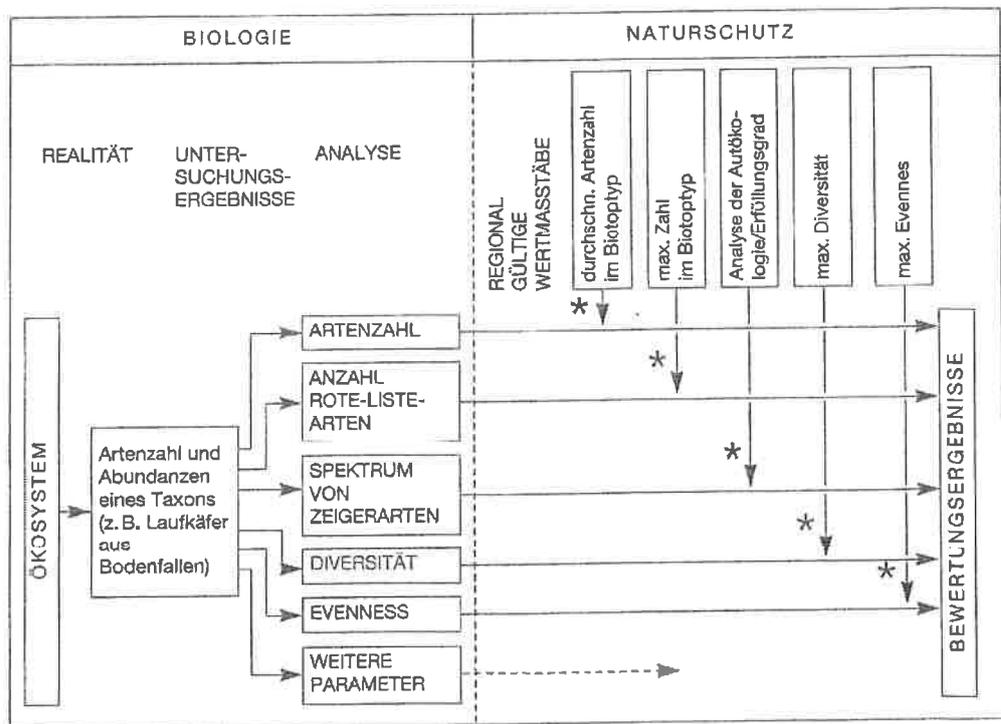
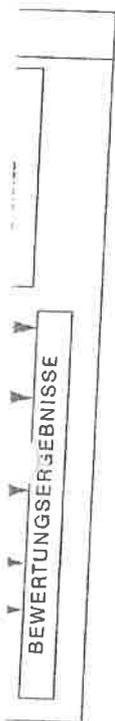


Abb. 7.1: Ableitung von Zielen und Maßnahmen des Naturschutzes aus Analysedaten im Rahmen der Gebietsbewertung am Beispiel von Artenzahlen und Abundanzen. *Wertzuweisungen mit spezifischen Verfahren (Aus PLACHTER 1990.)

**Instrumenten
des**

ungen des
lar erkenn-
rgaben für
us den für
lz genann-
konkrete
lung (und
); oder sie
bedeutsa-
Tab. 7.2 (in
pschutz
abiets-
regelung.



der Gefährden.

d. h. vom Übergeordnet-Allgemeinen zum Speziellen) zusammengestellt.

Aus diesen Einzelanforderungen nach den Instrumenten

- Landschaftsplanung (§ 6 BNatSchG),
- Eingriffs-Ausgleichs-Planung (§ 8 BNatSchG),
- Gebiets- und Objektschutzplanung (§§ 12-18 BNatSchG)

sowie den Anforderungen aus dem

- allgemeinen und besonderen Arten- und Biotopschutz (§§ 20-20f)

ergeben sich die in Tab. 7.3 dargestellten Anforderungs-Typologien für Erfassungs- und Bewertungsaufgaben des Naturschutzes im engeren Sinne, d. h. unter Ausklammerung der nutzungsorientierten Ziele, die bei einer Differenzierung des Sammelbegriffs „Naturschutz und Landschaftspflege“ (vgl. ERZ 1980) dem Teilgebiet der Landschaftspflege zuzuordnen sind.

7.2.7 Differenzierung zwischen Naturschutz- und Landschaftspflege-Aufgaben

Danach gehören zum Teilbereich Naturschutz Erfassungs- und Bewertungsaufgaben, die sich konkret auf die Erhaltung und Förderung freilebender Tiere und Pflanzen und ihrer Lebensgrundlagen in der gesamten Landschaft sowie auf Ausweisung, Erhaltung und Förderung besonders schutzwürdiger Landschaftsteile und -elemente erstrecken.

Hierauf beziehen sich die Erfassungs- und Bewertungsverfahren konkret; als abstrakte Objekte und Ziele dann aber auf

- optimale Dichten und genetische Vielfalt von Tier- und Pflanzenpopulationen,
- Artenvielfalt von Biozönosen,
- stabile ökologische Funktions- und Prozeßabläufe (im Sinne des dynamischen Gleichgewichts) in Ökosystemen,
- ökologische und visuell-strukturelle Vielfalt der Gesamtlandschaft,
- langfristige Sicherung wichtiger Funktionen

- für Forschung und Bildung,
- für naturhaftes Erleben.

In Abgrenzung dazu würden nach ERZ (1980) dem Teilgebiet Landschaftspflege Erfassungs- und Bewertungsaufgaben für den gesellschaftlichen Zielbereich des Naturschutzgesetzes zugeordnet werden:

- Nutzungsfähigkeit der Naturgüter und der Gesamtlandschaft (im Sinne der Aufgaben des Naturschutzgesetzes),
- weitere Nutzfunktionen von Natur und Landschaft für Wirtschaft sowie Gesundheit und Erlebnisfähigkeit des Menschen.

Beide Teilaufgaben haben Beiträge zur Landschaftsplanung und Eingriffs-Ausgleichs-Planung als für die Verwirklichung gemeinsamer Ziele von Naturschutz und Landschaftspflege bestimmte Instrumente zu leisten, so daß hierfür auch jeweils gemeinsame Kriteriensysteme und entsprechende Bewertungs- und Erfassungsverfahren zu entwickeln sind.

Entsprechend der Ausrichtung dieses Buchs konzentriert sich auch dieser deutsche Beitrag überwiegend auf

- (1) Aufgaben und Anforderungen des Teilgebiets Naturschutz,
- (2) Beiträge des Naturschutzes zu gemeinsamen und einander berührenden Aufgaben von Naturschutz und Landschaftspflege, insbesondere zur Landschaftsplanung, Eingriffs-Ausgleichs-Planung und zur Umweltverträglichkeitsprüfung.

7.2.8 Probleme für die Realisierung der gesetzlichen Naturschutz-aufgaben

Das Bundesnaturschutzgesetz nennt verbindlich Ziele und Aufgaben des Naturschutzes, gibt aber nur in wenigen Fällen Qualitätsziele oder gar Qualitätsstandards für den Zustand von Natur und Landschaft vor, der mit dem Gesetz angestrebt werden soll. Daher bestehen nur die genannten, ganz allgemein unverbindlich gehaltenen Anforderungen für Bewertungs- und (davon abgeleitet) Erfassungsaufgaben.

Tab. 7.2: Erfordernisse der Bewertung von Natur und Landschaft aufgrund des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) (gleichzeitig Vorgaben für sog. „fachgesetzliche Beurteilungsmaßstäbe“ nach dem UVP-Gesetz)

Merkmale von Erfassung und Bewertung	BNatSchG §	Objekte für Erfassung und Bewertung	
		Tierc und Pflanzen	Landschaft, Biotope
1. Bedeutung (Schulzwürdigkeit)	20b(1)	Arten Populationen und Lebensgemeinschaften	Biotope
1.1. Allg. Bestandsgefährdung	20b(1)	Gefährdete Arten Populationen und Lebensgemeinschaften	Habitate gefährdeter Arten
1.1.1. Besondere Schutz- erfordernisse hinsichtlich Zugriffs- relevanz	20e(1) 20f(1)	Gefährdete Arten	Nist-, Brut-, Wohn- und Zu- fluchtstätten gefährdeter Arten
1.1.2. Aussterbe-Status	20e(1) 20f(2)	Gefährdete Arten	
2. Relevanz im Rahmen der Landschaftsplanung (Schutz und Pflege)	6(2)	Arten (Lobonegemeinschaften) insbes. besonders ge- schützte Arten M-(K)	Biotope M-(K)
3. Bestimmte (= seltene oder gefährdete) Biotope	20c(1)	-	Biotope (neue Erfassung)
4. Relevanz für Schutzgebiets- ausweisungen (Schutzbe- dürftigkeit)		Arten S-W	Biotope S-W
4.1. Naturschutzgebiete und Nationalparke	13 14(1)		
4.2. Landschaftsschutz- gebiete	15		Natur und Landschaft Naturhaushalt (Leistungsfähigkeit) Naturgüter (Nutzungsfähigkeit) Landschaftsbild Erholungseignung Ö-S-W-M
4.3. Naturdenkmale	17		Einzelschöpfungen der Natur
4.4. Geschützte Land- schaftsbestandteile	10		Natur und Landschaft Landschaftsbestandteile Orts- und Landschaftsbild Ö-S-W
4.5. Naturparke	16		Besondere Erholungseignung der Landschaft (zusätzlich zu NSG und NSG- Kriterien) Ö-S-W-M

Fortsetzung von Tab. 7.2.

Merkmale von Erfassung und Bewertung	BNatSchG §	Objekte für Erfassung und Bewertung	
		Tiere und Pflanzen	Landschaft, Biotope
5. Vermeidung oder Ausgleich bzw. Ersatzmaßnahmen bei Eingriffen (im Sinne des BNatSchG) (Eingriffsrelevanz)	8	Natur und Landschaft Naturhaushalt (Leistungsfähigkeit) Naturgüter (Nutzungsfähigkeit)	
			Landschaftsbild Ö-S-W-M-(K)

Die Buchstaben-Symbole weisen über eine allgemeine Erfassung und Bewertung im Hinblick auf die jeweils genannten Merkmale zusätzlich auf im Bundesnaturschutzgesetz angegebene Zielkriterien der Erfassung und Bewertung hin. Die Buchstaben bedeuten:

- (K) = Kartierung (eigens im Gesetz genannt)
- O = Ökologische Bedeutung (Bedeutung für den Naturhaushalt u.ä.)
- S = sonstige Bedeutung (z.B. Landschaftsbild, Vielfalt, Eigenart, Erholung u.ä.)
- W = Wirkungen von Beeinträchtigungen
- M = Bewertung hinsichtlich von Maßnahmen für Schutz, Pflege usw.

Tab. 7.3: Generelle Typologie der Naturschutzbewertung i. e. S. nach dem Bundesnaturschutzgesetz (ohne Naturgüter- und Landschaftsbildschutz, Erholungsplanung usw.).

Erfassungs- und Bewertungszwecke	Methodische Ansätze	Erfassungs- und Bewertungsebenen
1. Naturschutzbedeutung 1.1. Schutzwürdigkeit 1.2. Schutzerfordernis	- Erfassung, - Bewertung, - Monitoring vielfältiger Merkmale	Objektebenen: Biota Abiota Population Landschaftselement Art Biotop Zönose Biotoptyp Ökosystem Landschaft
2. Gefährdung	Erfassung und Bewertung von - Zuständen - Zustandsentwicklungen	Räumliche Ebenen: lokal regional national international
3. Erforderlichkeit und Eignung von Handlungen 3.1. Positiv-Handeln: Schutz, Pflege, Entwicklung 3.2. Negativ-Handeln: Abwehr oder Minimierung von Nutzungen, Eingriffen, Störungen usw.	problembezogen fallbezogen objektbezogen Prognostik - Effektivität	politische (strategische) Ebene (Gesetzes-, Programmebene usw.) instrumentelle Ebene Planungsebene Maßnahmenebene

Statt dessen herrscht, wie es der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen (RSU 1983) in seinem Umweltgutachten 1987, FURST & KIEMSTEDT (1989) in einer Studie über Umweltqualitätsziele für die ökologische Planung oder KNAUER (1989) in einem Überblick

über Qualitätsanforderungen der Umweltverträglichkeitsprüfung feststellen, auch im Bundesnaturschutzgesetz eine verwirrende Vielfalt unbestimmter, d. h. für jede Interpretation offener Begriffe. Daraus ergeben sich auch die „unglaubliche Vielfalt und unterschiedlichen

Definitionen“ für Bewertungsmaßstäbe; und: „... man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß auf dem Gebiet der ökologischen Planung ständig neue Nomenklaturen geschaffen oder erfunden werden, wenn man einen Blick auf in jüngster Zeit erstellte oder in Arbeit befindliche Planungen wirft“ (FÜRST & KIEMSTEDT 1989, S. 8).

Dieses auf die „ökologische Planung“ bezogene Bild wird für die im Naturschutz angebotenen Bewertungsansätze vollauf (und man ist geneigt zu sagen: in erschreckender Weise) bestätigt, wenn in Übersichtswerken (z.B. KAULE 1986, 1991, MÜHLENBERG 1993, PLACHTER

1991) die jeweiligen Abschnitte über Bewertungen verglichen werden. Von einem übersichtlichen Angebot, einem in sich stimmigen Bewertungssystem oder selbst verbindlichen Einzelkatalogen von Begriffen, Merkmalen, Kriterien, Parametern usw. kann keine Rede sein.

Bei der Durchsicht der genannten Übersichtswerke oder auch von Symposiumsberichten zu diesem Thema (z.B. bei RIECKEN 1990 mit 16 Einzelbeiträgen) ergibt sich ferner, daß in den angebotenen Bewertungsverfahren Kriterien für Beobachtung, Messung, Kontrolle, Überwachung usw. der aktuellen „ökologischen Situation“ (von der Populations-Ebene

Tab. 7.4: Bewertungsstufen für eine flächendeckende Bewertung für Belange des Artenschutzes (Übersicht). (Aus KAULE 1986)

Bewertung	Kriterien und Beispiele
9 In den Biotopkartierungen aller Bundesländer erfaßt	Gebiete mit internationaler oder gesamtstaatlicher Bedeutung (NSG oder NP). Seltene und repräsentative natürliche und extensiv genutzte Ökosysteme. In der Regel alte und/oder oligotrophe Ökosysteme mit Spitzenarten der Rote Liste, geringe Störung, soweit vom Typ möglich große Flächen. Wälder, Moore, Seen, Auen, Felsfluren, alpine Ökosysteme, Küstenökosysteme, Heiden, Magerrasen, Streuwiesen, Acker, Stadtbiotopo mit hervorragender Artenausstattung
8 In den Biotopkartierungen aller Bundesländer erfaßt	Gebiete mit besonderer Bedeutung auf Landes- und Regionalebene (NSG/ND). Wie 9, jedoch weniger gut ausgebildet, vorrangig auch zurückgehende Waldökosysteme und Waldnutzungsformen, extensive Kulturökosysteme und Brachen, Komplexe mit bedrohten Arten, die einen größeren Aktionsraum benötigen.
7 In den landesweiten Biotopkartierungen nicht oder nur teilweise erfaßt. Aufgabe der Kleinstrukturkartierungen	Gebiete mit örtlicher und regionaler Bedeutung, LSG oder geschützter Landschaftsbestandteil als Schutzstatus anstreben. Nicht oder extensiv genutzte Flächen mit Rote-Liste-Arten zwischen Wirtschaftsf lächen, regional zurückgehende Arten, oligotrophente Arten, Restflächen der Typen von 8 und 9, Kulturlä-chen, in denen regional zurückgehende Arten noch zahlreich vorkommen. Altholzbestände, Plenterwälder, spezielle Schlagfluren, Hecken, Bachsäume, Dämme etc., Sukzessionsflächen mit Magerkolitzoigorn, regionaltypische Arten: Wiesen und Äcker mit stark zurückgehenden Arten, Industriebrache, Böschungen, Parks, Villengärten mit alten Baumbeständen.
6 In den landesweiten Biotopkartierungen nicht oder nur teilweise erfaßt. Aufgabe der Kleinstrukturkartierungen	Kleinere Ausgleichsflächen zwischen Nutzökosystemen (Kleinstrukturen) nur in Landschafts-komplexen LSG. In der Regel kein spezieller Vorschlag zur Unterschutzstellung, ggf. geschütz-ter Landschaftsbestandteil. Unterscheidet sich von 7 durch Fehlen oder Seitenheit von oligo-trophenten Arten und Rote-Liste-Arten. Bedeutend für Arten, die in den eigentlichen Kulturlä-chen nicht mehr vorkommen. Artenarme Wälder, Mischwälder mit hohem Fichtenanteil, Hecken, Feldgehölze mit wenig regio-naltypischen Arten; Äcker und Wiesen, in denen noch standortspezifische Arten vorkommen; kleinere Sukzessionsflächen in Städten, alte Gärten und Kleingartenanlagen.

Fortsetzung von Tab. 7.4.

Bewertung	Kriterien und Beispiele
5	Nutzflächen, in denen nur noch wenig standortspezifische Arten vorkommen. Die Bewirtschaftungsintensität überlagert die natürlichen Standorteigenschaften. Grenze der „ordnungsgemäßen“ Land- und Forstwirtschaft; Äcker und Wiesen ohne spezifische Flora und Fauna, stark belastete Abstandsflächen, Fichtenforste, Siedlungsgebiete mit intensiv gepflegten Anlagen.
4	Nutzflächen, in denen nur noch Arten eutropher Einheitsstandorte vorkommen bzw. die Ubiquisten der Siedlungen oder die widerstandsfähigsten Ackerunkräuter. Randliche Flächen werden beeinträchtigt. Äcker und Intensivwiesen, Aufforstungen in schutzwürdigen Bereichen, Fichtenforste auf ungeeigneten Standorten (entsprechend sehr artenarm), dicht bebaute Siedlungsgebiete mit wenigen extensiv genutzten Restflächen.
3	Nur für sehr wenige Ubiquisten nutzbare Flächen, starke Trennwirkung, sehr deutlich Nachbargebiete beeinträchtigend. Intensiväcker mit enger Fruchtfolge, stark verarmtes Grünland, 4–8 höhere Pflanzenarten/100 m ² , Wohngebiete mit „Einheitsgrün“, Zwergkoniferen, Rasen, wenige Zierpflanzen, Forstplantagen in Auen und in anderen schutzwürdigen Lebensräumen.
2	Fast vegetationsfreie Flächen. Durch Emissionen starke Belastungen für andere Ökosysteme von hier ausgehend. Gülle-Entsorgungsgebiete in der Landwirtschaft, extrem enge Fruchtfolgen und höchster Chemiccinatz, intensive Weinbau- und Obstanlagen, Aufforstungen in hochwertigen Lebensräumen, Intensiv-Forstplantagen.
1	Vegetationsfreie Flächen. Durch Emissionen sehr starke Belastungen für andere Ökosysteme von hier ausgehend. Innenstädte, Industriegebiete fast ohne Restflächen, Hauptverkehrsstraßen

bis zur komplexen Landschaftsebene) in Form direkt meßbarer Parameter, einzelner Indikatoren oder gar Indikatorensysteme, Matrices usw. Überreichlich vorhanden sind.

Die Dominanz theoretischer, ökologisch-wissenschaftlicher gegenüber naturschutzpraktischen Bewertungsverfahren im Naturschutz besteht auch in anderen Ländern, wie die verschiedenen Beiträge dieses Buchs erkennen lassen.

Es zeigt sich vor allem ein Mangel an praxisbezogenen „Qualitätsstandards“ mit klaren „Schutzwürdigkeits- und Gefährdungsprofilen“ (RSU 1988) für „fachlich-wissenschaftlich definierte Qualitäten“ von Natur und Landschaft bzw. Teilen davon.

Material für Qualitätsstandards im Bereich des Biotopschutzes hat KAULE (1986, 1989) zusammengestellt (Beispiele: Tab. 7.4 und Abb. 7.2). Für das von FURST & KIEMSTEDT (1989) geforderte hierarchische System von



zur Bewertung von angestrebten Zuständen in Natur und Landschaft (Umweltqualität, Naturschutzqualität) liefern HEYDEMANN (1979, 1983) mit seinem differenzierten Flächenschutz für Schleswig-Holstein oder das Konzept für das Artenschutzprogramm Berlin (ARBEITSGRUPPE ARTENSCHUTZPROGRAMM BERLIN 1984) eine Fülle interessanter Bewertungsverfahren und auch verschiedenartiger Ermittlungsmethoden. Abb. 7.3 veranschaulicht den Ablauf einer Biotopkartierung nach der Methodik der ARBEITSGRUPPE ARTENSCHUTZPROGRAMM BERLIN (1984) mit den verschiedenen Erfassungs- und Bewertungs-

schritten. Tab. 7.5 zeigt den von HEYDEMANN (1983) errechneten Flächenbedarf für ein „Integriertes Biotopschutz-Konzept“ im Bereich der damaligen Bundesrepublik Deutschland (westliche „Alt“-Länder).

Im Bundesnaturschutzgesetz ist ein solches Leitbild-Qualitätsstandard-System nirgendwo erkennbar: Daher bleibt die sonst eigentlich für fast alle Bewertungs- und Erfassungsaufgaben in Deutschland bedeutsame Vorschrift des § 20 b BNatSchG unverbindlich und ist auch bisher in Deutschland nirgendwo hinreichend verwirklicht worden.

Der § 20 b BNatSchG lautet:

„Allgemeine Vorschriften für den Arten- und Biotopschutz

(1) Zur Vorbereitung, Durchführung und Überwachung der Aufgaben nach § 20 Abs. 1 treffen die Länder geeignete Maßnahmen

1. zur Darstellung und Bewertung der unter dem Gesichtspunkt des Artenschutzes bedeutsamen Populationen.

Lebensgemeinschaften und Biotope wildlebender Tier- und Pflanzenarten, insbesondere der in ihrem Bestand gefährdeten Arten,

2. zur Festlegung von Schutz-, Pflege- und Entwicklungszielen und zu deren Verwirklichung.“

Der § 20 Abs. 1 BNatSchG, auf den im § 20 b Bezug genommen wird, nennt den allgemeinen Aufgabenbereich des Artenschutzes. In Verbindung dieser Aufgaben mit der Anforderung für „Maßnahmen zur Darstellung und Bewertung“ wäre eine „Technische Anleitung Arten- und Biotopschutz“ (oder Verwaltungsvorschrift) mit der Vorgabe von Leitlinien, Zielen und Standards für Bewertungen und Erhebungen angebracht, ähnlich wie es im UVP-Gesetz für Bewertungs-, Erfassungs- und Darstellungsverfahren vorgesehen ist.

Damit könnte Systematisierung, Standardisierung, Transparenz und Vereinfachung dieser Verfahren ebenso erreicht werden wie Fest-

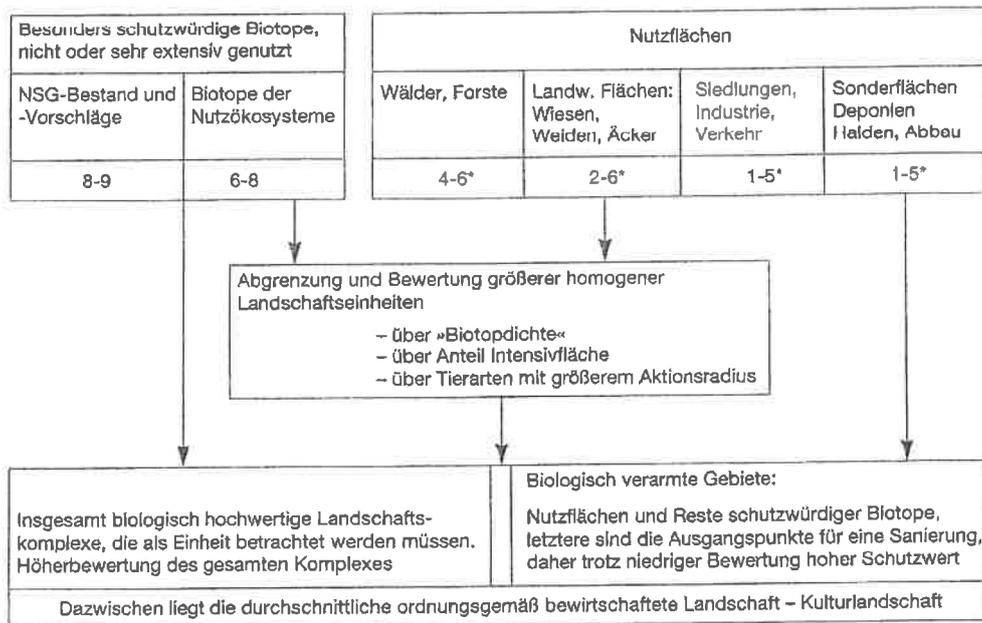


Abb. 7.2: Bewertungsablauf für eine flächendeckende Bewertung der Landschaft (Bewertungsstufen für die Einzelbewertung s. Tab. 7.4). *Sofern höher bewertet, jeweils linke Spalte. (Aus KAULE 1986).



für die

Art, rung,

neu en

Fest- lardi-

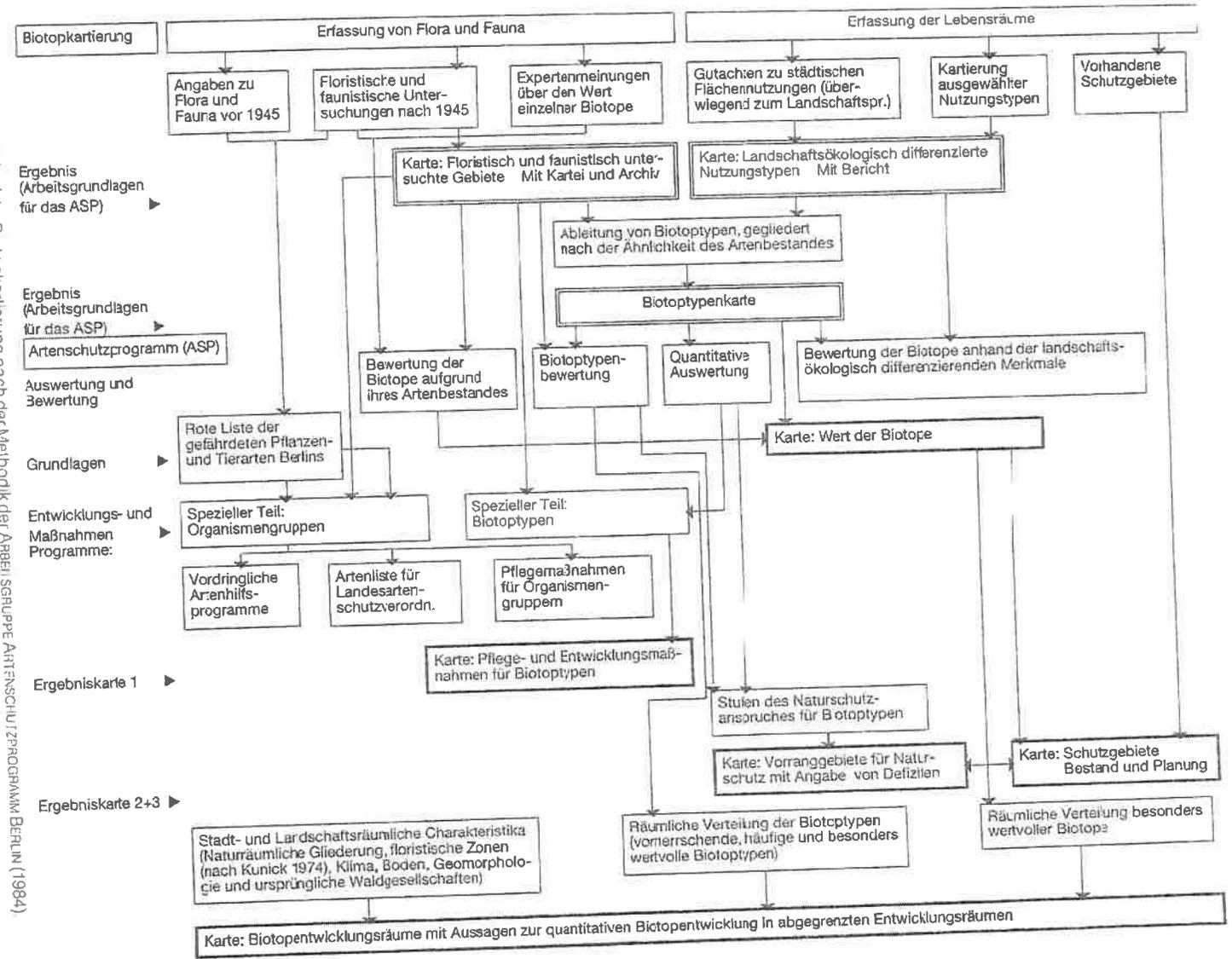
estel- ibun- jelen- g Ar- j Be- je- e. In

Ver-

tope rten, f ge-

land

Abb. 7.3: Ablauf der Biotopkartierung nach der Methodik der Arbeitsgruppe Artenschutzprogramm Berlin (1984)



Ergebnis (Arbeitsgrundlagen für das ASP)

Ergebnis (Arbeitsgrundlagen für das ASP)
Artenschutzprogramm (ASP)

Auswertung und Bewertung

Grundlagen

Entwicklungs- und Maßnahmen Programme:

Ergebniskarte 1

Ergebniskarte 2+3

Tab. 7.5: Flächenbedarf für ein „Integriertes Biotopschutz-Konzept“ in den westlichen „Alt“-Ländern der Bundesrepublik Deutschland. (Aus HEYDEMANN 1983.)
Die Berechnung geht von dem konkreten Beispiel Schleswig-Holsteins aus. Hier wurden die noch vorhandenen Flächen besonders gefährdeter und seltener Ökosystem-Typen (= Biototyp A) sowie von naturnahen und nur extensiv genutzten Ökosystemen (Biototyp B) zusammengestellt und auf die Gesamtfläche der „alten“ Bundesrepublik übertragen.

Herkunft der Flächen	Prozentsatz bezogen auf die Gesamtfläche der „alten“ BRD
A) Vorranggebiete für den Naturschutz	
1. Bisher ungenutzte terrestrische Flächen (incl. eines Teils der abgebauten Rohstoff-Entnahmestellen)	ca. 3,2%
2. Brachland (jetzt schon vorhandene Flächen und in den nächsten Jahren im landwirtschaftlichen Bereich voraussichtlich anfallende Fläche)	ca. 4,0%
3. 10% der Waldflächen, die im Besitz der öffentlichen Hand sind; sie sind zu naturnahen Waldökosystemtypen zu entwickeln	ca. 1,6%
4. a) 50% der Gewässerfläche (incl. der Weiher und Tümpel) b) Uferländer	ca. 0,7% ca. 0,5%
5. 75% der Wattenmeeroberfläche und eines Teils des flachen Ostseestrandes	ca. 1,4%
Zusammen:	ca. 11,4%
B) Ausgleichsflächen	
1. Saumbiotop (Hecken, Straßenränder, Wegränder, Böschungen von Bahnliesen und Kanälen); sie sollen u. a. als „Geschützte Landschaftsbestandteile“ ausgewiesen werden	ca. 1,2%
2. Vernetzungsflächen und Kleinbiotop im landwirtschaftlichen Raum und extensiv genutzte Areale in diesem Bereich = 6–10% der landwirtschaftlichen Nutzfläche	ca. 3–5% (durchschnittlich 4%)
3. Ausgleichsflächen im urban-industriellen Raum (Parkanlagen, Grünflächen u. a.)	ca. 2,0%
Zusammen:	ca. 7,2%

legung der Minimalinhalte an Kriterien und Instrumentarien (z.B. Einrichtung von Informationssystemen, Katastern und Datenbanken für den Biotop- und Artenschutz). Schließlich würden so dringliche wie notwendige Aufgaben wie Monitoring oder Effektivitätskontrolle in koordinierter Weise durchgeführt und ausgewertet, und auf einer solchen gesetzlichen Basis könnte die dafür erforderliche Finanz-, Personal- und Sachausstattung bereitgestellt

werden. Forderungen und Empfehlungen für ein solches umfassendes und systematisches Vorgehen finden sich in den meisten größeren Darstellungen und Tagungsberichten über Erfassungs- und Bewertungsfragen (vgl. u.a. ABN 1974, 1980, ARBEITSGRUPPE ARTENSCHUTZPROGRAMM BERLIN 1984, BUCHWALD & ENGELHARDT 1978–1980, IJZ 1990, RIECKEN 1990) und in wissenschaftlichen wie fachpolitischen Naturschutzprogrammen (am besten dokumen-

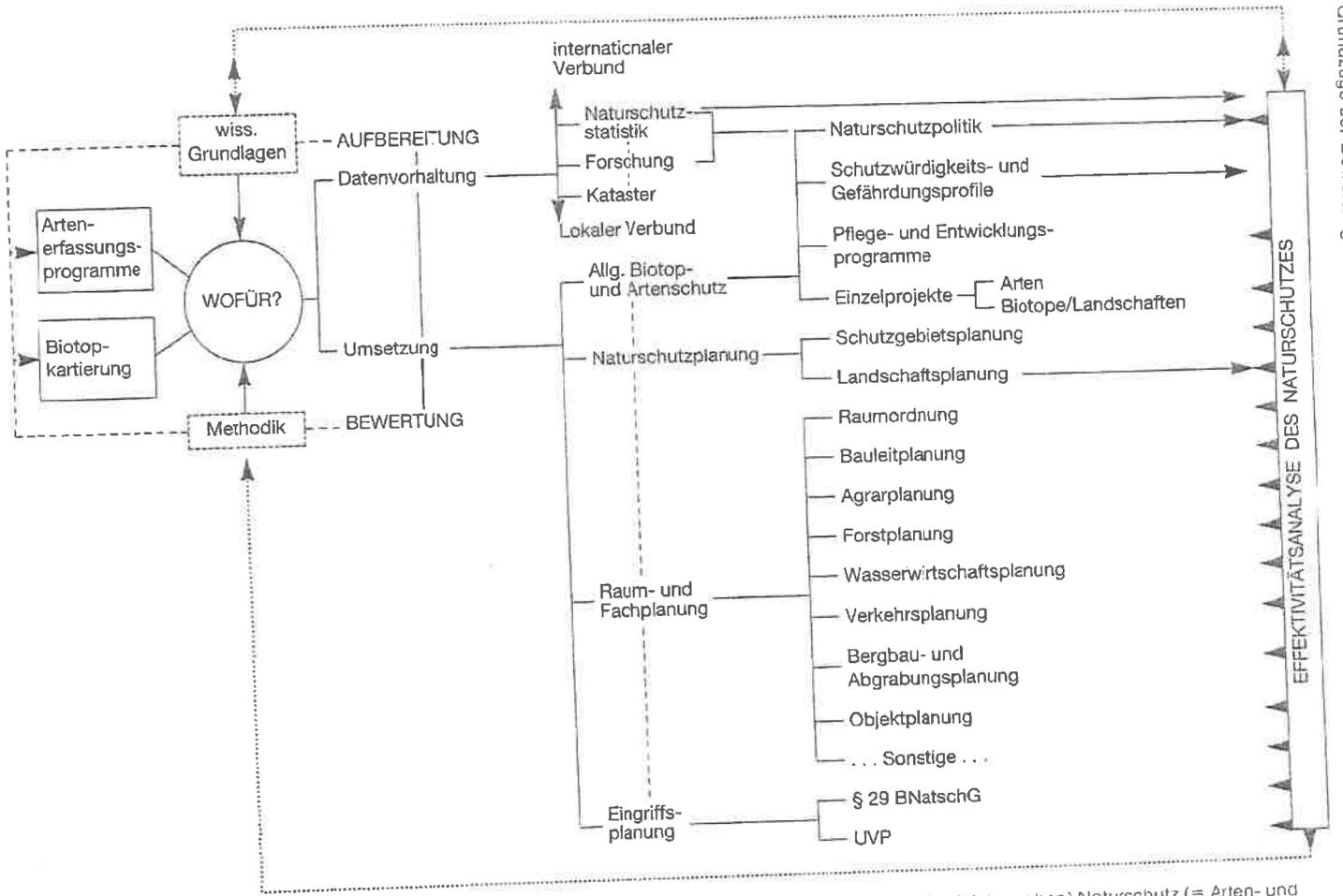
gen für
atisches
rößen
über Er-
gl. u. a.
SCHUTZ-
ENGEL-
190) und
ten Na-
kumen-

nittlich

ezogen
rtliche
ID

hand-
rnahmen
der „al-

ern der
chland



Grundzüge der Bewertungs- und Erfassungsanforderungen nach dem BNatschG

Abb. 7.4: Sukturschema der Zielorientierung und des Informationsflusses von Erfassung und Bewertung im (biologischen) Naturschutz (= Arten- und Biotopschutz).

tiert und begründet im „Aktionsprogramm Ökologie“ (PROJEKTGRUPPE AKTIONSPROGRAMM ÖKOLOGIE 1983)).

Abb. 7.4 gibt eine schematische Übersicht über die umfassenden Aufgaben, Ziele, Arbeitsschritte und Anwendungsmöglichkeiten der Erfassung und Bewertung im Naturschutz. Ausgangslage sind hier die Artenerfassungsprogramme und die Biotopkartierung. Für weitergehende Aufgaben und Fragestellungen der Landschafts-, Eingriffs- und Erholungsplanung bedarf das Schema einer Ergänzung, um den gesamten Aufgabenbereich des Bundesnaturschutzgesetzes abzudecken.

7.3 Grundlagen zu Biotop- und Artenschutzprogrammen

7.3.1 Ausgangslage – Übersicht über Schutzprogramme

Für die Bundesrepublik Deutschland wurde im Auftrag des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit von der PLANUNGSGRUPPE ÖKOLOGIE UND UMWELT eine Übersicht über Konzepte, Programme und andere Aktivitäten für den „flächenhaften Naturschutz“, also den Biotopschutz, erstellt (Luz 1990). Je nach der Terminologie der einzelnen Konzepte und Maßnahmen kann man auf Bundes- und Länderebene etwa 80–90 solcher Programmaktivitäten von Naturschutzverwaltungen (und einigen privaten Naturschutzverbänden) feststellen, obwohl diese Übersicht noch als „zwangsläufig nicht vollständig“ bezeichnet wird.

Die Zielsetzungen und Inhalte reichen von Programmen zum speziellen Artenschutz (z. B. Wiesenbrüterprogramme), Teilflächenprogrammen (z. B. für Ackerrandstreifen) über Programme für Biotoptypen größerer Flächenausdehnung (Feuchtgebietsprogramm) bis zu Programmen auf durchschnittlichen Standorten (z. B. bewirtschaftetes Dauergrünland) oder in Durchschnittslandschaften (z. B. Kulturlandschaftsprogramm). Eine Übersicht über solche Programme, die den Agrarbereich betreffen, findet sich bei ABN (1988) und NATURLANDSTIFTUNG HESSEN (1987).

Die Programm-Zusammenstellung, für die (erstaunlicherweise) eine weitergehende publizistische oder praktische Aus- oder Bewertung nicht beabsichtigt ist (Luz 1990), zeigt die Tendenz,

- in verstärktem Maße Biotopsicherung außerhalb der nach dem Naturschutzrecht festgelegten Gebietskategorien, d. h. über den traditionellen Flächenschutz hinausgehend, zu betreiben,
- dabei auch nicht nur konzentriert seitene oder sonst besondere Biotope oder Lebensstätten besonderer Tier- und Pflanzenarten zu berücksichtigen, sondern auch durchschnittliche Biotope und auch die Gesamtlandschaft zu erfassen („Ganzflächennaturschutz“),
- Schutz-, Pflege- und Entwicklungsvorstellungen und -maßnahmen in andere Nutzungs- und in Planungsbereiche außerhalb des Naturschutzes zu integrieren („integrierter Naturschutz“),
- nach übergeordneten Konzepten vorzugehen (z. B. in Form von Arten- und Biotop-schutzprogrammen) und sich dabei auf die Ergebnisse der Biotopkartierung und der Artenerfassungsprogramme, d. h. auf quantitative Grundlagen und qualifizierende Bewertungen zu stützen.

Über Ergebnisse der Umsetzung, insbesondere der Wirkungen dieser Konzepte und Programme, liegen, da die meisten Programme noch jung sind, kaum Erfahrungen vor.

Für die Erfassungsmethodik der Artenschutzprogramme und Biotopkartierungen erwächst damit mehr und mehr die Aufgabe,

- Ganzflächenuntersuchungen zu betreiben (und nicht nur wie meist bisher selektiv vorzugehen),
- sich auf dem Weg dahin verstärkt der Durchschnittslandschaft (und nicht nur besonderen Biotopen) zu widmen,
- sich pragmatisch (ohne die bisherige theoretisch-perfektionistische Überfrachtung) auf die spezifischen Gegebenheiten der einzelnen Programme, insbesondere Umsetzungsinstrumente, zu konzentrieren,

Grundr

• sich
Wir
zuwVon d
Erfass(1) Art
(2) Sc
scI
(3) Pfl
gehabe
ihren
Infor
fassu
deckAr
91
11

Plachter 1991

4 Naturschutzfachliche Analyse und Bewertung

4.1 Zielbestimmung

Seinem gesellschaftlichen Auftrag entsprechend (wie er in den Naturschutzgesetzen seinen Ausdruck findet) soll der Naturschutz bestimmte Zustände der belebten und unbelebten Umwelt erhalten und bestimmte Entwicklungen fördern, anderen dagegen entgegenwirken bzw. sie verhindern. Die einzelnen Handlungen orientieren sich hierbei an konkreten Zielen, die sich wiederum letztlich aus gesellschaftlichen Übereinkünften (Konventionen) herleiten (vgl. Abschn. 1.4). Die allgemeinen Rahmenziele, wie sie etwa in den §§ 1 und 2 des Bundes-Naturschutzgesetzes festgelegt sind, begründen zwar den Handlungsauftrag des Naturschutzes, als Entscheidungskriterien für den örtlichen Einzelfall sind sie aber in der Regel zu allgemein.

Diese Tatsache wurde über lange Zeit hinweg nicht problematisiert, weil der Naturschutz selbst seine Zielbestimmung weitgehend und oft genug sogar ausschließlich im Erhalt bzw. der Wiederherstellung möglichst natürlicher oder naturnaher Zustände von Landschaften, Ökosystemen oder Teilen hiervon sah. Dieser Ansatz kann für weitgehend unveränderte Landschaften angemessen sein, im strengen Sinn gilt er aber nur für unbesiedelte Gebiete. Selbst sehr geringe Bevölkerungsdichten schließen aufgrund ihrer Ansprüche an die Umwelt den flächendeckenden Erhalt natürlicher Verhältnisse aus. Zu dem Ziel der Sicherung der verbliebenen natürlichen Zustände und Funktionen müssen dann weitere um so mehr hinzutreten, je stärker die Landschaftsveränderungen bereits fortgeschritten sind.

Für die mitteleuropäischen Kulturlandschaften ebenso wie für alle übrigen Industriestaaten sowie für die meisten alten Kulturzentren der Erde erweist sich ein ausschließlich am Natürlichkeitsgrad orientierter Zielansatz des Naturschutzes als unzureichend. Zumindest muß der Begriff »Natürlichkeit« näher definiert werden (unter Einschluß räumlich-funktionaler Gesichtspunkte und der abiotischen Ressourcen) und darf keinesfalls auf natürliche und naturnahe Vegetationsverhältnisse im Sinne der Pflanzensoziologie beschränkt bleiben.

Am Beispiel Mitteleuropas zeigen sich die Folgen einer derartig eingeschränkten Zielbestimmung besonders anschaulich: Der Naturschutz wurde in seiner Zuständigkeit auf naturnahe Flächen zurückgedrängt (3-5 Flächenprozent; vgl. Kap. 6), wurde zum »Reserveverteiler« all jener Gebiete, die ökonomisch uninteressant waren bzw. sind. Für halbnatürliche, nutzungsabhängige Ökosysteme, die letztlich jenes Bild unserer Landschaften prägen, das Naturschutz und Landschaftspflege eigentlich erhalten wollen, fehlen flächige Schutzstrategien weitgehend und ein Mitspracherecht des Naturschutzes bei der Entwicklung von Nutzungs- und Siedlungsflächen wird gesellschaftlich bis heute im Grundsatz nicht anerkannt.

Ein flächendeckender, räumlich und sachlich gestufter Anspruch des Naturschutzes, wie er in Abschn. 1.4 formuliert ist, erfordert sehr viel komplexere Zielsysteme, und er erfordert vor allem eine räumliche Differenzierung. Es ist zunächst einmal Aufgabe des Naturschutzes selbst, an solchen Zielsystemen zu arbeiten. Gleichzeitig müssen die rechtlichen Voraussetzungen für eine raumhohe Integration dieser Zielkonzepte in alle Landnutzungsformen geschaffen werden.

Eines der Rahmenziele des Naturschutzes ist die Förderung der landschaftlichen, ökosystemaren und artlichen Vielfalt. Es ist offensichtlich, daß die Anwendung nur eines einzigen Zielsystems in allen mitteleuropäischen Landschaften nicht nur diesem Rahmenziel nicht entsprechen, sondern sogar die Gefahr einer zunehmenden Vereinheitlichung der Landschaften und ihrer Ökosystemausstattung beinhalten würde. Förderung der Vielfalt auf landschaftlicher Ebene bedeutet zuallererst den Schutz und die Entwicklung der landschaftlichen (naturräumlichen) Besonderheiten, auf ökosystemarer Ebene bedeutet es den Erhalt eines möglichst breiten Spektrums unterschiedlicher Varianten des jeweiligen Ökosystemtyps. Um dies zu erreichen, ist zweierlei erforderlich:

- die Entwicklung sachlich differenzierter Zielsysteme und
- die Regionalisierung dieser Ziele.

Regionalisierte Zielsysteme, für die auch die Begriffe »landschaftliche« oder »ökosystemare Leitbilder sowie »Qualitätsziele« gebräuchlich sind (Akademie für Raumforschung und Landesplanung 1987, Gustedt et al. 1989; vgl. Abschn. 4.7), sind Voraussetzung für jegliches Handeln des Naturschutzes auf der Fläche. Nur aus einem Vergleich der realen Verhältnisse in den betrachteten Ausschnitten der Natur mit derartigen »Sollzuständen« (wobei diese nicht mit »Idealzuständen« identisch sein müssen), lassen sich objektivierbare und reproduzierbare Einzelfallentscheidungen herleiten. Einzige Ausnahme sind Maßnahmen, die den ausschließlich konservierenden Schutz von einmaligen Naturelementen (z. B. Vorkommen endemischer Arten, letztes Beispiel eines Ökosystemtyps im Bezugsgebiet) in den Mittelpunkt stellen.

Die Entwicklung regionalisierter Naturschutz-Qualitätsziele ist also die entscheidende Voraussetzung für die naturschutzfachliche Bewertung von Zuständen und Entwicklungen in der Landschaft bzw. von Ökosystemen. Die nachfolgend beschriebenen Methoden der Datenanalyse und -bewertung können nur in Verknüpfung mit solchen Zielsystemen in der Praxis sinnvoll eingesetzt werden. Daß bei der heute erst am Anfang stehenden Entwicklung von Zielsystemen in vielen Fällen mit vorläufigen Annahmen gearbeitet werden muß, ist aufgrund des äußerst lückenhaften naturwissenschaftlichen Kenntnisstandes unumgänglich, aber auch zulässig, solange das vorhandene Wissen umfassend berücksichtigt wird und der Weg, auf dem die einzelnen Ziele abgearbeitet werden, transparent bleibt.

Landesplanung erfolgt gewöhnlich in 4 Arbeitsschritten (Olschowy 1978 b):

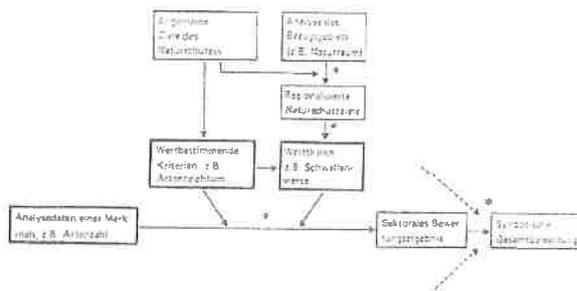


Abb. 4.1: Ablauf des naturschutzfachlichen Bewertungsverfahrens (aus Plachter 1989 c).

- Erhebung von Daten,
- Analyse der Daten,
- Bewertung,
- Festlegung von Zielen und Maßnahmen.

Dieser Weg führt sowohl im Naturschutz als auch in der Landschaftspflege nur dann zu befriedigenden Ergebnissen, wenn im Bewertungsschritt die gewonnenen Analyseergebnisse mit jenen naturschutzfachlichen Zielvorstellungen verglichen werden, die – unabhängig von der konkreten Planung – für das jeweilige Gebiet entwickelt wurden. Es ergibt sich der in Abb. 4.1 dargestellte Arbeitsablauf. Für die mit Stern gekennzeichneten Arbeitsschritte müssen noch Methoden entwickelt oder vervollständigt werden; eine der wichtigsten Aufgaben des Naturschutzes in den nächsten Jahren.

4.2 Bioindikation bei der Gebietsbewertung

Organismen werden als Bioindikatoren zur Beobachtung stofflicher Belastungen der Umwelt verbreitet herangezogen (vgl. Abschn. 2.6). Der Vorteil des Einsatzes von Bioindikatoren in diesem Bereich besteht darin, daß eine gleich gute Messung der Belastungssituation eines oder mehrerer Schadstoffe auf anderem (z.B. physikalischem oder chemischem) Weg nicht möglich ist oder ungleich aufwendiger wäre. Außerdem liefert ein (sensitiver) Bioindikator unmittelbare Informationen über die Wirkung von Schadstoffen auf lebende Organismen.

Auch die naturschutzfachliche Bewertung des Zustandes und der Entwicklung von Landschaften, Ökosystemen und deren Teilen (im folgenden vereinfacht als »Gebiete« bezeichnet) beruht meist auf dem Prinzip der Indikation (Blah 1988): Eine direkte Wertbestimmung von Gebieten ist nur in jenen Fällen

möglich, in denen einzelne, genau definierte Ökosystemelemente (z.B. einzelne Arten oder Standorteigenschaften) ausschließlich das Handeln begründen. In allen übrigen Fällen sind auch oder überwiegend Ökosysteme als Ganzes oder zumindest komplexe Eigenschaften dieser Ökosysteme bei der Wertbestimmung mit zu berücksichtigen. Dies ist z.B. der Fall bei der Bewertung der meisten Schutzgebiete, der Festlegung von Pflege- und Entwicklungsplänen (vgl. Kap. 6) oder bei der Bilanzierung von Verlusten und Ausgleichsmaßnahmen im Rahmen von Eingriffen (vgl. Abschn. 8.2) (Plachter 1989; 1990a).

Eine vollständige kausale Analyse von Ökosystemen, ihrer einzelnen Glieder und Funktionsabläufe, ist aufgrund ihrer hohen Komplexität und zeitlichen Veränderlichkeit nicht möglich. Selbst groß angelegte Projekte der Ökosystemforschung müssen sich deshalb auf die Behandlung von Teilaspekten beschränken. Für die tägliche Praxis der Bewertung in Naturschutz scheidet ein derart aufwendiges Vorgehen aus.

Indikation zur Gebietsbewertung unterscheidet sich in einigen wichtigen Eigenschaften von jener zur Feststellung stofflicher Belastungen:

- Sie beschränkt sich nicht alleine auf Organismen, sondern bedient sich außerdem abgeleiteter Werte (z.B. »synökologische Parameter«, wie Artendiversität und Konkordanz), funktionaler Gesichtspunkte (z.B. Raumbezüge) sowie abiotischer Parameter (z.B. Standort- und Raumstruktureigenschaften).
- Bei der Bioindikation zur Schadstoffbelastung bestehen streng kausale Zusammenhänge zwischen der zu messenden Größe und der Reaktion des pflanzlichen oder tierischen Organismus. Im Grundsatz handelt es sich um biologische Meßsysteme. Indikatoren zur Gebietsbewertung sollen dagegen i. d. R. relativ komplexe Eigenschaften von Ökosystemen wiedergeben. Kausale Zusammenhänge können hier nur sehr viel schwerer aufgeklärt werden. Oft bestehen sie überhaupt nur eingeschränkt.

Andr et al. (1987) beschränken den Begriff »Bioindikator« deshalb auf »Organismen oder Organismengruppen... die auf Schadstoffbelastungen mit Veränderungen ihrer Lebensfunktionen antworten bzw. den Schadstoff akkumulieren«, wohingegen die Definitionen von Stöcker (1981) und Schubert (1983) die Anwendung des Bioindikatorbegriffes auf die Indikation zur Gebietsbewertung ohne weiteres zulassen.

Im Sinne einer eindeutigen Terminologie werden Bioindikatoren zur Gebietsbewertung hier als »Zeigerorganismen«, entsprechende andere ökosystemare Größen als »Zeigerparameter« bezeichnet.

Leirarten oder Charakterarten, wie sie die Soziologie zur Ansprache von Pflanzen- und Tiergesellschaften verwendet, erfüllen zwar ebenfalls die Definition von Bioindikatoren. Sie sind aber zunächst keine Indikatoren im Sinne der Gebietsbewertung, sondern ermöglichen lediglich die Einordnung der im Gelände vorgetroffenen Situation in die wertssystemfreien Klassifizierungsmodelle der Soziologie. Sie können erst dann zur Gebietsbewertung herangezogen werden, wenn die Schutzbedürftigkeit und damit der naturschutzfachliche Wert der einzelnen Gesellschaften festgelegt ist. Derartige Wertzuweisungen fehlen heute allerdings noch zu einem erheblichen Teil.

Ast. 11

Bastian 1999

Kenntnis ökologischer Wirkungszusammenhänge hat spürbare Konsequenzen. Gelingt es zwar, bestimmte Sachverhalte verbal zu beschreiben, hingegen quantifizieren. Die Palette der zur Verfügung stehenden Informationen ist heterogen und oftmals unvollständig, sie umfasst sowohl „harte“ als auch Daten, darunter gemessene oder geschätzte Geländedaten, durch Vergleichte Angaben, berechnete Primär- und Sekundärdaten, sowie intuitive Erfahrungswerte. Letztere können u.U. wertvoller sein als Meßdaten, die nicht unbedingt stichhaltig und repräsentativ sein müssen, oder die erst mit großem Aufwand zu beschaffen sind. Die Informationssuche darf nicht allein quantitative Fakten zum Ziel haben, da sich keineswegs alle wichtigen Informationen quantifizieren lassen. Das Nichtbeachten qualitativer Sachverhalte verengt unnötigerweise den Blick auf die Realität (s. 2.9).

Die meisten der in ökologischen Bewertungsverfahren verwendeten primären (analytischen) und interpretierten Indikatoren werden – meist nach vorangegangener exakter Messung oder Schätzung – in Ordinalskalen (Rangstufen) überführt. Komplexe Aussagen, wie z.B. zum Biotopwert (s. 4.4.6), setzen die Verknüpfung der einzelnen Indikatoren zu einer integralen Größe voraus. Hierbei gebräuchliche Verfahren sind u. a. einfache Addition oder ungewichtete Multiplikation der Einzelmerkmale, Nutzwertanalyse und ökologische Verflechtungsmatrizen (s. 4.4.6 u. 4.6.3), ökologische Risikoanalysen (4.6.2). Die Aggregation mehrerer Indikatoren zu einer komplexen Gesamtziffer ist methodisch allerdings umstritten (s. 2.9 u. 4.4.6).

2.9 Landschaftsbewertung

Die Bewertung des gegebenen Landschaftszustandes mit all seinen Strukturen, Prozessen und Wechselwirkungen ist die grundlegende Voraussetzung, um für die Landschaftsbehandlung (-planung, -pflege, -gestaltung) fundierte Schlüsse zu ziehen. Bei einer Bewertung handelt es sich nach Bechmann (1989) allgemein um eine Relation zwischen einem wertenden Subjekt und einem gewerteten Objekt (Wertträger) bzw. um die Einschätzung des Erfüllungsgrades eines Sachverhaltes anhand vorgegebener Zielstellungen (Optimalitätskriterien – Reuter 1979). Diese Relation hat zwei Dimensionen:

- die **Sachdimension**: Sachinformationen über das zu bewertende Objekt bzw. Abbildung der Wirklichkeit (Ohne Bezug auf einen Wirklichkeitsbereich ist eine Bewertung nicht vorstellbar; bewerten kann man nur das, was man kennt).
- die **Wertdimension**: Wertesystem bzw. Grundwerte als normative Basis für das auszusprechende Werturteil (Bechmann 1989, 1995).

Im Rahmen ökologischer Planungen besteht die Bewertung aus einem Vergleich des Ist-Zustandes von Natur und Landschaft mit dem angestrebten Soll-Zustand. Die Bewertung stellt dar, inwieweit der heutige Zustand vom gewünschten bzw. geplanten Zustand abweicht (s. Auhagen et al. 1996). Ohne Bezug auf ein zuvor zu benennendes oder eigens zu entwickelndes Zielsystem kann es (in einem Planungsprozeß) eigentlich keine Bewertungsvorgänge geben. Die Umwelt(qualitäts)ziele bestimmen dabei die „Meßlatte“ für die zu bewertenden Umwelt-Zustände. Grundvoraussetzung für

jede Bewertung ist daher das Leitbild (s. 5.2), welches jene Elemente und jenen Präzisionsgrad erreichen muß, der eine Bewertung des Sachverhaltes auch zuläßt (Heidt und Plachter 1996). In der Literatur wird der Begriff „Bewertung“ mehrdeutig gebraucht (Wiegleb 1997), d.h. im Sinne von

- „Analyse“ („Bewertung“ von Daten, eigentlich „Auswertung“).
z.B.: Die jährliche Bodenerosion durch Wasser auf einer Ackerfläche ist hoch, sie beträgt 20 Tonnen pro Hektar. Oder: Der Natürlichkeitsgrad der Vegetation dieses Ackers entspricht der Stufe 2 (nach Schlüter, s. 4.4.1) und ist damit niedrig. Bewerten bedeutet hier „mit einem (Zahlen-) Wert versehen“.
- „Beurteilung“.
z.B.: Die hohe Bodenerosion ist schädlich für die nachhaltige Ertragsfähigkeit des Ackers. Oder: Der geringe Natürlichkeitsgrad indiziert ungünstige Lebensbedingungen für Ackerwildpflanzen.
- „Reihung“ („relativer Vergleich“).
z.B.: Je höher die Bodenerosion, desto ungünstiger ist dies für eine nachhaltige Landwirtschaft. Oder: Je geringer der Natürlichkeitsgrad, desto ärmer ist das Artenspektrum der Agrarflora und -fauna.
- „Soll-Ist-Zustandsvergleich“ (Bewertung i. e. S.).
z.B.: Wenn die Bodenerosion so hoch ist, besteht dringender Handlungsbedarf in bezug auf Erosionsschutzmaßnahmen. Oder: Der niedrige Natürlichkeitsgrad der Vegetation zeigt Extensivierungsbedarf an.

Bei der Beurteilung von Landschaftsfunktionen (Kap. 4) handelt es sich i. d. R. noch nicht um Bewertungen i. e. S. Das gilt erst recht für solche Kriterien wie Artenzahl, Diversität, Seltenheit, Bestandesaufnahmen, Messungen, Klassifizierungen und ähnliche Schritte sind allenfalls als Vorstufen, jedoch nicht als eigenständige Bewertungen anzusehen; sie allein reichen nicht aus, um planungsrelevante, anwendungsorientierte, d.h. handlungsbezogene Aussagen zu liefern (Abb. 2-9-1).

Für Naturschutz und Landschaftspflege können nach Eser und Potthast (1997) aber gerade solche – zunächst wertfrei ermittelten – Eigenschaften wie Natürlichkeit oder Seltenheit ausschlaggebend für die Schutzwürdigkeit sein. Damit wird die „wissenschaftliche Bewertung“ unmittelbar für die Bewertung im Sinne einer (normativen) Handlungsanweisung relevant.

Eine Bewertung i. e. S. gibt die Ausrichtung dafür an, wie, in welchem Umfang und in welcher Form gehandelt werden soll. Sie liefert die Normen und Orientierungen, nach denen die konkrete Handlung, die stets eine Entscheidung zwischen mehreren Handlungsoptionen ist, gestaltet werden kann (Bechmann 1995). Allgemeine Gültigkeit beanspruchende Bewertungen sind stets auf gesellschaftlichen Konsens angewiesen; sie sind Konventionen und als solche situations- und zeitabhängig. Bewertungen können deshalb niemals objektiv sein. Die Kunst der Bewertung liegt darin, Sachinformationen und Wertmaßstäbe zu einem „sinnvollen“ Urteil zu verbinden. Bewertungen basieren immer auf die Urteilsfähigkeit des bewertenden Subjektes. Dabei bedeutet Subjektivität jedoch nicht Beliebigkeit oder gar Irrationalität, da eine Bewertung auch von mehreren Subjekten nachvollziehbar ist (bzw. es sein sollte, = Intersubjektivität). Dies

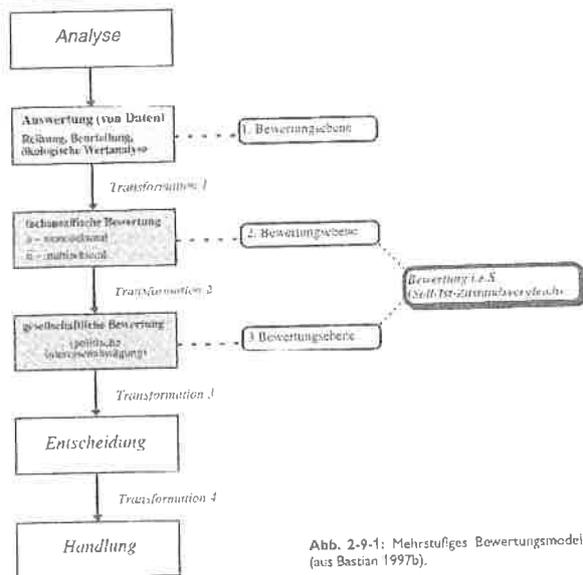


Abb. 2-9-1: Mehrstufiges Bewertungsmodell (aus Bastian 1997b).

ist zumindest dann der Fall, wenn Sachinformationen und Wertmaßstäbe offen genannt und auf systematische Weise, d.h. mittels definierter Bewertungsverfahren, miteinander verknüpft werden (Bechmann 1995).

Anliegen einer **ökologischen Bewertung** ist es, räumliche Strukturen, Nutzungen, Funktionen und Potentiale im Hinblick auf das Leistungsvermögen des Naturhaushaltes zu beurteilen. Der Begriff „ökologische Bewertung“ soll keinesfalls suggerieren, daß aus ökologischen Erkenntnissen unmittelbar Bewertungen folgen (die quasi naturgesetzlichen Charakter haben), sondern er soll verdeutlichen, daß ökologische Sachverhalte einer Bewertung (durch den Menschen) unterzogen werden. Das heißt, sie werden in gesellschaftlich faßbare Größen übersetzt (transformiert – Neef 1969). Landschaftsbewertungen dienen einerseits der Prüfung von Eingriffen des Menschen in den Landschaftshaushalt, andererseits der Erfassung der Landschaftsausstattung

und in ihr ablaufender ökologischer Prozesse in ihrer gesellschaftlichen Auswirkung (Reuter 1979).

Bewertungsverfahren strukturieren und reglementieren Bewertungsvorgänge sowohl formal als auch inhaltlich. Als Instrument der Landschaftsplanung haben sie einen eindeutigen Handlungsbezug: ihre Mitwirkung an Schutz, Pflege und Entwicklung eines leistungsfähigen Naturhaushaltes (Bechmann 1979). Sie sollen den Planungsprozeß rationalisieren und die Akzeptanz der Planungsergebnisse durch die Gesellschaft verbessern helfen.

Die nahezu unüberschaubar gewordene Vielfalt an Bewertungsverfahren erfordert eine Systematisierung. Reichlicher (1978) unterscheidet numerisch-additive / multiplikative Kombinationen (Punktbewertung, Klassenbildung), logische Kombinationen (Matrizen, z.B. „ökologische Verflechtungsmatrix“ (s. 4.6.1), Dendrogramme: „Entscheidungsleitern“, „Baumdiagramme“, Undi/Oder-Verknüpfungen), mathematisch-statische Kombinationen (Kosten-Nutzen-Analyse, Nutzenanalysen der 1. und 2. Generation (s. 4.6.3), Kosten-Wirksamkeitsanalyse) (vgl. Häse 1992). Bei den mathematischen Verfahrensansätzen sind vor allem Punkteverfahren bedeutsam, die über Summen- und/oder Produktbildung zu einer Aggregation mehrerer Bewertungskriterien gelangen, sowie Indexverfahren, die wertgebende Kriterien mehr oder weniger komplizierten Rechenoperationen unterziehen, um einen singulären Zahlenwert zu erzielen (Nipkow 1997, zur Kritik von Rechenoperationen mit nicht kardinal skalierbaren Sachverhalten s. 4.6.3).

Marx et al. (1992) führen alle bisher entwickelten Ansätze auf vier „Grundmuster“ zurück:

- ökologische Eignungsbewertung (Eignung von Ökosystemen und Landschaften für bestimmte gesellschaftliche Nutzungsansprüche, z.B. Ertragsfähigkeit der Böden – s. 4.1.1);
- ökologische Belastungsbewertung (Belastung oder Schädigung der Ökosysteme durch Einwirkung des Menschen – s. 4.6.1);
- ökologische Wertanalyse (Vielfalt, Naturnähe, Vollkommenheit, Intaktheit, „Funktionsfähigkeit“ von Ökosystemen und Landschaften – s. 4.4.1 u. 4.4.3);
- ökologische Risiko- bzw. Wirkungsanalyse („Risiko“ bei Eingriffen in Natur und Landschaft, die zu einer Beeinträchtigung des Leistungsvermögens des Naturhaushaltes führen können – s. 4.6.2).

Allerdings ist kritisch anzumerken, daß nicht alle diese Ansätze die an eine Bewertung zu stellenden Anforderungen voll erfüllen. Das betrifft besonders eine sog. „ökologische Wertanalyse“, wenn sie lediglich bei einer wertfreien Einstufung der Vielfalt oder Naturnähe von Ökosystemen verharrt, ohne zu einer Gegenüberstellung mit nutzerspezifischen Ansprüchen vorzudringen. So werden z.B. artenreiche, naturnahe, aber wenig produktive Ökosysteme (wie Magerrasen und Feuchtwiesen) vom Naturfreund positiv, vom Landwirt hingegen negativ beurteilt (s. auch die Leitbildproblematik in 5.2). Weitere Gesichtspunkte bei der Klassifikation von Bewertungsverfahren sind u.a. der benutzte Nutzungsbereich (Wirtschaftszweig), die einbezogene Datenbasis (Zahl und Art der Kriterien bzw. Indikatoren), Komplexität und Kompliziertheit des Ansatzes, die Art und Weise der Verarbeitung der Eingangsdaten (formale Verfahrensstruktur) und die Stellung der Endergebnisse.

Kartierintensität
A CIR-Luftbildinterpretation mit stichpunktartiger terrestr. Kontrolle
B flächendeckende terr. Kartierung
C wie B + Zusatzbögen

Biotopausbildung
3 besonders typisch (nicht gestört)
2 typisch (gering gestört)
1 untypisch (gestört)
9 nicht bewertbar

Erhaltungszustand
A sehr guter Erhaltungszustand
B guter Erhaltungszustand
C mittlerer-schlechter Erhaltungszusta.
Z irreversibel gestört
E Entwicklungsfläche
9 nicht bewertbar

Relief
10 Ebene
20 Platte (undifferenziert)
21 Platte eben/flach
22 Platte wellig
23 Platte kuppig
30 Hang (undifferenziert)
31 Oberhang
32 Mittelhang
33 Unterhang
34 Hang horizontal gestuft
40 Hügel (undifferenziert)
41 Hügelkuppe
50 Tal (undifferenziert)
60 Becken
71 Geschlossene Hohlform (Soll, Kessel)
72 Gestreckte Hohlform (Rinne, Mulde)
73 Vollform (z. B. Düne, Damm u. ä.)

Exposition
1 Nord
2 Nordost
3 Ost
4 Südost
5 Süd
6 Südwest
7 West
8 Nordwest
9 mehrere Richtungen
0 nicht exponiert

Hangneigung
1 eben
2 schwach geneigt
3 mäßig geneigt
4 stark geneigt
5 steil
6 schroff
7 sehr schroff

Dringlichkeit
1 kurzfristig
2 mittelfristig
3 langfristig

wertbestimmende Faktoren
110 Nutzpflanzen-Wildsippen
120 Alte Kulturpflanzen
140 Erdgeschichtliche Dokumente
150 Kulturgeschichtliche Dokumente
180 Besondere Prägung des Landschaftsbildes
210 Typisch ausgeprägtes Mosaikbild, typische Zonierung
160 Komplexer Wert

FFH-Lebensraumtypen
*1340 Salzwiesen im Binnenland
2310 Trockene Sandheiden mit Calluna und Genista (Dünen im Binnenland)
2330 Dünen mit offenen Grasflächen mit Corynephorus u. Agrostis
3130 Oligo- bis mesotrophe stehende Gewässer mit Vegetation der Littor. u/o Isoeto-N.
3131 mit Vegetation der Littorelletalia
3132 mit Vegetation der Isoeto-Nanojuncetea
3140 Oligo- bis mesotrophe kalkhaltige Gewässer mit Armleuchteralgen
3150 Natürliche eutrophe Seen mit Veg. d. Magnopotamions od. Hydrocharitions
3160 Dystrophe Seen und Teiche
3260 Flüsse der planaren bis montanen Stufe mit Veg d. Ranunculion f. u. Callitrich.-B.
3270 Flüsse mit Schlammhängen m. Veg. d. Chenopodion rubri u. d. Bidention
4010 Feuchte Heiden mit Erica tetralix
4030 Trockene europäische Heiden
5130 Juniperus communis-Formationen auf Zwergstrauchheiden oder Kalktrockenrasen
*6120 Trockene, kalkreiche Sandrasen
(*6210 Naturnahe Kalk-Trockenrasen u. Verbuschungsstadien (*mit Orchideen)
(*6212 Submediterrane Halbtrockenrasen (Mesobromion)
(*6214 Halbtrockenrasen sandig-lehmiger basenreicher Böden (Koelerio-Phleion phleo.)
6230 Artenreiche montane Borstgrasrasen
6240 Subpannische Steppen-Trockenrasen
6410 Pfeifengraswiesen
6430 Feuchte Hochstaudenfluren
6431 Feuchte Hochstaudenfluren mit Vorkommen von Stromtalarten
6440 Brenndolden-Auenwiesen
6510 Magere Flachland-Mähwiesen
7140 Übergangs- und Schwingrasenmoore
7150 Torfmoor-Schlenken
*7210 Kalkreiche Sümpfe mit Cladium mariscus...
*7220 Kalktuffquellen
7230 Kalkreiche Niedermoore
9110 Hainsimsen-Buchenwald
9130 Waldmeister-Buchenwald
9150 Orchideen-Kalk-Buchenwald
9160 Subatl./mitteleurop. Stieleichenwald oder Hainbuchenwald
9170 Labkraut-Eichen-Hainbuchenwald
*9180 Schlucht- und Hangmischwälder
9190 Alte bodensaure Eichenwälder auf Sandebenen
*91D0 Moorwälder
*91D1 Birken-Moorwald
*91D2 Waldkiefern-Moorwald
*91E0 Auen-Wälder mit Alnus glutinosa und Fraxinus excelsior (incl. Weidenauwälder)
91F0 Hartholzauwälder
*91G0 Pannische Wälder mit Traubeneiche u. Hainbuche
91T0 Mitteleuropäische Flechten-Kiefernwälder
91U0 Kiefernwälder der sarmatischen Steppe
9410 Fichtenwälder

Deckung Vegetation
r 1 Individuum, vereinzelt, rar, sehr sporadisch, Deckung < 1 %
+ 2-5 Individuen, sporadisch, Deckung 1 – 5 %
1 6-50 Individuen mit geringer Deckung oder weniger reichlich mit Deckung < 5 %
2 Sehr reichlich, > 50 Individuen und Deckung < 5 % oder Deckung 5-25 %
3 Individuenzahl beliebig, Deckung 26 % - 50 %
4 Individuenzahl beliebig, Deckung 51 % - 75 %
5 Individuenzahl beliebig, Deckung 76 % - 100 %

Gefährdungen und Beeinträchtigungen	
Siedlung und Verkehr	
1	Baumaßnahme/ Überbauung
16	Immissionsbelastung
20	Straßen- und Wegebau
21	Kommunale Abwässer
23	Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes
24	Lärmbelastung
60	Steinschüttungen
61	Faschinen
62	Wanderungshindernisse
63	Verrohrungen
Landnutzung	
2	Materialentnahme, Abgrabung
3	Zu- bzw. Aufschüttung
4	Ablagerung von Müll, Schutt und Gartenabfällen
5	Wind-/Wassererosion
6	Rodung/Abholzung
7	(Erst-)Aufforstung
8	Nutzungsintensivierung
9	Nährstoffeintrag
10	Biozideinsatz
11	Grünlandumbruch
12	Entwässerung
13	Wasserverunreinigung
14	Gewässerausbau
15	Intensive Fischwirtschaft
19	Nutzungsauffassung
22	Unterbrechungen in linearen Biotopstrukturen
25	Nicht abgeräumtes Mähgut
28	Wasserentnahme
30	Düngung/Überdüngung/Kalkung
39	Gehölzschädigung durch Beweidung
40	Beweidung
41	Überweidung
42	Uferschäden durch Beweidung
43	Beseitigung von Obstgehölzen
44	Bewirtschaftung in der Falllinie
45	Ungeeignete Bewirtschaftungszeit
46	Ungeeignete Bewirtschaftungsverfahren
47	Vollumbruch im Wald
48	Laubholzentnahme in Nadelholzforsten
49	Kahlschlag
50	Jagdliche Anlagen
51	Fäll- und Rückeschäden
64	Landwirtschaftliche Eutrophierung
65	Verunreinigung durch landwirtschaftliche Sickerwasser
66	Beeinträchtigung durch Torfmineralisierung
67	Krautung/Grabenmäh
68	Starke Vermässung/Überstauung
90	Sprengrung
91	Setzungsfließen
Erholung und Freizeit	
17	Freizeit/Erholung
27	Beeinträchtigung von Horst- und Höhlenbäumen
70	Lagerplätze/ Feuerstellen
71	wildes Parken und Befahren
72	Motocross
73	Trittschäden durch Pferde
74	wilde Bootseinlassstellen
75	wilde Badestellen
76	Trampelpfade
77	intensiver Angelbetrieb
78	Störung durch Betreten
92	Sleeanlagen
93	Trittschäden
94	Wassersport
95	Golf-, Schieß- und Flugsport
Tier- und Pflanzenarten	
26	Beeinträchtigung von besonders oder streng geschützten Arten
80	Expansive Pflanzenarten
81	Florenfremde Baum- und Straucharten
82	Standortswidrige Baum- und Straucharten
83	Verjüngungshemmende Vegetation
84	Verbiss
85	Schältschäden
86	Mäusefraß an Jungbäumen
87	Insektenschäden
88	Sonstige biotische Schäden
96	Tritt- und Wühlschäden

Pflege- und Maßnahmenvorschläge	
Allgemeine Pflege- und Maßnahmenvorschläge	
102	Renaturierung
103	Erosionsschutzmaßnahmen
104	Intensivierung
105	Extensivierung
106	Nutzungseinschränkung
107	Aus Artenschutzgründen von jeglicher Nutzung ausgeschlossen
108	Sukzession/ ohne Nutzung
113	Keine Düngung oder Kalkung
114	Keine Biozidanwendung
115	Einzäunung bzw. Instandsetzung bestehender Zäunung
116	Einzelerschutz, Verhinderung von Wildschäden u. Schutz vor Eingriffen u. Beschädigungen
117	Müll, Abfälle beraumen
118	Beseitigung von bestehenden speziellen Beeinträchtigungen oder Gefährdungen
151	Anlage von Pufferzonen
152	Verbesserung Schutzstatus
153	Eingriffe oder schädigende Beeinträchtigungen unterlassen oder verhindern
Freiflächen und Landwirtschaft	
201	Umwandlung von Acker in Grünland
202	Verkleinerung/Neugliederung von Schlägen
203	Auskopplung von Gewässern oder Gehölzen
204	Mahd
205	Keine Mahd
206	Beweidung mit Schafen
207	Beweidung mit Vieh
208	Keine Beweidung
209	Anlage von Pufferzonen um besonders wertvolle Biotope
210	Anlage von Ackerrandstreifen
211	Nutzung als Dauergrünland
221	Gehölze ergänzen / Auspflanzung von Bestandslücken
222	Gehölze/Schutzgehölze neu pflanzen
223	Gehölze entfernen, Waldreihaltung
224	Entbuschung
225	Pflegeschritt von Gehölzen
226	Pflegen und/oder entwickeln von Mager- und Trockenrasen, offenen Sandflächen, Mooren, anamorphen Senken, Waldwiesen
227	Pflanzung von Obstbäumen (regionaltypische Sorten)
Wälder und Forsten	
301	Waldrand, Waldmantel oder Trauf erhalten
302	Anlage von Waldrändern (Innen- und Außenränder)
303	Maßnahmen zur Pflege von Waldrändern, Waldrandgestaltung
304	Förderung von seltenen, heimischen Gehölzen mit besonderem Aspekt (Früchte, Färbung, Seltenheit)
310	Naturverjüngung einleiten
311	Förderung vorhandener Naturverjüngung
320	Ökologisch bedeutsamen Unterstand und/oder Zwischenstand erhalten
321	Voranbau vorsehen
322	Unterbau vorsehen
323	Nachbesserung/Ergänzung mit standortgerechten und heimischen Baumarten
325	Kein künstlicher Unter- oder Voranbau
326	Förderung der vertikalen Stufung des Bestandes oder einer Bestandesschicht
329	Auffichtung zugunsten der Bodenvegetation oder natürlicher Beiholzarten
330	Erhalt und erforderlichenfalls Begünstigung ökologisch wertvoller Bestandessglieder
331	Baumarten der natürlichen Waldgesellschaft fördern, pflegen
332	Baumarten nach Erreichen des Zieldurchmessers entnehmen (Einzelstammnutzung)
334	Aushieb gesellschaftsfremder oder nicht standortgerechter Gehölze
335	Umbau des Bestandes/der Fläche
337	Dauerbestockung anstreben
338	Totholz erhalten
341	Schlagreisig auf der Fläche belassen
352	Keine Bodenbearbeitung
353	Eingeschränkte Bodenbearbeitung
354	Keine Erstaufforstung
355	Anlage und Erhalt von Altholzinseln
356	Holzlagerung außerhalb sensibler Bereiche
357	Erhalt von Horst- und Höhlenbäumen
358	Rückbau jagdlicher Einrichtungen
359	Schutz vor Wildverbiss
360	Mischungsregulierung zugunsten der standortgerechten und heimischen Baumarten
370	Umwandlung naturferner Forste
371	Durchführung forstlicher Maßnahmen mit jahreszeitlicher Einschränkung
372	Kein Kahlschlag/ Kahlschlag
Gewässer	
401	Wasserhaltung sichern
402	Anhebung des (Grund-) Wasserstandes
403	Rückbau von Meliorationseinrichtungen (u.a. Gräben) in Feuchtgebieten und Mooren
404	Anlage und Pflege von Gewässerrandstreifen
405	Uferschutz (z.B. vor Erosion oder vor menschlichen Einwirkungen)
406	Entwässerung vernässter Flächen, Grabenräumung
407	Pflegefischerei
408	Keine Gewässerunterhaltung
409	Rückbau von Verbauungen an Fließgewässern
410	Erhalt der ursprünglichen Wasserqualität
Kleinhabitat	
501	Wurzelteller nicht einebnen
502	Böschungen oder Erdwände erhalten oder anlegen
503	Blockhalden, Lesesteinhaufen erhalten oder anlegen
504	Niststätten für Boden- und Heckenbrüter erhalten
505	Niststätten für Höhlenbrüter und Horstbäume erhalten
506	Nassstellen erhalten (z.B. Quellbereiche, Wasserlöcher)
507	Spezielle Artenschutzmaßnahmen
Boden	
601	Kein flächiges Befahren, Nutzung und Pflege mit standortangepasster Technik
602	Anwendung bodenschonender Kulturbegründungsverfahren notwendig
603	Mulchen bzw. organisches Material belassen
Erholung/Verkehr	
701	Lenkung des Erholungsverkehrs
702	Straßen- /Wegesperrung bzw. Verlegung
703	Erschließung einschränken
704	Erholungsnutzung (für Fußgänger durch Besucherlenkung) ausschließen, bestehende Erholungseinrichtungen entfernen
705	Entnahme von Waldprodukten ist zu untersagen
706	Keine Wegebefestigung
707	Objekt/Fläche kennzeichnen
708	Objekt/Fläche nicht publik machen

Anlage 22

Verg W 13/11 Brandenburgisches Oberlandesgericht
VK 32/11 Vergabekammer des Landes Brandenburg

Anlage zum Protokoll
vom 27.03.2012

Verkündet am 27.03.2012

Kupferschmied
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigte Abschrift



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

betreffend: Landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen - Los 3 (Oberhavel III)

Beteiligte:

1.

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Wiesner Riemer,
Kreuzstraße 80, 55543 Bad Kreuznach,

2. Land Brandenburg, vertreten durch das Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz Brandenburg, vertreten durch den Präsidenten Prof. Dr. Matthias Freude, Seeburger Chaussee 2, 14473 Potsdam OT Groß Glienicke,

- Auftraggeber und Beschwerdegegner -

3.

4.

5.

6.

7.

8.

- Beigeladene -

hat der Vergabesenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 2012 unter Mitwirkung

der Vorsitzenden Richterin am Oberlandesgericht Eberhard,
der Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schwonke und
des Richters am Oberlandesgericht Hänisch

b e s c h l o s s e n :

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 13. Oktober 2011 - VK 32/11 - abgeändert:

Der Auftraggeber wird angewiesen, das Vergabeverfahren betreffend die landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebens-

raumtypen - Los 3 (Oberhavel III) - aufzuheben und bei fortbestehender Vergabeabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu durchzuführen. Im übrigen wird der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen.

Die Gebühren und Auslagen des Verfahrens vor der Vergabekammer haben der Auftraggeber zu 3/4 und die Antragstellerin zu 1/4 zu tragen. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin fallen dem Auftraggeber zu 3/4 zur Last, diejenigen des Auftraggebers hat die Antragstellerin zu 1/4 zu tragen. Im übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt. Die Hinzuziehung des Verfahrenbevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie diejenigen des Verfahrens nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB jeweils einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin und des Auftraggebers haben der Auftraggeber zu 3/4 und die Antragstellerin zu 1/4 zu tragen. Im übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

G r ü n d e:

I.

Der Auftraggeber schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 17.06.2011 die landesweite selektive Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen außerhalb von FFH-Gebieten und Großschutzgebieten nach den Vorgaben der Kartierungsanleitung zur Biotopkartierung in Brandenburg als Dienstleistungsauftrag im Offenen Verfahren europaweit aus. Gegenstand des Auftrages ist die Neukartierung im Maßstab 1:10.000. Dabei sind die zu erfassenden Flächen zu ermitteln (Suchkartierung), wobei vorhandene Daten im Maßstab 1:25.000 aus dem ersten Kartierungsdurchlauf (1991- 1998) zu prüfen und zu aktualisieren sind.

Der Auftrag ist in sieben Gebietslose aufgeteilt. Die einzelnen Lose sind in der Bekanntmachung durch „ca.-Angaben“ des zu bearbeitenden Gebiets der topographischen Karte in km² und der Gesamtanzahl der zu erwartenden Erfassungsgebiete (Biotope) beschrieben. Angebote konnten auf ein oder mehrere Lose abgegeben werden. Als Zuschlagskriterien nennt

die Bekanntmachung den Preis sowie die angemessene Zeitkalkulation der einzelnen Arbeitsschritte jeweils mit einer Gewichtung von 50%.

Am 06.07.2011 veröffentlichte der Auftraggeber eine korrigierte Bekanntmachung. Neben der Streichung der Zulassung von Varianten/Alternativangeboten änderte er die Angabe der Zuschlagskriterien in „Preis und Qualität (kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte) bei einer Gewichtung von 70% und 30%“ (Ziff. IV.2.1 der Bekanntmachung). Ferner forderte der Auftraggeber im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit Referenzen zum Nachweis von Erfahrungen mit der brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und dem hiesigen Erfassungsprogramm BBK (Ziff. III.2.3 der Bekanntmachung).

Die Bieter sollten ein Preisangebot auf Basis der geschätzten Erfassungsgebiete unter Verwendung einer sog. Angebotstabelle einreichen. In die Angebotstabelle waren für die Leistungszeiträume „01.09.2011 - 30.11.2011“ sowie „01.12.2011 - 30.11.2012“ jeweils unterteilt für einzelne Arbeitsschritte die Stundenanzahl und der Preis je Stunde einzutragen, ferner war der Gesamtpreis anzugeben.

Zur Angebotserstellung und Kalkulation stellte der Auftraggeber den Bietern neben einer „Anlage Leistungsbeschreibung“ mit weiteren Anlagen und den Druckwerken „Biotopkartierung Brandenburg“ Band 1 und 2 sowie einem fortlaufend geführten Katalog „Fragen und Antworten zur Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung in Brandenburg“ sämtliche ihm vorliegenden Daten und Informationen zum Untersuchungsgebiet (vorhandene Kartierung, Luftbilder etc.) zum Abruf auf einer Internetseite zur Verfügung.

Auf Los 3 gingen insgesamt sechs Angebote beim Auftraggeber ein, die in den angebotenen Preisen stark voneinander abweichen. Die Mehrzahl der Angebote weicht auch erheblich ab von der Auftragswertschätzung des Auftraggebers.

Die Antragstellerin gab ein Angebot nicht ab. Vor Ablauf der am 10.08.2011 endenden Angebotsfrist rügte sie mit Schreiben vom 29.07.2011 gegenüber dem Auftraggeber die Ausschreibung als fehlerhaft. Insbesondere sei mit der beabsichtigten Vergabe nach VOL die Verfahrensart falsch gewählt. Der Auftraggeber habe ein Verhandlungsverfahren nach VOF durchzuführen, da die Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sei. Nach den vorhandenen Unterlagen könnten lediglich Biotopverdachtsflächen ermittelt werden. Da

Anzahl und Flächenausdehnung der einzelnen Biotoptypen nicht feststehe, sei der tatsächliche Umfang der Leistung völlig offen und könne erst durch die eigentliche Leistung bestimmt werden. Zudem definiere der Auftraggeber nicht hinreichend, was unter „selektive Neukartierung“ zu verstehen sei. Mit der in der „Anlage Leistungsbeschreibung“ gewählten Formulierung „Es handelt sich nicht lediglich um eine Überprüfung/Überarbeitung bereits erhobener Biotope; vorhandene Altdaten sind aber auszuwerten und ggf. zu aktualisieren und einzuarbeiten“, sei nicht klar zum Ausdruck gebracht, wie die Leistung genau aussehen solle. Bei der Bestimmung und Einordnung der Biotope sei ein hohes Maß an Kreativität erforderlich. Zudem seien Absprachen mit dem Auftraggeber vorgesehen, wie mit einzelnen Biotopen umzugehen sei. Der umfangreiche Katalog „Fragen und Antworten zur Biotoptypen-, Lebensraumtypenkartierung in Brandenburg“ belege, dass eine fortlaufende Abstimmung erforderlich sei. Auch dies zeige, dass die Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden könne.

Bei den tatsächlich anzutreffenden Biotopen handele es sich um ganz verschiedene Biotoptypen mit völlig unterschiedlicher Größe (von ca. 168 m² - bis etwa 400.000 m²). Der erforderliche Aufwand sei deshalb unmöglich zu kalkulieren. Hinzu komme, dass namentlich besonders geschützte „FFH-Lebensraumtypen“ zu erfassen seien. Dazu gehörten gerade aufgrund ihrer Flächenausdehnung kalkulationsrelevante Biotoptypen, die bei früheren Biotopkartierungen im Land Brandenburg überhaupt nicht erfasst worden seien. Der Auftraggeber gebe keine Informationen, welcher Anteil hier einzukalkulieren sei.

Weiterhin rügte die Antragstellerin das Zuschlagskriterium „Qualität (kalkulierte Stundenzahl für die Arbeitsschritte)“ als intransparent. Unklar sei, ob der Auftraggeber eine möglichst schnelle oder aber eine gewissenhafte und vertiefte Erfassung erwarte.

Die vom Auftraggeber geforderten Erfahrungen mit der brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und dem brandenburgischen Erfassungsprogramm führten zu einer Beschränkung auf brandenburgische Bieter. Das sei objektiv nicht gerechtfertigt. Die Antragstellerin könne Erfahrungen in anderen Bundesländern mit vergleichbaren Methoden und vergleichbaren Erfassungsprogrammen nachweisen.

Schließlich sei die geforderte Aufteilung des Preisangebotes in die Zeitabschnitte 2011 und 2012 unklar, weil kein Hinweis gegeben werde, wie die Aufteilung vorzunehmen sei.

Der Auftraggeber wies die Rügen mit Schreiben vom 03.08.2011 zurück. Seine langjährige Erfahrung zeige, dass anhand der Leistungsbeschreibung sowie der sonstigen Informationen hinreichend vergleichbare Angebote abgegeben werden könnten. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ diene der Wertung, ob die angesetzte Stundenzahl zur Erledigung der einzelnen Teilschritte ausreichend kalkuliert sei. Die brandenburgische Erfassungsmethode unterscheide sich deutlich von der Methodik anderer Bundesländer. Vorhandene Erfahrungen würden den intensiven Betreuungs- und Kontrollaufwand durch die Fachbereiche erleichtern. Die jährliche Planung und Festlegung der Haushaltsmittel entsprechend der Haushaltsordnung für Brandenburg erfordere eine Preiskalkulation entsprechend der Haushaltsjahre.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 16.08.2011, eingegangen bei der Vergabekammer am gleichen Tag, hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag - beschränkt auf Los 3 - gestellt. Sie hat unter Bezug auf ihr Rügeschreiben ausgeführt, die Ausschreibung zu Los 3 „Oberhavel III“ mit der Angabe „ca. 390 km² TK-Fläche und ca. 1200 Biotop“ sei mangels hinreichender Beschreibbarkeit der Leistung zwingend im Verhandlungsverfahren nach VOF auszuschreiben. Sie ist dabei auf Einzelheiten der Beschreibung der Leistung eingegangen und hat zahlreiche Gesichtspunkte der Druckwerke „Biotopkartierung Brandenburg“ Band 1 und 2 als unklar beanstandet. Ein Angebot habe sie wegen Unkalkulierbarkeit der Leistungen nicht abgeben können. Ergänzend hat die Antragstellerin ausgeführt, auch das Zuschlagskriterium „Preis“ sei unklar. In Betracht komme der Gesamtpreis oder aber der Preis pro Arbeitsstunde.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Auftraggeber zu verpflichten, die Ausschreibung gemäß VOF (Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen) vorzunehmen,

hilfsweise, den Auftraggeber zu verpflichten, die gerügten Vergaberechtsverletzungen nach der Auffassung der Vergabekammer auf anderem Wege abzustellen.

Der Auftraggeber hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Er hat gemeint, der Nachprüfungsantrag sei schon unzulässig, weil das Los 3 den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreiche. Die Rügen seien jedenfalls unbegründet. Insbesondere sei die Leistung hinreichend beschrieben. Den Bietern seien alle zur Verfügung stehenden Informationen über die Leistung mitgeteilt worden. Die Angaben ermöglichten unter Ansatz von Durchschnittswerten eine sichere Kalkulation.

Die Vergabekammer hat durch Beschluss vom 13.10.2011 den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Dieser sei, soweit nicht erstmals im Nachprüfungsverfahren erhobene Rügen verspätet geltend gemacht und damit präkludiert seien, zulässig aber unbegründet.

Das Nachprüfungsverfahren sei eröffnet, da der Gesamtauftragswert den Schwellenwert von 193.000,- € übersteige und der Auftraggeber sämtliche Lose europaweit ausgeschrieben und dabei als Nachprüfungsstelle die Vergabekammer angegeben habe. Diese Festlegung bedeute eine Selbstbindung dahin, dass der Auftraggeber auch diejenigen Lose, deren Auftragwert den nach § 2 Nr. 7 VgV maßgeblichen Schwellenwert von 80.000,- € nicht erreichten, nicht dem Bagatellkontingent zuordne, für welches das Nachprüfungsverfahren nicht eröffnet wäre.

Die mit Schreiben vom 29.07.2011 erhobenen Rügen seien rechtzeitig erfolgt, nicht dagegen die erst mit dem Nachprüfungsantrag eingeführten Beanstandungen gegen das Zuschlagskriterium „Preis“ sowie gegen Einzelheiten der Leistungsbeschreibung. Die zulässigen Rügen seien in der Sache unbegründet.

Die Ausschreibung im offenen Verfahren nach VOL/A sei nicht zu beanstanden. Die VOF sei nur anzuwenden bei der Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungen, wenn deren Gegenstand eine Aufgabe sei, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden könne. Das sei hier nicht der Fall. Die für den Kartierer anfallenden Tätigkeiten seien im Einzelnen beschrieben, ebenso sei die Vorgehensweise hinreichend festgelegt. Aufgrund der Vorgaben verbleibe kein Freiraum, der eine eigene kreativ-schöpferische Leistung darstelle. Die Offenheit des Arbeitsergebnisses sei nicht von entscheidender Bedeutung.

Eine Unkalkulierbarkeit der Preise sei nicht gegeben. Da eine Vielzahl von Bietern ein Angebot abgegeben habe, sei eine vernünftige kaufmännische Kalkulation möglich und zumutbar. Folglich könne dahinstehen, ob der Grundsatz des Verbots der Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses auch auf der Grundlage der Neufassung des § 8 EG VOL/A weiterhin gelte. Das verbleibende Kalkulationsrisiko beruhe ausschließlich auf Umständen, auf welche der Auftraggeber keinen Einfluss habe.

Die Wertungskriterien seien nicht intransparent. Ob die Antragstellerin eine schnelle oder eine langsamere und damit auch deutlich gewissenhafte und vertiefte Erfassung kalkuliere, bleibe ihr vorbehalten. Die Kalkulation der Preise sei Sache des Bieters. Auch die Aufteilung der Leistungen in die Zeitabschnitte 2011 und 2012 sei nicht zu beanstanden. In der Leistungsbeschreibung unter „Zeitraum“ habe der Auftraggeber vorgegeben, welche Leistungen bis zum 30.11.2011 zu erbringen seien.

Ob der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB es verbiete, Erfahrungen mit brandenburgischen Methoden zu verlangen, sei zweifelhaft. Darauf kommt es indes nicht an, denn die Ausschreibung sei im Lichte des § 7 Abs. 5 Satz 2 EG VOL/A dahin zu verstehen, dass statt der geforderten Eignungsnachweises auch andere gleichwertige Nachweise erbracht werden können.

Gegen den ihr am 13.10.2011 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin die am 27.10.2011 eingegangene sofortige Beschwerde erhoben, mit der sie ihr Vorbringen wiederholt und vertieft.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und

den Auftraggeber zu verpflichten, die Ausschreibung gemäß VOF (Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen) vorzunehmen,

hilfsweise, den Auftraggeber zu verpflichten, die gerügten Vergaberechtsverletzungen nach der Rechtsauffassung des Senats auf anderem Wege abzustellen.

Der Auftraggeber beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und tritt dem Beschwerdevorbringen mit vertiefter Darlegung seiner bisher vorgebrachten Argumente entgegen.

Die im Beschwerdeverfahren beigeladenen Bieter auf Los 3 haben sich am Verfahren nicht beteiligt.

II.

Die gemäß §§ 116, 117 GWB zulässige, insbesondere form- und fristgerecht erhobene sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache überwiegend Erfolg. Sie führt unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer zu der Anweisung, die streitbefangene Ausschreibung zu Los 3 aufzuheben und bei fortbestehender Vergabeabsicht erneut auszuschreiben.

1) Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

a) Die von der Antragstellerin angegriffene Ausschreibung zu Los 3 unterliegt nach §§ 99, 100, 127 GWB, § 2 VgV der vergaberechtlichen Nachprüfung, denn der Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrages übersteigt den gemäß § 2 Nrn. 2 und 7 VgV für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Schwellenwert.

Der Gesamtauftragswert aller Lose beläuft sich nach der Schätzung des Auftraggebers auf 315.000,- € und liegt damit über dem Schwellenwert von 193.000 € gemäß § 2 Nr. 2 VgV. Den Auftragswert für das Los 3 hat der Auftraggeber auf 73.256,- € geschätzt. Bei dieser Sachlage unterliegt der insoweit zu vergebende Auftrag zwingend dem EU-Vergaberecht.

Erreicht - wie hier - der Gesamtauftragswert den Schwellenwert nach § 2 Nr. 2 VgV, so sind im Falle der losweisen Ausschreibung gemäß § 2 Nr. 7 erste Alternative VgV diejenigen Lose europaweit auszuschreiben, deren Auftragswert den Betrag von 80.000,- € übersteigt. Ferner sind nach § 2 Nr. 7 zweite Alternative VgV sämtliche derjenigen Lose europaweit auszu-

schreiben, deren addierter Wert 20 % des Gesamtauftragswertes übersteigt. Das bedeutet, dass Lose mit einem Auftragswert unterhalb von 80.000,- €, die in ihrer Gesamtheit nicht mehr als 20 % des Gesamtauftragswertes ausmachen, nicht nach dem EU-Vergaberecht vergeben werden müssen. Da im Streitfall der Auftragswert des Loses 3 bereits für sich die Schwelle von 20 % des Gesamtauftragswertes (63.000,- €) übersteigt, unterliegt dieses Los zwingend dem EU-Vergaberecht.

b) Mit zutreffenden Gründen hat die Vergabekammer das für die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB erforderliche Interesse der Antragstellerin am Auftrag bejaht, obwohl die Antragstellerin sich nicht mit einem Angebot an der Ausschreibung beteiligt hat.

Die Antragstellerin hat unwidersprochen vorgetragen, am Auftrag interessiert zu sein. An der Abgabe eines chancenreichen Angebots sei sie aber gerade aufgrund der gerügten Vergabeverstöße gehindert gewesen. Namentlich mangels ausreichender Beschreibung der Leistung und wegen Fehlens ausreichender Kalkulationsgrundlagen sei ihr ein seriös kalkuliertes Angebot unmöglich gewesen. Mit dieser Darlegung genügt die Antragstellerin den nach § 107 Abs. 2 GWB zu stellenden Anforderungen an das Auftragsinteresse (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.11.2009, Verg 27/09, IBR 2010,162; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 07.05.2008, 1 Verg 5/07; OLG München, Beschluss v. 02.08.2007, Verg 7/07; VergabeR 2007, 799; OLG Jena, Beschluss v. 06.06.2007, 9 Verg 3/07; VergabeR 2007, 677; OLG Koblenz, Beschluss v. 25.05.2000, 1 Verg 1/00, NZBau 2000, 445; Senat, Beschluss v. 07.08.2008, Verg W 11/08, zitiert nach juris.de).

c) Der für die Antragsbefugnis weiter zu fordernden Darlegung der Verletzung in den Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB und eines durch die behauptete Rechtsverletzung entstandenen oder drohenden Schadens ist die Antragstellerin ebenfalls dadurch nachgekommen, dass sie geltend macht, infolge der Vergabefehler gehindert gewesen zu sein, sich erfolgreich um die Auftragsvergabe zu bewerben.

Mit dem Vorbringen, die vorliegende Ausschreibung lasse eine verlässliche Auftragskalkulation nicht zu, hat die Antragstellerin eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB dargelegt, bei deren Vorliegen ein Schaden möglich erscheint. Zwar ist ein drohender Schaden in Zweifel zu ziehen, soweit die Antragstellerin in erster Linie begehrt, die Auftragsvergabe nicht im offenen Verfahren nach VOL/A, sondern im Verhandlungsverfahren nach VOF

vorzunehmen. Auf die Rüge der gewählten Vergabeart beschränkt sich die Antragstellerin aber nicht, sie macht hilfsweise geltend, die vorliegende Ausschreibung im offenen Verfahren unter Forderung einer Gesamtpreisangabe sei jedenfalls im konkreten Fall infolge Unkalkulierbarkeit vergaberechtswidrig. Damit nimmt die Antragstellerin für sich in Anspruch, bei Vorliegen hinreichender Kalkulationsgrundlagen ein Angebot mit Zuschlagschancen abgeben zu können.

Ob das Begehren der Antragstellerin, den Auftrag im Verhandlungsverfahren nach VOF erneut auszuschreiben, der Sache nach geeignet ist, einen drohenden Schaden zu verhindern, ist zweifelhaft, kann hier jedoch offen bleiben, weil die Rüge - wie noch auszuführen ist - sachlich unbegründet ist. Für eine Verschlechterung der Bieterposition durch die Wahl des offenen Verfahrens nach VOL/A anstelle des von der Antragstellerin für zutreffend gehaltenen Verhandlungsverfahrens nach VOF ist nichts ersichtlich. Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich grundsätzlich vom offenen Verfahren, weil der öffentliche Auftraggeber im offenen Verfahren den Auftrag nur gemäß dem Inhalt eines der abgegebenen Gebote erteilen darf, während im Verhandlungsverfahren der Inhalt der Gebote jeweils verhandelbar ist. Im Verhandlungsverfahren besteht damit generell die Gefahr, bei Nachverhandlungen von einem Mitbewerber unterboten zu werden. Aus diesem Grund ist es anerkannt, dass die fehlerhafte Wahl des Verhandlungsverfahrens die Möglichkeit der Verschlechterung der Zuschlagschancen in sich birgt und deshalb ein Schaden im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB droht (vgl. BGH, Beschluss v. 10.11.2009, X ZB 8/09, BGHZ 183, 95; Senat, Beschluss v. 20.09.2011, 6 Verg W 11/11, VergabeR 2012, 110). Für den umgekehrten Fall erscheint eine Verbesserung der Zuschlagschancen bei Abrücken vom offenen Verfahren und Durchführung eines Verhandlungsverfahrens aus demselben Grund indes ausgeschlossen. Die Antragstellerin vermag auch nicht aufzuzeigen, aus welchem Gesichtspunkt sich ihre Chancen im Verhandlungsverfahren verbessern könnten.

d) Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit mit Ausnahme der nachgeschobenen Rüge zum Zuschlagskriterium „Preis“ nachgekommen.

Mit ihrem Rügeschreiben vom 29.07.2011 hat die Antragstellerin Verstöße gegen das Vergaberecht bezüglich der gewählten Verfahrensart, hinsichtlich der Anforderungen an die Leistungsbeschreibung und damit einhergehend gegen unzureichende Kalkulationsgrundlagen sowie betreffend das Zuschlagskriterium „Qualität“ und ferner hinsichtlich der Eignungs-

nachweise rechtzeitig vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt, § 107 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 GWB. Ebenfalls hat die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag die Antragsfrist nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB gewahrt. Soweit die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag ergänzende Ausführungen zur vermeintlich unzureichenden Leistungsbeschreibung und zum Zuschlagskriterium „Preis“ gemacht hat, ist allein die letztgenannte Rüge als verspätet anzusehen.

Zwar hat die Antragstellerin bereits in ihrem Rügeschreiben vom 29.07.2011 mitgeteilt, sie rüge „die Zuschlagskriterien“. Als intransparent beanstandet hat sie allerdings allein das Kriterium „Qualität“. Ihre Beanstandung geht auf das Kriterium „Preis“ mit keinem Wort ein. Bei dieser Sachlage ist eine ordnungsgemäße Rüge, die einen bestimmten Sachverhalt als Vergaberechtsverstoß kennzeichnet, nur für das Kriterium „Qualität“ zu erkennen.

Anders verhält es sich, soweit die Antragstellerin mit dem Nachprüfungsantrag die schon im Rügeschreiben vom 29.07.2001 vorgebrachte Beanstandung hinsichtlich der vermeintlich unzureichenden Leistungsbeschreibung mit ergänzenden Ausführungen unterlegt hat. In ihrem Rügeschreiben hat die Antragstellerin hinreichend konkret beanstandet, dass die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben sei. Dabei ist sie unter anderem auf den Inhalt der „Anlage Leistungsbeschreibung“ sowie die Kartierungsanleitung eingegangen. Mit ihrem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin sodann eine Vielzahl einzelner Textpassagen der Leistungsbeschreibung und der Kartierungsanleitung wiedergegeben und näher ausgeführt, aus welchen Gesichtspunkten nach ihrer Ansicht Unklarheiten bei der Beschreibung der Leistung bestehen. Dieses Vorbringen konkretisiert und vertieft lediglich die rechtzeitig erhobene Rüge.

2) Der Nachprüfungsantrag ist auch überwiegend begründet.

a) Er ist allerdings unbegründet, soweit die Antragstellerin die Wahl der Vergabeordnung der VOL/A beanstandet. Die Vergabe der Leistung musste nicht nach den Vorschriften der VOF erfolgen.

Zutreffend hat die Vergabekammer die ausgeschriebenen Arbeiten der Erfassung und Kartierung von Biotopen und FFH-Lebensraumtypen als freiberufliche Dienstleistung angesehen.

Bei den zu vergebenden Leistungen handelt sich um wissenschaftliche Tätigkeiten im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG und § 1 Abs. 2 PartGG, die - da sie von den Bietern selbständig ausgeübt werden - freiberufliche Tätigkeiten darstellen (vgl. BFH, Urteil v. 26.11. 1992, IV R 64/91, zitiert nach juris.de).

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 VgV (i.d.F. v. 10.06.2010) haben öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Bestimmungen des 2. Abschnitts des Teils A der VOL/A (EG VOL/A) anzuwenden, sofern in den §§ 5 und 6 VgV nichts anderes bestimmt ist. Gemäß § 5 VgV ist auf freiberufliche Dienstleistungen die VOF nur anzuwenden, wenn ihr Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Daraus folgt, dass auch für freiberufliche Dienstleistungen die Vergabeordnung der VOL/A vorrangig ist, sofern die Lösung der Aufgabe vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss v. 20.09.2006, 1 Verg 3/06, VergabeR 2007, 110; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.04.2010, Verg 55/09, VergabeR 2011, 112). Dass dies für den vorliegend zu beurteilenden Auftrag der Fall ist, sieht der Senat nicht anders als die Vergabekammer.

Bei der Beurteilung, welche Anforderungen an die „eindeutige und erschöpfende Beschreibbarkeit der Aufgabe“ zu stellen sind, ist auf den Zweck der Vorschrift des § 5 VgV abzustellen, der darin liegt, den Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens nach VOF gegenüber demjenigen des vorrangigen Verfahrens nach VOL/A abzugrenzen. Eine vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Lösung im Sinne von § 5 VgV liegt deshalb vor, wenn die Lösung so genau beschrieben werden kann, dass sie Gegenstand eines offenen oder nicht-offenen Verfahrens sein kann (vgl. OLG Saarbrücken a.a.O.; OLG München, Beschluss v. 28.04.2006, Verg 6/06; VergabeR 2006, 914). Das ist hier der Fall, denn es geht nicht darum, eine Problemstellung durch geistig-kreative Schöpfung einer noch zu findenden Lösung zuzuführen. Das zu erreichende Ziel der Biotopkartierung liegt darin, die Ausstattung der Landschaft an Hand von abgrenzbaren Biototypen zu beschreiben. Zum Erreichen der vorgegebenen Lösung der Biotopkartierung sind die entsprechenden tatsächlichen Gegebenheiten der Natur zu untersuchen, deren Ergebnisse nach anerkannten wissenschaftlichen Maßstäben zu werten und bestimmten Kategorien der zu erfassenden Flächen zuzuordnen und schließlich in die Form einer digitalisierten Karte zu bringen. Ohne weiteres zutreffend hat die Antragstellerin selbst die Aufgabe bildhaft dahin beschrieben, dass die in der Natur vorzufindenden Gegebenheiten „in ein Schema zu pressen“ seien. Jenes „Schema“ steht fest, denn den Auf-

tragnehmern ist vorgegeben, welche Flächen mit welchen Angaben zu erfassen sind. Ebenso stehen der zur Erreichung des Ziels einzuschlagende Weg und die anzuwendenden Methoden fest. Der Auftraggeber hat dies in der Leistungsbeschreibung und den Anlagen dazu bis in letzte Detail gehend erschöpfend beschrieben. Die Erfassung und Kartierung in vorgegebener Kartierungstiefe erfolgt auf der Grundlage des vom Auftraggeber vorgegebenen standardisierten Erfassungssystems.

Soweit die Antragstellerin einzelne interpretationsbedürftige Begriffe und Formulierungen der Leistungsbeschreibung herausgreift und rügt, diese seien nicht im Sinne einer erschöpfenden Aufgabenbeschreibung eindeutig, ist dem nicht zu folgen. Der zum Grundwissen der einschlägigen Fachkreise zählende Begriff der „selektiven Kartierung“ ist nicht unklar, er meint die ausgewählte Erfassung bestimmter geschützter oder schutzwürdiger Biotope (vgl. nur SUKOPP & WITTIG, Stadtökologie, 1993, S. 361). Nichts anderes gilt für die von der Antragstellerin wegen Verwendung des Wortes „gegebenenfalls“ beanstandete Formulierung der Leistungsbeschreibung „Es handelt sich nicht lediglich um eine Überprüfung/Überarbeitung bereits früher erhobener Biotope; vorhandene Altdaten sind aber auszuwerten und ggf. zu aktualisieren und einzuarbeiten“. Unter Einschluss der übrigen Aufgabenbeschreibung ist es für einen verständigen Bieter unzweifelhaft, dass vorhandene Altdaten auszuwerten und dann zu aktualisieren sind, wenn die Erhebungen in der Natur Aktualisierungsbedarf ergeben. Dass die Antragstellerin den beanstandeten Punkten für sich auch das zutreffende Verständnis zugrunde legt, zeigen ihre vertieften Ausführungen zum Erfassungs- und Kartierungsaufwand einzelner Biotop- und Lebensraumtypen einschließlich ihrer Mischformen.

Zutreffend zeigt die Antragstellerin mit detailreichen Ausführungen auf, dass der Auftragnehmer bei der anzufertigenden Biotopkartierung umfangreiche Wertungs- und Beurteilungsspielräume - beispielsweise bei der Biotopordnung - auszufüllen hat und folglich auch geistig-schöpferisch tätig wird. Dieser Umstand, der einer wissenschaftlichen Arbeit immanent ist, ändert aber nichts daran, dass die zu erledigende Aufgabe eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Dem Auftragnehmer kommt kein kreativ-schöpferischer Freiraum dahin zu, eine ergebnisoffene Fragestellung durch Auffinden der optimalen Lösungsvariante zu beantworten. Der Auftragnehmer soll sein geistiges Potential bei der Erledigung der Aufgabe dahin einbringen, dass er anhand vorgegebener Methoden nach anerkannten wissenschaftlichen Standards ein den inhaltlichen Maßstäben nach feststehendes Arbeitsergebnis

ab liefert. Damit betrifft die Dienstleistung eine Aufgabe, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben ist.

Der Umstand, dass die auszuführenden Arbeiten ihrem konkreten Umfang nach noch nicht feststehen, weil diese von den erst bei der Auftragsdurchführung zu ermittelnden Gegebenheiten der Natur - insbesondere der Anzahl, Ausdehnung und Beschaffenheit der einzelnen zu erfassenden Gebiete - abhängen, berührt die Beschreibbarkeit der Lösung nicht. Hiervon zu trennen ist allerdings die Frage, ob infolge des noch offenen Arbeitsanfalls die geforderte Angabe eines Gesamtpreises deshalb zu beanstanden ist, weil den Bietern eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unmöglich ist. Das ist unter den Gegebenheiten des hier zu beurteilenden Auftrages zu Los 3 zu bejahen.

b) Der Nachprüfungsantrag ist begründet, da die Ausschreibung zu Los 3 den nach § 8 EG VOL/A an die Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die geforderte Gesamtpreisangabe zu stellenden Anforderungen betreffend die Kalkulationsgrundlagen nicht gerecht wird und deshalb die Antragstellerin in ihren Bieterrechten verletzt.

Gemäß § 8 Abs. 1 EG VOL/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Hierzu ist es unerlässlich, dass die Leistungsbeschreibung auch alle für die Bestimmung des Leistungsumfangs zum Zwecke der Kalkulation wesentlichen Umstände erkennen lässt, weil nur dann eine Beschreibung vorliegt, die von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden wird und miteinander vergleichbare Angebote in preislicher Hinsicht erwarten lässt (vgl. Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 2. Aufl., § 8 EG VOL/A Rn. 19; Raufeisen in Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 2. Aufl., § 8 EG VOL/A Rn. 2; § 7 VOL/A Rn. 19).

Den danach zu stellen Anforderungen genügt die Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die geforderte Gesamtpreisangabe nicht. Kann der Aufwand einer dem Inhalt nach hinreichend bestimmten Leistung vom Bieter nicht kalkuliert werden, da der Auftraggeber ausreichend aussagekräftige Bemessungsgrundlagen nicht geben kann, ist die Forderung nach einem Gesamtpreis unzulässig. Potentielle Bieter sind in ihrem Recht auf ein transparentes Verfahren nach § 97 Abs. 1 GWB verletzt, wenn wesentliche Grundlagen nicht mitgeteilt werden, die sie benötigen für die Entscheidung, ob sie sich mit einem wirtschaftlich vernünftigen Angebot

beteiligen können. Eine solche Ausschreibung ist unzulässig, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob im Rahmen des § 8 EG VOL/A das früher in § 8 Abs. 1 Nr. 3 VOL/A 2006 ausdrücklich enthaltene Verbot der Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse weiterhin uneingeschränkt Geltung beansprucht oder nicht.

Die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 VOL/A 2006 schrieb vor, dass dem Auftragnehmer keine ungewöhnlichen Wagnisse für Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden durften, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. In § 8 Abs. 1 EG VOL/A hat die Bestimmung keinen Eingang gefunden. Seither ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung umstritten, ob das Verbot als fortgeltend anzusehen ist oder nicht (dagegen: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.10.2011, Verg 54/11; NZBau 2011, 762 mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes sowie Beschluss v. 07.11.2011, Verg 90/11, VergabeR 2012, 206; dafür: OLG Jena, Beschluss v. 22.08.2011, 9 Verg 2/11; NZBau 2011, 771). Für den Streitfall bedarf die Frage keiner abschließenden Klärung. Auch soweit die Fortgeltung mangels Bestehens eines entsprechenden Rechtssatzes in § 8 EG VOL/A verneint wird, ist anerkannt, dass der Rechtsgedanke jedenfalls insoweit heranzuziehen ist, als er anderen - weiter geltenden - Rechtsvorschriften immanent ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 19.10.2011 und 07.11.2011 a.a.O.). Die Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses - soweit dies auf unzureichender Beschreibung des Umfangs der Leistung beruht - ist folglich schon nach § 8 Abs. 1 EG VOL/A als unzulässig anzusehen. Unabhängig davon verstößt es gegen das Transparenzgebot und das Willkürverbot, eine unzumutbare Kalkulation abzufordern. Unzulässig ist es danach, eine Gesamtpreisangabe zu verlangen, wenn Umstände offen sind, welche die Preisermittlung in der Weise beeinflussen, dass eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation eines Gesamtpreises unmöglich ist. So verhält es sich bei dem hier zu Los 3 zu vergebenden Auftrag.

Feststehend ist der Leistungsumfang für die anzufertigende Biotopkartierung allein hinsichtlich der Gesamtfläche des zu bearbeitenden Gebiets von ca. 390 km². Die weiter in der Leistungsbeschreibung enthaltene Angabe der zu erwartenden Zahl der Erfassungsgebiete von ca. 1200 Biotopen ist schon mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Die geschätzte Zahl geht nach dem Vorbringen des Auftraggebers zurück auf bereits vorliegende Daten aus dem ersten Kartierungsdurchlauf, der allerdings FFH-Lebensraumtypen nicht erfasst hat, sowie auf Verdachtsflächen anhand vorhandener Luftbilder und sonstiger Informationen zu Besonderheiten des Untersuchungsgebiets (z.B. Naturschutzgebiete, Tagebauflächen oder militärisch genutzte

Flächen) unter Ansatz von wissenschaftlichen Erfahrungswerten. Wie zwischen den Beteiligten unstrittig ist, hat der Auftraggeber den Bietern sämtliche ihm vorliegenden Informationen über das Erfassungsgebiet zur Einsichtnahme im Internet zur Verfügung gestellt. Nicht mitgeteilt hat er den Bietern allerdings, unter Ansatz welcher bestimmten Datensätze und auf welchem Weg er die Zahl der Erfassungsgebiete auf ca. 1200 geschätzt hat. Insoweit heißt es in der Leistungsbeschreibung unter Leistungsumfang und Flächen: „Bei den Angaben zur vermuteten Biotopanzahl und zur Untersuchungsfläche ... handelt es sich um Schätzungen, die auf Basis von Altdaten und Hochrechnungen ermittelt wurden“.

Für den Leistungsumfang von weit ausschlaggebenderer Bedeutung als die Gesamtzahl der zu erfassenden Gebiete sind schließlich die konkreten Gegebenheiten der einzelnen, erst zu ermittelnden Erfassungsgebiete. Wie die Antragstellerin unbestritten vorgetragen hat, hängt der jeweils anfallende Aufwand ganz entscheidend von der Art, Ausdehnung und Ausprägung der in der Natur jeweils vorzufindenden Biotopflächen ab. Die Antragstellerin hat für verschiedene Biotoptypen und deren Mischformen unter Ansatz sämtlicher Arbeitsschritte dargestellt, dass der Arbeitsaufwand je Biotop etwa bis zum 8-fachen variieren kann. Wenngleich der Auftraggeber einzelnen Ansätzen der Antragstellerin entgegengetreten ist, hat er nicht in Abrede gestellt, dass der Aufwand für jeden einzelnen Biotop je nach den Verhältnissen in der Natur ganz unterschiedlich ist. In der Leistungsbeschreibung ist hierauf auch hingewiesen mit der einleitenden Aussage zum Leistungsumfang: „Der Kartierungsaufwand hängt wesentlich von der Flächengröße ... sowie der Art und Ausprägung der Biotope ab“. Diese für die Ermittlung eines Gesamtpreises ausschlaggebenden Umstände wären indes der Natur des Auftrages nach erst im Rahmen der Leistungsausführung zu ermitteln und damit zu spät für eine Angebotskalkulation.

Die Kalkulation kann sich deshalb nur auf eine Schätzung des mutmaßlich erforderlichen Aufwandes stützen. Eine Schätzung als Grundlage eines verbindlichen Gesamtpreisangebots ist einem Bieter bzw. Auftragnehmer aber nur dann zuzumuten, wenn solche Schätzgrundlagen vorhanden sind und den Bietern bekannt gegeben werden, die eine hinreichend verlässliche und kaufmännisch vernünftige Preisermittlung zulassen. Das ist - soweit es um das hier zu beurteilende Los 3 der Ausschreibung geht - nicht der Fall.

Der Auftraggeber hat sein Vorbringen, seine langjährigen Erfahrungen zeigten, dass eine hinreichend sichere Kalkulation unter Ansatz „mittlerer Biotopgrößen“ und eines „mittleren

Aufwandes pro Biotop“ möglich sei, nicht durch Tatsachen unterlegt. Da für das Untersuchungsgebiet eine Vorkartierung in der mit dem Auftrag umzusetzenden Kartierungsintensität nicht vorliegt und insbesondere die mehr als zehn Jahre zurückliegende Übersichtskartierung die FFH-Lebensraumtypen noch nicht erfasst, vermag der Senat eine tragfähige Grundlage für die flächendeckende Annahme eines mittleren Aufwandes nicht zu erkennen. Der Auftraggeber hat den Bieter zudem nicht bekannt gegeben, auf welcher Grundlage er seine Auftragswertschätzung vorgenommen, insbesondere nach welchen Maßgaben und Schätzgrundlagen er den Leistungsumfang prognostiziert hat. Dem Inhalt der Vergabeakten lässt sich insoweit nichts entnehmen, dokumentiert sind nur die Ergebnisse der Auftragswertschätzung.

Schließlich belegen die zu Los 3 abgegebenen Angebote der Beigeladenen derart unterschiedliche Ansätze des Arbeitsaufwandes, dass nicht mehr von vergleichbaren Angeboten gesprochen werden kann. Der höchste angebotene Gesamtpreis übersteigt den niedrigsten Gesamtpreis um mehr als 400 %, wobei Stundensätze im Rahmen von 30,- € bis zu 42,- € angesetzt sind. Die kalkulierte Gesamtstundenzahl variiert zwischen 995 h und 3.680 h. Selbst wenn man die jeweils niedrigsten und höchsten Gesamtpreise außer Betracht lässt, beträgt die Spanne zwischen dem zweitgünstigsten und dem zweit teuersten Bieter mehr als 100 %. Die zweithöchste Gesamtstundenzahl beträgt 2.044 h, die zweitniedrigste 1.381,50 h. Aus diesen Gegebenheiten der zu Los 3 abgegebenen Angebote ist der Schluss zu ziehen, dass die Kalkulation der Bieter nicht auf einer als verlässlich anzusehenden Grundlage erfolgt ist. Eine kaufmännisch plausible Preisermittlung ist folglich mit Blick auf die geforderte Gesamtpreisangabe nicht gegeben.

Evident sind die Unwägbarkeiten bei der Bestimmung des voraussichtlich anfallenden Arbeitsaufwandes gerade bei dem hier zu beurteilenden Los 3, einem Los mit einem - im Vergleich zu den meisten übrigen Losen - besonders großen Untersuchungsgebiet und zugleich einer besonders hohen Anzahl der zu erwartenden Erfassungsgebiete. Die vorliegende Ausschreibung erfasst Lose mit ganz unterschiedlichen Untersuchungsgebieten, welche Flächenausdehnungen von 65 km² bis zu 390 km² und erwartete Erfassungsgebiete in einer Anzahl zwischen 160 und 1500 aufweisen. Die auf diejenigen Lose abgegebenen Angebote, welche geringere Untersuchungsflächen mit geringerer Zahl an Biotopverdachtsflächen betreffen, weisen hinsichtlich der angebotenen Gesamtstundenzahl und der angebotenen Gesamtpreise deutlich geringere Abweichungen untereinander auf. Das spricht dafür, dass die Schwierigkeit, eine realistische Prognose des Arbeitsaufwandes zu treffen und den geforderten Gesamt-

preises zu kalkulieren, gerade in den Fällen größerer Untersuchungsgebiete besteht. Die Erörterungen mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung des Senats stützen diese Annahme. So hat der Auftraggeber ausgeführt, dass bei kleineren Untersuchungsgebieten die Prognose des Leistungsumfangs mit höherer Sicherheit möglich sei als bei besonders großen Untersuchungsflächen.

Demzufolge ist die Leistungsbeschreibung hinsichtlich des für die geforderte Gesamtpreisangabe nicht hinreichend abzuschätzenden Leistungsumfangs als entgegen § 8 Abs. 1 EG VOL/A unzureichend anzusehen. Der Umstand, dass dies seinen Grund im wesentlichen nicht in unzulänglichen Angaben des Auftraggebers hat, sondern in der Natur des Auftrages liegt, ändert daran nichts. Der Auftraggeber hat seinen Beschaffungsvorgang so zu gestalten, dass die Bestimmungen des Vergabeverfahrens eingehalten werden (§ 97 Abs. 7 GWB).

c) Zu Recht beanstandet die Antragstellerin das Zuschlagskriterium „Qualität (kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte)“ als intransparent.

Nach § 19 Abs. 8 EG VOL/A sind bei der Wertung der Angebote entsprechend der bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich die Kriterien zu berücksichtigen, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind. Diese Pflicht zur Bekanntmachung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung dient der Transparenz des Verfahrens. Eine hinreichende Bekanntmachung setzt voraus, dass der Auftraggeber den Bietern die Zuschlagskriterien klar und unmissverständlich so spezifiziert bekannt gibt, dass den Bietern der konkrete Wertungsmaßstab bewusst ist. Der Bieter muss bei Abgabe seines Angebots wissen, auf welche Gesichtspunkte mit welcher Gewichtung es dem Auftraggeber ankommt, denn erst dann kann er sein Angebot nach den Bedürfnissen des Auftraggebers gestalten (vgl. Vavra in Kulartz/Marx/Portz/Prieß a.a.O. § 19 EG VOL/A Rn. 254; Stolz in Willenbruch/ Wieddekind a.a.O. § 19 EG VOL/A Rn. 91; Müller-Wrede in Müller-Wrede a.a.O. § 19 EG VOL/A Rn. 202). Diesen Anforderungen genügt die ohne nähere Spezifizierung gebliebene Angabe des Wertungskriteriums „Qualität (kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte)“ nicht.

Zu erkennen ist zwar, dass der Auftraggeber die Qualität der Angebote anhand der kalkulierten Stundenzahl beurteilen will. Unklar ist aber, ob er eine hohe, eine niedrige oder eine mittlere Stundenzahl als Merkmal hoher Qualität bewerten will. Den Vergabeunterlagen ist dazu nichts zu entnehmen. Der Auftraggeber hat auch nicht bekannt gemacht, nach welchem

Wertungssystem er die Angebote im Kriterium „Qualität“ vergleichen und werten wird. Nach der Niederschrift über die Angebotswertung hat er insoweit ein Punkteschema von 1 bis 10 herangezogen.

d) Ebenfalls begründet ist die von der Antragstellerin gegen den geforderten Nachweis von Erfahrungen mit der brandenburgischen Biotopkartierungsmethode und dem brandenburgischen Erfassungsprogramm BBK (Ziff. III.2.3 der Bekanntmachung) gerichtete Rüge.

Die aufgestellte Anforderung, die als Nachweis der fachlichen Leistungsfähigkeit im Sinne des § 7 Abs. 3 EG VOL/A grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, verletzt die Antragstellerin in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, § 97 Abs. 2 GWB, § 2 Abs. 1 Satz 2 EG VOL/A. Der geforderte Nachweis führt zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung brandenburgischer Bieter, weil er einzig brandenburgischer Erfahrungen erfasst ohne gleichwertige Erfahrungen mit anderen Methoden und Erfassungsprogrammen zuzulassen. Gemäß § 7 Abs. 1 EG VOL/A können von den Bewerbern zum Nachweis der Eignung nur Unterlagen und Angaben verlangt werden, die durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt und angemessen sind. Entscheidend ist, ob aus verständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse hinsichtlich der verlangten Angaben und Eignungsnachweise besteht, so dass diese sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken (vgl. Hausmann/ von Hoff in Kulartz/Marx/Portz/Prieß a.a.O. § 7 EG VOL/A Rn. 22 ff).

Der Auftraggeber hat nicht dargelegt, dass die brandenburgische Methode der Biotopkartierung und namentlich das brandenburgische Erfassungsprogramm BBK derartige Besonderheiten aufweisen, dass Erfahrungen mit anderen Biotopkartierungsverfahren nicht als gleichwertig anzusehen seien. Dagegen spricht auch der Umstand, dass die Kartierung der FFH-Lebensraumtypen unter anderem der Erfüllung der Berichtspflicht der Mitgliedsstaaten EU gemäß Art. 17 der FFH-Richtlinie (RL 1992/43/EWG in der aktuellen Fassung der RL 2006/105/EG) dient und damit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben folgt.

Der Auffassung der Vergabekammer, die Forderung der Nachweise sei nach § 7 Abs. 5 Satz 2 EG VOL/A ohnehin so zu verstehen, dass andere geeignete Nachweise möglich seien, ist nicht zu folgen. Diese Sichtweise genügt dem Erfordernis an eine hinreichend transparente Bekanntmachung der Nachweise nicht.

e) Auf die Rüge der Antragstellerin gegen die geforderte Aufteilung des Preisangebots auf die Zeitabschnitte 2011 und 2012 muss nicht weiter eingegangen werden, weil die geforderte Gesamtpreisangabe unzulässig ist. Die Aufteilung für sich lässt eine Verletzung von Vergabevorschriften aber nicht erkennen. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen werden.

3) Die festgestellten Vergaberechtsverstöße betreffen die Ausschreibung insgesamt. Sie können ohne Beeinträchtigung von Vergabegrundsätzen nur durch Aufhebung der Ausschreibung behoben werden. Aus diesem Grund verpflichtet der Senat den Auftraggeber, die Ausschreibung aufzuheben (§ 123 GWB i.V.m. § 20 Abs. 1 lit. d) EG VOL/A).

Es reicht nicht aus, das Verfahren in einen früheren Stand zurückzusetzen, denn der Auftraggeber hat - fortbestehende Vergabeabsicht unterstellt - grundlegend zu prüfen, ob er unter Behebung des bisherigen Mangels der Forderung nach Angabe eines Gesamtpreises den Auftrag erneut im offenen Verfahren ausschreibt oder ob er gehalten ist, den Auftrag nach § 3 Abs. 3 lit. b EG VOL/A im Verhandlungsverfahren auszuschreiben.

Bei seiner Prüfung wird der Auftraggeber in Betracht zu ziehen haben, ob eine Behebung des Mangels der Forderung eines Gesamtpreises für die Kartierungsarbeiten im Los 3 durch Aufteilung des Auftrags in kleinere geografische Einheiten und gegebenenfalls Mitteilung seiner eigenen Schätzungen zum Leistungsumfang oder durch Bildung von Einheitspreisen möglich ist. Ist die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises objektiv unmöglich, so wird nur ein Verhandlungsverfahren gemäß § 3 Abs. 3 lit. b EG VOL/A verbleiben. Nach dieser Vorschrift können Aufträge ausnahmsweise im Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) vergeben werden, wenn es sich um Aufträge handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen. Die Gründe für die Unmöglichkeit der Festlegung eines Gesamtpreises müssen in der Natur der Leistung oder den mit dieser verbundenen Risiken liegen. Namentlich die zweite Alternative kommt hier in Betracht. Bei dieser Fallgruppe ist eine vorherige Festlegung der zu erbringenden Dienstleistungen ihrem Ergebnis nach - wie hier - zwar möglich, jedoch kann die Kalkulation eines Gesamtpreises durch die Bieter aufgrund dem Auftrag immanenter Umstände nicht ohne Spekulation erfolgen, so dass es unzumutbar ist, ihre Folgen ohne weiteres allein den Bietern aufzubürden (vgl. BGH, Beschluss v. 10.11.2009 a.a.O. unter Hinweis auf das Grünbuch der EG-Kommission KOM

(2004) 327 Rdn. 24 mit dem Beispiel des Baus eines Tunnels, bei dem abzusehen ist, dass die Erfüllung des Auftrags durch unbekannt geologische Gegebenheiten beeinflusst wird; Kulartz in Kulartz/Marx/Portz/Prieß a.a.O. § 3 EG VOL/A Rn. 54 ff; Kaelble in Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl., § 3 EG VOL/A Rn. 71 ff).

III.

Die Entscheidung über die Kosten und Auslagen des Verfahrens vor der Vergabekammer beruht auf § 128 Abs. 3 und 4 GWB. Die Kostenquote von 1/4 zu 3/4 zu Lasten des Auftraggebers entspricht dem Maß des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens der Beteiligten. Ausschlaggebend ist, dass aufgrund der vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergaberechtsverstöße die Ausschreibung aufzuheben ist, andererseits aber die Antragstellerin mit ihren in erster Linie verfolgten Antrag auf Neuausschreibung im Verfahren nach VOF nicht durchdringt.

Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG als notwendig anzusehen.

Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren und das Verfahren auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde hat ihre Grundlage in §§ 120 Abs. 2, 78 GWB. Die überwiegende Kostenlast auf Seiten des Auftraggebers entspricht aus den vorstehenden Gründen der Billigkeit. Die Beigeladen sind weder an den Verfahrenskosten zu beteiligen, noch ist ihnen ein Kostenerstattungsanspruch zu zuerkennen, weil sie am Verfahren nicht mit eigenen Anträgen oder schriftsätzlichem Vorbringen teilgenommen haben.

Eberhard

Dr. Schwonke

Hänisch

Beglaubigt
Jupfald
Justizbeschäftigte³
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Abgrenzung VOF und VOL/A; nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung; Kalkulierbarkeit; ungewöhnliches Wagnis; transparente Zuschlagskriterien; nichtdiskriminierende Eignungsnachweise; Rechtsverletzung

GWB §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2; VgV § 5; VOL/A §§ 3 Abs. 3 lit. b) EG, 8 Abs. 1 EG.

1. Ob das Begehren eines Bieters, den Auftrag statt im offenen Verfahren nach VOL/A im Verhandlungsverfahren nach VOF erneut auszuschreiben, einen ihm drohenden Schaden verhindern kann, ist zweifelhaft, weil durch eine solche Maßnahme eine Verbesserung seiner Zuschlagschancen ausgeschlossen erscheint.

2. Die Erfassung und Kartierung von Biotopen und FFH-Lebensraumtypen stellen freiberufliche Dienstleistungen dar, die eine Aufgabe zum Gegenstand haben, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist. Dass der Auftragnehmer dabei im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit geistig-schöpferisch tätig wird, steht dem nicht entgegen.

3. Ist offen, welchen Arbeitsanfall eine dem Inhalt nach hinreichend bestimmte Leistung verursachen wird, und fordert der Auftraggeber die Angabe eines Gesamtpreises, genügt die Leistungsbeschreibung nicht den Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung. Denn bei nicht hinreichend verlässlich abzuschätzendem Leistungsumfang ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation

eines Gesamtpreises unmöglich, so dass keine miteinander vergleichbaren Angebote in preislicher Hinsicht zu erwarten sind.

4. Ist die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises objektiv unmöglich, kommt nur ein Verhandlungsverfahren nach der VOL/A in Betracht.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 27. März 2012 – Verg W 13/11 – „selektive Kartierung“.

Anmerkung:

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Reinhard Voppel, Köln*

Der vom Brandenburgischen Oberlandesgericht entschiedene Fall ist im Grenzbereich von VOL/A und VOF angesiedelt. Im Kern geht es um die Frage, ob die ausgeschriebene Leistung hinsichtlich ihrer Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist oder nicht.

1. Der Auftraggeber hatte die Leistung im offenen Verfahren nach der VOL/A ausgeschrieben, die Antragstellerin begehrt den Ausspruch des Gerichts, dass stattdessen im Verhandlungsverfahren nach VOF vorzugehen sei. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht in Frage, ob in dieser Hinsicht das Zulässigkeitsersfordernis eines drohenden Schadens gegeben sei, bzw. andersherum gewendet ein derartiger Ausspruch des Gerichts geeignet sei, einen drohenden Schaden zu verhindern. Das Gericht

¹¹ Vgl. Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O., § 7 EG VOL/A Rdnr. 22 ff.

¹² RL 1992/43/EWG in der aktuellen Fassung der RL 2006/105/EG.

¹³ Vgl. BGH, Beschluss v. 10.11.2009, a.a.O., unter Hinweis auf das Grünbuch der EG-Kommission KOM (2004) 327 Rdnr. 24 mit dem Beispiel des Baus eines Tunnels, bei dem abzusehen ist, dass die Erfüllung des Auftrags durch unbekannt geologische Gegebenheiten beeinflusst wird; Kulartz, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O., § 3 EG VOL/A Rdnr. 54 ff.; Kaelble, in: Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl., § 3 EG VOL/A Rdnr. 71 ff.

* Rechtsanwälte Osenbrück Bubert Kirsten Voppel.

konnte die Frage im Ergebnis offenlassen, da die Antragstellerin noch andere Rügen vorgebracht hat und die Rüge der falschen Verfahrensart ohnehin aus inhaltlichen Gründen zurückzuweisen war. Dennoch macht das Gericht einige Ausführungen: Es kann nicht erkennen, warum die Wahl des offenen Verfahrens anstelle des Verhandlungsverfahrens für die Antragstellerin nachteilig sei bzw. woraus die Antragstellerin eine Verbesserung ihrer Zuschlagschancen im Verhandlungsverfahren ableiten wolle. Das Gericht argumentiert, die Möglichkeit, im Verhandlungsverfahren über den Inhalt der Angebote zu verhandeln, berge die Gefahr, aufgrund dieser Verhandlungen nachträglich noch von einem anderen Bieter unterboten zu werden. Es sei anerkannt, dass bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens statt des zutreffenden offenen Verfahrens ein Schaden drohe; umgekehrt könne das nicht gelten.

Diese Argumentation greift indes zu kurz. Sie übersieht, dass es nicht nur um die Wahl des Verfahrens geht, sondern auch um die zutreffende Vergabeordnung. Die Antragstellerin möchte nicht isoliert ein Verhandlungsverfahren statt eines offenen Verfahrens durchgeführt wissen, sondern verknüpft dies mit der Anwendung der VOF. Wenn tatsächlich eine vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung vorläge, müsste die Antragstellerin sich im offenen Verfahren unverhandelbar einem Wettbewerb mit potentiell nicht vergleichbaren Angeboten stellen. Die Vorgabe des Verhandlungsverfahrens im Anwendungsbereich der VOF beruht wesentlich darauf, dass die darunter fallenden Leistungen solcher Art sind, „dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebots in Übereinstimmung mit den Vorschriften über offene und nichtoffene Verfahren vergeben werden kann“.¹ Der Zuschlag kann nicht durch Auswahl des besten Angebots gemäß den für das offene oder nichtoffene Verfahren geltenden Bestimmungen erteilt werden. Ist Auftragsgegenstand also eine Leistung, die unter die VOF fällt und wird diese im offenen Verfahren nach VOL/A vergeben, konkurrieren also Angebote, die *per definitionem* nicht nach den Vorgaben des offenen Verfahrens und damit ohne Verhandlungen vergleichend gewertet werden können. Entscheidend ist damit nicht, dass ggf. aufgrund der Verhandlungen der Angebotspreis der Antragstellerin durch einen anderen Bieter unterschritten werden könnte. Der Preis spielt im Verfahren nach VOF im Regelfall ohnehin nur eine nachrangige Rolle und kann jedenfalls nicht das alleinige Zuschlagskriterium sein. Maßgeblich ist vielmehr, dass erst aufgrund der Verhandlungen überhaupt das Angebot ermittelt werden kann, das im Hinblick auf die zu vergebende Leistung das wirtschaftlichste ist. Damit droht also der Antragstellerin insofern ein Schaden, als ihr Angebot im offenen Verfahren nicht sachgerecht bewertet werden könnte und damit eine diskriminierungsfreie Vergabe nicht möglich wäre. Dies ist abstrakt

zu bewerten: Welches Angebot aufgrund der Verhandlungen den Zuschlag bekommen wird, kann vorab ohnehin nicht bestimmt werden und ist für die Frage des Schadens nicht relevant.

Das Gericht hat im Übrigen im Ergebnis genau in dem Sinne entschieden und – wenn auch mit anderer Begründung – jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen eine Wiederholung des Vergabeverfahrens als Verhandlungsverfahren angeordnet, weil es mangels Kalkulierbarkeit des Preises für die Bieter unzumutbar war, sich auf ein notwendigerweise spekulatives Angebot einzulassen. Die Wahl des offenen Verfahrens wird also vom Gericht als den Bietern nachteilig beurteilt. Dies liegt daran, dass Verhandlungen notwendig sind, um überhaupt eine sachgerechte Wertung vornehmen zu können. Nicht anders verhält es sich bei der Frage, ob statt eines offenen Verfahrens nach VOL/A ein Verhandlungsverfahren nach VOF stattfinden muss

2. Zutreffend entscheidet das Gericht, dass die konkret ausgeschriebene Leistung nicht unter den Anwendungsbereich der VOF fällt. Allein die Tatsache, dass der Auftragnehmer im Rahmen der Auftragsausführung unter Ausfüllung von Wertungs- und Beurteilungsspielräumen geistig-schöpferisch tätig werden muss, genügt nicht. Zwar hebt Art. 30 Abs. 1 lit. c VKR ausdrücklich und insbesondere geistig-schöpferische Dienstleistungen hervor, bei denen das Verhandlungsverfahren angewandt werden könne, weil die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden könnten. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass alle Leistungen, denen ein geistig-schöpferisches Element innewohnt, auch stets unter den Anwendungsbereich der VOF fielen. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Lösung der gestellten Aufgabe vorab nicht eindeutig und schöpfend beschrieben werden kann. Das ist allerdings bei bestimmten geistig-schöpferischen Leistungen der Fall, wenn der Auftraggeber, um die gewünschte Lösung zu beschreiben, die Leistung zumindest zum Teil vorwegnehmen müsste, wie es insbesondere typischerweise bei Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren oder dann der Fall sein kann, wenn der Auftragnehmer eine Werbekampagne oder ein neues Corporate Design entwickeln soll.

In dem vom Brandenburgischen OLG entschiedenen Fall war dagegen die Lösung eindeutig beschreibbar und ist auch beschrieben worden: Es geht um eine bloße Kartierung von Biotopen, die nach bestimmten vorgegebenen Merkmalen und anerkannten wissenschaftlichen Methoden zu bewerten und zuzuordnen sind, dass die Zahl der Biotop und deren konkrete Einordnung vorab

¹ Art. 30 Abs. 1 lit. c VKR als Grundlage für die ausschließliche Vorgabe des Verhandlungsverfahrens in der VOF; vgl. Voppel/Osenbrück/Bubert, VOF, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 44.

nicht feststehen, ändert nichts daran, dass der Auftraggeber die Leistung und deren Lösung als solche eindeutig beschrieben hat.

3. Dennoch gelangt das Gericht schließlich dazu, dass der Auftrag zwingend im Verhandlungsverfahren zu vergeben ist. Der Auftraggeber hat zwar die Lösung der Aufgabe in einer Weise beschrieben, die einen Angebotsvergleich im offenen Verfahren zuließe. Es war ihm aber nicht in gleicher Weise möglich, auch alle preisbeeinflussenden und für die Kalkulation wesentlichen Umstände anzugeben. Das Brandenburgische OLG enthält sich dabei einer Aussage zu der derzeit umstrittenen Frage, ob die Tatsache, dass das in § 8 Abs. 1 Nr. 3 VOL/A 2006 enthaltene Verbot, dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis aufzuerlegen, nicht in § 8 EG VOL/A 2009 übernommen worden ist, dazu führt, dass die Überwälzung entsprechender Wagnisse vergaberechtlich zulässig ist. Zutreffend leitet das Gericht aus dem Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung in § 8 Abs. 1 VOL/A ab, dass dies sich auch auf preisbeeinflussende Umstände beziehen müsse. Sind diese Umstände nicht in einer Weise angegeben, die eine verlässliche Schätzgrundlage für den Preis gegeben ist, kann von den Bietern keine abschließende (Gesamt-)Preisangabe im Sinne einer Pauschale verlangt werden. Vielmehr handelt es sich insoweit um den in § 3 EG Abs. 3 lit. b VOL/A vorgesehenen Fall: Lässt ein Auftrag seiner Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zu, kann der Auftraggeber das Verhandlungsverfahren wählen.

Vorliegend kann der Aufwand für die zu erbringenden Leistungen nicht allein anhand der Zahl der Untersuchungsgebiete oder deren Fläche ermittelt werden, sondern hängt maßgeblich davon ab, wie die aufgefundenen Biotobflächen ausgeprägt sind. Er ergibt sich also erst im Laufe der Leistungserbringung. Aus auftragsbezogenen Gründen ist daher die Ermittlung eines Gesamtpreises bereits bei Angebotsabgabe nicht möglich und nicht zumutbar. Ob dies unter den zweiten Fall des § 3 EG Abs. 3 lit. b VOL/A (mit dem Auftrag verbundene Risiken) fällt, wie das Gericht meint, oder der erste Fall anwendbar ist (die Natur des Auftrags lässt die Bildung eines Gesamtpreises nicht zu), kann letztlich auf sich beruhen.

Biotopkartierung: Aufgabe mit eindeutig und erschöpfend beschreibbarer Lösung!

1. Die Erfassung und Kartierung von Biotopen und FFH-Lebensraumtypen stellen freiberufliche Dienstleistungen dar, die eine Aufgabe zum Gegenstand haben, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist. Dass der Auftragnehmer dabei im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit geistig-schöpferisch tätig wird, steht dem nicht entgegen.*)

2. Ob das Begehren eines Bieters, den Auftrag statt nach VOL/A nach VOF erneut auszuschreiben, einen ihm drohenden Schaden verhindern kann, ist zweifelhaft, weil durch eine solche Maßnahme eine Verbesserung seiner Zuschlagschancen ausgeschlossen erscheint.

OLG Brandenburg, Urteil vom 27.03.2012 - Verg W 13/11

VgV § 4 Abs. 4 Satz 1, § 5 Satz 2; VOL/A 2009 § 3 EG Abs. 3

Problem/Sachverhalt

Die Vergabestelle schreibt Leistungen der **Biotopkartierung** anhand einer Kartierungsanleitung im Offenen Verfahren aus. Das Los 3 ist mit Ca.-Angaben zu Flächengröße (168 - 400.000 qm), Biotopanzahl ("ca. 1.200") und "gegebenenfalls" umschrieben, unter Verweis auf Altdaten und eine "Leistungsbeschreibung". Eine Bewerberin sieht sich außerstande, ein Angebot zu kalkulieren. Der Umfang der erforderlichen Leistungen sei völlig offen wie auch der Biotopkartierungserfolg als Lösung in Anbetracht geistig-schöpferisch-kreativer Bewertungen einer Fläche. Denn eine Fläche könne sowohl als ein einziges großes Biotop oder aufwändig als mehrere kleine, detaillierte Biotope bewertet werden. Die VOF statt VOL sei anzuwenden, da die Leistung von Freiberuflern erbracht und vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sei.

Entscheidung

Das OLG hält dagegen die VOL für einschlägig. Im Umkehrschluss zum BGH (IBR 2010, 54), wonach die fehlerhafte Wahl eines Verhandlungsverfahrens statt des Offenen Verfahrens einen Schaden eines Unternehmens begründen könne, sei hier ein drohender Schaden zweifelhaft. Denn laut BGH (a.a.O.) sei im Verhandlungsverfahren ein Bieter der ansonsten nicht gegebenen Gefahr ausgesetzt, bei Nachverhandlungen von einem Mitbewerber unterboten zu werden. Es liege zwar eine freiberufliche Leistung vor. Die Biotopkartierung betreffe aber eine Aufgabe, deren **Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben** werden könne. Ziel sei, die Landschaft anhand abgrenzbarer Biotoptypen zu beschreiben und "in ein Schema zu pressen". Zum Erreichen der vorgegebenen Lösung der Biotopkartierung sei die Natur zu untersuchen, nach wissenschaftlichen Maßstäben zu bewerten, bestimmten Kategorien zuzuordnen und sodann zu kartieren. Es sei ein **Verhandlungsverfahren gemäß § 3 EG Abs. 3 b VOL/A 2009** durchzuführen.

Praxishinweis

Die Entscheidung ist insoweit unzutreffend (siehe auch Kaufhold: Die Vergabe freiberuflicher Leistungen, S. 139). Biotope sind Unikate! Die Lösung im Sinne des § 5 VgV ist die fix und fertige Biotopkartierung. Da die Qualität/Arbeitsweise anhand zahlreicher vertretbarer Wertungsspielräume entscheidend ist, wonach eine Fläche als ein großes oder als fünf kleine Biotope mit höherem Aufwand möglich und fachlich richtig ist, drücken identische Preise nicht die gleiche Leistung aus. Die Natur lässt

sich abschließend nicht in ein einzig passendes Schema pressen. Es bleiben immer Wertungsspielräume, weshalb eine solche Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist. Auch der Verweis auf den BGH (a.a.O.) verfängt nicht; ansonsten müsste jede Rüge mit Ziel VOF schon unzulässig sein, da ein Schaden gemäß § 107 Abs. 2 GWB nie drohen könnte. Es handelt sich wohl um die erste Entscheidung hierzu. Die Vergabepraxis ist unterschiedlich (z. B. Baden-Württemberg: VOF). Weitere Entscheidungen erscheinen daher unvermeidlich.

Dipl.-Betriebsw. (FH) Michael Wiesner, LL.M., RA und FA für Bau- und Architektenrecht, Bad Kreuznach , und **Dipl.-Ing. Peter Kalte**, *ö.b.u.v. Honorarsachverständiger, Mannheim*

© id Verlag

Wird zitiert in

 **IBR 2012, 1190 (nur online)** OLG Brandenburg - Biotopkartierung: Leistungsbeschreibung muss eindeutig und erschöpfend sein!

Biotopkartierung: Leistungsbeschreibung muss eindeutig und erschöpfend sein!

1. Ist offen, welchen Arbeitsanfall eine Leistung verursachen wird, und fordert der Auftraggeber die Angabe eines Gesamtpreises, genügt die Leistungsbeschreibung nicht den Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung. Denn bei nicht hinreichend verlässlich abzuschätzendem Leistungsumfang ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation eines Gesamtpreises unmöglich, so dass keine miteinander vergleichbaren Angebote in preislicher Hinsicht zu erwarten sind.
2. Ist die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises objektiv unmöglich, kommt nur ein Verhandlungsverfahren nach der VOL/A in Betracht.
3. Das Kriterium "Qualität" muss erkennen lassen, was genau gewertet wird.

OLG Brandenburg, Urteil vom 27.03.2012 - Verg W 13/11

VOL/A 2009 § 8 EG Abs. 1, § 19 EG Abs. 8

Problem/Sachverhalt

Die Vergabestelle schreibt Leistungen der Biotopkartierung im Offenen Verfahren aus. Los 3 betrifft eine Flächengröße von geschätzten bzw. vermuteten "ca. 390 qkm", Biotopgrößen von 168 qm - 400.000 qm, "ca. 1.200" Biotope mit "Verdachtsflächen", unter Verweis auf Altdaten etc. Zuschlagskriterien sind "Preis und Qualität (kalkulierte Stundenanzahl für die Arbeitsschritte) bei einer Gewichtung von 70% und 30%". Der Preis soll als **Gesamtpreis** angegeben werden. Eine Bewerberin bemängelt, dass ein Preis bei unklarer Leistungsbeschreibung nicht zu kalkulieren sei. Die Vergabestelle hält dem bepreiste Angebote von Wettbewerbern entgegen. Weiter sei das Kriterium "Qualität" intransparent, da nicht klar sei, ob hohe oder niedrige Stundenzahlen für eine hohe Qualität sprächen.

Entscheidung

Das OLG hebt die Ausschreibung auf. Die Leistungsbeschreibung genüge als Kalkulationsgrundlage mit Blick auf die geforderte Gesamtpreisangabe nicht den Anforderungen des § 8 EG VOL/A 2009. Dies belegten die **höchst unterschiedlichen Angebote** der Wettbewerber (Stundenaufwand von 995 h - 3.680 h). Es verstoße gegen den **Grundsatz transparenter und willkürfreier Verfahren**, wenn **wesentliche Grundlagen nicht mitgeteilt** werden und eine **unzumutbare Kalkulation abgefordert** werde. Die Diskussion mit Blick auf die frühere VOL/A 2006, wonach im Unterschied zur jetzigen Regelung dem Bieter keine ungewöhnlichen Wagnisse aufgebürdet werden durften, könne somit dahinstehen. Es fehle die **Angabe der konkreten Gegebenheiten** der einzelnen Flächen bezüglich Art, Ausdehnung und Ausprägung, so dass der Arbeitsaufwand je Biotop bis zum Achtfachen variieren könne. Das **Kriterium "Qualität"** sei entgegen § 19 EG Abs. 8 VOL/A 2009 **unklar**, da **nicht erkennbar** sei, ob eine **hohe, eine niedrige oder eine mittlere Stundenzahl** als **Merkmal hoher Qualität** angesehen werde. Sei eine genauere Leistungsbeschreibung nicht möglich, komme nur ein **VOL-Verhandlungsverfahren** in Betracht.

Praxishinweis

Das OLG hebt völlig zutreffend auf. Zweifelhaft ist aber die verlangte genauere Leistungsbeschreibung durch kleinere Auftragsflächen mit Angabe der Schätzgrundlagen, gegebenenfalls bei

Einheitspreisbildung. Mangels vorab eindeutig (!) und erschöpfend (!) beschreibbarer Leistung ist dies objektiv unmöglich (OLG Brandenburg, Urteil vom 27.03.2012 - **Verg W 13/11**, ibr-online-Werkstatt). Zweifelhaft ist daher auch das Verhandlungsverfahren gemäß § 3 EG Abs. 3 b VOL/A 2009, das nur Mengenprobleme löst. Wollen Auftraggeber dem Beschluss folgen, müssen sie zukünftig einen erheblichen Beschreibungsaufwand betreiben. Vergeben sie ohne diese genaue Beschreibung, müssen sie mit hohen Nachforderungen rechnen.

*Dipl.-Ing. Peter Kalte, ö.b.u.v. Honorarsachverständiger, Mannheim, und **Dipl.-Betriebsw. (FH) Michael Wiesner, LL.M., RA und FA für Bau- und Architektenrecht, Bad Kreuznach*** 

© id Verlag

Wird zitiert in

 **IBR 2013, 171**

VK Nordbayern - Erschöpfende Leistungsbeschreibung auch im Verhandlungsverfahren erforderlich!