





Die Beigeladene bot die Leistungen für einen Preis von ca. 700.000 € an und liegt damit 26,6 % unterhalb des Preises der Antragstellerin, die auf dem zweiten Platz liegt und die Entsorgung zur Zeit durchführt.

Im Zuge der Angebotsprüfung stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Beigeladene in einzelnen Positionen deutlich günstigere Entsorgungskosten angeboten hatte als andere Bieter und auch die Sammel- und Transportkosten geringer als diejenigen der Mitbieter waren.

Aufgrund dieser Diskrepanzen fand am 30.08.2007 ein Bietergespräch mit der Beigeladenen statt über das ein Protokoll aufgenommen wurde, welches dem Vergabevermerk als Anlage C beigefügt ist.

Die Beigeladene erläuterte den genauen Ablauf und den Entsorgungsweg und führte aus, dass die Abfälle entweder extern oder intern in den eigenen Verbrennungsanlagen verbrannt werden sollen. Hinsichtlich der Kosten für die Sammlung und den Transport betonte die Beigeladene, dass man sich mit den örtlichen Verhältnissen im Kreisgebiet vertraut gemacht habe und die Entfernungen zu allen Sammelstellen berechnet wurden. Sie wisse, dass das Schadstoffmobil an einigen Sammeltagen sehr lange im Einsatz sei. Darauf habe man sich beispielsweise mit Personenwechsel eingestellt und dies alles auch in der Kalkulation berücksichtigt. Im Übrigen könne man im eigenen Zwischenlager in Gxxxxxxxxxxxx die ankommenden Mengen poolen und auf eigene Verbrennungsanlagen zurückgreifen.

Hinsichtlich der Nachunternehmerleistungen erklärte die Beigeladene, dass diese Firma als Subunternehmer nicht mehr vorgesehen sei, sondern sie die Leistungen in eigener Regie wahrnehmen werde.

Mit Schreiben vom 07.09.2007 teilte die Antragsgegnerin den Bietern mit, dass sie den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen wolle. Die Antragstellerin rügte die geplante Vergabe mit Schreiben vom 12.09.2007 und verfolgt mit ihrem am 19.09.2007 gestellten Nachprüfungsantrag diese Beanstandungen weiter.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, die geplante Vergabe an die Beigeladene sei vergaberechtswidrig.

Bereits in der Rüge führte die Antragstellerin aus, dass der Angebotspreis im Angebot der Beigeladenen außergewöhnlich niedrig und das Angebot deshalb auszuschließen sei. Die Beigeladene liege mit ihrem Preis ca. 26,6 % unterhalb des nächsthöheren Angebotspreises, woraus sich bereits die Unangemessenheit ergebe. Die Unauskömmlichkeit lasse sich auch aus der Tatsache schließen, dass die Beigeladene, die ihre Fahrzeuge in Gxxxxxxxxxxxx habe, je Sammeltag insgesamt ca. 250 km zurücklegen müsse, bis sie im Sammelgebiet sei. Dieser Zeit- und Kostenaufwand müsse in der Kalkulation des Angebots berücksichtigt werden und führe dazu, dass im Vergleich zu kreisnahen Entsorgern, wie sie selbst, der Angebotspreis jedenfalls nicht geringer ausfallen könne. Die Antragsgegnerin sei verpflichtet gewesen, die Einzelposten im Angebot der Beigeladenen zu prüfen, wobei diese Prüfung wohl nicht stattgefunden habe.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass der den Verdingungsunterlagen beigefügte Vertragsentwurf vorsehe, dass der Auftragnehmer zwingend die einschlägigen

gesetzlichen Vorschriften einzuhalten habe. Das Angebot der Beigeladenen verstoße gegen Art. 6 der VO EG Nr. 561/2006 vom 15.03.2006, weil die Entsorgung im Sammelgebiet vom Standort der Beigeladenen aus eine tägliche Arbeitszeit des Personals von ca. 11 bis 15 Stunden bedeute, was unzulässig sei. Die zulässigen Lenkzeiten würden damit überschritten. Da die Vertragsinhalte von beigefügten Vertragsentwürfen zwingend schon bei der Erarbeitung des Angebotes zu berücksichtigen seien, habe die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen auch gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 d VOL/A von der Wertung ausschließen müssen. Insbesondere seien auch die Antworten der Beigeladenen im Aufklärungsgespräch hierzu unzureichend gewesen, weil nicht deutlich werde, wie der Personalwechsel tatsächlich vollzogen werden sollte. Auch die Verbringung der Sonderabfälle nach deren Sammlung in das Zwischenlager nach Gxxxxxxxxxxxxxx sei von der Beigeladenen vor dem Hintergrund der höchst zulässigen Arbeits- und Lenkzeiten nicht zu bewerkstelligen und offensichtlich auch nicht in die Kalkulation eingeflossen.

Weiterhin meint die Antragstellerin, die Beigeladene habe ihr Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist unzulässig geändert, weil sie im Bietergespräch im Gegensatz zu ihren Angaben im Angebot erklärte, dass sie nunmehr keinen Subunternehmer mehr einsetzen werde.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, das Angebot der Beigeladenen sei auch auszuschließen, weil dies gegen das Wettbewerbsprinzip aus § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW verstoße. Die Beigeladene sei eine 100% -ige Tochtergesellschaft des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, der nach dem Gesetz über den Regionalverband Ruhr (RVRG) ein spezialgesetzlicher Zweckverband im Sinne von § 4 GkG sei, auf dem ergänzend die Vorschriften aus der GO NW anzuwenden seien. Damit unterliege auch die Beigeladene dem § 107 GO NW. Gemäß § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GO NW falle der Betrieb von Einrichtungen der Abfallentsorgung unter die sogenannten privilegierten Tätigkeiten. Diese seien nicht als wirtschaftliche Betätigungen im Sinne von §§ 107 ff. GO NW anzusehen, gleichwohl könnten diese Tätigkeiten aber nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Verg 18/02 sowie der erkennenden Kammer, VK 21/04, nicht schrankenlos ausgeübt werden. Die grenzüberschreitende Tätigkeit einer solchen Einrichtung müsse in einem fördernden Zusammenhang zu dem gebietsbezogen zu betrachtenden öffentlichen Zweck der Einrichtung stehen.

Es sei aber nicht ersichtlich, dass die Schadstoffentsorgung im Kreisgebiet der Antragsgegnerin in irgendeiner Form die Erfüllung von Abfallentsorgungsaufgaben im Gebiet des RVR fördern könnte. Die Schadstoffentsorgung im Kreisgebiet der Antragsgegnerin stelle sich vielmehr als offensichtlich allein wirtschaftlich motivierte Erweiterung des Leistungsspektrums der Beigeladenen dar, die in keinerlei fördernden Zusammenhang mit dem auf das Verbandsgebiet des RVR zu beziehenden öffentlichen Zweck stehe. Eine solche Tätigkeit außerhalb des eigenen Verbandsgebietes stelle eine Wettbewerbsverfälschung nach Auffassung der Vergaberechtsprechung dar. Diese könne darin liegen, dass ein Unternehmen der öffentlichen Hand kraft gesetzlicher Anordnung eine wirtschaftliche oder eine für den Wettbewerb relevante Tätigkeit auf einem bestimmten Markt gar nicht aufnehmen darf, es aber dennoch tut und von einem anderen Unternehmen der öffentlichen Hand, dem Auftraggeber, darin durch die Auftragsvergabe auch noch unterstützt wird.

Die gegenteiligen Beschlüsse des OVG NRW vom 12.10.2004 gingen an dem gesetzgeberischen Willen und der Rechtswirklichkeit vorbei. Die Vorschrift des § 107

GO NW sei durch das Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung vom 20.09.2007 mittlerweile geändert worden. Gemäß § 107 Abs. 4 GO NW (n. F.) sei die nichtwirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes nunmehr nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorliegen würden. Damit sei für die nicht wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des eigenen Gemeindegebietes ein (dringender) öffentlicher Zweck erforderlich. Zur Begründung dieser Änderung werde im Referentenentwurf auf S. 38 ausgeführt, dass auch die bisherige kommunalaufsichtliche Praxis verlangt habe, dass bei einer nichtwirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets von der betroffenen Gemeinde die Darlegung des öffentlichen Zwecks erforderlich gewesen sei. Diese Praxis sei nach den Beschlüssen des OVG NW vom 12.10.2004 in Zweifel gezogen. Die vorgesehene Änderung stelle klar, dass die bisherige kommunalaufsichtliche Praxis dem gesetzgeberischen Willen entspreche.

Ein öffentlicher Zweck liege vor, so die Antragstellerin, wenn die Leistungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziele haben. Dies müsse auch Auswirkungen auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf haben. Denn nunmehr werde nicht nur ein fördernder Zusammenhang zwischen grenzüberschreitenden Betätigungen zu prüfen sein, wie dies der Entscheidung Verg 18/02 zugrunde lag, sondern nunmehr müsse die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets der handelnden Einrichtung selbst durch einen dringenden öffentlichen Zweck erfordert werden. Ein derartiger öffentlicher Zweck sei hier nicht ersichtlich.

Unabhängig davon liege auch kein fördernder Zusammenhang vor, der möglicherweise in der fehlenden Auslastung des Personals und der Fahrzeuge liegen könnte. Die Antragsgegnerin habe diesen ausweislich des Vergabevermerks nicht geprüft und nicht dokumentiert und ein Nachschieben einer nicht dokumentierten Prüfung in einem laufenden Nachprüfungsverfahren sei nicht zulässig.

Da das Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung am Tag nach seiner Verkündung in Kraft treten werde, sei es bereits jetzt im Rahmen der Eignungsprüfung von der Antragsgegnerin zu berücksichtigen. Nach dem Inkrafttreten der geplanten Neuregelung sei damit die Betätigung der Beigeladenen auf jeden Fall auf das eigene räumliche Gebiet beschränkt. Das hier im Streit stehende Entsorgungsgebiet gehöre nicht dazu. Zudem sei eine Abfallentsorgungstätigkeit außerhalb des Verbandsgebietes bereits jetzt wegen § 4 Abs. 3 RVRG nicht zulässig.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die zur Ausschreibung für die Entsorgung von schadstoffhaltigen Abfällen aus Haushaltungen im Kreis xxxxxxxxx eingegangenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten,
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß § 128 Abs. 4 GWB, § 80 VwVfG aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin meint, der Antrag sei unbegründet. Es gäbe zunächst keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Auftragsdurchführung nur unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen möglich sei. Im Rahmen des Bietergesprächs habe sie sich die Kalkulationsgrundlagen von der Beigeladenen erläutern lassen und sowohl die operative Auftragsabwicklung als auch die Angebotspreise hinterfragt. Sie habe sich auch die Kalkulation der Transporte erläutern lassen. Die Beigeladene habe ihr erläutert, dass sie die Entsorgungsleistungen aufgrund freier Behandlungskapazitäten in eigenen thermischen Behandlungsanlagen zu den angebotenen Konditionen erbringen könnte. Darüber hinaus befinde sich das Zwischenlager in unmittelbarer Nähe der Entsorgungsanlagen und des Weiteren habe die Beigeladene die Einhaltung aller gesetzlichen Bestimmungen bei der Leistungserbringung zugesagt.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe sie auch die Einzelposten im Angebot der Beigeladenen ordnungsgemäß überprüft, wobei sie die Preise einem Vergleich mit den üblichen Marktpreisen unterzogen als auch den preislichen Abstand zum zweitplatzierten Bieter berücksichtigt habe. Im Übrigen komme der Vorschrift in § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A grundsätzlich keine bieterschützende Funktion zu und eine Vergabestelle dürfe auch sogenannte Unterkostenpreise akzeptieren, wenn der Bieter auch zu diesen Preisen zuverlässig und vertragsgerecht leisten könne.

Hinsichtlich der Betätigung der Beigeladenen im Gebiet der Antragsgegnerin trägt diese vor, dass dies nicht unzulässig sei. Vielmehr habe das OLG Düsseldorf, Verg 18/02, die wirtschaftliche Betätigung zugelassen, wenn die angebotene Leistung in einem fördernden Zusammenhang mit ihrer gebietsbezogenen Tätigkeit stehe. So liege der Fall hier, weil durch die Beauftragung keine Zusatzinvestitionen bei der Beigeladenen ausgelöst würden. Durch die Beauftragung würden lediglich bestehende Restkapazitäten bei den Anlagen und Fahrzeugen der Beigeladenen genutzt.

Insbesondere verweist die Antragsgegnerin darauf, dass auch die Auffassung der erkennenden Kammer im Beschluss vom 04.10.2004 nicht dazu in Widerspruch stehe. Denn dort sei es ausschließlich um Leistungen der Abfalleinsammlung gegangen, hier hingegen ginge es um die Restauslastung von Anlagenkapazitäten und vorhandenen Spezialfahrzeugen für Problemabfälle.

Die Antragsgegnerin weist zudem auf die Beschlüsse des OVG NRW vom 12.10.2004. Dort werde die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ausdrücklich abgelehnt. Das OVG NRW habe dazu ausgeführt, dass die nichtwirtschaftliche Betätigung im Sinne des Gemeindefirtschaftsrechts keiner abgemilderten Beschränkung nach § 107 GO NW unterliege etwa in dem Sinne, dass eine die Grenzen des eigenen Gemeindegebiets überschreitende Abfallentsorgungstätigkeit in einem fördernden Zusammenhang mit der gebietsbezogenen Erfüllung des öffentlichen Zwecks stehen müsse. Dafür würden der Wortlaut des Gesetzes und sein erkennbarer Zweck nichts hergeben. Der Wortlaut des Gesetzes nehme die Abfallentsorgung eindeutig vom Begriff der wirtschaftlichen Beschränkung aus und unterwerfe sie daher auch nicht deren Schranken. Insbesondere müsse kein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordern.

Die Antragsgegnerin weist ausdrücklich darauf hin, dass die geplante Gesetzesänderung hinsichtlich § 107 GO NW im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht berücksichtigt worden sei, sondern von der derzeit gültigen Rechtslage ausgegangen wurde. Maßgeblicher Zeitpunkt sei die Einleitung des Vergabeverfahrens gewesen.

Abschließend meint die Antragsgegnerin, dass selbst dann, wenn ein Verstoß gegen § 107 GO NW vorliegen würde, dieser jedenfalls unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH keine Verletzung wettbewerblicher Vorschriften darstelle.

Darüber hinaus verweist die Antragsgegnerin auch auf die Ausführungen der Beigeladenen zu dieser Thematik.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Beigeladene keine Änderungen an den Verdingungsunterlagen hinsichtlich des Einsatzes von Nachunternehmern vorgenommen habe. Der Tatbestand der Änderung oder Ergänzung an den Verdingungsunterlagen umfasse weder nach Wortlaut noch nach Sinn und Zweck den Fall, dass ein Bieter nach außen ein ausschreibungskonformes Angebot abgibt, intern aber mit abweichenden Parametern kalkuliert. Dies sei höchstens eine Frage der preislichen Angemessenheitsprüfung. Die Auskömmlichkeit des Angebots habe sie aber im Bietergespräch ermittelt.

Die Antragsgegnerin verweist hinsichtlich des Nachunternehmereinsatzes auf § 4 Abs. 4 VgV. Nach dieser Neuregelung in der VOL/A dürfe kein Eigenleistungsanteil mehr von den Bietern gefordert werden. Deshalb habe sie diesbezüglich auch keine Nachweise in den Ausschreibungsunterlagen gefordert. Es bestehe auch keine Verpflichtung ihrerseits, entsprechende Angaben zu Unterauftragnehmern oder Eigenleistungsanteilen bereits im Angebot zu verlangen. Vielmehr dürfe den Bietern der Einsatz von Nachunternehmern nicht verwehrt werden. Ob, wann oder für welche Leistungen somit bei der Leistungserbringung Unterauftragnehmer eingesetzt werden, sei somit ausweislich ihrer Verdingungsunterlagen Sache des Bieters gewesen.

Entsprechende Angaben seien nicht Bestandteil der einzureichenden Angebote gewesen. Somit sei diesbezüglich auch keine Änderung eines Angebots möglich. Auch das Begleitschreiben der Beigeladenen sei eben nicht Bestandteil des Angebotes gewesen, sondern davon unabhängig, so dass die Angaben im Begleitschreiben nicht im Widerspruch zum Angebotstext stehen könnten. Außerdem sei durch die Angaben zum Nachunternehmen im Begleitschreiben der Leistungsumfang, der sich aus dem Angebotstext ergibt, überhaupt nicht tangiert worden.

**Die Beigeladene** meint, der Zuschlag auf ihr Angebot sei nicht vergaberechtswidrig.

Die Beigeladene behauptet, der Vortrag der Antragstellerin zu den Lenk- und Arbeitszeiten sei unsubstantiiert. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Antragstellerin auf eine Arbeitszeit von 11 bis 15 Stunden pro Tag komme, jedenfalls beziehe sich die Verordnung nicht auf Arbeitszeiten, sondern auf Lenkzeiten. Im Übrigen werde sie in der Lage sein alle einschlägigen Vorschriften, wozu auch die Regelung in Art 6 der VO (EG) Nr. 561/2006 vom 15.03.2006 gehöre, einzuhalten.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass sie auch nicht gegen § 2 Nr. 1 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW verstoße. Ein Verstoß scheidet aus, weil es keine weitere Voraussetzung für eine nichtwirtschaftliche Betätigung der Beigeladenen außer-

halb ihres Tätigkeitsbereiches gemäß § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW gebe. Die Beigeladene beruft sich auf die Entscheidungen des OVG NRW vom 12.10.2004 und die Ausführungen dazu in dem Referentenentwurf und meint, dass der Gesetzgeber dies als Anlass für die Neuregelung genommen habe. Würde aber die geltende Fassung des § 107 GO NW in dem Sinne auszulegen sein, dass nichtwirtschaftliche Betätigungen den Anforderungen des Absatzes 1 des § 107 GO NW unterliegen, könnte kein Regelungsbedarf bestehen. Folglich sei sicher davon auszugehen, dass der § 107 GO NW in der aktuellen Fassung nichtwirtschaftliche Betätigungen nicht dem Absatz 1 unterwerfe.

Aber auch wenn man der Auffassung des OLG Düsseldorf folge, läge kein Verstoß vor. Denn es könne ein fördernder Zusammenhang zwischen der das eigene Verbandsgebiet überschreitenden Abfallentsorgungstätigkeit und der gebietsbezogenen Erfüllung des originären öffentlichen Zwecks festgestellt werden. Sie habe nicht voll ausgelastete Fahrzeuge und auch das bereits errichtete und betriebene Zwischenlager in Gelsenkirchen habe noch freie Kapazitäten. Wenn aber sonst brachliegende Ressourcen oder freie Kapazitäten eingesetzt werden könnten, dann verstoße sie nicht gegen § 107 GO NW.

Im Ergebnis seien entweder mit der Rechtsprechung des OVG NW keine Anforderungen nach Kommunalwirtschaftsrecht zu stellen oder es läge – so wie vom OLG Düsseldorf gefordert – ein fördernder Zusammenhang vor. Demgegenüber weiche die Auffassung der erkennenden Kammer von beiden Entscheidungen der Obergerichte ab.

Die Beigeladene trägt weiterhin vor, dass das GO-Reformgesetz keine Relevanz für das vorliegende Vergabeverfahren habe, weil es noch nicht einmal in Kraft getreten sei. Außerdem habe sie die hier in Rede stehende Betätigung, und zwar die Entsorgung schadstoffhaltiger Abfälle, schon vor Jahrzehnten aufgenommen und somit lange vor dem Stichtag des 19.03.2007. Insofern gelte für sie weiterhin die bisherige Fassung des § 107 GO NW mit der damit ergangenen Rechtsprechung des OVG NW und des OLG Düsseldorf.

Außerdem meint die Beigeladene, das Vergaberecht habe nicht die Funktion, Verstöße gegen kommunalwirtschaftsrechtliche Vorschriften zu sanktionieren. Zunächst seien die Regelungen in § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 VOL/A keine Anspruchsgrundlagen, sondern müssten durch andere Vorschriften konkretisiert werden. Hinsichtlich der Frage, ob der Staat Teilnehmer in einem Vergabeverfahren sein könne, verweise das Vergaberecht über § 97 Abs. 7 GWB auf die Vorschriften in § 8 Nr. 6 VOB/A und § 7 Nr. 6 VOL/A. Aufgrund dieser Vorschriften seien die dort genannten Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen. Folglich habe der Gesetzgeber diese Thematik gesehen und im weitesten Sinne auch geregelt und damit eine abschließende Regelung hinsichtlich der Teilnahme des Staates am Wettbewerb getroffen.

Zudem meint die Beigeladene, durch die Vorschriften im GWB und der VOL/A solle mehr Wettbewerb eröffnet werden, nicht aber vor dem Marktzutritt einzelner Wettbewerbsteilnehmer geschützt werden. Die Teilnahme zusätzlicher Bieter am Vergabeverfahren sei aber als mehr Wettbewerb anzusehen. Der öffentliche Auftraggeber habe nicht zu prüfen, ob ein Teilnehmer am Wettbewerb gegen eine von ihm zu beachtende Marktzutrittsregelung verstoßen habe, sondern es ginge nur um die Durch-

führung eines fairen und transparenten Wettbewerbs, also um das Verhalten des Wettbewerbers im Vergabeverfahren, nicht aber um die Teilnahme dieses Wettbewerbers als solchen. Das GWB sei nicht auf die Beachtung und Einhaltung von anderweitig normierten Marktzutrittsregelungen und die Sanktionierung von Verstößen gegen solche Regelungen ausgerichtet.

Diese Auffassung werde auch durch die Rechtsprechung des BGH zum UWG bestätigt. Allein die Verletzung des § 107 NW GO habe nicht zur Folge, dass die wettbewerbliche Tätigkeit der Kommunen unlauter sei und die anderen Marktteilnehmer einen Anspruch auf Unterlassung hätten. Denn die Vorschrift diene nicht der Kontrolle des Marktverhaltens der Gemeinden. Insofern schütze § 1 UWG nur im Wettbewerb, aber nicht vor Wettbewerb.

Letztlich so trägt die Beigeladene vor, sei ein Vergabenachprüfungsverfahren sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht mit den in Rede stehenden kommunalwirtschaftsrechtlichen Fragestellungen überfordert. Es seien aufwändige Tatsachenfeststellungen erforderlich und schwierige rechtliche Bewertungen zu treffen und das in einem Zeitraum von regelmäßig nur 5 Wochen. Zudem sei wegen der sachlichen Nähe und Fachkompetenz der Verwaltungsgerichte zum Kommunalwirtschaftsrecht die ausschließliche Zuordnung zum Verwaltungsrechtsweg angezeigt.

Auch das OLG Düsseldorf habe in seiner Rechtsprechung, 22.05.2002, Verg 6/02, aufgezeigt, dass die Vergabenachprüfungsinstanzen keine Verstöße gegen Rechtsvorschriften zu prüfen haben, die nicht zu den von § 104 Abs. 2 GWB erfassten Regelungen gehören.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass sie auch keine Änderungen an den Verdingungsunterlagen hinsichtlich des Nachunternehmereinsatzes vorgenommen habe. Ausweislich der Verdingungsunterlagen, seien keine Angaben zum Nachunternehmereinsatz erforderlich gewesen und im Übrigen seien die Angaben nur im Anschreiben zum Angebot erfolgt. Zudem sei dadurch die abgefragte Leistung nicht verändert worden. Ein zwingender Ausschluss setze voraus, dass anhand der Verdingungsunterlagen klar und unmissverständlich erkennbar sei, unter welchen Voraussetzungen ein Ausschluss in Frage komme. Würde aber in einem Angebot eine Angabe gemacht, die sich nicht auf den geforderten Leistungsgegenstand bezieht, könne es sich nicht um eine Änderung der Verdingungsunterlagen handeln. Denn insoweit würden die Angaben des Bieters in keiner Weise die Vergleichbarkeit der Angebote berühren.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 12.11.2007 verlängert.

Am 17. Oktober 2007 ist das Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung – GO-Reformgesetz- in Kraft getreten. Gemäß § 107 Abs. 4 GO NW (n.F.) ist die nichtwirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaft gewahrt sind. Demzufolge wird die wirtschaftliche Betätigung als auch die nichtwirtschaftliche Betätigung (vgl. dazu § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW) an das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Zwecks gebunden.

In Artikel XI – Bestandsschutz- und Übergangsregelungen- § 1 Bestandsschutz zu Artikel 1- wird bestimmt, dass wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigungen, die vor dem 19. März 2007 auf der Grundlage der seinerzeit geltenden Gemeindeordnungen aufgenommen wurden, unbeschadet der in diesem Gesetz erfolgten Änderungen des § 107 GO NRW fortgesetzt werden dürfen.

Am 26.10.2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. In der mündlichen Verhandlung weist die Beigeladene ausdrücklich nochmals auf die Entscheidungen des OVG NW hin und meint, dass diese weiterhin entscheidend seien, und zwar unabhängig von der mittlerweile in Kraft getretenen Gemeindeordnung NW. Der unternehmensbezogene Begriff der nichtwirtschaftlichen Betätigung dürfe nicht an einem konkreten Auftragsverhältnis, also an einer konkreten wirtschaftlichen Betätigung festgemacht werden. Insofern beziehe sich auch die Übergangsregelung nicht auf die konkrete Auftragsvergabe (Vertragsschluss), sondern knüpfe an die unternehmerische Tätigkeit des kommunalwirtschaftlichen Betriebes an. Da sie ihre unternehmerische Tätigkeit bereits vor dem 19.03.2007 als AGR aufgenommen habe, genieße sie insofern Bestandsschutz, so dass auch die Neuregelung in § 107 Abs. 4 GO NW sie nicht betreffe. Im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit könne und müsse sie auch ihre sachlichen Kapazitäten auslasten oder erweitern und dem stehe – kraft der Übergangsregelung- auch nicht § 107 Abs. 4 GO NW entgegen. Da diese Vorschrift für sie nicht gelte, könne sie auch weiterhin außerhalb ihres eigenen Verbandsgebietes sich Aufträge besorgen und damit ihre Auslastung steigern. Dafür bedürfe es in ihrem Falle keines dringenden öffentlichen Zweckes.

Ausdrücklich weist die Beigeladene darauf hin, dass die Auffassung der erkennenden Kammer, die von der Rechtsprechung beider Obergerichte abweiche, dazu führe, dass sie ihre vorhandenen Kapazitäten nicht hinreichend auslasten könne. Die sachlichen Mittel und Anlagen seien aber vorhanden und müssten ausgelastet werden, um diese wirtschaftlich betreiben zu können.

Die Kammer hat demgegenüber erneut auf die Auffassung des Gesetzgebers hingewiesen und auf das gerade erst abgeschlossene Gesetzgebungsverfahren, in deren Verlauf alle maßgeblich betroffenen Gruppierungen angehört wurden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert für die Leistungen über einen Zeitraum von drei Jahren liegt oberhalb von 211.000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin hat ein Angebot vorgelegt und befindet sich damit auf dem zweiten Rang. Sie hat ordnungsgemäß innerhalb von 5 Tagen gerügt.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat darauf hingewiesen, dass der Angebotspreis der Beigeladenen außergewöhnlich niedrig sei, woraus sich eine Unangemessenheit herleiten lasse. Sie beruft sich zudem auf die Verletzung des § 107 GO NW in Verbindung mit dem Prinzip der wettbewerblichen Vergabe. Denn § 107 GO NW gehöre unmittelbar zu den drittschützenden Vorschriften, die der öffentliche Auftraggeber im Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB einzuhalten hat, so auch OLG Düsseldorf, 17.06.2002, Verg 18/02.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Beigeladenen unzulässigerweise in der Wertung belassen.

a) Das Angebot der Beigeladenen ist bereits gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A von der Wertung auszuschließen, weil die Angaben der Beigeladenen zu dem Nachunternehmereinsatz unklar und widersprüchlich sind. Deshalb kann die Antragsgegnerin das Angebot, so wie es abgegeben wurde, nicht annehmen. Dieser Ausschlussgrund ist zwar nicht ausdrücklich in der VOL/A geregelt, ergibt sich aber aus § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A. Denn das Angebot müsste ergänzt oder geändert werden, damit es angenommen werden kann. Bestimmte Änderungen sind aber gemäß § 24 VOL/A nicht zulässig.

Im Einzelnen:

aa) Die Antragsgegnerin hatte in den Verdingungsunterlagen keine Vorgaben zu Nachunternehmern gemacht, sondern dies den Bietern überlassen. Grundsätzlich war den Bietern damit der Einsatz von Nachunternehmern gestattet, wobei es ihm unbenommen ist, auch zu 100% einen oder mehrere Nachunternehmer einzusetzen.

Ein Verstoß gegen § 10 VOL/A liegt nicht vor; die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, solche Angaben von den Bietern zu verlangen. Ebenso wenig hatte die Antragsgegnerin von den Bietern die Vorlage von Verpflichtungserklärungen oder vergleichbaren Nachweisen im Sinne von § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A mit dem Angebot verlangt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund des § 4 Abs. 4 VgV. Es geht hier nicht um die Frage, ob Nachunternehmer eingesetzt werden dürfen, sondern um die Frage, welche rechtsverbindliche Erklärung die Beigeladene zu dem Thema „Nachunternehmereinsatz“ in ihrem Angebot abgegeben hat. Ein Bieter ist aber grundsätzlich verpflichtet, eindeutige und klare Aussagen über den Nachunternehmereinsatz zu machen, OLG Frankfurt, 27.06.2003, 11 Verg 4/03; BayObLG, 15.04.2003, Verg 5/03.

bb) Die Erklärung der Beigeladenen im Begleitschreiben, sie werde für Teilleistungen einen namentlich genannten Subunternehmer einsetzen, war in dieser Art und Weise widersprüchlich zu den Angaben, die sie selbst in ihrem Angebotstext gemacht hatte. Die Beigeladene hat insofern kein annahmefähiges Angebot abgegeben.

Es ist ein anerkennenswertes Auftraggeberinteresse zu verhindern, dass über die Geltung von Vertragsbedingungen nachträglich Streit entsteht bzw. von vornherein einen solchen Streit zu unterbinden, VK Brandenburg, 25.05.2005, VK 6/05; VK Bund, 21.04.2004, VK 1-45/04. Widersprüchliche Angebote sind deshalb auszuschließen, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 20.02.2007, Verg 3/07.

(1) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ist das Begleitschreiben Teil des Angebotes.

Sowohl das Begleitschreiben als auch der Angebotstext werden zeitgleich eingereicht und stehen miteinander in einem engen Zusammenhang. Beide Unterlagen werden gemäß § 22 Nr. 3 VOL/A nach Öffnung gekennzeichnet und werden somit wesentlicher Teil des Angebotes. Wenn ein Bieter seinem Angebot selbst verfasste rechtsverbindliche Erklärungen, beispielsweise in einem Begleitschreiben beifügt, dann sollen diese in der Regel auch Inhalt des Angebotes sein. Einen anderen Sinn können diese Erklärungen jedenfalls aus der Sicht eines Bieters nicht haben.

So werden in Begleitschreiben häufig Preisnachlässe oder andere Vorteile von den Bietern genannt. Solche Angaben sollen und können rechtserhebliche Auswirkungen haben. Auch die Beifügung eigener Geschäftsbedingungen durch den Bieter, zum Beispiel auf der Rückseite des Angebotsschreibens, ist als eine rechtsverbindliche Erklärung einzustufen, die – obwohl nur im Anschreiben- dennoch im Kontext mit dem Angebot steht und regelmäßig zum Ausschluss des Angebotes führt.

Soweit sich rechtserhebliche Erklärungen in dem Anschreiben zum Angebot befinden, mit denen der Bieter Vorteile einräumt, steht es völlig außer Frage, dass auch diese Erklärungen Inhalt des Angebotes werden. Wird der Zuschlag auf ein solches Angebot erteilt, so kann der Bieter nicht anschließend das Anschreiben als nicht rechtsverbindlich, da nicht Inhalt des Angebots, darstellen. Gleiches gilt aber auch für den umgekehrten Fall.

(2) Die im Begleitschreiben gemachten rechtsverbindlichen Erklärungen müssen aber mit dem Angebotstext oder den Aussagen in den Verdingungsunterlagen übereinstimmen, ansonsten sind die Angaben des Bieters widersprüchlich und ein solches Angebot ist dann nicht annahmefähig.

In ihrem Anschreiben teilte die Beigeladene mit, dass sie für nicht näher genannte Teilleistungen einen namentlich genannten Subunternehmer einsetzen wolle. In ihrem Angebot hatte die Beigeladene –so wie von der Antragsgegnerin in ihren Verdingungsunterlagen gefordert- eine inhaltliche Beschreibung der angebotenen Leistungen vorzunehmen. Die Bieter hatten das Schadstoffmobil zu beschreiben und die Entsorgungsanlagen verbindlich zu benennen. Diese Anforderungen hat die Beigeladene hinsichtlich ihrer Person erfüllt. Sie hat vorgetragen, dass ihre Fahrzeuge den gesetzlichen und technischen Regelungen entsprechen, das Personal die notwendige Ausbildung besitzt und für die weitere Verwertung und Entsorgung die eingesammelten Sonderabfälle zu ihrem Zwischenlager nach Gxxxxxxxxxxxxx verbracht werden.

In ihrem Angebot gibt es keine Leistung oder Teilleistung, die nicht unmittelbar von ihr selbst erbracht werden sollte. Wenn sich dann aber in dem Anschreiben zum Angebot ein Bieter die Erledigung von Teilleistungen, die nicht genannt sind, durch einen Subunternehmer vorbehält, ist dies eine zum Angebotstext widersprüchliche Angabe, die zu Unklarheiten bei der Vertragsausführung führen kann.

Dem steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin hier keine Angaben zu Subunternehmern verlangt hat. Tatsache ist, dass sich aus dem Angebotstext ergab, dass

die Beigeladene ihre Fahrzeuge, ihr Personal und ihre Betriebsstätten zur Erfüllung der Leistung einsetzen wollte. Damit erklärte sie, dass sie im Falle der Auftragserteilung, den Auftrag so wie im Angebotstext beschrieben, mit ihren eigenen Mitteln durchführen werde. Dies steht im Gegensatz zu ihrer rechtsverbindlichen Äußerung im Begleitschreiben.

Darüber hinaus gehören die Angaben zu einem potentiellen Einsatz von Nachunternehmern zu den wesentlichen Leistungen eines Bieters, die wettbewerblich relevant sind. Durch den Einsatz von Subunternehmern behält sich der Bieter weitreichende Handlungsmöglichkeiten offen, die im Verhältnis zu anderen Bietern durchaus zu Wettbewerbsverzerrungen führen können. Im vorliegenden Fall sind beispielsweise Auswirkungen auf die Kalkulation nicht sicher auszuschließen, wenn die Beigeladene den im Entsorgungsgebiet ansässigen Subunternehmer beauftragen würde, seine Fahrzeuge an bestimmten Sammelstellen in Einsatz zu bringen, anstatt die eigenen Fahrzeuge mit erheblich längeren Anfahrtswegen zu schicken.

Im Ergebnis war das Angebot der Beigeladenen, so wie es vorliegt, nicht annahmefähig.

cc) Die Antragsgegnerin hatte dies ebenfalls erkannt und im Aufklärungsgespräch nachgefragt. Allerdings sind gemäß § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A Verhandlungen über Änderungen der Angebote und Preise nicht statthaft. Die nachträgliche Streichung des Satzes aus dem Anschreiben des Angebotes, dass für Teilleistungen die Dienste einer bestimmten Firma als Subunternehmer in Anspruch genommen werden sollen, - so wie sich dies aus der Anlage C zum Vergabevermerk ergibt - war im Rahmen des Aufklärungsgesprächs am 30.08.2007 nicht zulässig. Dadurch ist das Angebot der Beigeladenen unzulässigerweise geändert worden.

Nach Ablauf der Angebotsabgabefrist ist ein Angebot bindend und kann weder vom Bieter inhaltlich geändert oder ergänzt werden noch darf die Vergabestelle eine solche Angebotsänderung gestatten (§ 24 Nr. 2 VOL/A), so OLG Düsseldorf, 05.05.2004, Verg 10/04. Dies gilt unabhängig vom Umfang und der Intensität der festgestellten Abweichungen, OLG Düsseldorf, 15.12.2004, Verg 47/04; VK Münster, 20.04.2005, VK 6/05. Es handelt sich hier auch nicht um eine nachträglich abgegebene Erklärung des Bieters zu seinem Angebot, die bei der Auslegung des Angebotes berücksichtigt werden könnte, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 12.03.2007, Verg 53/06. Denn die durch Auslegung ermittelte Widersprüchlichkeit konnte nicht durch Erläuterungen nachvollziehbar geheilt werden, sondern zur Beseitigung dieser Widersprüchlichkeiten musste das Angebot inhaltlich geändert werden.

Aufklärungsverhandlungen können aber nur dazu dienen, einen feststehenden Sachverhalt aufzuklären, nicht aber diesen zu verändern. Es darf jedenfalls nicht der eindeutige Inhalt eines Angebots abgeändert werden, Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2007, § 24 Rn. 9 und 13; OLG Düsseldorf, 30.07.2003, Verg 32/03.

Hier war eine tatsächliche Änderung des Angebotes erforderlich, und zwar musste die Beigeladene entweder die für den Subunternehmer vorgesehenen Teilleistungen benennen oder eben erklären, dass der Subunternehmer überhaupt nicht mehr in Anspruch genommen wird und sie den Auftrag in eigener Regie durchführen werde. In dem Aufklärungsgespräch hat sich die Beigeladene für die 2. Alternative entschie-

den und damit inhaltlich ihr Angebot geändert. Dies ist vergaberechtlich nicht zulässig und darf auch nicht im Wege der Aufklärungsverhandlungen von der Vergabestelle zugelassen werden.

Somit war das Angebot der Beigeladenen bereits wegen dieser widersprüchlichen Äußerungen im Zusammenhang mit einem Nachunternehmer gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A auszuschließen.

b) Das Angebot der Beigeladenen war aber auch auszuschließen, weil eine Betätigung der Beigeladenen in der hier vorliegenden Art und Weise gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW nicht zulässig ist. Die Kammer hat sich bereits im Beschluss vom 04.10.2004, VK 21/04, dahingehend geäußert, dass für derartige grenzüberschreitende Tätigkeiten nicht nur ein fördernder Zusammenhang (so OLG Düsseldorf, Verg 18/02) erforderlich ist, sondern ein öffentlicher Zweck im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NW.

Auch die neue Regelung in § 107 Abs. 4 GO NW zeigt, dass sich der Gesetzgeber für den Vorrang der privaten Leistungserbringung vor der Leistungserbringung durch die öffentliche Hand (Privat vor Staat) entschieden hat und auch für nicht wirtschaftliche Betätigungen im Sinne von § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW - wozu auch die Abfallentsorgung gehört - außerhalb des Gemeindegebietes die Prüfung eines (dringenden) öffentlichen Zweckes anordnet.

Den gegenteiligen Beschlüssen des OVG NRW vom 12.10.2004, die nach der Vergabekammerentscheidung vom 04.10.2004 ergingen, kann wegen der Ausführungen im Referentenentwurf und dem eindeutigen Wortlaut des § 107 Abs. 4 GO NW (n.F.) nicht mehr gefolgt werden. Die Entscheidungen des OVG NRW waren offensichtlich Anlass für die Änderungen in § 107 Abs. 4 GO NW. Der unternehmensbezogene Begriff der nichtwirtschaftlichen Betätigung – so wie vom OVG NRW vertreten – findet sich in der Gemeindeordnung nicht wieder. Vielmehr wurde der bisherige § 107 Abs. 4 GO NW, der sich bislang lediglich auf die Aufnahme von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Betätigungen auf ausländischen Märkten bezog, ausdrücklich um das Tatbestandsmerkmal „außerhalb des Gemeindegebiets“ und den Hinweis auf den dringenden öffentlichen Zweck ergänzt.

Dem steht auch nicht die Übergangsregelung in Artikel XI § 1 entgegen, weil die dort verwandten Begriffe der wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Betätigungen nicht anders interpretiert werden können als in § 107 GO NW. Nach Auffassung der Kammer war aber vor und nach der Neuregelung in § 107 GO NW ein öffentlicher Zweck für die nichtwirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes erforderlich, der jedenfalls nicht in der Auslastung von sonst brachliegenden Kapazitäten liegen kann.

Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass kommunalwirtschaftliche Unternehmen ihre möglicherweise vorhandenen Überkapazitäten auch auf andere Weise auslasten können. Bereits mit Beschluss vom 21.06.2006, Verg 17/06 hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass die Gründung eines Entsorgungszweckverbandes und die satzungsmäßige Verlagerung von Entsorgungsaufgaben auf den Zweckverband nicht dem Begriff des öffentlichen Auftrags im Sinne von § 99 GWB unterfällt.

c) Die Kammer lässt es hier dahingestellt, ob das Angebot der Beigeladenen wegen eines möglicherweise offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Preis gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A aus der Wertung auszuschließen war. Jedenfalls kann der Unterschied von ca. 26 % zum Angebot der Antragstellerin nicht zum Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A führen.

Auf Angebote, die in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Dies war bei dem Angebot der Antragstellerin nicht der Fall.

aa) Zunächst liegen die beiden anderen im Wettbewerb abgegebenen Angebote erheblich über dem Preis, den die Antragstellerin genannt hatte, was dafür spricht, dass der Angebotspreis der Beigeladenen, der ca. 50% unterhalb dieser Angebotspreise liegt, unangemessen niedrig sein muss.

bb) Weiterhin ist die Kostenschätzung der Antragsgegnerin nicht umfassend nachvollziehbar. Anstatt einen Mittelwert aus den Jahreskosten aus den vorangegangenen Jahren zu ermitteln und gegebenenfalls den entsprechenden Preisindex im Abfallbereich zu berücksichtigen, wird der Auftragswert bei der Kostenschätzung mit der Bemerkung, man erwarte günstigere Entsorgungskosten, erheblich niedriger angesetzt als der Mittelwert. Geht man lediglich vom Mittelwert (ohne Preisindex) aus und addiert die Mehrwertsteuer hinzu, so erhält man ungefähr den von der Antragstellerin gebotenen Angebotspreis (brutto).

Insofern spricht vieles dafür, dass der Angebotspreis der Antragstellerin, obwohl um ca. 26 % höher als der Angebotspreis im Angebot der Beigeladenen, nicht unangemessen ist. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin dies auch nicht im Vergabevermerk festgestellt.

d) Die Kammer lässt es hier auch dahingestellt, ob das Angebot der Beigeladenen gegen Art. 6 der VO EG Nr. 561/2006 vom 15.03.2006 verstößt und dies vergaberechtliche Relevanz hat.

### III.

Da die Antragstellerin mit ihrem Angebot auf dem zweiten Platz liegt, ist sie gemäß § 114 Abs. 1 GWB auch in ihren Rechten verletzt, wenn der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt würde.

Im Ergebnis ist dem Nachprüfungsantrag damit stattzugeben. Die Antragsgegnerin ist zu einer neuen Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer und unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu verpflichten.

### IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten (§ 128 Abs. 1 GWB) zu tragen. Die Antragsgegnerin kann sich hier nicht auf § 8 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes berufen, weil sie weder als Gemeinde noch als Gemeindeverband tätig wurde, sondern

die Amtshandlungen (Ausschreibung) hier von einem ihrer wirtschaftlichen Unternehmen, das sie in der Form einer GmbH betreibt, erfolgt sind.

Da die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren keinen eigenen Antrag gestellt hat, kann nicht festgestellt werden, ob sie im Verfahren unterliegt oder obsiegt. Daher kann weder eine Kostenerstattung zu ihren Gunsten erfolgen, noch kann sie zur Kostentragung herangezogen werden, OLG Düsseldorf, 13.08.2003, Verg 1/02.

Bei der Höhe der Gebühr ist gemäß § 128 Abs. 2 GWB von dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens auszugehen. Die Gebühr beträgt mindestens 2500 €. Ausgehend von dem Gesamtauftragswert über drei Jahre aus dem Angebot der Antragstellerin wird hier eine Gebühr in Höhe von 2800 € festgesetzt.

#### V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt, § 128 Abs. 4 GWB. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Kartellvergaberecht und dem Gemeinderecht hier streitentscheidend waren. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin diese Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Heine

