



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. **Es ist einer Vergabestelle verwehrt, sich nach Eröffnung des Wettbewerbs durch förmliche Ausschreibung mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber über die Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH, 9.6.2009, Rs. C-480/09, zu verständigen.**
2. **Eine Vergabestelle ist nicht verpflichtet, in ihren Vergabeunterlagen auf § 107 Abs. 4 GO NW iVm § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A hinzuweisen. Vielmehr muss eine Vergabestelle in jedem Verfahrensstadium prüfen, ob möglicherweise Ausschlussstatbestände hinsichtlich einzelner Bieter vorliegen.**
3. **Die Beurteilungsentscheidung der Vergabestelle, einen dringenden öffentlichen Zweck für die Ausführung eines Entsorgungsauftrages durch ein kommunalwirtschaftlich tätiges Unternehmen in ihrem Gebiet nicht anzunehmen, ist von den Nachprüfungsinstanzen ebenfalls auf grobe Fehleinschätzungen und Vertretbarkeit hin überprüfbar.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen in der Stadt xxxxxxxxxx

VK 15/09

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

xx.
xx
xx

gegen den

Bürgermeister
der Stadt xxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX GmbH
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 11.9.2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxxxxxx

am **15. September 2009** beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene werden für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

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

Antragsgegnerin ist hier nur die Gemeinde Exxxxxxxx, weil Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens lediglich das Los 3 ist.

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.

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 Exxxxxxxx zu transportieren sind. Gegenstand der Ausschreibung waren lediglich die Logistikleistungen.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 5 Hauptangebote und 3 Nebenangebote für das Los 3, wobei die Antragstellerin mit ihren Neben- und Hauptangebot preislich gesehen vor der mit Beschluss vom 11.8.2009 Beigeladenen liegt.

Die Antragstellerin ist eine 100%ige Tochter der Entsorgung xxxxxxxx GmbH (im folgenden EDG), deren Gesellschaftsanteile zu 51% von der Stadt xxxxxxxx und zu 49% von der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx AG gehalten werden. Da § 107 Abs. 1 GO NRW die uneingeschränkte Betätigung solcher Unternehmen auf dem Markt nicht zulässt, begründete die Antragstellerin 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 Antragstellerin 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 Ratsbeschluss vom 22.6.2009 führte die Antragsgegnerin aus: „Es entspricht nicht dem Willen der Stadt xxxxxxxxx, dass andere Kommunen sich auf dem Gebiet der Stadt im Wettbewerb zu privatwirtschaftlichen Anbietern bei der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen betätigen. Für die beabsichtigte Tätigkeit der Stadt xxxxxxxx über ihre 100%ige Tochtergesellschaft xxxxx auf dem Gebiet der kommunalen Abfallentsorgung in der Stadt xxxxxxxxx sieht der Rat kein hinreichend dringendes öffentliches Interesse.“

Weder der drohende Verlust eines Auftrages in einer anderen – kleineren – Gemeinde noch allgemeine Mengenrückgänge des Abfallaufkommens auf dem Gebiet der Stadt xxxxxxxx selbst, deren Nachhaltigkeit angesichts der gegenwärtigen wirtschaftlichen Ausnahmesituation zweifelhaft erscheint, reichen als dringendes öffentliches Interesse für eine derart ausgreifende Betätigung der Stadt xxxxxxxx bzw. ihrer Tochtergesellschaften aus. Eine solche Belastung wäre daher mit § 107 GO NRW nicht vereinbar, weshalb das Angebot der Firma xxxxx bei der Erteilung des kommunalen Entsorgungsauftrages nicht berücksichtigt werden kann.“

Mit Schreiben vom 10.7.2009 informierte die ECO WAF die Bieter über die geplanten Vergaben. Das Angebot der Antragstellerin wurde mit der vorstehenden Begründung von der Vergabe des Auftrages zu Los 3 ausgeschlossen. Der Zuschlag soll vielmehr auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Darüber hinaus ist die geplante Vergabe der anderen Lose (mit Ausnahme von Los 1) Gegenstand des unter dem Aktenzeichen VK 14/09 geführten Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 14.7.2009 die geplante Vergabe an die Beigeladene und verfolgt diese Beanstandungen mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 22.7.2009 weiter.

Die Antragstellerin hält die Einbeziehung der ECO WAF für vergaberechtswidrig, weil die Leistungen offensichtlich nicht unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestelle vergeben würden. Die Vergabestelle könne zwar Dritte mit der Durchführung einer Vergabe betrauen, aber sie müsse selbst die Angebote prüfen und eigenverantwortlich über mögliche Ausschlussgründe und den Zuschlag entscheiden. Dies sei hier fraglich, weil die Mitteilung nach § 13 VgV von der ECO WAF versandt wurde und auch beim Ratsbeschluss sei davon auszugehen, dass der Rat ohne eigene Prüfung der Empfehlung seiner Verfahrensmanager bzw. anwaltlichen Berater gefolgt sei.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die Antragsgegnerin gar nicht befugt gewesen sei, die Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren vor dem Hintergrund des § 107 GO NW zu prüfen. § 107 GO NW sei keine Bestimmung über das Vergabeverfahren, sondern die Vorschrift regele das Stadium des Marktzutritts und unterliege damit der Prüfungskompetenz der Verwaltungsgerichte. Es handele sich um Gemeindefirtschaftsrecht, nicht aber um Wettbewerbsrecht. Insofern handle es sich um eine der Vergabe vorgelagerte Frage. Auch die Regelung in § 97 Abs. 4 GWB sei hier nicht heranzuziehen. Denn vorliegend ginge es nicht darum, ob die Antragstellerin gemeindefirtschaftlich zuverlässig tätig werden dürfe, zumal die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen keine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde gefordert habe. Auch die Rechtsmittelrichtlinie würde eine Prüfung durch die Vergabekammern nicht erfordern, weil vorliegend Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit gewährt würde, wobei dabei vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO möglich sei.

Die Antragstellerin ist darüber hinaus aber der Auffassung, dass die Voraussetzungen des § 107 GO NW vorliegen, so dass der Ausschluss von der Vergabe unzulässig gewesen sei. Bei der von ihr angestrebten Tätigkeit handle es sich um eine nichtwirtschaftliche Betätigung außerhalb ihres Gemeindegebiets, die aber durch einen dringenden öffentlichen Zweck gerechtfertigt sei. Ein öffentlicher Zweck liege vor, wenn dieser objektiv im Sinne von vernünftiger Weise geboten angenommen werden könne, wobei gerade eine Unterscheidung zwischen einem *dringenden* öffentlichen Zweck und einem öffentlichen Zweck vom OVG NW, Beschluss vom 1.4.2008, 15 B 122/08, bislang nicht herausgearbeitet worden sei. Letztlich würde dies aber der kommunalpolitischen Einschätzungsprärogativen der ausgreifenden Kommune unterliegen, wobei diese Beurteilungsentscheidung nur auf grobe Fehleinschätzungen und Vertretbarkeit hin von der Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüfbar sei. Soweit die Betätigung einem öffentlichen Zweck in der Weise förderlich sei, dass dafür ein anzuerkennendes Bedürfnis nicht verneint werden kann, sei eine Fehleinschätzung, die ein korrigierendes Eingreifen der Nachprüfungsinstanzen gebietet, in der Regel auszuschließen.

Die Antragstellerin trägt vor, dass aus ihrer Sicht ein dringender öffentlicher Zweck die Aufnahme der Entsorgungsdienstleistungen in dem Gemeindegebiet der Antragsgegnerin erfordere. Sie weist darauf hin, dass insbesondere Kapazitätsauslastungsgesichtspunkte für die Bejahung eines dringenden öffentlichen Zwecks vorliegen würden. Denn sie halte eine erhebliche Anzahl an Entsorgungsfahrzeugen und damit auch eine logistische Entsorgungsinfrastruktur bereit, die wiederum nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten verwaltet werden müsste. Insgesamt verweist die Antragstellerin auf ihre Ausführungen im Schreiben vom 17.6.2009, die der Geheimhaltung unterliegen. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin könne man sich auch nicht ohne weiteres von einem umfangreich vorhandenen Entsorgungsfuhrpark trennen, ohne erhebliche wirtschaftliche Verluste hinzunehmen. Auch die Gemeindeordnung verlange, dass Vermögensgegenstände der Kommunen nicht einfach veräußert werden. Für eine sichere Aufgabenerfüllung müsse ein ausreichend großer Fuhrpark innerhalb des EDG-Unternehmensverbundes zur Verfügung stehen und vorgehalten werden.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die Kapazitätsüberhänge vorrangig nicht auf die üblichen und vorübergehenden Marktschwankungen im Abfallsektor zurückgeführt werden könnten, sondern dies seien Folgen einer tiefgreifenden, weltweiten strukturellen Krise in der gesamten Wirtschaft, die so von keiner Branche vorausgesehen wurden.

Weiterhin verweist die Antragstellerin als Begründung für den dringenden öffentlichen Zweck auf den EDG Unternehmensverbund, dem sie angehört. Sie trägt vor, dass der EDG Unternehmensverbund für die Stadt Dxxxxxxx die Abfallbeseitigung umfassend durchzuführen habe und sie innerhalb dieses Verbundes mit der Erbringung von Dienstleistungen des Transports, der Behandlung und der Entsorgung eingebunden sei. Weiterhin sei auch zu berücksichtigen, dass die Abfälle aus dem Kreis xxxxxxxxx teilweise in der MVA Hxxxxentsorgt würden. An dieser Anlage sei wiederum auch die Stadt Dxxxxxxx über den EDG-Unternehmensverbund beteiligt. Insofern sei es entscheidend, dass weiterhin Abfälle zur MVA Hxxxxtransportiert würden, um diese Anlage auszulasten, wodurch sie durch Erbringung der Logistikleistungen einen substantiellen Beitrag leiste.

Die Antragstellerin meint, dass es hinsichtlich der Kapazitätsüberhangs auf den gesamten Konzernverbund der Stadt Dxxxxxxx, also der EDG ankomme und nicht etwa allein auf das Tochterunternehmen, dass 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 gemeindegewirtschaftlicher 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.

Dabei obliege es aber keinesfalls der Antragsgegnerin, dies zu beurteilen. Die Antragsgegnerin sei nicht berufen, das dringende öffentliche Interesse aus Sicht der ausgreifenden Kommune zu überprüfen. Erwägungen, wie der drohende Verlust ei-

nes Auftrages oder allgemeine Mengenrückgänge auf dem Gebiet der Stadt Dxxxxxxx könnten nicht von der Antragsgegnerin bewertet werden. Die Antragsgegnerin überschreite damit ihren Prüfungsrahmen.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass gemeindewirtschaftlich keine Bedenken an ihrer Teilnahme an der Vergabe bestehen, weil ihre Tätigkeit als kommunales Unternehmen für die Antragsgegnerin auch im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit nach § 1 Abs. 3 GkG NW erfolgen könnte. Wenn aber solche kommunalen Kooperationen auch in privatrechtlicher Form erfolgen können, wie sich unlängst einem Urteil des EuGH vom 9.6.2009 entnehmen lasse, dann müssten desto geringere Anforderungen an die gesetzliche Legitimation gestellt werden. Die Anforderungen würden dadurch tendenziell noch vermindert.

Die Antragstellerin meint zudem, dass auch die Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens nicht ausschließe, dass es letztlich zu einer vergaberechtlich privilegierten interkommunalen Kooperation komme.

Die Antragstellerin trägt vor, dass auch die berechtigten Interessen der betroffenen Kommune, hier der Antragsgegnerin, gewahrt würden. Denn sie habe den Bedarf durch Ausschreibung angemeldet. Sie würde sich widersprüchlich verhalten, wenn sie nunmehr ohne zuvor Einschränkungen gemacht zu haben, ein Unternehmen der öffentlichen Hand ausschließen will. Insofern sei der im Ratsbeschluss geäußerte Wille, die Antragstellerin von der Vergabe auszuschließen, unbeachtlich, zumal kein Einvernehmen zwischen den beteiligten Kommunen feststellbar sein müsse. Es handele sich dabei ausschließlich um eine politische Bewertung (Privat vor Staat), die ohne jeglichen vergaberechtlich relevanten Bezug zur Leistungsfähigkeit der Antragstellerin stehe. Der Ausschluss eines Angebots aufgrund einer politischen Motivation, zumal es sich auch noch um das wirtschaftlich günstigste Angebot handele, sei vergaberechtlich nicht zulässig. Vielmehr hätte die Antragsgegnerin dann bereits in ihren Ausschreibungsunterlagen darauf hinweisen müssen, dass sie die Betätigung anderer kommunaler Unternehmen auf ihrem Stadtgebiet nicht wünsche. Es entstehe vielmehr der Eindruck, dass hier ein zusätzliches Wertungskriterium nach Angebotsabgabe aufgestellt wurde, was unzulässig sei.

Weiterhin trägt die Antragstellerin unter Hinweis auf ein Gutachten vor, dass § 107 GO NW gegen Art. 86 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG Vertrag verstoße, weil die Kommunen dadurch gezwungen würden, ihre Tätigkeiten entlang der kommunalen Gebietsgrenzen aufzuteilen.

Darüber hinaus, so meint die Antragstellerin, sei ihre Tätigkeit auch durch die Bestandsschutzregelung gedeckt. Damit soll für bereits konkret aufgenommene Betätigungen die Möglichkeit einer Fortsetzung unbeschadet der Neuregelung des § 107 GO NW gewährleistet werden. Entscheidend sei auf den Unternehmensgegenstand abzustellen, der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe. Vorliegend würde sie gerade die kommunale Zusammenarbeit in sämtlichen Formen anstreben, so dass sich aus ihrem Gesellschaftszweck schon herleiten lasse, dass die von ihr hier angestrebte Tätigkeit unter die Bestandsschutzklausel falle. Im Übrigen habe sie Abfälle zum Teil im Umleersystem mit den Abfallschlüsselnummern 170503/170504 (Boden und Steine) von verschiedenen öffentlichen Auftraggebern eingesammelt und auf die Deponie Dxxxxxxx Nordost gebracht. Dabei komme es nicht darauf an, dass sie konkret für die Antragsgegnerin tätig geworden sei, sondern ausreichend sei, dass sie

auf dem Gemeindegebiet für andere Auftraggeber die betreffenden Tätigkeiten vorgenommen habe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Dem Antragsgegner wird es in dem Vergabeverfahren „Sammlung und Transport von Abfällen“ zu Los 3 untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin eine erneute Wertung der Angebote zu Los 3 in dem Vergabeverfahren „Sammlung und Transport von Abfällen“ durchzuführen.
3. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.
4. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

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

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag teilweise für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet. Der Antrag sei unzulässig, soweit die Antragstellerin die Einschaltung der ECO WAF rüge. Dies sei bereits aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen und hätte somit vor Abgabe der Angebote gerügt werden müssen, was nicht erfolgt sei.

Im Übrigen liege aber auch kein Verstoß gegen § 2 Nr. 3 VOL/A vor, weil die ECO WAF lediglich die Antragsgegnerin bei der Durchführung der Ausschreibung unterstützt habe, die eigentlichen Entscheidungen seien aber immer von der Antragsgegnerin selbst getroffen worden. Dies ergebe sich eindeutig auch aus dem Ratsbeschluss, der erkennen lasse, dass sie sich eingehend unter Abwägung sämtlicher Gesichtspunkte mit der Zuschlagserteilung befasst habe.

Die Antragsgegnerin meint, dass ihre Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin wegen § 107 GO NW auszuschließen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden sei. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf seien die Vergabestellen verpflichtet, die Vorschrift des § 107 GO NW im Rahmen einer Vergabe zu prüfen.

Die Antragsgegnerin meint, dass entgegen der Auffassung der Antragstellerin die beabsichtigte Tätigkeit auf ihrem Gebiet nicht durch einen dringenden öffentlichen Zweck im Sinne des § 107 Abs. 1 GO NW gerechtfertigt sei. Der Begriff des dringenden öffentlichen Zwecks werde in der Rechtsprechung sehr weit ausgelegt. Sei die ausschreibende Kommune mit der Aufnahme der ausgreifenden Kommune einverstanden, so würden geringere Anforderungen an den öffentlichen Zweck zu stellen sein. Vorliegend reiche deshalb der Hinweis der Antragstellerin auf ihre Auslastung nicht. Die Antragsgegnerin meint, dass der Sachverhalt mit den Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OVG NW nicht vergleichbar sei. Denn dort sei es um die

Auslastung von Müllverbrennungsanlagen und anderer Anlagen innerhalb des Verbandsgebiets gegangen und die Logistikleistungen seien nur deshalb als öffentlicher Zweck anerkannt worden, weil diese für den wirtschaftlichen Betrieb der Anlagen förderlich gewesen seien und zum Abbau der Kapazitätsüberhänge beitragen sollten.

Vorliegend gehe es aber nur um Überkapazitäten bei Fahrzeugen und Personal, der einfacher abgebaut werden könne als im Falle von Anlagen. Auch die anderen Begründungen hinsichtlich der Schwankungen bei den Abfallmengen oder der mögliche Verlust eines kommunalen Entsorgungsvertrages seien keinesfalls ausreichend einen dringenden öffentlichen Zweck zu rechtfertigen, solange die Sitzkommune dies nicht wolle.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin käme es nicht darauf an, dass die Zusammenarbeit auch über eine interkommunale Kooperation abgewickelt werden könne. Denn sie habe sich vor Beginn des Vergabeverfahrens für eine Ausschreibung der Entsorgungsdienstleistungen entschieden und eben nicht für eine vergaberechtsfreie interkommunale Kooperation oder eine andere Beschaffung. Wenn aber ein solcher Auftrag öffentlich ausgeschrieben werde, dann gebiete der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass nicht einfach ein kommunaler Bieter außerhalb des Wettbewerbs beauftragt werde. Etwas anderes könne man auch der Entscheidung des EuGH vom 9.6.2009 nicht entnehmen, weil dort keine förmliche Ausschreibung durchgeführt worden sei.

Ein Verstoß gegen den EG Vertrag, so meint die Antragsgegnerin, liege schon deshalb nicht vor, weil der § 107 GO NW es den Kommunen gerade ermögliche ihren Wirkungskreis, der grundsätzlich nach § 2 GO NW auf das Gemeindegebiet beschränkt sei, zu erweitern. Weiterhin würde auch die Bestandsschutzregelung die Tätigkeit der Antragstellerin nicht rechtfertigen, weil diese sich immer nur auf die konkret aufgenommenen Betätigungen beziehe. Bereits begonnene Tätigkeiten seien davon erfasst, soweit diese vor dem Stichtag aufgenommen worden seien. Damit komme es gerade nicht auf den Unternehmensgegenstand an.

Die Beigeladene trägt vor, dass sie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf davon ausgehe, dass auch in einem Nachprüfungsverfahren der § 107 GO NW zu prüfen sei. Jedwede andere Betrachtung würde zu dem Ergebnis führen, dass die Vergabekammer wettbewerbsrechtliche Verstöße sehenden Auges ausblenden müsste, eine insgesamt kaum zumutbare Bewertung.

Keinesfalls könne die Deckung frei gewordener Kapazitäten den dringenden öffentlichen Zweck abbilden. Wer sich aus der geschützten Atmosphäre der kommunalen Tätigkeit auf das Parkett der freien Wirtschaft begibt, hat sich den hier geltenden Regeln zu stellen und an gleichen Maßstäben messen zu lassen. Eine Kommune müsse sich an den Vorgaben der Gemeindeordnung messen lassen, weil sie anders kalkulieren könne als der Unternehmer in der freien Wirtschaft. So könne die Kommune Overheadkosten ausblenden, anderen Kostenstellen zuordnen und sei auf Erlöse nicht angewiesen, um die Existenz des Kommunalbetriebes zu gewährleisten.

Ein öffentlicher Zweck dürfe somit nicht in der Absicht auf Gewinnerzielung liegen, was aber vorliege, wenn der kommunale Betrieb mit der Teilnahme am Vergabeverfahren die Absicht verfolgt, seinen Unternehmensbetrieb so auszuweiten, dass sich

neue Geschäftsfelder erschließen, die dann zu einer bislang offensichtlich nicht vorhandenen Auslastung ihrer Kapazitäten führen sollen.

Die Beigeladene beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

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

II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebenden Aufträge dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind und sie im Regierungsbezirk Münster ansässig ist, §§ 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 Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit ihrem Neben- und Hauptangebot vor der Beigeladenen auf dem ersten Rang liegt. Sollte ihre Auffassung zutreffend sein, so hätte sie reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags.

1.2 Ihrer Rügeobliegenheit aus § 107 Abs. 3 GWB ist der Antragstellerin jedenfalls hinsichtlich der Beanstandungen im Zusammenhang mit § 107 GO NW unverzüglich nachgekommen. Nachdem sie mit Schreiben vom 10.7.2009 mitgeteilt bekommen hatte, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erfolgen sollte, hat sie dies unverzüglich mit Schreiben vom 14.7.2009 gerügt.

Die Kammer lässt es hier dahingestellt, ob die Einschaltung der ECO WAF bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte gerügt werden können bzw. müssen. Denn aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergab sich, dass die ECO WAF die Ausschreibung u.a. auch für die Antragsgegnerin als Verfahrensmanager durchführen sollte.

Jedenfalls liegt kein Verstoß gegen § 2 Nr. 3 VOL/A vor, weil aus den Vergabeunterlagen ersichtlich ist, dass die eigentlichen Entscheidungen bei der Wertung der Angebote nicht durch die ECO WAF, sondern durch jeden einzelnen öffentlichen Auftraggeber autonom getroffen wurden. Die Entscheidungen sind in den jeweiligen Räten gefallen, so auch im Rat der Antragsgegnerin. Bei einer derartigen Sachlage kann davon ausgegangen werden, dass die öffentlichen Auftraggeber sehr wohl die Entscheidungen unter eigener Verantwortung getroffen und lediglich die Umsetzung der ECO WAF überlassen haben.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

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

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW auszuschließen, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Die Antragstellerin ist eine 100%ige Tochter des Unternehmensverbundes der Stadt Dxxxxxxx (EDG) 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.

2.1 Die Antragstellerin untersteht zwar als GmbH nicht unmittelbar der Gemeindeordnung NW, aber sie unterliegt als Tochtergesellschaft der Stadt Dxxxxxxx dem Gemeindegewirtschaftsrecht, weil sie keine weitergehenden Rechte, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen hat, als die Stadt Dxxxxxxx dies selbst hätte. Denn die Antragstellerin 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 Antragstellerin.

2.2 Die Antragstellerin kann sich im Verhältnis zur Antragsgegnerin auch nicht auf die Bestandsschutzregelung in Art. XI § 1 des GO-Reformgesetzes NRW berufen, weil sie weder in sachlicher noch in zeitlicher Hinsicht im Gebiet der vergebenden Kommune 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 Antragstellerin in der Gemeinde Exxxxxxx bislang nicht im Bereich der im Streit stehenden Abfallfraktionen (Hausmüll, Bioabfälle und Sperrmüll) tätig war, kann sie sich folglich auch nicht auf den Bestandsschutz berufen. Dass sie andere Abfallfraktionen im Bereich des Kreises Wxxxxxxx eingesammelt und transportiert hat, wie bei-

spielsweise Boden und Steine, reicht nicht aus, weil es sich um Betätigungen handeln muss, die auch in sachlicher Hinsicht schon vor der GO-Reform ausgeführt wurden.

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 Antragsgegnerin im Zusammenhang steht. Die von der Antragstellerin genannten Aufträge beziehen sich nicht auf die Abfallfraktionen, die hier im Streit stehen. Es reicht nicht aus, dass Abfälle, wie Boden und Steine, von einem anderen Auftraggeber im Bereich der Antragsgegnerin abtransportiert wurden, weil dies nicht im sachlichen Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung steht.

Im Ergebnis ist somit der Antragstellerin die Berufung auf die Bestandsschutzklausel verwehrt.

2.3 Die Antragstellerin kann sich auch nicht ausschließlich auf die Entscheidung des EuGH vom 9.6.2009, Rs. C-480/06, berufen. Die Möglichkeit der interkommunalen Zusammenarbeit kann lediglich im Rahmen der Prüfung, ob ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, berücksichtigt werden.

Zutreffend weist die Antragstellerin darauf hin, dass im Wege einer interkommunalen Zusammenarbeit ein Vertrag über die Abfallentsorgung zwischen ihr und der Antragsgegnerin 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. Denn die Antragsgegnerin hat die Leistungen im Wettbewerb förmlich nach der VOL/A ausgeschrieben und hat sich im Anschluss daran an diese Vergaberegulung auch zu halten. Ansonsten hätte sie sich vor Einleitung des förmlichen Vergabeverfahrens entscheiden müssen, ob sie gegebenenfalls im Wege einer interkommunalen Kooperation – ohne Beteiligung privater Dritter – den Vertrag „vergeben“ will. Da die Antragsgegnerin sich für den Wettbewerb entschieden hat, konnten sich alle Bieter, die die Eignungsvoraussetzungen erfüllten, daran beteiligen. Insbesondere konnten sich auch Bieter, die nicht öffentliche Auftraggeber sind, sondern privatrechtlich organisiert sind, bewerben. Etwas anderes kann die Antragstellerin von der Antragsgegnerin jetzt auch nicht verlangen.

Es ist einer Vergabestelle verwehrt, sich nach Eröffnung des Wettbewerbs durch förmliche Ausschreibung mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber über die Ver-

gabe des Auftrags unter Berufung auf die o.g. EuGH Rechtsprechung zu verständigen, also den Zuschlag ohne Wettbewerb zu erteilen.

2.4 Weiterhin ist die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin von der Vergabe wegen § 107 GO NW auszuschließen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Antragsgegnerin hat sich hier zulässigerweise auf die Regelung in § 107 GO NW berufen. 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 NRW, 1.4.2008, 15 B 122/08, es keinesfalls nur um unlautere, nicht tolerable Verhaltensweisen 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 Gemeinewirtschaftsrecht 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 dahingestellt, 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.

b) 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, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07; VK Münster, 4.10.2004, VK 21/04.

aa) Die Antragstellerin hat sich vorliegend durch die Abgabe eines Angebots konkret um den Auftrag der Antragsgegnerin beworben. Insofern lag ein Wettbewerb in der Form eines förmlichen Vergabeverfahrens vor.

bb) Dabei ist die Betätigung der Antragstellerin 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 Antragstellerin 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 Antragstellerin. Gerichte und Nachprüfungsinstanzen können indes diese Einschätzung (der Antragstellerin) nur auf grobe Fehleinschätzungen und Vertretbarkeit hin überprüfen, OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07.

cc) Darüber hinaus stehen aber die öffentlichen Zwecke, die sowohl bei der Zielgemeinde, hier der Antragsgegnerin, als auch bei der ausgreifenden Gemeinde, hier der Antragstellerin, 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 Zielgemeinde und der ausgreifenden Kommune in ihren Wirkungen voneinander abhängig. Je geringer der öffentliche Zweck bei der Antragsgegnerin einzuschätzen ist, desto höher sind die Anforderungen, die an den öffentlichen Zweck der Antragstellerin für die Aufnahme der Tätigkeit gestellt werden.

(1) Der dringende öffentliche Zweck, auf den sich die Antragsgegnerin berufen kann, ist darin zu sehen, dass sie die Entsorgung der im Streit stehenden Abfallfraktionen nicht eigenständig durchführen kann und somit einen Dritten damit beauftragen muss. Dies kann ein privater Dritter oder auch ein kommunales Unternehmen sein. Die Antragsgegnerin kann sich diesbezüglich entscheiden, muss aber für den Ausschluss eines Angebotes sich auf eine Rechtsgrundlage berufen können.

(1.1) Eine andere Kommune, die über die erforderlichen Mittel verfügt, um die Aufgabe „Abfallentsorgung“ im Gebiet der Sitzkommune erfüllen zu können, kann im Wege einer interkommunalen Zusammenarbeit nach § 1 Abs. 3 GkG NW diese Aufgabe übernehmen. Aus dem Ratsbeschluss vom 22.6.2009 kann man schlussfolgern, dass die Antragsgegnerin dies nicht wollte. Sie hat sich ausdrücklich gegen eine solche Zusammenarbeit ausgesprochen, wobei sie allerdings auf die Kapazitätsauslastung der Antragstellerin abgestellt hat.

(1.2) Weiterhin rechtfertigt allein die Tatsache der Ausschreibung der Entsorgungsdienstleistungen für sich genommen keinen dringenden öffentlichen Zweck der Zielgemeinde, weil damit die Wechselbeziehungen zwischen den beiden öffentlichen Auftraggebern nicht hinreichend beachtet würden. Trotz öffentlicher Ausschreibung muss die Gemeinde nach Eingang der Angebote entscheiden, ob auch Angebote „kommunaler“ Bieter zum Wettbewerb zugelassen werden. Denn im Einzelfall kann dies dann zulässig sein, wenn es nur um geringfügige Annextätigkeiten geht, um sonst brachliegende Ressourcen auszulasten. Die eigene Einschätzung der Antragstellerin hinsichtlich ihrer Kapazitätsauslastung musste die Antragsgegnerin nicht einfach übernehmen und die Antragsgegnerin hat die Einschätzung der Antragstellerin ausweislich des Ratsbeschlusses auch offensichtlich kritisch gesehen, was nicht zu beanstanden ist.

(1.3) Die Antragsgegnerin verhält sich auch nicht widersprüchlich, nur weil sie zuvor keine Einschränkungen diesbezüglich in ihren Vergabeunterlagen gemacht hat.

Eine Vergabestelle ist nicht verpflichtet, in ihren Vergabeunterlagen auf § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/ A oder beispielsweise auf § 7 Nr. 6 VOL/A (Ausschluss öffentlicher Einrichtungen) oder § 7a Nr. 1 VOL/A (Ausschluss bei Verwirklichung bestimmter Straftatbestände) hinzuweisen. Vielmehr muss sie in jedem Verfahrensstadium prüfen, ob möglicherweise Ausschlussstatbestände hinsichtlich einzelner Bieter vorliegen.

Die Ausschlussstatbestände müssen sich nicht zwingend aus den Verdingungsordnungen ergeben. Vielmehr kann es sich auch um solche Ausschlussmaßnahmen handeln, die sicherstellen sollen, dass in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und der Grundsatz der Transparenz beachtet werden, wobei dies allerdings nur unter der Voraussetzung gilt, dass auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird, EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-213/07 (Michaniki AE).

Gerade die Beachtung des § 107 GO NW ist deshalb ein zusätzlicher Gesichtspunkt, der sich auf die Eignung eines Unternehmens bezieht, nicht aber auf die Erbringung der Leistung an sich. Im Verhältnis zu den anderen in der VOL/A genannten Ausschlussgründen ist § 107 GO NW ein weiterer Ausschlussgrund, der dann, wenn dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen, den Ausschluss des betroffenen kommunalen Bieters auch rechtfertigen kann.

Vor diesem Hintergrund hat die Antragsgegnerin auch kein zusätzliches Wertungskriterium ihrer Wertung zugrunde gelegt, sondern sich mit der „Eignung“ der Antragstellerin befasst. Die Angebote derjenigen Bieter, die zwar den niedrigsten Preis ausweisen, aber aufgrund anderer Rechtsgrundlagen, beispielsweise wegen eines drohenden Insolvenzverfahrens, nicht den Zuschlag erhalten können, können von der Vergabestelle in jedem Stadium ausgeschlossen werden, wenn dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen und die Vergabestelle im Rahmen ihres Beurteilungsermessens sachlich nachvollziehbare Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bieters hat.

Ähnlich verhält es sich mit § 107 GO NW. Hat eine Vergabestelle, wie hier die Antragsgegnerin, objektiv Zweifel hinsichtlich einer Wettbewerbsverfälschung und – verzerrung durch Beteiligung eines kommunalen Bieters in dem konkreten Vergabeverfahren, dann kann sie diesen Bieter als „nicht geeignet“ vom Wettbewerb ausschließen.

(2) Da die Antragsgegnerin den dringenden öffentlichen Zweck für die Durchführung der Leistungen gerade durch ein anderes kommunales Unternehmen in ihrem Gemeindegebiet nicht sieht, sind an den dringenden öffentlichen Zweck der ausgreifenden Kommune sehr hohe Anforderungen zu stellen.

Aus der Sicht der Antragstellerin kann ein dringender öffentlicher Zweck dann angenommen werden, wenn gerade die Übernahme der im Streit stehenden Aufträge 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 Antragstellerin hinsichtlich ihrer Auslastung sind hier nicht ohne weiteres nachvollziehbar, und zwar auch dann nicht, wenn man lediglich grobe Fehleinschätzungen prüfen würde.

(2.1) Die Antragstellerin beabsichtigt, ausschließlich Logistikleistungen im Bereich bestimmter Abfallfraktionen zu übernehmen. Die eingesammelten Abfälle sind in das Entsorgungszentrum in Exxxxxxxxx zu transportieren. Es handelt sich nicht um eine Anlage der Antragstellerin oder ihres Entsorgungsverbundes. Insofern ist die Auslastung der Anlagen im Rahmen der Prüfung, ob ein dringender öffentlicher Zweck vorliegt, nicht relevant. Damit hat die Antragstellerin nichts zu tun. Auch der Hinweis auf die MVA Hxxx ändert daran nichts. Denn der einzusammelnde Hausmüll kann von der Anlage in Exxxxxxxxx zu unterschiedlichen anderen Anlagen weiter transportiert werden. Es ist somit ungewiss, ob bestimmte Anteile auch nach Hxxx 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 Antragstellerin, was betriebswirtschaftlich sinnvoll sein könnte, ausgelastet wird.

Dann bleibt nur noch zu prüfen, ob bei der Antragstellerin 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 Antragstellerin 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 Antragstellerin 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 Wxxxxxxx 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 Antragstellerin 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 nicht nur auf den Auftrag in Exxxxxxx ab, weil hier eine Vergabe von insgesamt 4 Aufträgen an die Antragstellerin im Raum steht. Die Auslastung der Antragstellerin kann bei einer solchen Sachlage nicht losweise betrachtet werden, weil dies dem Lebenssachverhalt widersprechen würde. Die möglicherweise freiwerdenden Kapazitäten aus einem Auftrag kann die Antragstellerin 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 Antragstellerin 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 Antragstellerin 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 Antragstellerin im Rahmen einer gemeindegewirtschaftlichen Prüfung gemäß § 107 Abs. 1 GO NW nicht berufen.

Die Antragstellerin 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 gemeindegewirtschaftlichen Sichtweise des § 107 GO NW übereinstimme.

Ausweislich des Angebots ist nur die Antragstellerin 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 Antragstellerin 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 gemeindefirtschaftlichen Kontrolle unterliegt.

Weiterhin ergibt sich aus dem Gesamtkontext des Angebots der Antragstellerin, 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 Uxxx. 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 Antragstellerin sich mit neuen Investitionen neue Geschäftsfelder erschließen und sich dabei auch im Kreis Wxxxxxxx als ein Entsorgungsunternehmen langfristig etablieren will. Etwas anderes lässt sich jedenfalls den Gesamtumständen nicht entnehmen.

Im Ergebnis kann die Antragstellerin sich somit nicht auf § 107 GO NW berufen. Auch bei sehr großzügiger Betrachtung sind die Absichten der Antragstellerin 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 gestellte Vergabe.

c) Die Kammer lässt es hier ausdrücklich dahingestellt, ob die Antragsgegnerin sich auch auf § 107 Abs. 4 Satz 1 GO NW hätte berufen können. Danach ist die nichtwirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Ausweislich des Ratsbeschlusses könnte man schlussfolgern, dass die Antragsgegnerin gerade ihre berechtigten Interessen nicht für ausreichend gewahrt ansieht. Dies ist aber letztlich eine Frage, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem konkreten Wettbewerb steht.

Im Ergebnis war die Entscheidung der Antragsgegnerin gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 Abs. 4 GO NW, die Antragstellerin vom Wettbewerb auszuschließen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB, wonach ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Als unterliegende Partei hat die Antragstellerin die Kosten für Amtshandlungen der Vergabekammer nach § 128 Abs. 1 GWB zu tragen, die sich hier gemäß § 128 Abs. 2 GWB – ausgehend von dem Auftragswert für das Los 3- auf einen Betrag in Höhe von xxxx € belaufen.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte. Als unterliegende Partei hat die Antragstellerin die Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen 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.

XXXXXXXXXXXX

XXXXX

XXXXX