

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
-XXXXX-
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 26.10.2007 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Heine

am **31. Oktober 2007** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, soweit sie an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, das Vergabeverfahren – Erfassung und Entsorgung von Sonderabfällen aus Haushaltungen im Kreis xxxxxxxx- beginnend mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder mit der Bekanntmachung zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2800 € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb die Erfassung und Entsorgung von Sonderabfällen aus dem Kreisgebiet für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 31.12.2009 mit einer einmaligen Vertragsverlängerung aufgeteilt in 11 Gebietslose in einem Verfahren nach der VOL/A europaweit aus. Angebote konnten nur für alle Lose abgegeben werden; Nebenangebote waren nicht zulässig. Die Gesamtkosten betragen ca. 950.000 €.

Als Zuschlagskriterien nannte die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung:

1. Angebotspreise für die Erfassung und Entsorgung von Sonderabfällen, Gewichtung: 1.
2. evtl. anfallende Mehrkosten für Transport und Umschlag von Sonderabfällen, Gewichtung: 1.

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 xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (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 gebietsbezogenen 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 entspricht.

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.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen finde auch nicht der Hauptteil der Leistungen, und zwar die Entsorgung in ihrem Verbandsgebiet statt. Denn damit verkenne sie den Sinngehalt der Regelung in § 107 GO NW. Für die Frage, ob eine grenzüberschreitende Tätigkeit vorliege, komme es darauf an, wo die Abfälle gesammelt werden und nicht, wo sie entsorgt werden.

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 Erfassung und Entsorgung von Sonderabfällen aus Haushaltungen im Kreis xxxxxxxx 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 einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass für die Antragsgegnerin die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten erforderlich war.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, soweit sie sich auf eine Verletzung von § 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A berufe, weil diese Regelungen kein subjektives Recht begründen würden, wenn der Bieter sich nicht gerade auf einen Ausnahmefall berufe, was hier nicht vorgetragen worden sei.

Zudem habe die Antragsgegnerin die Urkalkulation der Beigeladenen überprüft und festgestellt, dass die Kosten hier von den ihr bekannten marktüblichen Kosten in den Angeboten anderer Bieter nicht abweichen und das Angebot auch ansonsten schlüssig ist und eine ordnungsgemäße Kalkulation erkennen lasse. Letztlich sei der Abfallentsorgungsbereich auch ein sehr dynamischer Markt. Im Übrigen habe sie den ihr hier zustehenden Beurteilungsspielraum ordnungsgemäß ausgeübt.

Die Antragsgegnerin vertritt weiterhin die Auffassung, der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen müsse nicht aufgrund des Wettbewerbsprinzips gemäß § 2 Nr. 1 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW erfolgen.

Die Antragsgegnerin beruft sich auf die Beschlüsse des OVG Münster vom 12.10.2004 und trägt vor, dass es sich um eine nicht wirtschaftliche Betätigung im Sinne von § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW handele, die an keine weiteren Voraussetzungen, etwa dem Dienen oder Fördern eines öffentlichen Zweckes gebunden sei. Sie verweist insoweit auf die Ausführungen der Beigeladenen und meint, dass die Neufassung des § 107 GO NW jedenfalls keine Verschärfung der Anforderungen an die Zulässigkeit der gebietsfremden Tätigkeiten von Kommunen zur Folge habe.

Bereits bis zum Jahre 1999 sei der Zusatz „dringend“ in § 107 GO NW enthalten gewesen und als bedeutungslos angesehen worden, weil er nicht präzise zu fassen gewesen sei. Die Unterscheidung wäre somit eher theoretischer Natur gewesen, was auch für die Wiedereinführung des Begriffs gelte.

Zudem sei für die Frage, ob die Betätigung außerhalb des Verbandsgebietes stattfinde, auf den Schwerpunkt der ausgeschriebenen Leistung abzustellen. Das sei hier nicht das Erfassen, sondern die Entsorgung der Sonderabfälle, die innerhalb des Verbandsgebiets der Beigeladenen, und zwar in den Anlagen der Beigeladenen erfolgen solle. Entscheidend sei letztlich eine institutionelle Betrachtungsweise, die an den Ort der eigentlichen Wertschöpfung der gemeindlichen Dienstleistung innerhalb der Gemeinde anknüpfe.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass auch unter Zugrundelegung der Auffassung des OLG Düsseldorf, 17.06.2002, Verg 18/02, ein Ausschluss der Beigeladenen von der Wertung vergaberechtlich nicht erforderlich sei. Denn das OLG Düsseldorf habe entschieden, dass die Abfallentsorgung in fremden Gemeindegebieten zulässig sei, wenn diese die Erfüllung von Abfallentsorgungstätigkeiten im eigenen Gemeindegebiet fördern würde. Das sei jedenfalls dann der Fall, wenn die Hinzunahme eines weiteren räumlichen Betätigungsfeldes dazu führe, dass freie Kapazitäten oder sonst brachliegende Ressourcen auf diese Weise genutzt werden könnten. Dies habe die Beigeladene bereits schriftlich dargelegt. Sie werde für die Ausführung der

vergabegegenständlichen Leistungen die bei ihr bereits vorhandenen, aber derzeit nicht ausgelasteten Entsorgungskapazitäten in personeller und sachlicher Hinsicht nutzen. Im Übrigen sei auch nicht ersichtlich, dass durch die Neuregelung eine Verschärfung der bislang maßgeblichen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bezweckt worden sei, sondern die Ausführungen im Referentenentwurf hätten nur Bezug auf die Entscheidungen des OVG NW genommen.

Außerdem weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass für die konkrete Vergabe der Rückgriff auf den mit Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung vom 20.09.2007 neu gefassten § 107 GO NW nicht zulässig sei. Vielmehr sei hier nur die geltende Gesetzeslage maßgeblich. Etwas anderes könne auch nicht aus der Vorschrift entnommen werden, wonach wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Betätigungen, die vor dem 19.03.2007 aufgenommen wurden, fortgesetzt werden könnten. Sollte mit dieser Regelung eine Rückwirkung des Gesetzes statuiert werden, sei diese mehr als zweifelhaft.

Abschließend meint die Antragsgegnerin, dass die Neufassung des § 107 GO NW verfassungswidrig sein könnte, weil das Selbstverwaltungsrecht in Art. 28 GG auch die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen schütze und aus den Grundrechten lasse sich kein Vorrang der privatwirtschaftlichen vor der kommunalwirtschaftlichen Betätigung herleiten.

Die Antragsgegnerin behauptet zudem, dass die Beigeladene vor der Abgabe ihres Angebots sie darüber informiert habe, dass ihr der Jahresabschluss für das Jahr 2006 nicht vorliege, so dass sie lediglich die Umsätze auf der Basis der Jahresabschlüsse 2003 bis 2005 nennen könne. Damit habe sie sich einverstanden erklärt. Gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOL/A sei es zulässig, dass ein Unternehmen seine Leistungsfähigkeit durch Vorlage anderer als vom Auftraggeber geforderter Belege nachweist. Im Übrigen könne sie Informationen über die Umsatzentwicklung der Beigeladenen für die Jahre 2000 bis einschließlich 2007 aus der vorgelegten Referenzliste entnehmen. Zudem habe sich die Beigeladene auf ihre Aussage hinsichtlich der Unterlagen verlassen dürfen.

Im Übrigen sei die schwerwiegende Folge eines Ausschlusses wegen fehlender Nachweise nur dann gerechtfertigt, wenn diese Nachweise als Mindestbedingungen gefordert waren, was hier nicht der Fall gewesen sei. Auch besitze die Angabe von Umsatzerklärungen keinerlei wettbewerbliche Relevanz, weil diese nicht kalkulationserheblich seien. Wenn durch das Fehlen der Nachweise der Wettbewerb nicht beeinträchtigt werde, könne dies auch nicht zum Ausschluss des Angebots führen.

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

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, dass sie 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 außerhalb 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 läge ein fördernder Zusammenhang zwischen der das eigene Verbandsgebiet überschreitenden Abfallentsorgungstätigkeit und der gebietsbezogenen Erfüllung des originären öffentlichen Zwecks. 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 Durchführung 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 behauptet die Beigeladene, der Umstand, dass sie nur die Umsatzzahlen für die Jahre 2003 bis 2005 mitgeteilt habe, rechtfertige keinen Angebotsausschluss. Sie habe die Anforderung der Antragsgegnerin in der Bekanntmachung und der Angebotsaufforderung so verstanden, dass nur die geprüften Jahresabschlüsse vorzulegen seien. Sie habe dies so verstehen dürfen, weil ausschließlich verlässliche Zahlen abgefordert werden könnten. Eine hinreichende Richtigkeitsgewähr würden aber nur solche Umsatzzahlen bieten, die in einem geprüften Jahresabschluss testiert worden seien. Für das Jahr 2006 habe sie aber im Zeitpunkt der Angebotsabgabefrist noch nicht über einen geprüften Jahresabschluss verfügt.

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 xxxxaufgenommen 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.

Weiterhin haben die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend in der Verhandlung mitgeteilt, dass aus ihrer Sicht keine zwei Zuschlagskriterien genannt wurden, sondern lediglich der Preis als einziges Kriterium. Die eventuell anfallenden Mehrkosten seien lediglich Berechnungsparameter bei der Ermittlung des Preises gewesen, weil in den Fällen, in denen Sammlung und Entsorgung der Abfälle auseinander falle, die Ermittlung problematisch werden könnte.

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 Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV).

Der geschätzte Auftragswert für die Gesamtleistung 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 unabhängig von den Bedenken hinsichtlich § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A auch auf § 2 Nr. 1 VOL/A hingewiesen, so dass sie jedenfalls in ihren Rechten verletzt sein könnte. Die Rüge ist auch unverzüglich innerhalb von 5 Tagen erfolgt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

a) Die Antragsgegnerin hat hier zunächst gegen § 25a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A verstoßen.

Gibt die Vergabestelle mehrere Zuschlagskriterien an, sind diese gemäß § 25a Nr. 1 Abs. 1 S. 2 und 3 VOL/A zu gewichten. Die Gewichtung kann mit einer angemessenen Marge erfolgen. Ausgehend von den Verdingungsunterlagen hat die Antragsgegnerin hier zwei Zuschlagskriterien angegeben, diese aber – was dann erforderlich gewesen wäre- nicht gewichtet.

aa) Der Auftraggeber hat die Zuschlagskriterien unmissverständlich so zu formulieren, dass die fachkundigen Bieter keine Verständnisschwierigkeiten haben. Denn alle Interessenten sollen bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen erhalten. Dies bedeutet konkret, dass die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so gefasst werden müssen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in der gleichen Weise auslegen können, EuGH, Urteil vom 04.12.2003, C-448/01.

Dabei hat die Auslegung der Verdingungsunterlagen aus der objektiven Sicht eines verständigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters zu erfolgen, OLG Düsseldorf 20.05.2005, Verg 19/05; VK Münster, 17.11.2005, VK 21/05.

Ausgehend vom Wortlaut der Bekanntmachung hat die Antragsgegnerin zwei Zuschlagskriterien angegeben, und zwar 1. die Angebotspreise für die Erfassung und Entsorgung von Sonderabfällen und 2. die evt. anfallenden Mehrkosten für Transport und Umschlag von Sonderabfällen. Auch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe hat die Antragsgegnerin eindeutig zwei Zuschlagskriterien genannt. Dort werden die zusätzlichen Transport – und Umladekosten auch nicht mehr als eventuelle Mehrkosten bezeichnet.

Die Kammer verkennt nicht, dass aus Ziffer 5 der Bewerbungsbedingungen deutlich wird, dass die Mehrkosten als Berechnungsparameter dienen sollten und die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend in der mündlichen Verhandlung erklärten, dies auch so verstanden zu haben. Dieses Verständnis hat aber, wie oben ausgeführt, weder in der Bekanntmachung noch in dem Angebotsaufforderungsschreiben, das den auch hier nicht beteiligten Interessenten zuzugang, Ausdruck gefunden (in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 06.06.2007, Verg 8/07). Der objektiv auszulegende Text lässt diese Deutung nicht zu. Wenn aber bereits der Wortlaut in der Bekanntmachung eindeutig zu dem erklärten Willen der Vergabestelle in Widerspruch steht, kann diese unmissverständliche Erklärung im

Text nicht anschließend so korrigiert werden, dass sie einen eindeutig nicht erklärten Inhalt, und zwar den von der Vergabestelle gewollten, erhält.

Zudem ist es nicht ausreichend, wenn sich die Gesichtspunkte, die in die Wertung eingeflossen sind, aus den Verdingungsunterlagen ableiten lassen, wie hier aus den Ausführungen zu Ziffer 5. Vielmehr muss regelmäßig davon ausgegangen werden, dass die für die Bewertung herangezogenen Kriterien und deren Gewichtung die Angebote der Bieter inhaltlich beeinflussen, somit wertungsrelevant sind und damit bereits allen Interessenten eindeutig bekannt zu geben sind, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 05.09.2007, Verg 19/07.

Auch der Einwand der Antragsgegnerin, dass es sich schließlich in beiden Fällen um monetäre Kriterien handele, so dass in der Wertung schließlich nur ein Zuschlagskriterium, und zwar der Preis geprüft werde, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Auch dann, wenn eine Vergabestelle mehrere monetäre Zuschlagskriterien nennt, müssen diese vorher gewichtet und den Bietern die Gewichtung mitgeteilt werden.

bb) Da aber mehrere Zuschlagskriterien angegeben wurden, ist eine Gewichtung dieser Kriterien durch die Vergabestelle gemäß § 25a Nr. 1 VOL/A zwingend erforderlich gewesen. Dabei kann der öffentliche Auftraggeber die Gewichtung mittels einer Marge vornehmen oder andere Bewertungsfaktoren, die eine Abstufung erkennen lassen, nennen. Ein öffentlicher Auftraggeber muss im Vorhinein die Gewichtung der Zuschlagskriterien vornehmen und bekannt geben, VK Münster, 30.03.2007, VK 4/07.

Dabei kann sich die Antragsgegnerin auch nicht auf technische Probleme beim Ausfüllen des Bekanntmachungsvordrucks stützen, weil diese technisch zu beheben sind, nicht aber durch eine entsprechende Umdeutung von bekannt gegebenen Texten nachträglich korrigiert werden können.

Eine nachvollziehbare Gewichtung dieser beiden Zuschlagskriterien ist weder aus der Bekanntmachung noch aus den Verdingungsunterlagen zu ersehen. Möglicherweise könnte aus der Angabe „Gewichtung: 1“, so wie in der Bekanntmachung genannt, gefolgert werden, dass es eigentlich nur ein Zuschlagskriterium geben sollte, und zwar den Preis, wobei die zusätzlichen Transport- und Umladekosten lediglich bei der Wirtschaftlichkeitsberechnung einbezogen werden sollten. Dies widerspricht aber ausdrücklich dem Wortlaut, wonach eben zwei Zuschlagskriterien genannt wurden und beide die Gewichtung 1 erhielten.

Dies führt zwingend zu einem Vergaberechtsverstoß im Sinne von § 25a Nr. 1 VOL/A, und zwar unabhängig davon, ob einer der Verfahrensbeteiligten diesen Verstoß vor Einleitung erkannt und gerügt hat oder sich im Laufe des Nachprüfungsverfahrens darauf bezogen hat. Denn für eine Neuwertung der Angebote ist die Antragsgegnerin auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend angewiesen.

b) Weiterhin hat die Antragsgegnerin hier gegen § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A verstoßen. Danach kommen bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter in Betracht, die für die Erfüllung der vertraglichen

Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

Dem Angebot der Beigeladenen lagen keine Umsatzzahlen aus den letzten drei Geschäftsjahren bei, so wie die Antragsgegnerin dies gefordert hatte. Ausweislich der Bekanntmachung aus dem Jahre 2007 mussten es die letzten drei Geschäftsjahre sein. Damit waren Umsatzzahlen für die Jahre 2006, 2005 und 2004 vorzulegen. Demgegenüber wies das Angebot der Beigeladenen Umsatzzahlen aus den Jahren 2003 bis 2005 nach.

Aus der Bekanntmachung ergab sich auch nicht, dass es sich um geprüfte Jahresabschlüsse handeln musste, vielmehr sollten die Umsätze bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre nachgewiesen werden. Nach der Bekanntgabe dieser Eignungskriterien ist die Vergabestelle daran gebunden, OLG Düsseldorf, 25.11.2002, Verg 56/02, und sie hat auch nicht die Möglichkeit, diese im Nachhinein gegenüber einzelnen Bietern abzuändern, OLG Düsseldorf, 05.05.2003, Verg 20/03.

Ausweislich der Bekanntgabe hat sie verfügt, dass diese Angaben erforderlich sind und damit zum Ausdruck gebracht, dass diese mit dem Angebot vorzulegen waren. Daran ist eine Vergabestelle gebunden. Sie hat lediglich die Möglichkeit, diese in der Bekanntmachung genannten Eignungsnachweise anschließend zu konkretisieren, OLG Düsseldorf, 09.07.2003, Verg 26/03.

Im Übrigen dient die Referenzliste nicht dem Nachweis der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit und ist damit schon vom Ansatz her nicht geeignet, die nach § 7a Nr. 3 Abs. 1 lit. d VOL/A geforderten Erklärungen über den Gesamtumsatz zu ersetzen, OLG Düsseldorf, 01.02.2006, Verg 83/05. Die Erklärungen über den Gesamtumsatz dienen ihrerseits dem Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens.

c) Die Antragsgegnerin hat auch gegen § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW verstoßen, weil sie das Angebot der Beigeladenen nicht von der Wertung ausgeschlossen hat.

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 ist nicht zulässig. 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.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die die Antragsgegnerin unter Hinweis auf Art. 28 GG anführt, können jedenfalls nicht von einer Vergabekammer aufgegriffen werden. Denn die Vergabekammern sind Behörden und keine Gerichte. Sie haben deshalb nach Art. 100 Abs. 1 GG keine Aussetzungs- oder Verwerfungskompetenz, sondern sie haben die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten und umzusetzen, VK Münster, 06.04.2005, VK 7/05.

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.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob ein Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Die Vergabekammer ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

a) Da eine Neuwertung wegen des Verstoßes gegen § 25 a Nr. 1 VOL/A nicht möglich ist, ohne dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien erfolgt ist, muss das Vergabeverfahren in einen bestimmten Stand zurückversetzt werden.

Gemäß § 9a Nr. 1 lit. c) VOL/A können die vorgesehenen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung entweder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in der Vergabebekanntmachung oder auch in den Verdingungsunterlagen genannt werden. Um den hier vorliegenden Vergaberechtsverstoß zu beheben und auch den Bietern die Neufassung der Angebote unter Beachtung der Gewichtung der Zuschlagskriterien zu ermöglichen, hält die Kammer die Neuwertung beginnend mit

dem Angebotsaufforderungsschreiben für möglich und zulässig. Demzufolge müsste die Antragsgegnerin die in der Bekanntmachung genannten beiden Zuschlagskriterien gewichten und dies allen Interessenten mitteilen.

Entschließt sich die Antragsgegnerin hingegen dazu, nur ein Zuschlagskriterium zu nennen, und die Mehrkosten lediglich in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzustellen, müsste sie die Ausschreibung mit der Bekanntmachung wieder beginnen.

Da gemäß § 9a VOL/A beide Möglichkeiten vergaberechtlich zulässig sind, lässt die Kammer dies hier ausdrücklich offen.

b) Die Antragstellerin ist in ihren Rechten verletzt, weil sie mit ihrem Angebot auf dem zweiten Rang liegt und damit reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags hat.

Die Antragstellerin hat hier zwar lediglich beantragt, die zur Ausschreibung für die Erfassung und Entsorgung von Sonderabfällen eingegangenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten. Die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens zumindest in den Stand vor Angebotsaufforderung wurde von der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt im Nachprüfungsverfahren beantragt. Der Verstoß gegen § 25a Nr. 1 VOL/A ist von der Antragstellerin weder vor noch im laufenden Nachprüfungsverfahren gerügt worden.

Das hat aber im Vergabekammerverfahren nicht zur Folge, dass derartige Verstöße nicht von Amts wegen auf etwaige Pflichtverletzungen hin überprüft werden können. Vielmehr erforscht die Vergabekammer gemäß § 110 Abs. 1 GWB von Amts wegen den Sachverhalt und ordnet Maßnahmen an, die Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens haben (§ 114 Abs. 1 S. 2 GWB).

Der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 110 Abs. 1 GWB greift in der Regel erst ein, wenn das Vorbringen des Antragstellers den Vergabenachprüfungsinstanzen Anlass zu ergänzenden Ermittlungen bietet, OLG Düsseldorf, 25.10.2005, Verg 67/05. Deshalb bezieht sich der Prüfungsumfang der Nachprüfungsinstanzen zunächst auf die vom Antragsteller vorgetragene Rechtsverletzungen. Eine Erweiterung der Prüfungskompetenz auf nicht gerügte Vergaberechtsverstöße verstieße gegen die Dispositionsmaxime. Auch unter Berücksichtigung des Untersuchungsgrundsatzes beziehe sich die Amtsermittlungspflicht lediglich auf Vergaberechtsverstöße, die vom Antragsteller zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht worden sind, so das OLG Frankfurt, 08.02.2005, 11 Verg 24/04 für das Beschwerdeverfahren.

Allerdings meinte das OLG Düsseldorf, 15.06.2005, Verg 5/05, dass eine Vergabekammer ungeachtet vom Antragsbegehren des Antragstellers im Rahmen des § 114 Abs. 1 GWB dazu ermächtigt sei, die in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens gebotenen Anordnungen zu treffen. Dabei seien zwei Einschränkungen zu beachten: Erstens muss der Nachprüfungsantrag zulässig sein und zweitens müssten die Vergaberechtsverstöße, die die Vergabekammer von Amts wegen zum Anlass nimmt, um auf das Vergabeverfahren einzuwirken, zugleich auch den Antragsteller betreffen und ihn in seinen Rechten verletzen. Insbesondere dürfe durch die Entscheidung der Vergabekammer keine amtswegige Verschlechterung des Antragstellers verursacht werden, so OLG Rostock, 05.07.2006, 17 Verg 7/06.

Die erste Voraussetzung liegt hier vor, wobei die Zulässigkeit gerade nicht hinsichtlich des nunmehr von Amts wegen zu prüfenden Vergaberechtsverstößes (fehlende Gewichtung) zu prüfen ist. Denn nach Eröffnung des Nachprüfungsverfahrens können auch weitere Rügen erfolgen, auch wenn diese vermeintlichen Vergaberechtsverstöße erst im Verlaufe der Vergabenachprüfung zu Tage getreten sind, OLG Düsseldorf, 19.07.2006, Verg 27/06. Nach den Äußerungen der Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung kann jedenfalls im vorliegenden Fall angenommen werden, dass hinsichtlich dieses Vergaberechtsverstößes auch keine Präklusion eingetreten ist, weil die Beteiligten übereinstimmend erklärten, dass sie lediglich von einem Zuschlagskriterium ausgegangen sind.

Die zweite Voraussetzung liegt hier ebenfalls vor. Denn durch das Fehlen der Gewichtung der Zuschlagskriterien ist auch die Antragstellerin, so wie auch andere Interessenten, in ihren Rechten verletzt. Es handelt sich bei dem Verstoß gegen § 25a Nr. 1 VOL/A eben nicht um einen Vergaberechtsverstoß, der keine Auswirkungen auf die Rechte der Bieter hat, wie dies in der Entscheidung der VK Münster vom 25. 01.2006, VK 23/05, der Fall war.

Allerdings haben weder die Antragstellerin noch andere Verfahrensbeteiligte -trotz eines rechtlichen Hinweises der Vergabekammer- den Vergaberechtsverstoß zum Anlass für weiteren Sachvortrag genommen. Dies kann aber nicht ausschlaggebend sein, weil insofern der Untersuchungsgrundsatz gemäß § 110 Abs. 1 GWB zum Tragen kommt. Auch dann, wenn dadurch die Rechtsposition des Antragstellers in einem Nachprüfungsverfahren sich verschlechtert, und auch die Vergabestelle kein Interesse an einer Aufarbeitung des Vergaberechtsverstößes hat, kann nicht auf die im zivilgerichtlichen Verfahren geltende Dispositionsmaxime abgestellt werden. Vielmehr gilt auch für diese Fälle der Untersuchungsgrundsatz in § 110 Abs. 1 GWB, der ansonsten ohne Bedeutung bliebe.

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 aus dem Angebot der Antragstellerin wird hier eine Gebühr in Höhe von 2800 € fällig.

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

