



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Berücksichtigung des § 107 GO NW in Verbindung mit § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A bei der öffentlichen Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen.**
- 2. Die Bieter haben kein subjektives Recht auf Ausschluss eines Unterkostenangebots iSv § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A, aber sie haben ein Recht darauf, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Wertung dies prüft, wenn entsprechende Anhaltspunkte ersichtlich sind.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen in den Städten Dxxxxxxxxxxx, Exxxxxxxxx, Oxxxxxxxx Sxxxxxxxx, Txxxxx und Wxxxxxxxx

VK 14/09

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer
xx
xx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen den

Bürgermeister
der Stadt Dxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin zu 1)

Bürgermeister
der Gemeinde Exxxxxxxxxl
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin zu 2)

Bürgermeister
der Gemeinde Oxxxxxxxx

XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin zu 3)

Bürgermeister
der Stadt SXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin zu 4)

Bürgermeister
der Stadt TXXXXX
XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin zu 5)

Bürgermeister
der Gemeinde WXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin zu 6)

vertreten durch
ECOWAF Entsorgungskooperationsgesellschaft
des Kreises WXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

Beigeladene zu 1)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX GmbH
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXColl.
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,
XXXXXXXXXXXX**

Beigeladene zu 2)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX GmbH
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxx am **15. September 2009** beschlossen:

1. Den Nachprüfungsanträgen gegen die Antragsgegner zu 1), zu 4) und zu 6) wird stattgegeben. Die Antragsgegner zu 1), zu 4) und zu 6) werden verpflichtet, die Wertung der Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu 1) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Nachprüfungsanträge gegen die Antragsgegner zu 2), zu 3) und zu 5) werden zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens werden bezüglich der Lose 2, 6 und 8 auf insgesamt xxxx € festgesetzt. Hinsichtlich der Lose 4, 5 und 7 auf xxxx €.
4. Die Kosten des Verfahrens in Höhe von xxxx € für die Lose 2, 6 und 8 tragen die Antragsgegner zu 1), zu 4) und zu 6) und die Beigeladene zu 1) als Gesamtschuldner, wobei der Betrag für die Beigeladene zu 1) auf xxxx € festgesetzt wird.
5. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens zu den Losen 4, 5 und 7 in Höhe von xxxx €.
6. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin, die Antragsgegner zu 2), zu 3) und zu 5) und durch die Beigeladene zu 2) wird für notwendig erklärt.
7. Die Aufwendungen der Antragstellerin für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu den Losen 2, 6 und 8 tragen die Antragsgegner zu 1), zu 4) und zu 6) jeweils zu 1/6 und die Beigeladene zu 1) zu 1/2.
8. Die Aufwendungen der Beigeladenen zu 2) und der Antragsgegner zu 2), zu 3) und zu 5) für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

Die Kommunen Bxxxxx, Dxxxxxxxxxxxxx, Exxxxxxxxxx, Exxxxxxxxxx, Oxxxxxxxx, Sxxxxxxxxxx, Txxxxx und Wxxxxxxxx haben für die Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen (Sammlung und Transport von Restmüll, Bioabfall und Sperrmüll) in ihren Gemeindegebieten eine Beschaffungs-Kooperation gebildet und die ECO WAF Entsorgungskooperationsgesellschaft des Kreises xxxxxxxxxxx mbH mit der Durchführung dieser Beschaffung beauftragt. Der Auftrag sollte dann mit der jeweiligen Kommune abgeschlossen werden, wobei je Kommune ein Gebietslos ausgeschrieben war.

Mit Bekanntmachung vom 17.3.2009 schrieb die ECOWAF sämtliche Leistungen für die Kommunen in einem offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit aus, wobei eine Vertragslaufzeit vom 1.1.2010 bis zum 31.12.2014 mit Verlängerungsoption maximal bis zum 31.12.2017 vorgesehen war. Für jede Kommune wurde ein Los gebildet; Angebote konnten für ein, mehrere und sämtliche Lose abgegeben werden.

Die Vergabe wurde von zwei Bietern durch Nachprüfungsanträge (VK 14/09 und VK 15/09) beanstandet. Die Antragstellerin in diesem Verfahren soll den Zuschlag für

das Los 1 (Bxxxxx) erhalten, aber nicht für die Lose 2 sowie 4 bis 8. Die Vergabe des Loses 3 (Exxxxxxxxxx) wird in diesem Verfahren nicht beanstandet, sondern ist nur Gegenstand im Verfahren VK 15/09.

Als Zuschlagskriterium wurde der niedrigste Preis festgelegt. Etwaige Besonderheiten je Los, wie Behältergestellung und Behältermanagement oder die Zulassung von Nebenangeboten, lassen sich den Vergabeunterlagen entnehmen. Die Angebotsfrist lief am 14.5.2009 ab.

In den Vergabeunterlagen bestimmten die Antragsgegner, dass die aus den Entsorgungsgebieten der einzelnen Städte und Gemeinden gesammelten Abfälle zum Entsorgungszentrum der Abfallwirtschaftsgesellschaft des Kreises xxxxxxxx (AWG) in Exxxxxxxxxx zu transportieren sind. Gegenstand der Ausschreibung waren lediglich die Logistikleistungen.

Die Antragsgegner erhielten insgesamt 8 Angebote und 5 Nebenangebote. Darunter befanden sich auch Angebote der Beigeladenen zu 1). Die Beigeladene zu 1) ist eine 100%ige Tochter der Entsorgung Dxxxxxxx GmbH (im folgenden EDG), deren Gesellschaftsanteile zu 51% von der Stadt Dxxxxxxx und zu 49% von der Dxxxxxxxxx xxxxxxxxxx AG gehalten werden. Da § 107 Abs. 1 GO NW die uneingeschränkte Betätigung solcher Unternehmen auf dem Markt nicht zulässt, begründete die Beigeladene zu 1) nach Aufforderung durch die Antragsgegner in ihrem Schreiben vom 17.6.2009, warum ein dringender öffentlicher Zweck diese konkreten Tätigkeiten rechtfertigt. Das Schreiben ist ab Seite 5 für geheimhaltungsbedürftig erklärt worden, weil es Betriebsgeheimnisse enthält. Die Beigeladene zu 1) legt ihre Geschäftstätigkeiten über einen längeren Zeitraum in unterschiedlichen Gebieten dar und macht Angaben zu ihrem gegenwärtigen Fahrzeugbestand sowie deren Einsatz und ihrer Logistikplanung vor dem Hintergrund der Entwicklung im Bereich der Entsorgung.

Mit Schreiben vom 10.7.2009 informierte die ECO WAF die Bieter über die geplanten Vergaben, nachdem die einzelnen Kommunen durch Ratsbeschlüsse der Vergabeentscheidung zugestimmt hatten. Die Stadt Dxxxxxxxxxxxxx führt in ihrem Ratsbeschluss vom 29.6.2009 darüber hinaus noch aus: „Die Firma xxxxx Entsorgung GmbH wird beauftragt, die Sammlung und den Transport von Rest- und Biomüll in der Stadt Dxxxxxxxxxxxxx auf der Basis ihrer Kalkulation in der Ausschreibung der ECO WAF durchzuführen. An der Beauftragung besteht ein eigenes dringendes öffentliches Interesse, weil nur so die Entsorgungsleistungen überhaupt wirtschaftlich erbracht werden können.“

Mit Beschluss vom 11.8.2009 sind zwei Unternehmen beigeladen worden, wobei die Beigeladene zu 1) den Zuschlag für die Lose 2, 6 und 8 erhalten soll, während die Beigeladene zu 2) für die Lose 4, 5 und 7 vorgesehen ist. Die Beigeladene zu 1) ist zugleich auch Antragstellerin in dem Verfahren VK 15/09, wo es nur um den Zuschlag zu Los 3 (Exxxxxxxxxx) geht.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 6.4.2009, 13.5.2009 und 15.7.2009 diverse Vergaberechtsverstöße, die sie im Rahmen ihres Nachprüfungsantrages, der am 21.7.2009 gestellt wurde, weiterverfolgt.

Die Antragstellerin hält zunächst die Durchführung der Ausschreibung durch die ECO WAF für unzulässig, weil diese jedenfalls nicht unter ausschließlicher Verantwortung

der Vergabestellen, hier der Kommunen als zukünftige Auftraggeber, durchgeführt worden sei. Auch sei die Bündelung durch die ECO WAF unzulässig, weil damit eine Beschaffung über zentrale Beschaffungsstellen erfolge, was nach Art. 1 Abs. 10 VKR zwar möglich sei, aber in der Bundesrepublik Deutschland nicht zulässig, weil diese Vorschrift nicht in nationales Recht umgesetzt wurde.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass der Zuschlag für die Lose 2, 6 und 8 nicht auf die Angebote der **Beigeladenen zu 1)** erfolgen dürfe, weil es sich bei dieser um eine 100%ige Tochter der Stadt Dxxxxxxx handele. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf stelle die Beteiligung eines Unternehmens an einem Vergabeverfahren eine gegen das Vergaberecht verstoßende Wettbewerbsverfälschung dar, wenn das betreffende Unternehmen kraft eines gesetzlichen Verbots eine für den Wettbewerb relevante Tätigkeit auf einem bestimmten Markt gar nicht aufnehmen darf, dies aber dennoch unternimmt und darin vom öffentlichen Auftraggeber durch die Auftragsvergabe auch noch unterstützt wird.

Die Beigeladene zu 1) als Tochtergesellschaft der Stadt Dxxxxxxx unterliege den Voraussetzungen des § 107 GO NW. Nach § 107 Abs. 4 S. 1 GO NW sind nicht wirtschaftliche Betätigungen außerhalb des eigenen Gemeindegebiets nur zulässig, wenn u.a. die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NW vorliegen. Die konkrete Tätigkeit dürfe deshalb nur erfolgen, wenn dies durch einen dringenden öffentlichen Zweck gerechtfertigt sei. Die zu beurteilende Tätigkeit müsse somit gerade durch einen dringenden öffentlichen Zweck der handelnden Einrichtung erfordert werden. Dabei sei konkret auf die Tätigkeit der Tochtergesellschaft abzustellen, wie sich dem § 108 Abs. 5 GO NW entnehmen lasse und nicht etwa auf die Tätigkeiten der Stadt Dxxxxxxx. Dies lasse sich auch der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17.6.2002, Verg 18/02 entnehmen. Die Beigeladene zu 1) könne sich somit hinsichtlich der Kapazitätsüberhänge nicht auf die Überhänge im EDG Unternehmensverbund berufen.

Die Antragstellerin meint, dass die Leistungserbringung durch die Beigeladene zu 1) in den Gebieten der betroffenen Kommunen nicht von einem dringenden öffentlichen Zweck gedeckt werde. Die Beigeladene zu 1) habe ihren Sitz nicht in Dxxxxxxx, sondern in Uxxx. Sie erbringe ihre Leistungen für andere, teilweise auch kommunale Auftraggeber als die Stadt Dxxxxxxx und sie betreibe auch keine Anlagen in Dxxxxxxx, deren Auslastung verbessert werden könnte. Zudem sollen bei den im Streit stehenden Ausschreibungen ausschließlich Logistikleistungen erbracht werden, die ortsungebunden sind. Mit Blick auf den Umfang der Aufträge sei davon auszugehen, dass die Beigeladene zu 1) ohne einen weiteren Kapazitätsausbau die Leistungen nicht erbringen können. Der mögliche Verlust eines kommunalen Auftrages in einer anderen Gemeinde reiche dazu nicht aus, weil für die neuen Aufträge mindestens 7 Sammelfahrzeuge erforderlich sein würden. Außerdem könne man davon ausgehen, dass die Beigeladene zu 1) aufgrund der Entfernungen zwischen ihrem Sitz und den Kommunen, eine Niederlassung dort planen müsse, um betriebswirtschaftlich zu bleiben. Daraus könne man schließen, dass hinter der Bewerbung erwerbswirtschaftliche Motive stehen würden, was aber im Rahmen des § 107 GO NW nicht zulässig sei.

Die Antragstellerin behauptet, dass deshalb kein dringender öffentlicher Zweck die gemeindewirtschaftliche Betätigung der Beigeladenen zu 1) in den Kommunen erfordere und bestreitet die Auffassung der ECO WAF, wonach die Betätigung der Beige-

ladenen zu 1) zulässig sei, als haltlos. Die Antragstellerin trägt vor, dass diesbezüglich keine konkreten und nachvollziehbaren Gründe von der ECO WAF genannt worden seien. Damit verstoße die Beigeladene zu 1) gegen das Marktzutrittsverbot in § 107 Abs. 4 GO NW und sei vom Wettbewerb auszuschließen.

Die Antragstellerin meint, dass die Sachlage im Zusammenhang mit der Kapazitätsauslastung offengelegt werden müsste. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin ausdrücklich nochmals darauf hingewiesen, nachdem auf einen Vermerk, der allein der Kammer vorlag, Bezug genommen wurde, dass „in camera“ Verfahren unzulässig sind.

Weiterhin behauptet die Antragstellerin, dass die Beigeladene zu 1) insbesondere im Bereich der Sperrmüllentsorgung nicht über die geforderten notwendigen Referenzen verfüge, was ebenfalls zum Ausschluss führen müsse. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich, dass die Beigeladene zu 1) keine Beschreibung der vorhandenen Ausrüstung mit dem Angebot geliefert habe. Eine nachträgliche Vervollständigung von Angeboten im Rahmen von Aufklärungsverhandlungen sei dann aber vergaberechtlich unzulässig.

Hinsichtlich der **Beigeladenen zu 2)** trägt die Antragstellerin vor, dass diese ausweislich des Vergabevermerks mit ihrem Angebot die Referenzen nicht in der von den Antragsgegnern geforderten Form vorgelegt habe. Offensichtlich sei der Referenzliste nicht zu entnehmen, welche Leistungen konkret die Beigeladene für die benannten Auftraggeber durchführe, so dass diesbezüglich seitens der ECO WAF nachgefragt werden musste. Eine anschließende telefonische Klärung durch die ECO WAF sei im Rahmen der Aufklärung nicht zulässig gewesen, und im Übrigen auch nicht dokumentiert worden. Eine Vervollständigung von Eignungsnachweisen nach Abgabe der Angebote sei nicht zulässig. Im Übrigen handele es sich bei der als Referenz angegebenen Gemeinde Wettringen von der Einwohneranzahl her nicht um eine Kommune, die vorliegend mit den Antragsgegnern vergleichbar sei. Auch gebe es dort kein behältergestütztes Abfuhrsystem für Bioabfall, wie dies die vorliegende Vergabe erfordere.

Die Antragstellerin meint weiterhin, dass die Beigeladene zu 2) auch ihre technische Leistungsfähigkeit unzureichend beschrieben habe. Sie mutmaßt, dass keine konkreten Angaben zu den Abfallentsorgungsfahrzeugen im Angebot gemacht worden seien, so dass eine diesbezügliche Aufklärung nach Angebotsabgabe zu einer unzulässigen Vervollständigung des Angebots geführt habe.

Die Antragstellerin behauptet, dass die Beigeladene zu 2) aufgrund ihrer Kapitalausstattung nicht in der Lage sein werde, die erforderlichen Fahrzeuge für die Aufträge zu kaufen oder zu leasen, zumal sie unauskömmliche Preise geboten haben müsse. Deshalb gehe sie davon aus, dass die Beigeladene früher oder später überfordert sei. Damit verdränge sie aber unzulässigerweise das Angebot der Antragstellerin.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die Angebote der **Beigeladenen zu 1) und zu 2)** nicht auskömmlich kalkuliert worden seien. Die Antragstellerin trägt vor, dass sie zurzeit die Leistungen erbringe und dafür bereits abgeschriebene Fahrzeuge einsetzen könne. Diesen Preisvorteil könnten die Beigeladenen nicht unterbieten. Insbesondere stellt die Antragstellerin in Abrede, dass die Beigeladenen die Löhne nach den im AEntG vorgegebenen Mindestlöhnen kalkuliert haben.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass § 3 Abs. 7 des den Verdingungsunterlagen beigefügten Vertragsentwurfs eine unzulässige Tariftreuevorgabe enthalte. Das OLG Düsseldorf habe mehrfach entschieden, dass die Einhaltung von Tariflöhnen in den Vergabeunterlagen nicht gefordert werden dürfe, da dies durch Bundes- oder Landesgesetz nicht vorgesehen sei.

Die Antragstellerin meint weiterhin, dass die Abfrage eines Einheitspreises im Zusammenhang mit Mengenänderungen ein ungewöhnliches Wagnis darstelle, das nicht einfach auf den Auftragnehmer übertragen werden dürfe. Hier müssten zumindest bei wesentlichen Mengenänderungen Preisanpassungen ermöglicht werden. Die erste Preisanpassung sei nach dem Vertragsentwurf erst nach ca. 2 ½ Jahren möglich, was wiederum für den Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis darstelle, weil in diesem Zeitraum erhebliche Schwankungen vorstellbar seien, so dass eine seriöse Kalkulation nicht möglich sei.

Auch der Vergabevermerk entspreche nicht dem § 30 VOL/A, weil die Antragsgegner weder die Eignung der Beigeladenen selbst überprüft hätten noch sei erkennbar, dass sich die Antragsgegner die Prüfung der ECO WAF zueigen gemacht hätten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Den Antragsgegnern zu 1), zu 4) und zu 6) wird es untersagt, den Zuschlag zu den Losen 2, 6 und 8 auf die Angebote der Beigeladenen zu 1) zu erteilen. Den Antragsgegnern zu 2), 3) und 5) wird es untersagt, den Zuschlag zu den Losen 4, 5 und 7 auf die Angebote der Beigeladenen zu 2) zu erteilen.
2. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegner beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegner halten den Nachprüfungsantrag für nicht zulässig. Insbesondere sei es nach § 2 Nr. 3 VOL/A möglich gewesen, die ECO WAF mit der Durchführung der Vergabe zu beauftragen. Im Übrigen hätte man dies gegebenenfalls früher rügen müssen, weil es bereits aus der Bekanntmachung erkennbar gewesen sei. Die Rüge vom 6.4.2009 habe sich hingegen nicht auf die Durchführung, sondern auf die Beschaffung durch die ECO WAF bezogen. Die ECO WAF werde zudem nur als Verfahrensmanager tätig. Damit sei keine Beschaffungsbündelung verbunden, weil eine Aufteilung in Lose erfolgt sei und die Bieter auf ein, mehrere oder alle Lose bieten konnten. Auch die Gewährung von losübergreifenden Rabatten sei nicht zugelassen worden. Die Entscheidung über die Vergabe habe selbstverständlich bei der jeweili-

gen Vergabestelle gelegen; die ECO WAF habe hier nur die öffentlichen Auftraggeber unterstützt, was zulässig sei.

Die Antragsgegner sind zudem der Auffassung, dass der Bezug auf die Rüge vom 6.4.2009 in der Antragschrift nicht ausreichend für einen ordnungsgemäßen Antrag im Sinne von § 108 Abs. 2 GWB ist. Es würden insofern nur reine Mutmaßungen und pauschale Behauptungen aufgestellt. Auch die Beanstandungen hinsichtlich der Tariftreue und der Abfrage von Einheitspreisen seien verspätet gerügt worden. Beide Gesichtspunkte hätten sich bereits eindeutig den Vergabeunterlagen entnehmen lassen.

Weiterhin meinen die Antragsgegner, dass die Behauptung, andere Bieter könnten bei der Antragstellerin vorhandene Kalkulationsvorteile nicht unterbieten, nicht schlüssig sei und sich im Übrigen auch der Kenntnis der Antragstellerin entziehe. Auch insofern liege kein ordnungsgemäßer Antrag im Sinne von § 108 Abs. 2 GWB vor.

In diesem Zusammenhang tragen die Antragsgegner vor, dass § 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A (Missverhältnis zwischen Preis und Leistung) eine Vorschrift sei, die nicht bieterschützend ist, sondern nur derjenige, der durch ein Unterkostenangebot mit zielgerichteter Absicht vom Markt gedrängt werden sollte, könne sich als Bieter darauf berufen.

Die Antragsgegner meinen, dass die Erteilung des Zuschlags auf die Angebote (Lose 2, 6 und 8) der **Beigeladenen zu 1)** nicht gegen § 107 GO NW verstoße. Die Beigeladene zu 1) sei zwar ein privatwirtschaftliches Unternehmen einer Kommune, aber ihre Tätigkeit sei durch einen dringenden öffentlichen Zweck, so wie in § 107 Abs. 1 GO NW gefordert, gedeckt. Ein öffentlicher Zweck liege immer dann vor, wenn die Leistungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziel habe. Öffentlicher Zweck sei somit jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung. Solange nicht die Gewinnerzielung allein im Vordergrund stehe, sei es unschädlich, wenn auch Gewinne erzielt würden.

Im konkreten Fall sei die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) durch einen dringenden öffentlichen Zweck gerechtfertigt, meinen die Antragsgegner. Nach Aufforderung durch die Antragsgegner habe die Beigeladene zu 1) in ihrem Schreiben vom 17.6.2009 dargelegt, warum ein dringender öffentlicher Zweck für ihre Betätigung vorliegt. Nach Auswertung dieser Stellungnahme und einer weiteren rechtlichen Stellungnahme des Verfahrensbevollmächtigten sei man zu der Überzeugung gelangt, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) jedenfalls dann mit § 107 GO NW vereinbar sei, wenn dies auch dem Willen der auftraggebenden Sitzkommune entspreche. Die Antragsgegner tragen vor, dass sie sich nicht mit den Kapazitätsüberhängen in Bezug auf die Tochtergesellschaft, also der Beigeladenen zu 1) befasst hätten, sondern man habe die Auslastung der EDG als Unternehmensverbund bei der Beurteilung dieser Frage herangezogen.

Die Antragsgegner verweisen zudem auf ihre Einschätzungsprärogative, die ihre Grenze nur in groben und offensichtlichen Missgriffen finde. Eine solche Fehleinschätzung liege nicht vor, weil man sich mit den Angaben und Erläuterungen der Beigeladenen zu 1) ermessensfehlerfrei auseinander gesetzt habe. Im Übrigen be-

haupten die Antragsgegner die Beigeladene zu 1) habe auch sehr wohl die geforderten Referenzen vorgelegt.

Die Antragsgegner tragen vor, dass die Preise in den Angeboten der Beigeladenen zu 1) auf einem vergleichbaren preislichen Niveau mit den anderen Angeboten gelegen hätten, so dass kein Anlass für eine weitere Aufklärung bestanden hätte. Weiterhin habe auch kein Anlass bestanden, die kalkulierten Löhne unter Berücksichtigung des Arbeitnehmerentendegesetzes zu überprüfen, weil zurzeit noch keine Vorschriften über die Zahlung von Mindestlöhnen in der Abfallwirtschaft existieren würden. Entscheidend komme es zudem immer auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe an.

Die Antragsgegner sind auch der Auffassung, dass an der Wertbarkeit der Angebote der **Beigeladenen zu 2)** keine Zweifel bestehen. Die Beigeladene zu 2) habe die notwendige technische Ausrüstung und sei auch finanziell leistungsstark; die geforderten Referenzen seien vorgelegt worden. Insbesondere habe die Beigeladene zu 2) durch Bezugnahme auf das Angebotsschreiben und die Unterzeichnung hinreichend klar gemacht, dass sich die von ihr vorgelegten Referenzen auf die ausgeschriebenen Abfallfraktionen beziehen.

Es seien im Übrigen keinerlei Mindestanforderungen an die bei den Bietern bereits vorhandene Ausrüstung formuliert worden und aus vergaberechtlicher Sicht müsse ein Bieter bei Angebotsabgabe auch nicht über die erforderliche technische Ausrüstung vollständig verfügen. Insbesondere sei nicht nach Art und Anzahl von vorhandenen Fahrzeugen gefragt worden. Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene zu 2) aufgrund der Vervielfachung von Entsorgungsaufträgen nicht leistungsfähig sei, lägen nicht vor.

Zudem tragen die Antragsgegner vor, dass die Preise in den Angeboten der Beigeladenen zu 2) kein offensichtliches Missverhältnis aufweisen würden; andere Bieter hätten auf vergleichbarem Niveau angeboten und auch ihre eigene Kostenschätzung lasse nicht den Schluss auf ein Missverhältnis zu. In der mündlichen Verhandlung tragen die Antragsgegner vor, dass sie sich sehr wohl – wie man dem Vergabevermerk entnehmen könne - mit den einzelnen Preisen auseinandergesetzt hätten. Man hätte sich mit den Marktpreisen beschäftigt und habe zulässigerweise auch die Preise aus dem Angebot der Beigeladenen zu 1) mitberücksichtigt. Die Antragsgegner meinen, dass sie die Preise im Angebot der Beigeladenen zu 2) damit hinreichend aufgeklärt hätten. Einer weiteren Aufklärung bedürfe es daher nicht.

Soweit die Angebote der Beigeladenen zu 2) zu den Losen 4, 5 und 7 möglicherweise als Unterkostenangebote aufgrund der Preise anzusehen seien, läge aber jedenfalls keine Marktverdrängungsabsicht vor. Dies sei vorliegenden nicht erkennbar.

Demgegenüber bestehe Anlass die Preise der Antragstellerin für die betroffenen Lose nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A zu prüfen, worauf aus Gründen der Verfahrensökonomie zunächst verzichtet worden sei.

Die **Beigeladene zu 1)** soll den Zuschlag für die **Lose 2, 6 und 8** erhalten.

Die Beigeladene zu 1) meint, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Aufträge in Drensteinfurt (Los 2) und Sendenhorst (Los 6) nicht antragsbefugt sei, weil sie aus-

weislich des Vergabevermerks sehr hohe Preise angeboten habe, so dass die Angebote wohl wegen § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A auszuschließen seien.

Die Beigeladene zu 1) ist zudem der Auffassung, dass der Ausschluss ihrer Angebote zu den Losen 2, 6 und 8 gemäß § 107 GO NW nicht in Frage komme. Denn die Regelung betreffe das Gemeindefirtschaftsrecht und treffe eine Aussage über das Ob der Tätigkeit und nicht über das Wie. Die Vorschrift sei ausschließlich von den Verwaltungsgerichten zu prüfen. Die Vergabenachprüfungsinstanzen seien nicht dazu berufen, darüber zu entscheiden, ob die Kommunen und ihre Eigenunternehmen sich wirtschaftlich betätigen dürfen, weil diese Frage betreffe nicht das Vergabeverfahren, sondern sei eine dem Vergabeverfahren vorgelagerte Frage über den Marktzutritt. Unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten könne die Teilnahme eines kommunalen Unternehmens zur Belebung des Wettbewerbs sogar geboten sein.

Im Übrigen könne sie sich bezüglich Dxxxxxxxxxxxx und Sxxxxxxxxxxx auch auf die Bestandsschutzregelung berufen. Damit solle für bereits konkret aufgenommene Betätigungen und die damit bislang erzielten Einnahmen die Möglichkeit einer Fortsetzung unbeschadet der Neuregelung des § 107 GO NW eröffnet werden.

Die Beigeladene zu 1) trägt weiter vor, dass aber im Falle der Prüfung des § 107 GO NW in einem Vergabeverfahren, die Voraussetzungen vorliegen würden. Denn sie könne sich auf einen dringenden öffentlichen Zweck berufen. Der Begriff des öffentlichen Zwecks sei nach ständiger Rechtsprechung des OVG NW und des OLG Düsseldorf weit zu fassen. Dieser läge vor, wenn die Betätigung objektiv erforderlich im Sinne von vernünftigerweise geboten sei. Die Kommune dürfe mit dem Betrieb des Unternehmens auch einen Gewinn erzielen wollen, solange nicht die Gewinnerzielung im Vordergrund stehe. Die Feststellung des öffentlichen Zwecks unterliege der Einschätzungsprärogativen der Kommune und sei von den Gerichten nur auf grobe Fehleinschätzungen bzw. Vertretbarkeit hin überprüfbar. Die Antragsgegner zu den Losen 2, 6 und 8 hätten diese Einschätzung ohne Beanstandungen ordnungsgemäß vorgenommen, wie dem Vergabevermerk zu entnehmen sei.

Die Beigeladene zu 1) trägt weiter vor, dass auch bei den ausschreibenden Kommunen der dringende öffentliche Zweck vorliege. Dies ergebe sich bereits daraus, dass diese Kommunen die Entsorgungsdienstleistungen ausgeschrieben und damit die Entscheidung getroffen hätten, sich zur Erfüllung dieser Aufgaben einer anderen Kommune oder eines anderen Gemeindeverbandes zu bedienen. Insofern seien an das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Zwecks bei der ausgreifenden Kommune ohnehin geringere Anforderungen zu stellen. In einem solchen Fall indiziert die mit der Beauftragung verbundene Legitimation durch die Sitzkommune die Einhaltung des § 107 GO NW.

Im Übrigen, so trägt die Beigeladene zu 1) vor, seien die für die Bejahung eines dringenden öffentlichen Zwecks für ihre Tätigkeit erforderlichen Voraussetzungen gegeben. Denn unter Kapazitätsauslastungsgesichtspunkten sei ihre Beauftragung wirtschaftlich, weil sie eine erhebliche Anzahl an Entsorgungsfahrzeugen vorhalte und deshalb über eine logistische Entsorgungsinfrastruktur verfüge, die ebenfalls unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten auszulasten sei. Die Beigeladene zu 1) verweist darauf, dass sie sich nicht auf übliche Marktschwankungen im Abfallsektor berufe, sondern die andauernde weltweite Wirtschaftskrise habe dazu geführt, dass erhebliche Mengenrückgänge zu verzeichnen seien und ein massiver Preisverfall für

Sekundärrohstoffe vorliege. Außerdem habe die Stadt Dxxxxxxx die EDG umfassend mit der Entsorgung beauftragt. Dabei sei sie, als Teil der EDG, mit der Erbringung von Dienstleistungen des Transports, der Behandlung und der Entsorgung von Abfällen eingebunden. Die Logistikkapazitäten, die sie zur Wahrnehmung dieser Aufgaben vorhalte, müsse sie wirtschaftlich auslasten. Darüber hinaus würden die Abfälle aus dem Kreis xxxxxxxxx der MVA in Hxxxxzugeführt, woran auch die Stadt Dxxxxxxx über den EDG Unternehmensverbund beteiligt sei, so dass es gerade auch im Interesse der Stadt Dxxxxxxx liege, dass diese Anlage ausgelastet würde.

Die Beigeladene zu 1) meint, dass es hinsichtlich des Kapazitätsüberhangs auf den gesamten Konzernverbund der Stadt Dxxxxxxx, also der EDG ankomme und nicht etwa allein auf das Tochterunternehmen, das sich im Wettbewerb beworben hat. Denn hier sei keine vergaberechtliche Sicht maßgeblich, wonach lediglich auf das im Angebot genannte Tochterunternehmen abgestellt werde, sondern der § 107 GO NW müsse - auch in einem Vergabeverfahren- aus gemeindefinanzieller Sicht geprüft werden. Adressat des § 107 GO NW sei die Stadt Dxxxxxxx nicht aber eines der Tochterunternehmen. Es könne deshalb nicht darauf ankommen, welche Tochter das Angebot abgegeben habe, sondern es sei darauf abzustellen, ob die Stadt Dxxxxxxx generell sich auf den § 107 GO NW berufen könne. Deshalb habe sie wiederholt, und zwar auch noch im Nachprüfungsverfahren gegenüber der Kammer, auf die im EDG-Verbund vorhandenen Kapazitätsüberhänge verwiesen. Diese seien entscheidend für die Prüfung des öffentlichen Zwecks.

Weiterhin trägt die Beigeladene zu 1) vor, würde ihre Beauftragung auch im Wege einer interkommunalen Zusammenarbeit erfolgen können, was wiederum Auswirkungen auf den dringenden öffentlichen Zweck habe. Auch die europarechtskonforme Auslegung des § 107 GO NW, wozu die Beigeladene zu 1) ein Gutachten vorgelegt hatte, würde für ihre Berücksichtigung in diesem Vergabeverfahren sprechen.

Die Beigeladene zu 1) trägt weiter vor, dass sie auch alle erforderlichen Eignungsnachweise mit dem Angebot vorgelegt habe, was sich ohne weiteres aus den Vergabeunterlagen erkennen lasse. Im Übrigen liege auch kein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vor. Die Antragstellerin hätte diese Behauptungen einfach ins Blaue hinein aufgestellt, was unzulässig sei.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die **Beigeladene zu 2)** soll den Zuschlag für die **Lose 4, 5 und 7** erhalten.

Die Beigeladene zu 2) hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig im Sinne von § 108 GWB, weil dort pauschal auf ein Schreiben vom 6.4.2009 Bezug genommen worden sei und die Behauptungen hinsichtlich fehlender Referenzen und eines Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung in ihrem Angebot ins Blaue hinein erfolgt seien. Im Übrigen bezwecke die Prüfung der Auskömmlichkeit der Preise nicht den Schutz des Konkurrenten, sei somit nicht bieterschützend, sondern diene dem Schutz der Vergabestelle. Nur dann, wenn ein Bieter zielgerichtet vom Markt ge-

drängt werden solle, könne er sich darauf berufen. Anhaltspunkte dafür seien nicht vorgetragen worden.

Die Beigeladene zu 2) hält auch die Rüge hinsichtlich der gemeinsamen Leistungsbeschaffung durch die ECO WAF für verspätet, weil dieser Umstand bereits aus der Bekanntmachung erkennbar gewesen sei, so dass die erstmalige Beanstandung mit Schreiben vom 6.4.2009 nicht mehr unverzüglich erfolgte. Bereits aus der Vergabebekanntmachung erkennbare Verstöße gegen Vergabevorschriften, die positiv erkannt wurden, seien immer auch gleichzeitig als „erkannte“ Verstöße im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu betrachten. Unverzüglich rügen innerhalb einer Maximalfrist von bis zu 14 Tagen komme nur bei schwierigen Sach- und Rechtslagen in Betracht.

Weiterhin meint die Beigeladene zu 2) würde die ECO WAF lediglich als Verfahrensmanager eingesetzt, aber nicht als zentrale Beschaffungsstelle, weil die ECO WAF selbst keine Dienstleistungen erwerben wird, sondern die Aufträge mit den Antragsgegnern geschlossen würden. Die Antragsgegner hätten auch die ihnen zustehenden Entscheidungskompetenzen ausgeschöpft und dies nicht einfach der ECO WAF überlassen, was sich aus den Ratsbeschlüssen entnehmen lasse. Allein aus der Tatsache, dass Art. 1 Abs. 10 VKR nicht in nationales Recht transformiert worden sei, lasse sich nicht die vergaberechtliche Unzulässigkeit von Beschaffungsstellen schließen. Denn konkret lasse sich eine Verletzung von vergaberechtlichen Grundsätzen und subjektiven Rechten der Bieter durch diese Art der Durchführung der Vergabe hier nicht feststellen. Die Beigeladene zu 2) weist zudem darauf hin, dass der BGH ausdrücklich festgestellt habe, dass Einkaufskooperationen von Gemeinden zur gemeinsamen Beschaffung von Waren und Leistungen grundsätzlich zulässig seien. Dieses Verhalten der Auftraggeber liege im Übrigen zeitlich und sachlich vor Beginn des Vergabeverfahrens, so dass es sich nicht um eine Verfahrenshandlung im Vergabeverfahren handele. Zudem könne nicht von einer Beschaffungsbündelung ausgegangen werden, weil eine Aufteilung in Lose stattfindet und Vertragspartner die jeweilige Kommune werde.

Die Beigeladene zu 2) hält den Nachprüfungsantrag aber auch für unbegründet, weil ihre Eignung nicht in Frage gestellt werden könne. Dass die Antragsgegner im Rahmen der Eignungsprüfung bezüglich einiger Aspekte nachgefragt hätten, sei nicht zu beanstanden. Keinesfalls seien dadurch neue Informationen eingeholt worden. Vielmehr habe sie – so wie in der Bekanntmachung gefordert – die Referenzen angegeben. Auch wenn sie nicht erneut auf die konkreten Abfallfraktionen Bezug genommen hätte, habe sich doch der Erklärungsgehalt eindeutig auf vergleichbare Leistungen bezogen. Es sei gerade Sinn und Zweck der Angabe von Kontaktdaten, dass der Auftraggeber mit den Vergabestellen den Kontakt aufnehmen könne, was hier gewährleistet gewesen sei. Nachfragen bezüglich der Referenzen seien im Rahmen der Aufklärung jederzeit möglich. Etwas anderes, als eine zulässige Aufklärung sei hier auch nicht erfolgt. Die Referenzen seien hinsichtlich der Einwohnerzahlen auch vergleichbar. Denn es seien keine Nachweise über identische Aufträge gefordert worden. Die Vergleichbarkeit sei bereits dann gegeben, wenn ein Auftrag ausgeführt wurde, der dem Ausgeschriebenen nahekommt.

Die Beigeladene zu 2) trägt weiterhin vor, dass sie auch die geforderte Beschreibung der in ihrem Unternehmen vorhandenen technischen Ausrüstung ihrem Angebot beigefügt habe. Auch diesbezüglich hätten die Antragsgegner zulässigerweise im Rah-

men von Aufklärungsgesprächen sich weitere Information beschafft. Das bedeutet aber nicht, dass das Angebot unvollständig gewesen sei. Vielmehr könne man dem Angebot entnehmen, über welche Art von Fahrzeugen, und zwar Heck- und Sammel-lader (neuester Stand der Technik), sie verfüge. Die Nachfrage hinsichtlich der Anzahl der Fahrzeuge sei ohne weiteres zur Aufklärung zulässig gewesen, weil nach den Vergabeunterlagen überhaupt keine absolute Zahl der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge anzugeben war.

Die Beigeladene zu 2) trägt darüber hinaus vor, dass es überhaupt keine Zweifel an ihre Eignung gebe. Allein die Tatsache, dass sie sich an mehreren Vergabeverfahren beteiligt habe, lasse doch nicht den Schluss auf fehlende Leistungsfähigkeit zu. Ansonsten müsste man bei jedem Auftragnehmer, der sich an mehreren Vergabeverfahren als Bieter beteiligt, Zweifel an seiner Leistungsfähigkeit haben. Im Übrigen käme es auf den Zeitpunkt der Auftragsausführung an. In der Branche sei es üblich, dass die Fahrzeuge erst dann beschafft und das erforderliche Personal dafür eingestellt werde, wenn ein Zuschlag erteilt wurde.

Darüber hinaus liege ihren Angeboten eine seriöse Kalkulation der Angebotspreise zugrunde, was sich auch daran erkennen lasse, dass die von den Antragsgegnern vorab erstellten Kostenschätzungen nicht erheblich von den Preisen in den Angeboten abweichen. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin höhere Preise angeboten hat, führe nicht zu einem Vergaberechtsverstoß. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich, dass die Antragsgegner die Preise als insgesamt auskömmlich angesehen hätten, wobei auf ein ähnliches Preisniveau in Vergleichskommunen hingewiesen worden sei. Insofern dränge sich eher die Frage auf, ob die Antragstellerin in ihren Angeboten nicht unangemessen hohe Preise angeboten habe.

Weiterhin meint die Beigeladene zu 2), dass auch keine unzulässige Preisgleitklausel vorliege. Sie verweist auf Auffassungen in der Rechtsprechung, die sich auch auf Verträge im Bereich der Abfallentsorgung beziehen und trägt vor, dass dort ein Zeitraum von 5 Jahren ohne Preisanpassung – insbesondere auch vor der Möglichkeit des § 2 Nr. 3 VOL/B- für zulässig angesehen wurden. Vorliegend würde eine Preisanpassung lediglich in den ersten 2 Jahren nicht möglich sein. Im Übrigen stelle auch die Abfrage eines Einheitspreises für die Sammlung und den Transport kein ungewöhnliches Wagnis dar. Sollte es zu wesentlichen Mengenänderungen kommen, dass folge das Recht zu einer Preisanpassung bereits auch § 2 Nr. 3 VOL/B.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag insofern zurückzuweisen, als dass beantragt wurde, den Antragsgegnern zu 2, 3 und 5 solle es untersagt werden, den Zuschlag zu den Losen 4, 5 und 7 auf die Angebote der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH zu erteilen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzugeben,
3. festzustellen, dass die Antragstellerin der Beigeladenen zu 2) die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat,
4. festzustellen, dass für die Beigeladene zu 2) die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 23.10.2009 verlängert. Am 11.9.2009 hat eine mündliche Ver-

handlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegner und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegner der mittelbaren Landesverwaltung angehören und von ihr zu vergebenden Aufträge dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind und sie im Regierungsbezirk Münster ansässig sind, §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs.3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €.

Die Nachprüfung erfolgt gemäß § 131 Abs.8 GWB noch aufgrund der bisherigen Fassung des GWB, da die Bekanntmachung bereits im März 2009 veröffentlicht wurde.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 2 GWB ergibt sich daraus, dass sie für alle hier im Streit stehenden Lose Angebote abgegeben hat und damit auf dem 2. oder 3. Rang liegt, wobei für den Fall, dass ihr Vorbringen hinsichtlich der Beigeladenen zu 1) und zu 2) zutreffend sein sollte, sie reelle Chancen auf Erhalt der Aufträge hätte.

1.2 Bereits mit Schreiben vom 6.4.2009 rügte die Antragstellerin die Leistungsbeschaffung durch die ECO WAF. Die Antragstellerin war der Auffassung, dass damit eine zentrale Beschaffungsstelle eingerichtet worden sei, was sie für unzulässig hielt. Damit hat sie aber auch zum Ausdruck gebracht, dass sie die Einbeziehung der ECO WAF beanstandet, wobei die rechtliche Begründung dafür, warum dies nicht zulässig sein soll, unterschiedlich sein kann. Entscheidend ist hingegen, dass sie die Tatsache als vergaberechtlich unzulässig beanstandet hat, dass die Antragsgegner die ECO WAF „eingeschaltet“ haben. Zudem ergänzt sie diese Beanstandungen nach der Wertung, weil sie nunmehr auch meint, dass gegen § 2 Nr. 3 VOL/A verstoßen wurde.

Weiterhin rügte die Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB mit Schreiben vom 13.5.2009 die Einhaltung der Mindestlöhne und beanstandete nach Durchführung der Wertung unverzüglich die beabsichtigte Beauftragung der Beigeladenen zu 1) und zu 2) mit Rüge vom 15.7.2009.

1.3 Die Antragschrift entspricht den Anforderungen des § 108 Abs. 2 GWB. Zutreffend weisen die Antragsgegner darauf hin, dass jedenfalls der Pauschalverweis auf die Rüge vom 6.4.2009 unsubstantiiert ist. Allerdings bedeutet dies nicht, dass die übrigen behaupteten Rechtsverletzungen in der Antragschrift nicht dem Formerfordernis des § 108 Abs. 2 GWB entsprechen. Die Antragstellerin hat jedenfalls mehrere Beanstandungen ordnungsgemäß in der Antragschrift sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht dargelegt.

Eine Antragschrift muss nicht sämtliche Rechtsverstöße erschöpfend enthalten, auch wenn diese gerügt worden sein sollten. Vielmehr bleibt es dem Antragsteller

überlassen nur solche Beanstandungen im Nachprüfungsverfahren aufzugreifen, die er letztlich noch als eine Beeinträchtigung seiner Rechte erkennt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet in Bezug auf die Lose 2, 6 und 8. Hinsichtlich der Lose 4, 5 und 7, für die die Beigeladene zu 2) den Zuschlag erhalten soll, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

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

2.1 Die Durchführung des Vergabeverfahrens durch die ECO WAF, einem öffentlichen Auftraggeber, der quasi als Verfahrensmanager die Ausschreibungen der einzelnen Kommunen begleitet hat, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

a) Gemäß § 2 Nr. 3 VOL/A sind Leistungen unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestellen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben. Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber zur Durchführung einer Ausschreibung der Hilfe Dritter, beispielsweise von Projektsteuerungsbüros oder Sachverständige bedienen kann, die eigentlichen Kernkompetenzen und Entscheidungen müssen aber beim öffentlichen Auftraggeber bleiben.

Die ECO WAF ist hier lediglich zur verfahrensmäßigen Unterstützung für alle beteiligten Kommunen tätig geworden, hat dies nach außen hin transparent gemacht und hat zudem keine wesentlichen Entscheidungen, insbesondere Wertungsentscheidungen, selbständig getroffen. Vielmehr lässt sich den Vergabeunterlagen entnehmen, dass die ECO WAF tatsächlich nur die Ausschreibung für die eigentlichen öffentlichen Auftraggeber durchführte. Insofern ist auch jede Vergabeentscheidung vom jeweiligen Rat des vergebenden Auftraggebers autonom entschieden worden und nicht etwa von der ECO WAF.

b) Darüber hinaus liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Bedarf von den vergebenden öffentlichen Auftraggebern gebündelt wurde und diese als Einkaufsgemeinschaft ihren gesammelten Bedarf am Markt ausgeschrieben haben. Denn die einzelnen Gebietskörperschaften haben einzelne Lose vergeben; losübergreifende Rabatte wurden nicht gewährt.

Im Übrigen unterliegt dies nicht der Kontrolle der Vergabekammern. Die Vergabekammern prüfen nicht die Vorschriften der §§ 1, 130 GWB, sondern sie prüfen gemäß § 104 Abs. 2 GWB nur Bestimmungen über das Vergabeverfahren und Handlungen, die –zeitlich gesehen- in einem Vergabeverfahren erfolgten. Das sind Vorschriften aus den Verdingungsordnungen, die durch die Verweisung in der Vergabeverordnung und in §§ 97 Abs. 6, 7 und 127 GWB Rechtssatzqualität erlangt haben, ferner die das Verfahren betreffenden Gebote des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) sowie bestimmte ungeschriebene Vergaberegeln. Das Kartellverbot (§ 1 GWB) stellt jedenfalls keine Bestimmung über das Vergabeverfahren dar und die damit zusammenhängenden Handlungen erfolgen auch nicht in einem Vergabeverfahren, OLG Düsseldorf, 22.5.2002, Verg 6/02. Insofern unterliegt die vorangegangene Gründung einer Zweckgemeinschaft und die Beauftragung der ECO WAF nicht der Prüfungskompetenz einer Vergabekammer.

Ob die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 10 RL 2004/18/EG hier vorliegen, wonach eine zentrale Beschaffung vorliegt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber für einen anderen öffentlichen Auftraggeber bestimmte Waren und/oder Dienstleistungen erwirbt oder öffentliche Aufträge für einen anderen öffentlichen Auftraggeber vergibt, lässt die Kammer ebenfalls dahingestellt. Auch dafür liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Denn die ECO WAF beschafft keine Leistungen für sich, sondern für andere öffentliche Auftraggeber.

2.2 Die beabsichtigte Vergabe der Lose 2 (Dxxxxxxxxxxxx), 6 (Sxxxxxxxxxxx) und 8 (Wxxxxxxxx) an die **Beigeladene zu 1)** verstößt gegen § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW.

Die Beigeladene zu 1) ist eine 100%ige Tochter der Stadt Dxxxxxxx und unterliegt als solche insbesondere der Vorschrift des § 107 GO NW. Die wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung von sogenannten kommunalen Unternehmen, die außerhalb ihrer eigentlichen Organisationsformen öffentliche Aufgaben erfüllen wollen, ist nicht uneingeschränkt möglich.

a) Die Beigeladene zu 1) unterliegt als Tochtergesellschaft der Stadt Dxxxxxxx ebenfalls dem Gemeindefirtschaftsrecht, denn sie hat keine weitergehenden Rechte, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, als die Stadt Dxxxxxxx dies selbst hätte. Denn die Beigeladene zu 1) wird letztlich zumindest mittelbar von der Stadt Dxxxxxxx beherrscht. Wenn aber die Stadt Dxxxxxxx den § 107 GO NW beachten muss, dann gilt dies auch für die Tochtergesellschaften, wie der Beigeladenen zu 1).

b) Die Beigeladene zu 1) kann sich im Verhältnis zu den Antragsgegnern auch nicht auf die Bestandsschutzregelung in Art. XI § 1 des GO-Reformgesetzes NRW berufen, weil sie weder in sachlicher noch in räumlicher Hinsicht im Gebiet der vergebenden Kommunen bei der Abfallentsorgung tätig geworden ist.

Nach dieser Vorschrift dürfen wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigungen, die vor dem 19.3.2007 auf der Grundlage der seinerzeit geltenden Gemeindeordnung aufgenommen wurden, unbeschadet der in diesem Gesetz erfolgten Änderungen des § 107 GO NW fortgesetzt werden.

Die Bestandsschutzregelung erfasst nicht den Unternehmensgegenstand, sondern bezieht sich auf solche Betätigungen, die in sachlicher und räumlicher Hinsicht (gebietsspezifisch) von der betreffenden Kommune auf der Grundlage des bisherigen § 107 GO NW in der Vergangenheit konkret bereits aufgenommen worden waren, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.8.2008, Verg 42/07. Da die Beigeladene zu 1) nach eigenem Vortrag erst in drei hier nicht betroffenen Kommunen Aufträge ausführt, die die Abfallentsorgung im Bereich Hausmüll, Bioabfall und Sperrmüll betreffen, kann sie sich vorliegend nicht auf Bestandsschutz berufen. Sie hat im räumlichen Geltungsbereich der Antragsgegner entsprechende Leistungen nicht erbracht. In sachlicher Hinsicht hat sie andere Abfallfraktionen im Bereich des Kreises xxxxxxxxx eingesammelt und transportiert, wie beispielsweise Boden und Steine. Dies reicht nicht aus, um einen sachlichen Zusammenhang anzunehmen.

Auch die Berufung auf die Leistungen des EDG-Unternehmensverbundes reicht vorliegend nicht. Zwar ist es vergaberechtlich zulässig, dass sich der Auftragnehmer bei

der Erfüllung der Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen darf und diesbezüglich auch auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der mit ihm verbundenen Unternehmen beruft, vgl. OLG Düsseldorf, 28.6.2006, Verg 18/06; OLG Düsseldorf, 12.12.2007, Verg 34/07. Ob dies auch im Falle der Bestandsschutzklausel so gesehen werden kann, lässt die Kammer dahingestellt. Denn ausweislich des Informationsschreibens vom 17.6.2009 gab es jedenfalls auch keine Tätigkeit des EDG-Unternehmensverbundes, die sowohl sachlich als auch räumlich mit der jetzt angestrebten Betätigung im Gemeindegebiet der Antragsgegner im Zusammenhang steht. Die von der Beigeladenen zu 1) genannten Aufträge beziehen sich nicht auf die Abfallfraktionen, die hier im Streit stehen.

Im Ergebnis ist somit der Beigeladenen zu 1) die Berufung auf die Bestandsschutzklausel verwehrt.

c) Die Beigeladene zu 1) kann sich auch nicht ausschließlich auf die Entscheidung des EuGH vom 9.6.2009, Rs. C-480/06, berufen. Es ist aber sicherlich zulässig, im Rahmen der Prüfung des dringenden öffentlichen Zwecks in Bezug auf die Antragsgegner diese Form der Zusammenarbeit mit zu berücksichtigen.

Zutreffend weist die Beigeladene zu 1) darauf hin, dass im Wege einer interkommunalen Zusammenarbeit ein Vertrag über die Abfallentsorgung zwischen ihr und den Antragsgegner möglich wäre, und zwar unabhängig von der speziellen Rechtsform, in der die gemeinsame Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe erfolgen soll. Die Kommunen sind demzufolge im Vergaberecht nicht verpflichtet, sich der Organisationsformen beispielsweise des GkG NRW zu bedienen, sondern sie können auch andere Rechtsformen für die Zusammenarbeit wählen.

Allerdings würde hier ein Verstoß gegen die Wettbewerbsprinzipien aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB feststellbar sein, wenn sich die Antragsgegner nachträglich auf die ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit berufen würden. Denn die Antragsgegner haben vorliegend durch die öffentliche Ausschreibung der Leistungen in einem förmlichen Verfahren den Wettbewerb eröffnet. Folglich konnten sich alle Bieter, die die Eignungsvoraussetzungen erfüllten, daran beteiligen. Insbesondere konnten sich auch Bieter, die nicht öffentliche Auftraggeber sind, sondern privatrechtlich organisiert sind, beteiligen.

Wenn aber ein förmliches Vergabeverfahren eröffnet ist, dann kann eine Vergabestelle nicht von ihren eigenen Vorgaben wieder abweichen und sich einfach für einen anderen Bieter, der den Status eines öffentlichen Auftraggebers hat, entscheiden. Vielmehr muss die Vergabestelle dann alle Bieter entsprechend den Vergabeunterlagen gleich behandeln, d.h. die dort genannten Anforderungen prüfen. Es ist einer Vergabestelle verwehrt, sich nach Eröffnung des Wettbewerbs mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber über die Vergabe des Auftrags unter Berufung auf die o.g. EuGH Rechtsprechung zu verständigen, also den Zuschlag ohne Wettbewerb zu erteilen.

Vielmehr muss eine Vergabestelle vor Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens entscheiden, ob sie gegebenenfalls im Wege einer interkommunalen Kooperation den Vertrag „vergeben“ kann.

d) Die Antragsgegner können sich bei der Entscheidung für die Beigeladene zu 1) nicht auf § 107 GO NW berufen. Denn die Voraussetzungen liegen nicht vor.

aa) Die Vorschrift des § 107 GO NW ist grundsätzlich in einem Vergabeverfahren zu beachten. Die vergaberechtlichen Anknüpfungsnormen sind § 97 Abs. 1 GWB und – da Dienstleistungen vergeben werden sollen- § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A. Nach § 97 Abs. 1 GWB haben öffentliche Auftraggeber Dienstleistungen im Wettbewerb zu beschaffen, wobei gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A im Vergabeverfahren wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen vom öffentlichen Auftraggeber zu bekämpfen sind, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 17.6.2002, Verg 18/02; OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07.

Die Kammer hält diese Auffassung für zutreffend, weil entgegen der Entscheidung des OVG Münster, 1.4.2008, 15 B 122/08, es nicht nur um unlautere, nicht tolerable Verhaltensregeln geht, wie beispielsweise das Verbot, andere Wettbewerber gezielt zu behindern (vgl. dazu §§ 3, 4 UWG).

Eben sowenig lassen sich Unterlassungsansprüche aus § 4 Nr. 11 UWG herleiten, wenn der Verstoß gegen das Gemeindewirtschaftsrecht lediglich den Marktzutritt (das Ob) betrifft. Ob grundsätzlich eine solche Tätigkeit am Markt aufgenommen werden darf, ist nicht Gegenstand dieser Nachprüfung. Die Kammer lässt es auch ausdrücklich dahin gestellt, ob die Vorschriften des 4. Teils des GWB, aus denen sich die Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge ergibt, Marktverhaltensregeln im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG sind, die die Vertragsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber einschränken und dadurch unmittelbar ihr Marktverhalten bei der Auswahl von Vertragspartnern regeln, so BGH, Urteil vom 3.7.2008, I ZR 145/05.

Vorliegend geht es vielmehr um die Aufnahme einer grundsätzlich gemäß § 107 GO NW untersagten Tätigkeit, die sich in einem konkreten Wettbewerb auswirken kann (das Wie), und nur das ist unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten in einem Nachprüfungsverfahren zu prüfen und zu entscheiden.

Der Wettbewerb ist umfassend zu schützen und Verhaltensweisen, die zwar nicht gegen Vorschriften des UWG verstoßen, wohl aber gegen solche anderer Gesetze und dadurch den Wettbewerb stören, sind in einem Vergabeverfahren, weil es um die Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips geht (vgl. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A), zu beachten. Das Wettbewerbsverbot schützt folglich auch die Bieter und Bewerber in einem Vergabeverfahren, so OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07.

bb) Eine in diesem Sinn gegen das Vergaberecht verstoßende Wettbewerbsverfälschung und – verzerrung stellt es dar, wenn ein Unternehmen der öffentlichen Hand kraft eines gesetzlichen Verbots (hier § 107 GO NW) eine für den Wettbewerb relevante Tätigkeit auf einem bestimmten Markt gar nicht aufnehmen darf, dies aber dennoch unternimmt und darin von anderen öffentlichen Auftraggebern, wie hier die Kommunen, durch die Auftragsvergabe auch noch unterstützt wird, OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07; VK Münster, 4.10.2004, VK 21/04.

Die Beigeladene zu 1) hat sich vorliegend durch die Abgabe von mehreren Angeboten konkret an einem Wettbewerb bzw. förmlichen Vergabeverfahren beteiligt.

cc) Dabei ist die Betätigung der Beigeladenen zu 1) dann vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie sich auf einen dringenden öffentlichen Zweck berufen kann, was in der Regel angenommen wird, wenn die Tätigkeit zur Auslastung der eigenen Kapazitäten objektiv erforderlich erscheint. Der Begriff des dringenden öffentlichen Zwecks ist weit zu fassen. Liegt ein dringender öffentlicher Zweck für die Übernahme der ausgeschriebenen Entsorgung durch die Beigeladene vor, so verstößt sie nicht gegen § 107 Abs. 4 GO NW. Dabei unterliegt die Überprüfung der Kapazitätsauslastung zunächst der Einschätzungsprärogativen der ausgreifenden Kommune, hier also der Beigeladenen zu 1). Gerichte und Nachprüfungsinstanzen können indes diese Einschätzung - der Beigeladenen zu 1) - nur auf grobe Fehleinschätzungen und Vertretbarkeit hin überprüfen, OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07.

dd) Darüber hinaus stehen aber die öffentlichen Zwecke, die sowohl bei der Zielgemeinde, hier der Antragsgegner, als auch bei der ausgreifenden Gemeinde, hier der Beigeladenen zu 1), vorliegen können, gegebenenfalls in der Weise in einer Wechselbeziehung zueinander, als ein bei der Zielgemeinde anzuerkennender dringender öffentlicher Zweck jedenfalls rechtfertigen kann, dass die Prüfung eines gleichen Zwecks in der Person der ausgreifenden Gemeinde weniger strengen Anforderungen unterworfen wird, so OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07.

Weiterhin kann im Rahmen dieser Wechselbeziehungen zwischen der Sitzkommune und der ausgreifenden Kommune, die Möglichkeit einer zulässigen interkommunalen Kooperation in der Form des Privatrechts tendenziell die Anforderungen an den dringenden öffentlichen Zweck nochmals vermindern.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung, die die Kammer für zutreffend hält, sind somit die öffentlichen Zwecke der Zielgemeinden und der ausgreifenden Kommune in ihren Wirkungen voneinander abhängig. Je höher der öffentliche Zweck bei den Antragsgegnern einzuschätzen ist, desto geringer sind die Anforderungen, die an den öffentlichen Zweck der Beigeladenen zu 1) für die Aufnahme der Tätigkeit sprechen.

(1) Der dringende öffentliche Zweck, auf den sich die Antragsgegner berufen können, ist darin zu sehen, dass sie die Entsorgung der im Streit stehenden Abfallfraktionen nicht eigenständig durchführen können und somit einen Dritten damit beauftragen müssen. Dies kann ein privater Dritter sein. Aber auch eine andere Kommune, die über die erforderlichen Mittel verfügt, um die Aufgabe „Abfallentsorgung“ im Gebiet der Sitzkommunen erfüllen zu können, kann im Wege einer interkommunalen Zusammenarbeit nach § 1 Abs. 3 GkG NW diese Aufgabe übernehmen. Aus den Entscheidungen der Antragsgegner ergibt sich, dass sie die Übernahme der Abfallentsorgung in ihren Gemeindegebieten durch die Beigeladene zu 1) wünschen.

(2) An den dringenden öffentlichen Zweck, auf den sich die Beigeladene zu 1) berufen kann, um die von ihr angestrebten Betätigungen durchzuführen, sind vorliegend geringe Anforderungen zu stellen, weil im Verhältnis zu den Antragsgegnern die Aufnahme dieser Tätigkeiten gerade auch durch die Beigeladene zu 1) für erforderlich gehalten wird. Beide öffentliche Zwecke stehen somit zueinander in einer Wechselbeziehung.

Aus der Sicht der Beigeladenen zu 1) kann ein dringender öffentlicher Zweck dann angenommen werden, wenn gerade die Übernahme der im Streit stehenden Aufträ-

ge erforderlich ist, um freie Kapazitäten oder sonst brachliegende Ressourcen auszulasten. Eine den Regeln der Wirtschaftlichkeit gehorchende Betriebsführung ist unverzichtbarer Bestandteil des öffentlichen Zwecks. Sie gebietet darauf hinzuwirken, dass die vorhandenen Entsorgungskapazitäten ausgelastet werden und die Anlagen dem Stand der Technik entsprechen, was zugleich eine Vorbedingung dafür ist, dass die Entsorgungsleistungen effektiv und kostengünstig für die Abfallverursacher erbracht werden können, so OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07. In Bezug auf Logistikleistungen hat das OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 13.8.2008, Verg 42/07, die Auffassung vertreten, dass diese als Hilfstätigkeiten zur Sicherung von Anlagenauslastungen zulässig sind. Denn auch diese Betätigung ist dem wirtschaftlichen Betrieb untergeordnet und insoweit förderlich, als sie mittelbar dazu dient, die Entsorgungsanlagen mit behandlungsbedürftigen Abfällen zu beliefern, sie dadurch auszulasten und bestehende Kapazitätsüberhänge abzubauen.

Ob das vorliegend auch angenommen werden kann, unterliegt der Einschätzungsprärogativen der ausgreifenden Kommune, die nur auf grobe Fehleinschätzungen und Vertretbarkeit hin von der Kammer überprüfbar ist.

Die Einschätzungen der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich ihrer Auslastung sind hier nicht ohne weiteres nachvollziehbar, und zwar auch dann nicht, wenn man lediglich grobe Fehleinschätzungen prüfen würde.

(2.1) Die Beigeladene zu 1) beabsichtigt, ausschließlich Logistikleistungen im Bereich bestimmter Abfallfraktionen zu übernehmen. Die eingesammelten Abfälle sind in das Entsorgungszentrum in Exxxxxxxxxx zu transportieren. Es handelt sich nicht um eine Anlage der Beigeladenen zu 1) oder ihres Entsorgungsverbundes. Insofern ist die Auslastung der Anlagen im Rahmen der Prüfung, ob ein dringender öffentlicher Zweck vorliegt, nicht relevant. Damit hat die Beigeladene zu 1) nichts zu tun. Auch der Hinweis auf die MVA Hxxxxändert daran nichts. Denn der einzusammelnde Hausmüll kann von der Anlage in Exxxxxxxxxx zu unterschiedlichen anderen Anlagen weiter transportiert werden. Es ist somit ungewiss, ob bestimmte Anteile auch nach Hamm transportiert werden. Es fehlt insofern an einer unmittelbaren Konnexität zwischen den Logistikleistungen und der Anlagenauslastung.

(2.2) Damit bleiben dann nur noch die Logistikleistungen. Diesbezüglich kann zunächst nicht festgestellt werden, dass sie als „Hilfstätigkeiten“ erforderlich sind, damit eine eigene Anlage der Beigeladenen zu 1), was betriebswirtschaftlich sinnvoll sein könnte, ausgelastet wird.

Dann bleibt nur noch zu prüfen, ob bei der Beigeladenen zu 1) freie Kapazitäten im Bereich des Fuhrparks vorhanden sind oder Personalüberhänge vorliegen, die die betriebswirtschaftliche Übernahme des Auftrages sinnvoll erscheinen lassen. Dazu hat das OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 17.6.2002, Verg 18/02 darauf abgestellt, ob gegebenenfalls Müllfahrzeuge eigens neu angeschafft werden müssen und ob für die Auftragsabwicklung zusätzliches Personal (Fahrer für die Sammelfahrzeuge) einzustellen ist oder ob diese Kapazitäten bereits bei der Beigeladenen zu 1) vorhanden sind und nur „umgeleitet“ werden müssen.

Wenn nur geringfügige Überhänge feststellbar sind, dann könnte die Auslastung dieser sonst brachliegenden Ressourcen durch die in Aussicht gestellten Aufträge aufgefangen werden.

Genau dies kann vorliegend – auch bei einer sehr weit gefassten Einschätzung - nicht angenommen werden. Denn die Beigeladene zu 1) ist für insgesamt 4 Aufträge vorgesehen. Bislang führt sie im kommunalen Bereich insgesamt 3 Aufträge für 3 ca. gleich große Kommunen durch, wobei sie selbst davon ausgeht, dass möglicherweise zum Ende des Jahres ein Auftrag in einer Kommune mit ca. 20 000 Einwohnern nicht verlängert wird. Diesbezüglich könnte sie Überhänge „umleiten“.

Für die 4 in Aussicht gestellten Aufträge im Bereich des Kreises xxxxxxxxx müssen Fahrzeuge und Personal als brachliegende Ressourcen vorhanden oder zumindest teilweise vorhanden sein. Dies ist hier nicht ersichtlich und kann auch nicht nachvollzogen werden. Wenn die Beigeladene zu 1) allein drei Aufträge erhalten würde, würde sie ihre Kapazitäten im Bereich der Hausmüllentsorgung bereits verdoppeln. Verdoppeln ist nicht geringfügig erweitern oder umverteilen, sondern diesbezüglich muss jeder Betrieb erhebliche Investitionen tätigen, um dorthin zu kommen.

Die Kammer stellt auch ausdrücklich auf sämtliche in beiden Nachprüfungsverfahren (VK 14/09 und VK 15/09) im Streit stehenden Aufträge ab. Die Auslastung der Beigeladenen zu 1) kann bei einer solchen Sachlage nicht losweise betrachtet werden, weil dies dem Lebenssachverhalt widersprechen würde. Die möglicherweise freiwerdenden Kapazitäten aus einem Auftrag kann die Beigeladene zu 1) nur einmal umleiten, aber nicht für jeden neuen Auftrag als Reserve einplanen.

Auch aus dem von der Kammer nachgeforderten Vermerk zur Auslastung der Sammelfahrzeuge, der nicht offen gelegt wurde, ergibt sich, dass ein Vielfaches an Kapazitäten im Betrieb vorhanden ist, wobei die Beigeladene zu 1) selbst in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen hat, dass sie im EDG-Unternehmensverbund die Überhänge aufzufangen habe. Insofern vermag die Kammer nicht nachzuvollziehen, ob gegebenenfalls gezielt Kapazitätsüberhänge im Betrieb der Beigeladenen zu 1) aufgebaut wurden. Denn allein aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist die genannte Anzahl von Sammelfahrzeugen nicht erforderlich, um die bereits vorhandenen Aufträge zu erfüllen. Auch bei einer großzügigen Betrachtung muss es sich um Fahrzeuge handeln, denen jedenfalls keine Aufträge des konkreten Betriebes jetzt schon gegenüber stehen oder gegenüber gestanden haben. Es spricht einiges dafür, dass diese Überhänge insgesamt tatsächlich aus dem Unternehmensverbund stammen. Auf den Umfang solcher Überhänge kann sich die Beigeladene zu 1) im Rahmen einer gemeindewirtschaftlichen Prüfung gemäß § 107 Abs. 1 GO NW nicht berufen.

Die Beigeladene zu 1) hat in der mündlichen Verhandlung zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass die vergaberechtliche Sicht der Kammer, wonach nur die konkreten Überhängen bei der hier als Bieterin auftretenden Tochtergesellschaft relevant seien, nicht mit der gemeindewirtschaftlichen Sichtweise des § 107 GO NW übereinstimme.

Ausweislich des Angebots ist nur die Beigeladene zu 1) als Bieterin in Erscheinung getreten. Ein Bieter kann sich bei der Erfüllung der Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen und kann diesbezüglich sich auch auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der mit ihm verbundenen Unternehmen berufen, OLG Düsseldorf, 28.6.2006, Verg 18/06; OLG Düsseldorf, 12.12.2007, Verg 34/07. Ob dies auch für die Berufung auf „Kapazitätsauslastungen“ möglich ist, lässt die Kammer dahingestellt.

Die Beigeladene zu 1) meint, dass es nicht auf den konkreten Bieter ankomme, sondern Adressat des § 107 GO NW sei die Stadt Dxxxxxxx und nicht ein einzelnes Tochterunternehmen. Also könne hinsichtlich der Kapazitätsüberhänge auch nicht allein auf das Tochterunternehmen abgestellt werden, auch wenn nur dieses Unternehmen das Angebot abgegeben hat.

Letztlich kann der Entscheidung des OLG Düsseldorf, 17.6.2002, Verg 18/02, entnommen werden, dass hinsichtlich des Wettbewerbsverstoßes im Rahmen des § 107 GO NW auf das konkret handelnde Unternehmen der Kommune abzustellen ist und nicht auf die Kommune an sich oder auf die ansonsten noch vorhandenen Tochterunternehmen, wie hier im Unternehmensverbund. Die Kammer hält dies für zutreffend, weil ansonsten – so auch OLG Düsseldorf- letztlich die Kommune durch den Einsatz von ihr abhängiger, zivilrechtlich formierter Gesellschaften es in der Hand hätte, die Markteintrittsregelung und Teilnahmeregelung zu umgehen, was im Vergaberecht nicht zulässig ist. Aus Gründen der Gleichbehandlung im Wettbewerb und insbesondere aufgrund des Transparenzgebotes (vgl. § 97 Abs. 1 und 2 GWB) müssen die Kapazitätsüberhänge, die einen dringenden öffentlichen Zweck für die Teilnahme im Wettbewerb rechtfertigen, in Bezug auf die konkrete Einrichtung geprüft werden. Dies lässt sich auch dem § 107 Abs. 1 GO NW entnehmen, der sich auf die Einrichtung oder das Unternehmen an sich, nicht auf die Kommune als solche bezieht, wie sich auch dem § 108 GO NW entnehmen lässt. Schließlich kann eine Kommune eine Vielzahl von kommunalen Einrichtungen unterhalten, wobei jede einzelne der gemeindewirtschaftlichen Kontrolle unterliegt.

Weiterhin ergibt sich aus dem Gesamtkontext des Angebots der Beigeladenen zu 1), dass sie ihre Unternehmenstätigkeiten auch räumlich nicht nur unerheblich ausweiten will. Die bisherigen Aufträge im Bereich der Hausmüllentsorgung befinden sich allesamt im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang zum Betriebssitz in Unna. Nunmehr sollen weiter entfernt liegende Bezirke einbezogen werden. Auch wenn diesbezüglich lediglich auf die technischen Möglichkeiten zum Einsatz von Sammelfahrzeugen verwiesen wird, ist jedenfalls im Angebot eine andere Auffassung vertreten worden. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Beigeladene zu 1) sich mit neuen Investitionen neue Geschäftsfelder erschließen und sich dabei auch im Kreis xxxxxxxxxx als ein Entsorgungsunternehmen langfristig etablieren will. Etwas anderes lässt sich jedenfalls den Gesamtumständen nicht entnehmen.

Im Ergebnis kann die Beigeladene zu 1) sich somit nicht auf § 107 GO NW berufen. Auch bei sehr großzügiger Betrachtung sind die Absichten der Beigeladenen zu 1) eher auf eine Geschäftserweiterung gerichtet, als auf eine maßvolle Auslastung von Überhängen. Insofern mangelt es ihr an einem dringenden öffentlichen Zweck für die in Aussicht gestellten Vergaben. Die Angebote der Beigeladenen zu 1) zu den Losen 2, 6 und 8 sind somit gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW von der Vergabe auszuschließen.

2.3 Bei dieser Sachlage kommt es somit nicht mehr darauf an, ob die Angaben der Beigeladenen zu 1) zu den Referenzen und der technischen Ausstattung ordnungsgemäß im Angebot vorhanden waren.

2.4 Gemäß § 114 Abs. 1 GWB ist die Antragstellerin auch in ihren Rechten verletzt. Denn sie liegt bei den Losen 2, 6 und 8 jeweils auf dem zweiten Rang unmittel-

bar nach der Beigeladenen zu 1). Die Antragsgegner zu 1) (Dxxxxxxxxxxxxx), zu 4) (Sxxxxxxxxxxx) und zu 6) (Wxxxxxxxx) sind somit verpflichtet, unter Beachtung der Auffassung der Vergabekammer die Angebote neu zu werten, wobei das Angebot der Beigeladenen zu 1) unberücksichtigt bleiben muss.

Diesbezüglich werden von der Kammer noch folgende Hinweise gegeben:

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A darf auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, der Zuschlag nicht erteilt werden. Solche Angebote sind auszuschließen.

Die Angemessenheit des Angebotspreises ist durch eine Betrachtung des Preis-Leistungsverhältnisses innerhalb des vom Ausschluss bedrohten Angebots zu ermitteln. Der Gesamtpreis des Angebots ist in eine Relation zum Wert der angebotenen Leistung zu stellen. Nur wenn sich ergibt, dass der Wert der Leistung zum Betrag der Gegenleistung, das heißt zum Gesamtpreis, in einem erheblichen Missverhältnis steht, kann von einer Unangemessenheit des Preises gesprochen werden. Steht ein unangemessen hoher Preis in Rede, ist mithin zu prüfen, ob in Relation zur angebotenen Leistung der verlangte Preis erheblich übersetzt ist, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 31.10.2007, Verg 24/07.

Nach Auffassung des OLG München, 2.6.2006, Verg 12/06, kann bei dieser Prüfung auch auf Instrumentarien zurückgegriffen werden, die bei der Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote angewandt werden. Insofern würde man die Differenz zwischen den Angebotspreisen im Angebot der Beigeladenen zu 1) und im Angebot der Antragstellerin ermitteln. Allerdings kann dies nur im Einzelfall entschieden werden, weil nicht sicher feststellbar ist, ob es sich bei dem Angebotspreis der Beigeladenen zu 1) nicht um ein sogenanntes Unterkostenangebot handelt. Auch die Kostenschätzung der Antragsgegner kann herangezogen werden, um zu ermitteln, ob ein ungewöhnlich hohes Angebot vorliegt.

Bei den **Losen 2** (Dxxxxxxxxxxxxx) und **6** (Sxxxxxxxxxxx) sollte vor der Vergabe noch geklärt werden, ob die Antragstellerin ein ungewöhnlich hohes Angebot abgegeben hat. Allein die Differenz zu der jeweiligen Kostenschätzung liegt oberhalb von 20%, was allerdings allein nicht aussagekräftig ist. Vielmehr erscheint es sinnvoll, konkret zu prüfen, ob ein erhebliches Missverhältnis festgestellt werden kann. Dabei trägt nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 31.10.2007, Verg 24/07, der öffentliche Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast.

Bei dem **Los 8** (Wxxxxxxxx) ist eine solche Preisprüfung gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht mehr erforderlich.

2.5 Die beabsichtigte Vergabe der Lose 4 (Exxxxxxxxxxx), 5 (Oxxxxxxxx) und 7 (Txxxxx) an die **Beigeladene zu 2)** ist nicht zu beanstanden.

a) Die Beigeladene zu 2) ist nicht wegen fehlender Eignung auszuschließen. Sie hat die geforderten Referenzen vorgelegt und auch Angaben zu ihrem Fuhrpark gemacht. Diese Angaben sind von den Antragsgegnern nachvollziehbar ausgewertet und beurteilt worden.

aa) Die Beigeladene hat eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten vergleichbaren Leistungen (Sammlung und Transport von Restmüll, Bioabfall und Sperrmüll) unter Angabe der öffentlichen Auftraggeber dem Angebot beigefügt. Dass in der Liste nicht ausdrücklich aufgenommen wurde, dass es sich bei den Referenzen tatsächlich um Aufträge der ausgeschriebenen Fraktionen handelt, ist ohne Belang. Denn es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich um andere Aufträge handelt, die mit dem ausgeschriebenen Auftrag nicht vergleichbar sind. Letztlich ist ein Angebot gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen. Der öffentliche Auftraggeber ist zur Auslegung eines Angebots berechtigt und verpflichtet. Maßstab der Auslegung ist, wie ein mit den Umständen vertrauter Dritter in der Lage des öffentlichen Auftraggebers das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte und musste. Dabei ist der dem Angebot zugrunde liegende wahre Bieterwille zu erforschen, OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist bei Prüfung von Angeboten im Entsorgungsdienstleistungsbereich immer die ausgeschriebene Fraktion maßgeblich. Wenn ein Bieter aufgefordert wird, diesbezüglich Referenzen vorzulegen, würde einer mit den Umständen vertrauter Auftraggeber die Angabe der Referenzen doch nicht auf die gerade nicht ausgeschriebene Abfallfraktion beziehen. Vielmehr kann er zunächst einmal davon ausgehen, dass die Referenzen sich tatsächlich auf die ausgeschriebenen Abfallfraktionen beziehen. Das war hier auch der Fall, wie die Nachfrage der Antragsgegner ergeben hat.

Weiterhin müssen die Einwohnerzahlen in den Referenzkommunen nicht unbedingt identisch sein mit den Einwohnerzahlen der Auftraggeber. Vielmehr ist diesbezüglich „vergleichbar“ auch eine gewisse Bandbreite. Außerdem sind weitere Referenzen angegeben worden, die sich auf Kommunen mit höheren Einwohnerzahlen beziehen. Insofern ist die Beurteilung dieser Referenzen durch die Antragsgegner in der Gesamtbetrachtung nicht zu beanstanden.

bb) Hinsichtlich des Fuhrparks bestehen ebenfalls keine Beanstandungen hinsichtlich der Beurteilung durch die Antragsgegner. Die Formulierung in den Vergabeunterlagen war diesbezüglich sehr weit gefasst. Es mussten nicht ganz konkret die Sammelfahrzeuge unter Vorlage der Fahrzeugscheine usw. benannt oder nachgewiesen werden, sondern es wurde nur eine Beschreibung erbeten. Diese befindet sich im Angebot der Beigeladenen zu 2). Sie hat ihre technische Ausrüstung beschrieben, technische Details zu den Sammelfahrzeugen genannt und ist damit ihrer Pflicht zu einer „Beschreibung“ mit dem Angebot nachgekommen. Wenn eine Vergabestelle genau die Fahrzeuge benannt haben möchte, mit denen anschließend die Entsorgung durchgeführt wird, dann muss sie eine solche Vorgabe eindeutig in den Vergabeunterlagen fordern. Dies war hier nicht der Fall.

b) Die Antragsgegner waren auch nicht verpflichtet, das Arbeitnehmerentendengesetz vorliegend zu prüfen, weil derzeit keine Vorschriften über die Zahlung von Mindestlöhnen in der Abfallwirtschaft existieren.

c) Da die Beigeladene zu 1), die bei den Losen 4, 5 und 7 jeweils auf dem zweiten Rang liegt, gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW bei der Vergabe nicht berücksichtigt werden kann, rückt die Antragstellerin auf den zweiten Rang vor. Die Antragstellerin kann dann verlangen, dass die Vergabestelle gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A die Angemessenheit der Preise überprüft.

§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A betrifft Angebote, die einen ungewöhnlich niedrigen Preis aufweisen. § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A kommt bieterschützende Wirkung zu, wenn der vom Ausschluss seines Angebots wegen Unauskömmlichkeit bedrohte Bieter die Nachprüfung beantragt, so OLG Düsseldorf, 2.5.2007, Verg 1/07; OLG Düsseldorf, 25.2.2009, Verg 6/09. Bieter haben kein subjektives Recht auf Ausschluss eines Unterkostenangebots. Bieter haben jedoch ein subjektives Recht darauf, dass der Auftraggeber im Rahmen einer vollständigen Wertung ein Niedrigpreisangebot dahingehend überprüft, ob eine wirtschaftliche und ordnungsgemäße Ausführung gewährleistet ist, VK Düsseldorf, Beschluss vom 19.03.2007, VK-3/2007-B.

aa) Nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A darf auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein Zuschlag nicht erteilt werden, wenn dessen Preis in einem auffälligen Missverhältnis zu der zu erbringenden Leistung steht. Dabei geht die Rechtsprechung, u.a. OLG Düsseldorf, 23.1.2008, Verg 36/07, davon aus, dass die Vergabestellen verpflichtet sind die Angemessenheit der Preise zu prüfen, wenn der Abstand zwischen dem erstplatzierten und dem nächstplatziertem Angebot eines Bieters mehr als 20% beträgt, so auch Noch, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2007, § 25 Rn. 249; Dicks, in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 25 Rn.139. Gegenstand der in der dritten Wertungsstufe stattfindenden Preisprüfung ist der Gesamtpreis (Endpreis) des Angebots. Nicht aber sind die einzelnen Leistungspreise einer Prüfung auf Angemessenheit zu unterziehen, OLG Düsseldorf, 9.2.2009, Verg 66/08.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung liegt der preisliche Abstand zwischen den Angeboten der Beigeladenen zu 2) und der Antragstellerin bei den Losen 4, 5 und 7 jeweils oberhalb der sogenannten Aufgreifschwelle von 20%. Das hat zur Folge, dass eine Prüfung der Angemessenheit der Preise durch die Antragsgegner gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A eigentlich zu erfolgen hatte. Die Antragsgegner sind allerdings zu Recht der Auffassung, dass sie auch noch die Preise der Beigeladenen zu 1) im Rahmen dieser Gesamtbetrachtungen mitberücksichtigen konnten. Es kann auch nicht in Abrede gestellt werden, dass ausweislich des Vergabevermerks die Antragsgegner sich eingehend mit den üblichen Marktpreisen beschäftigt haben. Insofern kann auch nachdem sich die Rangplätze durch dieses Nachprüfungsverfahren verschoben haben, angenommen werden, dass die Antragsgegner die Auskömmlichkeit der Preise im Angebot der Beigeladenen zu 2) wohl ausreichend geprüft haben.

bb) Jedenfalls reicht allein das Vorliegen eines Unterkostenangebots reicht nicht aus, um das Angebot der Beigeladenen zu 2) auszuschließen. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt, auch sogenannte Unterkostenpreise bei einer Auftragsvergabe zu akzeptieren, sofern er nach Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Anbieter auch zu diesen Preisen zuverlässig und vertragsgerecht wird leisten können, OLG Düsseldorf, 19.12.2000, Verg 28/00. Es kann für einen leistungsfähigen Bieter zahlreiche, nicht zu beanstandende Motive geben, weshalb er bei einem bestimmten Einzelauftrag davon absieht, einen sogenannten auskömmlichen Preis zu verlangen. Ein öffentlicher Auftraggeber muss nicht nur auskömmliche oder kostendeckende Preise der Bieter akzeptieren, OLG Düsseldorf, 17.6.2002, Verg 18/02.

Erst dann, wenn Unterkostenangebote abgegeben werden, die als Angebote unter Einstandspreis in der zielgerichteten Absicht vorgenommen werden oder zumindest die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere bestimmte Mitbewerber vom Markt

ganz (also nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe) verdrängt werden, muss die Vergabestelle ein solches Angebot aus der Wertung nehmen. Denn der öffentliche Auftraggeber hat gemäß § 2 Nr. 1 VOL/A wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zu bekämpfen, OLG Düsseldorf, 4.6. 2002, Verg 37/02.

Sollte somit eine Prüfung der Angebote der Beigeladenen zu 2) tatsächlich ergeben, dass sogenannte Unterkostenangebote vorliegen, dann ist jedenfalls keine Rechtsverletzung bei der Antragstellerin feststellbar. Denn es steht bereits jetzt schon fest, dass die Angebote der Beigeladenen zu 2) nicht mit der Absicht, die Antragstellerin vom Markt zu drängen abgegeben wurden. Die Antragstellerin erhält den Zuschlag für das Los 1(Bxxxxx) und ist bei den Losen 2, 6 und 8 erstplatzierte Bieterin. Den Zuschlag für die Lose 4, 5 und 7 würde die Beigeladene zu 2) erhalten. Bei dieser Sachlage kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin aus dem Markt verdrängt wird oder eine diesbezügliche Gefahr besteht. Die Antragstellerin bleibt weiterhin im Bereich der Entsorgungsdienstleistungen im Kreis xxxxxxxxx neben der Beigeladenen zu 2) umfassend tätig.

Im Ergebnis gibt es somit keine Rechtsgrundlage für den Ausschluss der Angebote der Beigeladenen zu 2) von den Losen 4, 5 und 7.

2.6 Weitere Vergaberechtsverstöße sind nicht ersichtlich. Die Kammer lässt es dahingestellt, ob diese Beanstandungen tatsächlich ordnungsgemäß und unverzüglich bereits mit Schreiben vom 6.4.2009 gegenüber den Antragsgegnern gerügt wurden. Jedenfalls war dies – da es sich um Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung handelte – den Bietern möglich.

a) Die Antragsgegner haben keine unzulässige Tariftreuevorgabe von den Bietern gefordert. Vielmehr enthält der den Vergabeunterlagen beigefügte Vertragsentwurf in § 3 Abs. 7 lediglich einen allgemeinen Hinweis auf die Einhaltung der allgemeinen Arbeitsrechtsordnung. Dadurch wurde aber für alle Bieter nicht die Einhaltung von Tarifbindungen als Vergabekriterium verpflichtend gefordert. Im Vergabeverfahren ist der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet, die Angebote einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle, namentlich einer Kontrolle der Preise auf Einhaltung eines Tarifvertrages zu unterziehen. Ein öffentlicher Auftraggeber ist lediglich verpflichtet, die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einzuhalten und alle Bieter gemäß den Wettbewerbsprinzipien zu behandeln, VK Münster, 26.8.2009, VK 11/09; vgl. auch OLG Düsseldorf, 8.12.2008, Verg 55/08.

b) Die Abfrage eines Einheitspreises für die Sammlung und den Transport stellt kein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dar.

Nach dieser Regelung soll dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Nach Auffassung des OLG Naumburg, 5.12.2008, 1 Verg 9/08, kann von einem solchen ungewöhnlichen Wagnis ausgegangen werden, wenn die für den jeweiligen Vertragstyp rechtlich, wirtschaftlich bzw. technisch branchenübliche Risikoverteilung einseitig und nicht nur unerheblich zu Ungunsten des Auftragnehmers verändert vorgegeben wird.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung, die die Vergabekammer für zutreffend hält, wird das Risiko für Mengenänderungen im Zusammenhang mit der Abfrage des Ein-

heitspreises nicht einseitig und branchenunüblich auf die Bieter übertragen. Die Entwicklung der Abfallmengen ist nur eingeschränkt prognostizierbar, und kann weder vom Bieter noch vom öffentlichen Auftraggeber eindeutig vorhergesehen werden. Die Antragsgegner haben in der Leistungsbeschreibung zur Minimierung dieses Risikos über die Abfallmengen in der Vergangenheit informiert. Aufgrund dieser Daten und auch der eigenen Marktbeobachtungen war es den in der Branche tätigen Bietern nicht unmöglich, auf der Basis eines anzugebenden Einheitspreises zu kalkulieren. Die Auslastung der Fahrzeuge und des Personals ist in einer bestimmten Bandbreite einfach hinzunehmen, weil dies für Dauerschuldverhältnisse im Entsorgungsbereich nicht völlig ungewöhnlich ist.

c) Das Gleiche gilt für vertraglich vorgesehene Entgeltanpassungen in einem Rahmen von 2 ½ Jahren. Ob dies dem § 15 Nr. 3 VOL/A entspricht, lässt die Kammer dahingestellt. Denn jedenfalls wird dadurch wiederum das Risiko von Mengenänderungen im Entsorgungsbereich zugunsten der Bieter reduziert. Die Kammer vermag bei dieser „Risikoverteilung“ insgesamt nicht zu erkennen, dass die Antragsgegner einseitig zu Lasten der Bieter ein Risiko überbürden und es aufgrund der eigenen Marktstellung auch durchsetzen könnten.

2.7 Ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht aus § 30 VOL/A liegt hier ebenfalls nicht vor. Der Vergabevermerk ist ausführlich und umfassend; die wesentlichen Gesichtspunkte sind dort aufgenommen worden. Hinsichtlich der Eignung – 2. Wertungsstufe- haben die Antragsgegner auf den Seiten 13 bis 17 ausführlich in Bezug auf jeden Bieter geprüft, ob dieser die geforderten Nachweise dem Angebot beigelegt hatte, und ob der Bieter insgesamt zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet erscheint.

Im Ergebnis ist dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin in Bezug auf die Lose 2 (Dxxxxxxxxxxxx), 6 (Sxxxxxxxxxxx) und 8 (Wxxxxxxxx) stattzugeben. Im Übrigen wird der Antrag in Bezug auf die Lose 4 (Exxxxxxxxxxx), 5 (Oxxxxxxxx) und 7 (Txxxxx) zurückgewiesen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB, wonach ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Die Antragstellerin unterliegt in Bezug auf die Lose 4, 5 und 7, so dass ausgehend von einer geschätzten Auftragssumme für diese Lose unter Einbeziehung der Vertragslaufzeit von maximal 7 Jahren nach der bundeseinheitlichen Gebührentabelle eine Gebühr in Höhe von xxxx € festgesetzt wird, die die Antragstellerin zu tragen hat.

Hinsichtlich der Lose 2, 6 und 8 unterliegen die Antragsgegner zu 1), zu 4) und zu 6), so dass die Gebühren für Amtshandlungen der Vergabekammer gemäß § 128 Abs.1 und Abs. 3 GWB von ihnen zu tragen sind. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes sind die Gemeinden, sofern die Amtshandlungen nicht ihre wirtschaftlichen Unternehmen betreffen, von der Zahlung dieser Gebühr befreit.

Da die Beigeladene zu 1) ebenfalls Anträge in Bezug auf diese Lose gestellt hat, haftet sie gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB gemeinsam mit den Antragsgegnern als Gesamtschuldnerin.

Nach Auffassung des OLG Dresden, 25.1.2005, WVerg 14/04, ist die gemäß § 128 Abs. 1 GWB ermittelte Gebühr für das Nachprüfungsverfahren der Vergabekammer bei einer nach § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB gesamtschuldnerischen Haftung im Falle einer persönlichen Gebührenbefreiung eines Gebührenschuldners (hier nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes) um den Betrag zu kürzen, der dem internen Haftungsanteil des befreiten Gebührenschuldners entspricht.

Ausgehend von einer geschätzten Auftragssumme aus den Angeboten der Beigeladenen zu 1) zu den Losen 2, 6 und 8 unter Einbeziehung der maximalen Vertragslaufzeit wird somit insgesamt eine Gebühr in Höhe von xxxx € für alle Gesamtschuldner festgesetzt. Davon hat die Beigeladene zu 1) anteilig die Hälfte, also xxxx €, zu erstatten, weil sie bei den Losen 2, 6 und 8 unterliegt, wobei die Antragsgegner nur in Bezug auf das eigene Los unterliegen, so dass diese jeweils zu 1/6 die andere Hälfte zu erstatten haben. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes ist die Beigeladene zu 1) nicht von diesen Gebühren befreit, weil dieses Verfahren ihrem wirtschaftlichen Unternehmen zuzurechnen ist.

Die Beigeladene zu 2) ist an den Kosten für die Amtshandlungen der Vergabekammer nicht zu beteiligen, weil sie mit ihren Anträgen in Bezug auf die Lose 4, 5 und 7 obsiegt.

IV.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW nach dem jeweiligen Grad des Obsiegens oder Unterliegens für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte.

Hinsichtlich der Lose 2, 6 und 8 unterliegen die Antragsgegner zu 1) (Dxxxxxxxxxxxx), zu 4) (Sxxxxxxxxxxx) und zu 6) (Wxxxxxxxx) gemeinsam mit der Beigeladenen zu 1), so dass diese verpflichtet werden, die der Antragstellerin insoweit entstandenen Aufwendungen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu tragen, wobei die Beigeladene zu 1) die Hälfte und die Antragsgegner zu 1), zu 2) und zu 6) zu je 1/6 die Aufwendungen zu übernehmen haben.

In Bezug auf die Lose 4, 5 und 7 unterliegt die Antragstellerin, so dass sie die notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner zu 2), zu 3) und zu 5) sowie der Beigeladenen zu 2) für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu tragen hat.

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.

XXXXXXXXXXXXX

XXXXX

XXXXXX