



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Zur Zulässigkeit einer Leistungsbeschreibung für das gemeinsame Sammeln und Transportieren von kommunalem Altpapier und Verkaufsverpackungen.
2. Zur Frage der Eigentumsverhältnisse an den Verkaufsverpackungen im Falle einer gemeinsamen Sammlung mit dem kommunalen Altpapier.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen im Kreis xxxxxxxx

VK 16/09

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

gegen die

Stadtxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. xxxxxx

am **22. September 2009** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2500 € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Städte und Gemeinden im Kreis xxxxxxxx haben sich zu einer gemeinsamen Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen entschlossen und die Antragsgegnerin im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung mit der Abwicklung des Vergabeverfahrens für alle beteiligten Kommunen beauftragt.

Die Gesamtleistung umfasst drei Lose, wobei für jedes Los ein gesonderter Vertrag geschlossen werden soll. Los 1 und Los 2 umfassen die Sammlung und den Transport von behältergestützten Abfallfraktionen bezogen auf bestimmte Gebiete, während Los 3 sich auf Sperrmüll bezieht. Die Leistungen wurden mit Bekanntmachung vom 4.7.2009 in einem offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit ausgeschrieben. Der Leistungszeitraum beginnt am 1.1.2011 und endet am 31.12.2018. Während des Nachprüfungsverfahrens verlängerte die Antragsgegnerin die Angebotsabgabefrist bis zum 29.9.2009.

Der Nachprüfungsantrag bezieht sich auf die Lose 1 und 2 allerdings nur auf die Sammlung und den Transport von PPK. Ausweislich der Vergabeunterlagen hat die Antragsgegnerin nur die Sammlung und den Transport des kommunalen Anteils am PPK ausgeschrieben.

In Ziffer 3.2.4 der Vergabeunterlagen bestimmte die Antragsgegnerin:

Schnittstelle zum Träger eines Systems gemäß § 6 Abs. 3 VerpackV

Hinweis zum Eigentumsverhältnis:

Die vom Auftragnehmer gesammelte PPK-Fraktion (=Altpapier) befindet sich zunächst im alleinigen Eigentum des Auftraggebers. Erst wenn es zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer oder einem Systemträger nach VerpackV zu einer Vereinbarung über die Miterfassung von Verkaufsverpackungen kommt, ist der Auftraggeber gegebenenfalls nicht mehr alleiniger Eigentümer des gesammelten Altpapiers.

Zahlungen der/des Systemträger(s) nach VerpackV für die Erfassung von Verkaufsverpackungen aus PPK sind bei der Kalkulation der Angebotspreise nicht zu berücksichtigen, da die Erfassung von Verpackungsabfällen aus PPK nicht Gegenstand der Leistung ist.

Die nachfolgend dargestellten Bedingungen für den Fall einer gemeinsamen Erfassung stellen ausschließlich den vertraglichen Rahmen für eine nach Zuschlagserteilung abzuschlie-

ßende Vereinbarung dar. Für den Auftragnehmer besteht keine Verpflichtung zum Abschluss einer solchen Vereinbarung.

Im Vertrag ist eine Regelung für den Fall einer Mitbenutzung des vom Auftraggeber vorgehaltenen Sammelsystems zur gemeinsamen Erfassung von kommunalen Altpapier und Verkaufsverpackungen aus Altpapier vorgesehen. Die Regelung berücksichtigt insbesondere die Beschlüsse des Bundeskartellamtes vom 6.5.2004 und vom 13.5.2004 sowie das Urteil des OLG Düsseldorf vom 29.12.2004.

Weiterhin gab die Antragsgegnerin in ihren Vergabeunterlagen u.a. folgende Eckpunkte vor:

- Die ausgeschriebene Leistung umfasst ausschließlich die Pflichten des Auftraggebers gemäß § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG zur Sammlung von kommunalem Altpapier (PPK).
- Schließt der Auftraggeber nach Zuschlagserteilung mit Systemträgern nach VerpackV Vereinbarungen über die gemeinsame Erfassung von Altpapier, welches sich im Eigentum des Auftraggebers (kommunales Altpapier) und Altpapier, welches sich mit Abschluss dieser Vereinbarung im Eigentum der Systemträger (lizenzierte Verkaufsverpackungen) befindet, hat dies keine Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.
- Schließt der Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung mit Systemträgern nach VerpackV Vereinbarungen über die gemeinsame Erfassung von Altpapier, welches sich im Eigentum des Auftraggebers (kommunales Altpapier) und Altpapier, welches sich mit Abschluss dieser Vereinbarung im Eigentum der Systemträger (lizenzierte Verkaufsverpackungen) befindet, ist dies nur mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Der Auftraggeber wird – unter Beachtung der gesetzlichen Regelungen der Mitbenutzung des von ihm vorgehaltenen Sammelsystems gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts (Nutzungsentgelt) zustimmen.

Weiterhin stellt die Antragsgegnerin klar, dass

auch im Falle der Mitbenutzung des vom Auftraggeber beauftragten Sammelsystems, der Auftragnehmer die Gesamtmenge an PPK an der vertraglichen Anlieferstelle anzuliefern hat.

Der Auftraggeber stellt klar, dass der Auftragnehmer nicht verpflichtet werden kann, mit Systemträgern eine Vereinbarung bzw. einen Vertrag über die gemeinsame Erfassung von Verkaufsverpackungen aus PPK zu schließen.

In Ziffer 3.1.7 gibt es Hinweise der Antragsgegnerin zu den voraussichtlichen Abfallmengen, die bei der Angebotskalkulation zu berücksichtigen sind. In der Anlage D.3 der Vergabeunterlagen nennt die Antragsgegnerin die Abfallmengen im Bereich der PPK Fraktion für die konkreten Städte aus den Jahren 2006 bis 2008 und gibt den %Anteil der derzeit vereinbarten Übergabemenge an die Systemträger gemäß § 6 Abs. 3 VerpackV je Kommune an.

§ 10 Abs. 2 des Vertragsentwurfs bestimmt hinsichtlich der Abrechnung:

Sammlung und Transport von Altpapier

Die Abrechnung erfolgt auf Grundlage der tatsächlich gesammelten Tonnage und der Anzahl und Größe der vorhandenen und im Abfuhrgebiet eingesetzten Altpapierbehälter am 31. 12 des jeweiligen Abrechnungsjahres beziehungsweise der tatsächlich durchgeführten Transporte je Container.

Die Antragstellerin, eine 100%ige Tochter der Entsorgung xxxxxxxx GmbH xxxxx, erhielt die Vergabeunterlagen am 14.7.2009 und rügte nach erster Sichtung der Unterlagen die Nichtbeachtung von mittelständischen Unternehmensinteressen gemäß § 97 Abs. 3 GWB sowie die unklare Lage bei den Eigentumsverhältnissen am Altpapier.

Nachdem die Antragsgegnerin dieser Rüge mit Schreiben vom 24.7.2009 nicht abhalf, beantragte die Antragstellerin am 6.8.2009 die Nachprüfung.

Mit dem Nachprüfungsantrag beanstandet die Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe in Bezug auf die Ausschreibung der PPK Fraktion die Regelungen des § 8 Nr. 1 Abs. 1 und 3 VOL/A nicht beachtet.

Die Antragstellerin trägt vor, dass es bis zum Jahre 2003 gängige Praxis gewesen sei, dass die gesamte PPK- Fraktion einschließlich des Verpackungsanteils vom öffentlichen Entsorgungsträger ausgeschrieben wurde. Nach erfolgter Leistung erfolgte eine pauschale Aufteilung – 75% kommunal und 25% Systembetreiber. Nachdem das Bundeskartellamt (Beschluss vom 6.5.2004) dies als kartellrechtlich unzulässige Form der Nachfragebündelung und damit als Verstoß gegen § 1 GWB angesehen hatte, ging man dazu über, die Ausschreibung der PPK-Fraktion ausschließlich auf den kommunalen Anteil zu beschränken.

Nunmehr entschied das OLG Rostock mit Beschluss vom 6.3.2009, 17 Verg 1/09, dass die Beschränkung der PPK-Ausschreibung lediglich auf den kommunalen Anteil ein ungewöhnliches Wagnis für den Bieter darstelle und damit vergaberechtlich unzulässig sei. Die Antragstellerin meint, dass die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin diesen Anforderungen ebenfalls nicht genügen und somit geändert werden müssten. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei der vorliegende Sachverhalt mit dem Sachverhalt aus der Entscheidung des OLG Rostock vergleichbar. Im Falle des OLG Rostock habe die Leistungsbeschreibung ebenfalls die Überlassung sämtlicher PPK Abfälle vorgesehen, und zwar auch derjenigen, die aufgrund der Verpackungsverordnung einer Rücknahmepflicht der Systembetreiber unterliegen würden. Gleichwohl sei auch dort die Ausschreibung auf den kommunalen Anteil an der PPK Fraktion begrenzt worden.

Demgegenüber sei der Hinweis auf Entscheidungen des OLG Düsseldorf und der VK Düsseldorf wenig aussagekräftig, weil diese Entscheidungen vor dem Beschluss des OLG Rostock ergingen.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger grundsätzlich nicht für die Abfallentsorgung der Verkaufsverpackungen zuständig seien, sondern dies obliege als Aufgabe nach der Verpackungsverordnung allein der Privatwirtschaft. Im Übrigen sei dies auch nicht Gegenstand der Ausschreibung, da sich diese nur auf das kommunale Altpapier beschränke.

Das Einsammeln und Transportieren dieser Verkaufsverpackungen gemeinsam mit dem graphischen Altpapier stelle wegen der unklaren Eigentumsverhältnisse ein ungewöhnliches Wagnis für die Auftragnehmer dar. Ziffer 3.2.4 der Vergabeunterlagen würde nicht rechtsfehlerfrei berücksichtigen, dass die Eigentumsverhältnisse an den PPK Verkaufsverpackungen im Rahmen einer gemeinsamen Erfassung bisher rechtlich nicht geklärt seien. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 29.12.2004, VI Kart 17/04 würde der Systembetreiber das Eigentum an den Verkaufsverpackungen erwerben, weil sich dies aus den Bestimmungen des BGB ergebe. Der öffentliche Auftraggeber könne etwas anderes weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in Abfallwirtschaftssatzungen bestimmen, weil der Bundesgesetzgeber dies bereits im BGB aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz entschieden habe.

Gemäß § 929 Satz 1 BGB reiche es für den Eigentumserwerb aus, dass der Eigentümer einer beweglichen Sache an den Erwerber übergibt und beide über den Eigentumswechsel einig sind. Für die Übergabe reiche es aus, dass dem Erwerber der unmittelbare Besitz an der Sache eingeräumt werde. Bei der Übergabe sei eine Stellvertretung möglich, wobei dann, wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig sei, eine Übereignung an den, den es angeht erfolge. Durch Einwurf in den Sammelbehälter durch den Endverbraucher würden somit die lizenzierten Verkaufsverpackungen an den Systembetreiber übereignet, während der kommunale PPK Abfall dem öffentlichen Entsorgungsträger überlassen werde.

Die Formulierung in Ziffer 3.2.4 sei diesbezüglich missverständlich, weil dort verfügt werde, dass die gesammelte PPK Fraktion insgesamt in das Eigentum des öffentlichen Entsorgungsträgers übergehe, solange es noch keine Vereinbarung mit einem Systembetreiber gebe. Die Antragstellerin behauptet, dass vorliegend aber ein abgestimmtes System zur Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen im Entsorgungsgebiet bereits existiere und in der Vergangenheit auch praktiziert worden sei. Dieses abgestimmte System werde es auch zukünftig geben.

Insofern könne bei der Mitbenutzung des kommunalen Entsorgungssystems durch die Systembetreiber die Antragsgegnerin kein Alleineigentum an den lizenzierten Verkaufsverpackungen erwerben. Auch nach den Grundsätzen der Vermischung würden die Systembetreiber Miteigentum neben den öffentlich-rechtlichen Entsorgern erwerben. Etwas anderes könne nur angenommen werden, wenn der Endverbraucher das Verkaufsverpackungsmaterial durch Einwurf in die Sammelbehälter gezielt der Antragsgegnerin überlassen wolle. Davon könne man aber nicht ausgehen.

Die Bieter würden somit dem Risiko ausgesetzt, dass der Systembetreiber Eigentumsansprüche an den eingesammelten Verkaufspackungen gegenüber dem Bieter geltend machen könne, weil eben das Eigentum nicht auf die Antragsgegnerin übergehe, sondern weiterhin bei den Systembetreibern verbleibe. Dies sei auch keine abstrakte Gefahrenlage, sondern die Antragstellerin verweist darauf, dass es ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht xxxxxxxxxxxxxx gibt. Dort würde ein „kommunaler“ Entsorger auf Herausgabe der Verkaufsverpackungen vom Dualen System in Anspruch genommen. Denkbar wären auch Unterlassungsansprüche, die sich gegen den Entsorger richten könnten. Insofern bestehe für die Bieter die Gefahr, bei etwaigen Vertragsabschlüssen mit Systembetreibern in rechtliche Konfliktsituationen zu geraten, dessen Folgen nicht absehbar seien. Auch enthalte die Ausschreibung kei-

nerlei Regelungen über eine etwaige Aussortierung des Verkaufsverpackungsanteils, sondern die PPK Abfallmenge sei insgesamt der Antragstellerin zu überlassen.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass auch die Regelung über das Mitbenutzungsentgelt ein ungewöhnliches Wagnis darstelle. Denn die Bieter hätten bei Mitbenutzung des Systems aufgrund einer Vereinbarung mit einem Systembetreiber, der Antragsgegnerin ein angemessenes Entgelt für die Mitbenutzung zu erstatten. Käme es nicht zu einer Einigung zwischen Auftragnehmer und Systembetreiber und würde die Antragsgegnerin dann die Mitbenutzung ihres Erfassungssystems für unzulässig halten, dann sei nicht klar, welche Auswirkungen das habe. Zum anderen treffe in einem solchen Fall alleine den Auftragnehmer die volle finanzielle Verantwortung für den PPK-Verpackungsanteil, da Gegenstand der Ausschreibung ausschließlich der kommunale PPK-Anteil sei. Auf jeden Fall müsse der Auftragnehmer die gesamte PPK-Fraktion einsammeln, weil eine ausschließliche Erfassung des kommunalen Anteils technisch gar nicht möglich sei. Damit würde aber ein Angebot zum gegenwärtigen Zeitpunkt gar nicht kalkuliert werden können.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass eine Ausschreibung, die sich lediglich auf den kommunalen PPK-Anteil bezieht, auf eine technisch unmögliche Leistung gerichtet sei. Denn die Sammlung müsste zwangsläufig auch den nicht kommunalen Anteil umfassen. Die Durchführung der gesamten Leistung hänge somit vom Eintritt einer Bedingung ab, weil noch ungewiss sei, ob mit den Systembetreibern für das duale System eine Vereinbarung zustande komme. Damit würde eine Bedarfsposition, so die Antragstellerin unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Rostock vom 6.3.2009 ausgeschrieben, was vergaberechtlich nicht ohne weiteres zulässig sei. Zudem würde dem Auftragnehmer das Risiko aufgebürdet, einen Vertragspartner für den Verkaufsverpackungsmüll zu finden, was gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/ A verstöße. Dies habe wiederum Auswirkungen auf die Kalkulation der Angebote.

Die Antragstellerin trägt zudem vor, dass die Mengenangaben zum PPK Anteil sich auch auf die mit einzusammelnden Verkaufsverpackungen beziehe, obwohl die Ausschreibung nur den kommunalen Altpapieranteil enthalte. Somit sei unklar und widersprüchlich, welche Mengen nun der Entgeltberechnung zugrunde zu legen sind und welche Mengen der Auftragnehmer vom Auftraggeber vergütet bekommt. Jedenfalls würde auch die Ziffer 3.2.4 dafür sprechen, dass der Auftragnehmer die gesamte PPK Fraktion einschließlich des Verkaufsverpackungsanteils vom Auftraggeber vergütet bekommt.

Letztlich meint die Antragstellerin, auch durch die Tatsache, dass weder Angaben zu bestehenden Abstimmungsvereinbarungen noch zu der Anzahl der in ihrem Gebiet zugelassenen Systembetreiber in den Vergabeunterlagen gemacht wurden, würde das Risiko unzulässigerweise auf die Bieter überbürdet. Das gesamte Risiko des Schicksals der verbleibenden Verkaufsverpackungsmengen und die damit verbundene finanzielle Verantwortung würden dem potenziellen Auftragnehmer übertragen.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen für die Städte und Gemeinden im Kreis xxxxxxxx, vertreten durch die Stadt xxxxxxxxxxxx, und die entsprechende Bekanntmachung 2009/xxxxxxxxxxx vom 4.7.2009 unter Berücksichtigung der Rechtsauffas-

- sung der Vergabekammer abzuändern und gegebenenfalls die Angebotsfrist zu verlängern.
2. Hilfsweise wird die Antragsgegnerin verpflichtet, die Ausschreibung aufzuheben und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
 3. Der Antragsgegnerin 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 Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Sie trägt vor, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gleichberechtigt neben dem sogenannten Dualen System für die Entsorgung der im Entsorgungsgebiet anfallenden Verpackungsabfälle zuständig sind. Dabei stehe es im freien Belieben des Endverbrauchers, ob er das Verpackungsmaterial der Privatwirtschaft, also einem Dualen System überlässt oder dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Aufgrund dieses Spannungsverhältnisses zwischen den öffentlich-rechtlichen Entsorgern und dem Dualen System habe das Bundeskartellamt unterschiedliche Wege aufgezeigt, wie die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ihren Anforderungen an eine vergaberechtlich ordnungsgemäße Ausschreibung gerecht werden könnten. Es gebe somit sehr unterschiedliche Varianten zur Ausschreibung von PPK Entsorgungsdienstleistungen, so dass Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen nicht ohne weiteres übertragbar seien. So sei auch vorliegend die Berufung auf die Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OLG Rostock nicht möglich, weil diesen Beschlüssen in wesentlichen Punkten ganz andere Ausschreibungsbedingungen zugrunde lagen, die wiederum von den Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin abweichen würden.

Von diesen Überlegungen ausgehend trägt die Antragsgegnerin vor, dass der Sachverhalt aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf mit der vorliegenden Ausschreibung nicht vergleichbar sei, weil der Auftragnehmer einerseits Vertragspartner des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gewesen sei, gleichzeitig aber auch Vertragspartner des Dualen Systems. Vorliegend sei aber zunächst nur ein Vertrag zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber angestrebt und erst später entscheide sich, welche Vereinbarungen noch mit dem Dualen System geschlossen würden. Die Vergabeunterlagen hätten deshalb beiden Möglichkeiten Rechnung zu tragen.

In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragsgegnerin vor, dass es eine Abstimmungsvereinbarung zwischen dem Kreis xxxxxxxx und den kreisangehörigen Kommunen hinsichtlich der Mitbenutzung der Sammelbehälter durch das Duale System gebe. Daran würde man sich, wie auch die Ausschreibung vorliegend zeige, weiterhin halten.

Auch der Entscheidung des OLG Rostock liege ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dort sei neben der Sammlung und dem Transport von PPK Abfällen auch noch die Verwertung ausgeschrieben worden, wobei Grundlage der Vergütung nur der kommunale Anteil an den PPK Abfällen gewesen sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weil der gesamte gesammelte PPK Anteil, also einschließlich der Verkaufsverpackungen, Grundlage für die Abrechnung sei. Demgegenüber sei im Falle des OLG Rostock der Auftragnehmer verpflichtet gewesen, die Verkaufsverpackungen mit zu erfassen, während die Vergütung nur für den kommunalen Anteil vorgesehen war.

Da vorliegend die Gesamtleistung des PPK Anteils von der Antragsgegnerin vergütet werde, sei der Abschluss eines Vertrages mit dem Dualen System an die Zustimmung der Antragsgegnerin geknüpft worden, wobei diese Zustimmung wiederum an die Zahlung eines angemessenen Nutzungsentgelts für die Mitbenutzung der PPK Entsorgungsinfrastruktur, also beispielsweise für die Gestellung der Sammelbehälter, gefordert werde. Andererseits bestehe die Möglichkeit einer Doppelbezahlung, einmal durch die Antragsgegnerin und andererseits durch das Duale System, wenn es zu einem Vertragsschluss zwischen dem Auftragnehmer und dem Dualen System kommt.

Die Antragsgegnerin meint, dass sie mit ihren Vergabeunterlagen den Bietern weder ein ungewöhnliches Wagnis auferlegen würde noch gegen den Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstoße.

Die Eigentumsverhältnisse seien in den Vergabeunterlagen zutreffend dargestellt worden. Der Auftragnehmer würde zunächst als Stellvertreter des Auftraggebers bei der Einigungserklärung und als Besitzmittler den kommunalen Papieranteil und die Verkaufsverpackungen erwerben, weil die Sammelbehälter von ihm entgegengenommen und geleert würden. Im Gegensatz zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf bestehe aber vorliegend noch kein Vertrag des Auftragnehmers mit dem Dualen System, so dass der Auftragnehmer für das Duale System nicht tätig werden könne. Eine Übereignung an den, den es angeht, liege deshalb hier nicht vor.

Solange keine Vereinbarung zwischen Auftragnehmer und dem Dualen System oder zwischen der Antragsgegnerin und dem Dualen System über eine Mitbenutzung der Sammelbehälter geschlossen werde, könne das Duale System auch keine Eigentumsrechte an den gesammelten Verkaufsverpackungen erwerben und auch keine Herausgabeansprüche geltend machen. Herausgabeansprüche könne das Duale System erst geltend machen, wenn eine entsprechende Mitbenutzungsvereinbarung vorliege. Werden nach Zuschlagserteilung Verträge geschlossen, würden die Vergabeunterlagen in Ziffer 3.2.4 die Aufteilung des Eigentums in kommunales Altpapier und Verkaufsverpackungen vorsehen. Kalkulationsprobleme, so die Antragsgegnerin, sehe sie nicht, weil schließlich die tatsächlich gesammelte PPK Menge, unabhängig von deren Zusammensetzung, abgerechnet werde.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin sei es entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht erforderlich gewesen, den Ausschreibungsunterlagen eine Liste beizufügen, die mögliche bestehende Abstimmungsvereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin und dem Dualen System enthalte. Den fachkundigen Bietern sei bekannt, dass die Anzahl der Systembetreiber und die Zahl möglicher Abstimmungsvereinbarungen ständigen Schwankungen unterliegen und die Laufzeiten unterschiedlich seien. Insofern hätte eine solche Liste keinen Informationsgehalt und es

sei auch nicht erkennbar, welche kalkulationsrelevanten Angaben sich aus einer solchen Momentaufnahme ergeben sollten. Entgegen dem Fall, der dem OLG Rostock zugrunde lag, würden hier die Auftragnehmer nicht auf den Abschluss von Mitbenutzungsvereinbarungen mit dem Dualen System zwingend verwiesen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass auch die zwingende Ablieferung der gesamten PPK Menge an den vertraglichen Anlieferstellen kein ungewöhnliches Wagnis für den Bieter darstelle. Denn diese Regelung sei zwingende Folge daraus, dass die PPK Abfälle in einem Sammelbehältnis erfasst und transportiert würden. Eine Trennung könne erst nach Anlieferung erfolgen. Es sei auch nicht ersichtlich, warum eine solche Sortierung erforderlich sein sollte. Allerdings sei technisch eine getrennte Erfassung der PPK Anteile möglich. Schließlich hätten die öffentlich-rechtlichen Entsorger die Möglichkeit, Verkaufsverpackungen aus PPK von ihrer Entsorgung gänzlich auszuschließen. Demgegenüber sei im Falle des OLG Rostock den Bietern auferlegt worden in einem Sammelgefäß alle Anteile gemeinsam zu erfassen, aber diese separat zur Verwertung dem Dualen System zu überlassen. Insofern sei die Leistung technisch für den Auftragnehmer nicht möglich gewesen.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, dass auch das Scheitern eines Vertragsschlusses zwischen dem Auftragnehmer und dem Dualen System keine finanziellen Risiken für den Auftragnehmer zur Folge habe, weil es für die Vergütung nicht auf die tatsächliche Zusammensetzung der PPK Abfälle und auch nicht auf die Eigentumsverhältnisse ankomme. Da die Vergütung für die gesamte PPK Fraktion gezahlt werde, trage der Auftragnehmer kein Risiko, weil er keine finanzielle Verantwortung für die PPK Abfälle habe.

Der Auftragnehmer trage auch kein Risiko hinsichtlich der Zustimmung der Antragsgegnerin für eine mögliche Mitbenutzung der Sammelgefäße für die Verkaufsverpackungen. Den Vergabeunterlagen lasse sich entnehmen, welche Kostenblöcke aufgeteilt würden, wenn es zu einer Vereinbarung mit dem Dualen System kommt. Da der Auftragnehmer von der Antragsgegnerin bereits für die Gesamtmenge der PPK Fraktion vergütet werde, aber nach einer Trennung der Anteile konkret die Menge der Verkaufsverpackungen mit dem Dualen System abrechnen könne, sei zusätzlich in den Vergabeunterlagen bestimmt worden, dass das Entgelt, das der Auftragnehmer vom Dualen System dafür erhalte, zu berücksichtigen sei. Damit solle sichergestellt werden, dass nicht doppelt abgerechnet wird.

Die Antragsgegnerin hält die Leistungsbeschreibung auch für eindeutig und erschöpfend hinsichtlich der Mengenangaben. Diesbezüglich lägen keine Besonderheiten, die nicht branchentypisch wären, vor. Die Angabe einer Kalkulationsmengenspannbreite verknüpft mit den Hinweisen auf die bisherigen Abfallmengen und verknüpft mit der Regelung, dass die Abrechnung auf Grund der Gesamtmenge erfolgt, wobei dann auch noch im Vertragsentwurf eine Entgeltanpassung vorgesehen sei, würde eindeutig und unmissverständlich sein und im Übrigen auch für die Branche üblich.

Die Antragsgegnerin hat vor dem Hintergrund dieses Verfahrens die Angebotsabgabefrist für alle Interessenten bis zum 29.9.2009 verlängert.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 30.10.2009 verlängert. Am 18.9.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus §§ 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 richtet sich nach der Neufassung des GWB. Die Kammer weist ausdrücklich darauf hin, dass Gegenstand dieser Entscheidung nur die von den Verfahrensbeteiligten gerügten Beanstandungen sind. Insbesondere hat die Kammer keine umfassende Prüfung der Vergabeunterlagen durchgeführt.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich gemäß § 107 Abs. 2 GWB daraus, dass sie die Vergabeunterlagen angefordert hat und mithin beabsichtigt, ein Angebot abzugeben.

Gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB hat sie die Vergabeunterlagen am 14.7.2009 erhalten und am 17.7.2009 u.a. die mit dem Nachprüfungsantrag weiterverfolgten Vergaberechtsverstöße gerügt. Mit Schreiben vom 24.7.2009 half die Antragsgegnerin dieser Rüge nicht ab. Mit Eingang des Antrags am 6.8.2009 bei der Vergabekammer hat die Antragstellerin innerhalb der nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB vorgesehenen Frist, die Nachprüfung beantragt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

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

Verstöße gegen § 8 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 3 VOL/A liegen – soweit der im Tatbestand dargestellte Gegenstand betroffen ist- nicht vor.

2.1 Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin in Bezug auf die PPK Fraktionen verstößt nicht gegen § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A.

Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.

Eindeutig bedeutet, dass nicht unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, die den Bieter im Unklaren darüber lassen, welche Leistung von ihm in welcher Form und unter welchen Bedingungen angeboten werden soll. Dabei muss die Leistung so erschöpfend beschrieben werden, dass keine Restbereiche offen bleiben, die nicht vom Auftraggeber nicht schon klar umrissen sind. Die Leistungsbeschreibung ist dann eindeutig und vollständig, wenn sie Art und Umfang der geforderten Leistung mit allen dafür maßgebenden Bedingungen zur Ermittlung des Leistungsumfangs zweifelsfrei erkennen lässt, keine Widersprüche in sich oder zu anderen Regelungen enthält und für die Leistung spezifische Bedingungen und Anforde-

rungen darstellt, Noch, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage, § 8 Rn. 27 ff; Prieß, in Kulartz, Marx, Portz, Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 8 Rn 12, 13.

Für das Verständnis der Leistungsbeschreibung ist auf den nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist, abzustellen. Da sich die Ausschreibung an einen im Voraus kaum überschaubaren Empfängerkreis richtet und personenbezogene Besonderheiten folglich außer Betracht bleiben müssen, kommt es in erster Linie auf den Wortlaut, daneben aber auch auf die konkreten Verhältnisse der Leistung an, wie sie in den Vergabeunterlagen ihren Ausdruck gefunden haben, OLG Koblenz, 5.12.2007, 1 Verg 7/07.

a) Ausgehend von diesen Grundsätzen ergibt sich aus den Vergabeunterlagen (vgl. u.a. Ziffer 3.2.3) eindeutig, dass nur die Sammlung und der Transport von kommunalem Abfall Gegenstand der Ausschreibung ist und nicht die Sammlung von lizenzierten Verkaufsverpackungen, die dem Dualen Systemträgern zuzuordnen ist. Dennoch befinden sich die lizenzierten Verkaufsverpackungen zusätzlich in den Sammelbehältern und müssen ebenfalls vom Auftragnehmer eingesammelt und transportiert werden. Dies ist keine technisch unmögliche Leistung, weil das graphische Altpapier und die Verkaufsverpackungen auch tatsächlich gemeinsam in einem Sammelbehälter eingesammelt werden können.

Dies hat mit den Eigentumsverhältnissen an den eingesammelten Bestandteilen zunächst nichts zu tun und auch die Frage, ob vorher oder später eine Vereinbarung mit einem Systembetreiber abgeschlossen wird, wirkt sich darauf nicht aus. Es wird keine Bedarfsposition hinsichtlich der Verkaufsverpackungs-Mengen vorliegend ausgeschrieben, sondern die Vorgaben für die Bieter sind eindeutig. Bei Bedarfspositionen wird hingegen eine Leistung abgefragt, deren Ausführung noch ungewiss ist. Das ist nach den hier vorliegenden Vergabeunterlagen nicht der Fall. Die Auftragnehmer haben alles einzusammeln und bei der Antragsgegnerin abzuliefern. Ob dieses System rechtlich funktioniert und zulässig ist, ist eine Frage des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A.

b) Weiterhin stellt die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen unmissverständlich klar, dass für den Fall, dass nach Zuschlagserteilung sie eine Vereinbarung mit einem Systembetreiber über die Verkaufsverpackungen schließt, dies keine Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zu dem Auftragnehmer haben wird. Also eine solche Vereinbarung bedeutet nicht, dass sich damit die einzusammelnden Bestandteile am PPK ändern werden oder die Menge sich verändert. Vielmehr wird der Auftragnehmer weiterhin sowohl das graphische Altpapier als auch die Verkaufsverpackungen einzusammeln und abzuliefern haben. Sollten solche Vereinbarungen mit Systembetreibern, so wie die Antragstellerin behauptet, bereits im Entsorgungsgebiet bestehen, was sich auch aus der Tabelle in der Anlage D.3 schließen lässt, dann bleibt jedenfalls das bestehende Vertragsverhältnis davon ebenfalls unberührt.

c) Wird hingegen eine solche Vereinbarung mit einem Systembetreiber vom Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung angestrebt, dann fordert die Antragsgegnerin für die Mitbenutzung ihres Sammelsystems vom Auftragnehmer einen Anteil an dem Nutzungsentgelt, das er vom Systembetreiber bekommt. Dabei stellt sie zunächst unter Ziffer 3.2.4 klar, dass der Auftragnehmer nicht zum Abschluss einer solchen Vereinbarung verpflichtet ist. Weiterhin erläutert die Antragsgegnerin die Eckpunkte

für das anteilige Nutzungsentgelt. Darüber hinaus verfügt die Antragsgegnerin auch noch, dass aber auch im Falle der Mitbenutzung der Auftragnehmer die Gesamtmenge weiterhin an der vertraglich vereinbarten Anlieferstelle abzuliefern hat. An der Durchführung der Leistung ändert sich somit durch eine solche Vereinbarung nichts.

Allerdings beansprucht die Antragsgegnerin dann im Verhältnis zu ihrem Auftragnehmer aufgrund der Mitbenutzung ihrer Sammelbehälter einen finanziellen Ausgleich.

Soweit der Auftragnehmer aber einen Vertrag mit einem Systembetreiber selbständig abschließen will, bleibt er weiterhin gegenüber der Antragsgegnerin zur Abgabe des gesamten PPK Anteils verpflichtet. Er kann somit keine getrennte Erfassung vornehmen, sondern muss die Gesamtmenge bei der Antragsgegnerin abliefern, wo der Verkaufsverpackungsanteil nach Sortierung an das Duale System weitergegeben werden kann. Diesbezüglich ist die Leistungsbeschreibung ebenfalls eindeutig; für die Auftragnehmer ist somit klar, dass es kein Abweichen von der gemeinsamen Sammlung geben kann.

d) Weiterhin bestimmt die Antragsgegnerin, dass die Auftragnehmer – unabhängig von irgendwelchen bestehenden oder noch abzuschließenden Vereinbarungen mit Systembetreibern- jedenfalls die gesamte Menge an graphischem Altpapier und Verkaufsverpackungen ihr in Rechnung zu stellen haben. Zahlungen von Systembetreibern sind bei der Kalkulation nicht zu berücksichtigen und abgerechnet wird aufgrund der tatsächlich gesammelten Tonnage.

Daraus ergibt sich für den Bieter, dass er bestehende oder zukünftig mögliche Vereinbarungen mit Systembetreibern bei der Kalkulation nicht zu berücksichtigen hat. Er hat allein aufgrund der Gesamtmenge seine Kalkulation zu fertigen. Ob im Anschluss an die Zuschlagserteilung eine „Anrechnung“ möglicher finanzieller Ausgleich erfolgt, ist nicht Gegenstand der Ausschreibung. Denn die in § 10 des Vertragsentwurfs vorgegebene Abrechnung bleibt gleich und auch die zu liefernde Abfallmenge ändert sich nur im Rahmen der üblichen Mengenschwankungen.

Da diese Vorgaben für alle Bieter gleich sind und bei der Kalkulation berücksichtigt werden können, kann man davon ausgehen, dass die Angebote dann auch miteinander verglichen werden können.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es bereits Verträge zwischen Auftragnehmern und den Systembetreibern über den Anteil an Verkaufsverpackungen im Entsorgungsgebiet gibt. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, ihre Ausschreibung so auszurichten, dass diese Möglichkeit ebenfalls berücksichtigt wird. Was ausgeschrieben wird, unterliegt dem einseitigen Bestimmungsrecht des Auftraggebers. Der Auftraggeber bestimmt nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen den Gegenstand und Inhalt der Beschaffung. Eine andere rechtliche Beurteilung kann nur veranlasst sein, wenn die Antragsgegnerin eine aus rechtlichen Gründen unmögliche, objektiv nicht erfüllbar Leistung ausgeschrieben hätte, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 17.11.2008, Verg 52/08.

e) Die Vergabeunterlagen sind auch hinsichtlich der Abrechnungsmengen nicht unklar. Die Antragsgegnerin wird den Auftragnehmern eine Vergütung für die Gesamtmenge zahlen, auch wenn es später Vereinbarungen mit dem Dualen System

hinsichtlich der Verkaufsverpackungen geben wird. Es wird zwar nur der kommunale Anteil am PPK ausgeschrieben, aber der Abrechnung wird – anders als im Falle des OLG Rostock- die Gesamtmenge zugrunde gelegt. Dies ergibt sich aus § 10 Abs. 2 des Vertragsentwurfs. Die diesbezüglichen Angaben sind weder unklar noch widersprüchlich.

f) Im Falle des OLG Rostock, 6.3.2009, 17 Verg 1/09 wurde demgegenüber neben der Sammlung und dem Transport u.a. auch die Verwertung der Verkaufsverpackungen mit aus geschrieben. Die Bieter hatten demzufolge auch die Erlöse für die Verwertung der PPK Abfälle bei ihrer Kalkulation zu berücksichtigen (Erlöse waren auszukehren). Gegenstand insbesondere der Verwertung waren somit auch die Verkaufsverpackungen, wobei der Anteil aufgrund bisheriger Erhebung festgelegt wurde. Dabei wurde den Bietern die Mitbenutzung der Sammelsysteme gestattet, aber die eingesammelte Gesamtmenge war nicht einfach beim Auftraggeber abzugeben. Vielmehr verlangte der Auftraggeber, dass die Bieter über diese in den Sammelbehältern vorhandene Teilfraktion (Verkaufsverpackungen) nach Zuschlagserteilung eine Vereinbarung mit einem Systembetreiber oder mehreren Systembetreibern schließen mussten, auf die der Auftraggeber selbst keinen Einfluss nahm.

Die Konditionen der Entsorgung dieser Verkaufsverpackungen waren im Nachgang zu der Ausschreibung allein zwischen dem Systembetreiber und dem Auftragnehmer auszuhandeln. Dennoch sollte der Auftraggeber bei seiner Kalkulation gegenüber dem kommunalen Auftraggeber bereits Details (Erlöse) aus noch nicht vorhandenen Verträgen mit dem Dualen System berücksichtigen. Weiterhin kann der Auftragnehmer bei der gemeinsamen Sammlung die Verkaufsverpackungen nicht einfach entnehmen, um diese dann dem Dualen System zur Verwertung zu überlassen. Dies ist jedenfalls technisch unmöglich, es sei denn, der Auftragnehmer sortiert die eingesammelte PPK Fraktionen selbst aus und gibt dann den jeweiligen Anteil weiter.

Wenn aber der Auftragnehmer keine Vereinbarung mit einem Systembetreiber schließen kann, weil sich die Parteien nicht einig werden (Unwägbarkeiten eines jeden Vertragsschlusses), dann ist die Verwertung der Verkaufsverpackungen für den Auftragnehmer nicht möglich. Er sammelt somit eine Gesamtmenge ein, die er insgesamt nicht dem kommunalen Entsorger zur Verwertung übergeben kann, weil dieser nicht zuständig ist und laut Ausschreibung diesen Abfall nicht haben will und der Auftragnehmer weiß auch nicht, ob eine Überlassung zur Verwertung an einen Systembetreiber möglich ist, weil er diesbezüglich noch keinen Vertrag hat.

Im Gegensatz zu der Fallgestaltung des OLG Rostock, ist die Verwertung der eingesammelten PPK Fraktion (als Gesamtmenge) nicht Gegenstand dieser Leistungsbeschreibung. Die „Verwertung“ ist vielmehr sicher gestellt, weil die Gesamtmenge bei den Anlieferstellen der Antragsgegnerin abzuliefern ist. Mit dem Einsammeln und Transportieren hat der Auftragnehmer damit seinen Vertrag erfüllt. Was anschließend mit dieser „Gesamtmenge“ geschieht, liegt nicht mehr im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers. Er muss auch bei seiner Kalkulation keinen – jetzt noch nicht bekannten – Erlös einbeziehen, den er möglicherweise erzielt, wenn er selbst mit einem Systembetreiber einen Vertrag über die Verkaufsverpackungen im Anschluss an die Zuschlagserteilung schließen will.

2.2 Die Vergabeunterlagen – soweit hier die PPK Fraktion im Streit steht- verstoßen auch nicht gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A.

Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 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 die Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

Ein ungewöhnliches Risiko ist anzunehmen, wenn das Wagnis nach der Art der Vertragsgestaltung und nach dem allgemein geplanten Ablauf nicht zu erwarten ist. Das Ungewöhnliche kann sowohl in technischer (Art der Leistung) als auch in wirtschaftlichen Leistungselementen (Art der Vertragsgestaltung) liegen. Es muss schwerwiegende wirtschaftliche Folgen für den Auftragnehmer mit sich bringen. Bei der hier vorzunehmenden Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Risikoverlagerung dürfen auch andere für den Auftragnehmer kalkulationserhebliche Faktoren nicht außer Betracht bleiben, OLG Düsseldorf, 19.10.2006, Verg 39/06.

a) Die Antragstellerin ist zunächst – nicht so wie im Falle des OLG Rostock - verpflichtet, die Verkaufsverpackungen mit zu erfassen, während die Vergütung nur für den kommunalen Anteil erfolgen sollte. Der Auftragnehmer muss keinen Vertragspartner im Bereich des Dualen Systems für die Verkaufsverpackungen finden. Aus den Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin ergibt sich, dass der Auftragnehmer für die Gesamtmenge (graphisches Altpapier und Verkaufsverpackungen) nach Verwiegung allein von der Antragsgegnerin dafür eine Vergütung erhält. Das bleibt unverändert, wenn die Antragsgegnerin mit Systembetreibern Vereinbarungen über die Verkaufsverpackungen schließt oder gegebenenfalls auf bestehende Vereinbarungen schon zurückgreifen kann.

Für diesen Fall ändern sich auch die technischen Vorgaben für den Auftragnehmer nicht, sondern er ist weiterhin verpflichtet, beide Bestandteile in den Sammelbehältern zu erfassen und abzutransportieren. Die Anforderungen an die Durchführung der Leistung bleiben damit unverändert. Infolgedessen kann der Auftragnehmer darauf vertrauen, dass er weiterhin seine betriebswirtschaftlichen Mittel, wie Fuhrpark und Personal, ausgelastet haben wird.

Sollte der Auftragnehmer selbst eine Vereinbarung mit den Systembetreibern anstreben, bleibt der Leistungsumfang ebenfalls unverändert. Die Gesamtmenge ist – wie bisher – bei der Antragsgegnerin abzuliefern. Allerdings wird ihm dann für die Mitbenutzung des Sammelsystems ein Entgelt in Rechnung gestellt, um eine Doppelbezahlung durch die Antragsgegnerin und das Duale System zu vermeiden. Die Eckpunkte eines solchen Nutzungsentgelts sind in den Vergabeunterlagen genannt; ungewöhnliche Anforderungen enthalten diese Eckpunkte nicht.

Damit wird dem Auftragnehmer nicht einseitig das Risiko eines Vertragsschlusses mit dem Dualen System auferlegt. Vielmehr besteht für ihn keine Verpflichtung zum Abschluss einer solchen Vereinbarung. Sollten somit die Konditionen einer solchen Vereinbarung nicht erreichbar sein oder für den Auftragnehmer ungünstig, kann er immer noch Abstand davon nehmen. Er ist nach den Vergabeunterlagen nicht gezwungen, eine solche Vereinbarung einzugehen.

Die Kammer sieht es auch nicht als eine tatsächliche „Gefahr“ für den Auftragnehmer an, wenn sich das Duale System wider Erwarten doch noch zu einer separaten Erfassung der Verkaufsverpackungen durch ein eigenes Entsorgungssystem entschie-

Ben sollte. Denn diesbezüglich können die dann eintretenden Mengenreduzierungen dadurch aufgefangen werden, dass eine Preisanpassung erfolgt, wie dies § 12 des Vertragsentwurfs vorsieht oder sich aus der VOL/B ergibt.

Dies hat wiederum Auswirkungen auf die eigene Kalkulation. Soweit der Auftragnehmer auf eine Vereinbarung mit dem Dualen System angewiesen wäre, hätte er dies bei der Eingehung des Vertrages mit der Antragsgegnerin zu berücksichtigen. Dieses Risiko hat die Antragsgegnerin aber vollständig aus dem Vertrag genommen. Denn sie bestimmt in den Vergabeunterlagen, dass eventuell mögliche Zahlungen der oder des Systemträger/ s nach der VerpackV für den Anteil an den Verkaufsverpackungen bei der Kalkulation der Angebotspreise nicht zu berücksichtigen sind.

Damit kann der Auftragnehmer einen Tonnagepreis für die gesammelte PPK Menge im Preisblatt eintragen. Dass ein Auftragnehmer dabei gegebenenfalls auch die Zusammensetzung der PPK Menge berücksichtigen will und auch die im Entsorgungsbereich allgemein vorhandenen Mengenschwankungen berücksichtigen muss, bedeutet kein ungewöhnliches Risiko, sondern liegt auf der Hand. Damit geht der Auftragnehmer kein Wagnis, in der Weise ein, dass er im Vorhinein etwas kalkulieren muss und auch bereit halten muss, wobei er nicht weiß, ob die Durchführung des Auftrages dies erfordert.

Vielmehr liegt die Kalkulation anhand der Vorgaben der Antragsgegnerin und der Kenntnisse des Auftragnehmers aus der Branche ohne weiteres im Bereich des Übliche, was typischerweise geleistet werden kann.

b) Die Eigentumsverhältnisse an den Verkaufsverpackungen stellen ebenfalls keine ungewöhnliche Belastung für den Auftragnehmer dar, die ihm einseitig aufgebürdet wird.

Allerdings kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger kein Alleineigentum an den Verkaufsverpackungen und zugleich dem graphischen Altpapier erwerben. Insofern ist die Ziffer 3.2.4 in den Vergabeunterlagen jedenfalls missverständlich, was allerdings keine Auswirkungen auf die ausgeschriebene Leistung und die Rechtsstellung der Antragstellerin hat.

aa) Der Hinweis in Ziffer 3.2.4 bezieht sich auf die Gesamtmenge, also auf das graphische Altpapier und die Verkaufsverpackungen, wie sich aus dem Zusammenhang mit dem 2. Satz schließen lässt. Die Antragsgegnerin geht offensichtlich davon aus, dass die Gesamtmenge in ihr Eigentum fällt, solange noch kein Vertrag mit einem oder mehreren Systembetreibern hinsichtlich der Verkaufsverpackungen vorliegt. Dies trifft so nicht zu. Vielmehr erwirbt im Falle einer gemeinsamen Sammlung die Antragsgegnerin das Eigentum am graphischen Altpapier und das Duale System erwirbt Eigentum an den zurückgegebenen Verkaufsverpackungen, wobei es nicht darauf ankommt, ob diesbezüglich schon irgendein Vertrag geschlossen wurde.

Ausgehend von der Entscheidung des OLG Düsseldorf, 29.12.2004, VI Kart. 17/04, sind die Antragsgegnerin als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträgerin im Sinne von § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG und auch die Systembetreiber des Dualen Systems gemäß § 6 Abs. 1 und 3 VerpackV gleichberechtigt für die Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushalten, wozu auch die Verkaufsverpackungen gehören, zuständig. Der Endverbraucher kann sich entscheiden, wem er die Verkaufsverpackungen übergibt.

Dies kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger sein oder aber auch ein privater, vom Dualen System beauftragter Systembetreiber. Wenn der Endverbraucher diesen Willen nicht ausdrücklich äußert, wie in der Regel anzunehmen sein wird, und auch nicht äußern kann, weil die PPK Fraktion in einem Sammelbehälter gesammelt wird und eben keine separaten Container dafür vorhanden sind, dann übereignet er an beide Verpflichteten.

Im Falle einer gemeinsamen Sammlung geht das OLG Düsseldorf davon aus, dass der Endverbraucher durch Einwurf des Altpapiers und der Verkaufsverpackungen in einen Sammelbehälter das Eigentum an den übereignet, den es angeht. Nicht der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger wird Alleineigentümer des gesammelten PPK Anteils, sondern daneben erwirbt auch das Duale System Eigentum an den Verkaufsverpackungen. Dies ergibt sich allein aus der faktischen Mitbenutzung, unabhängig davon, ob es darüber Mitbenutzungsvereinbarungen gibt oder geben wird.

Denn wenn dies anders zu sehen wäre, würde der öffentlich-rechtliche Entsorger es in der Hand haben, die Systembetreiber – die gleichberechtigt für die Entsorgung zuständig sein sollen- von der Erfassung der Verkaufsverpackungen auszuschließen, indem er einfach seine Sammelbehälter den Endverbrauchern zur Verfügung stellt. Durch die tatsächliche Inanspruchnahme würde damit das Duale System von der Rücknahme ausgeschlossen, ohne dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Dies ergibt sich auch aus folgendem.

Der Eigentumserwerb am PPK Anteil bestimmt sich nach § 929 Satz 1 BGB und kann insbesondere nicht in den Ausschreibungsunterlagen abbedungen werden. Nach § 929 Satz 1 BGB wird Eigentum an einer beweglichen Sache übertragen, indem der Eigentümer die Sache an den Erwerber übergibt und beide über den Eigentumswechsel einig sind. § 929 Satz 1 BGB setzt somit die Einigung und die Übergabe zwischen Veräußerer und Erwerber voraus. Vorliegend erfolgt diese Eigentumsübertragung nicht unmittelbar, sondern unter Einschaltung eines handelnden Dritten, der aber nicht Eigentümer wird, sondern nur die tatsächliche Sachherrschaft auf Zeit ausübt.

Bei der Einigung ist Stellvertretung möglich. Ist dem Veräußerer (Endverbraucher) die Person des Erwerbers gleichgültig, muss nach den Rechtsgrundsätzen der Übereignung an den, den es angeht die Stellvertretung auf Erwerberseite nicht einmal offengelegt werden. Es genügt, dass der handelnde Dritte für den, den es angeht, erwerben will. Vorliegend besteht kein Anlass, einen solchen Willen bei dem Auftragnehmer nicht anzunehmen und auch dem Endverbraucher wird es in der Regel gleichgültig sein, für wen denn der Auftragnehmer den Anteil entgegen nimmt. Die Stellvertretung ist weder offen zu legen, noch muss der Auftragnehmer ausdrücklich bevollmächtigt werden. Eine vertragliche Verpflichtung ist dafür nicht erforderlich, sondern ein Stellvertreter kann auch aufgrund einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht die Einigung für den Erwerber eingehen. Solange somit die Mitbenutzung der kommunalen Sammelbehälter nicht ausdrücklich von dem Dualen System in Frage gestellt wird, was bislang nicht hinreichend dargetan ist, kann eine solche Einigung im Interesse des Dualen Systems angenommen werden.

Der von der Antragstellerin in der Verhandlung vorgetragene Fall ändert daran nichts. Dort richtete sich die verwaltungsgerichtliche Klage gegen einen kommunalen Entsorger, der nicht nur für die Sammlung und Transport zuständig war, sondern dar-

über hinaus auch noch die eingesammelten Fraktionen zu verwerten hatte. Dass diesbezüglich das Duale System die Herausgabe der mit eingesammelten Verkaufsverpackungen verlangte, kann zu Recht angenommen werden. Übertragen auf den vorliegenden Fall würde ein solcher Anspruch sich dann gegen die Antragsgegnerin richten, weil diese diesen Anteil herausgeben muss oder mit dem Dualen System einen anderweitigen Verwertungsvertrag schließen kann.

Weiterhin ist bei der Übergabe die Einschaltung eines Besitzmittlers möglich, der für den Erwerber die tatsächliche Sachherrschaft für eine bestimmte Zeit erwirbt, um so den Besitz weiter zugeben. Auch diesbezüglich kann davon ausgegangen werden, dass der Auftragnehmer den Besitz an der PPK Fraktion für den jeweiligen Erwerber entgegen nimmt. Der Anteil am graphischen Altpapier wird für den kommunalen Entsorger entgegen genommen, während der Anteil an den Verkaufsverpackungen für das Duale System vermittelt wird.

Dass die Verkaufsverpackungen und der kommunale PPK Abfall in demselben Sammelbehälter gesammelt werden, führt nicht zum Eigentumsverlust beim Dualen System. Denn nach den Grundsätzen der Vermischung (§§ 948 Abs. 1 und 2, 947 BGB) werden der Systembetreiber und der öffentlich-rechtliche Entsorger vielmehr im Verhältnis ihrer jeweiligen Müllmengenanteile Miteigentümer am Sammelgut. Aufzuheben ist die Miteigentümergeinschaft sodann durch Teilung in Natur, d.h. im Wege einer Aufteilung der Gesamtmüllmenge auf die beiden Teilhaber nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile (§ 752 Satz 1 BGB).

Insofern kann jedenfalls die Antragsgegnerin nicht Alleineigentum an der gesamten PPK Fraktion erwerben, sondern wird nur Eigentümerin hinsichtlich des kommunalen Anteils, während das Duale System gleichzeitig Eigentümerin hinsichtlich der Verkaufsverpackungen wird. Der Auftragnehmer wird lediglich in diesem Eigentumsübertragungsvorgang als Stellvertreter für die Einigung und als Besitzmittler für die Übergabe eingeschaltet, erwirbt aber selbst kein Eigentum an dem Sammelgut.

bb) Dies gilt unabhängig davon, ob es Verträge zwischen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und dem Dualen System gibt oder nicht. Wenn ein Systembetreiber separate Erfassungsbehälter für die Verkaufsverpackungen im Entsorgungsgebiet vorhält, findet eine Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB unmittelbar an diesen Systembetreiber durch Einwurf in diese Container statt. Wenn aber die Sammelbehälter vom öffentlich-rechtlichen Entsorger zur Verfügung gestellt und beide Bestandteile erfasst werden bzw. vom Endverbraucher eingeworfen werden, bleibt es bei der Zuständigkeit beider als „Entsorger“ Verpflichteten. Sie erwerben beide Eigentum an der PPK Fraktion, für die sie zuständig sind, und zwar durch Einschaltung eines handelnden Dritten, dem Auftragnehmer.

Daraus folgt, dass ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger weder mit noch ohne Vertrag mit einem Systembetreiber Alleineigentum an der PPK Fraktion erwerben kann, wenn gemeinsam gesammelt wird. Insofern ist die Aussage in Ziffer 3.2.4 jedenfalls vor dem Hintergrund des § 929 Satz 1 BGB in rechtlicher Hinsicht zu beanstanden.

cc) Dies hat aber keine Auswirkungen auf den Auftragnehmer, weil er als Entsorgungsunternehmer lediglich für den Zeitraum des Transports den Besitz an beiden Bestandteilen der PPK Fraktion zwischen dem Endverbraucher und den Erwerbern,

also vorliegend der Antragsgegnerin und dem Dualen System mittelt. In diesem Zeitraum ist der Auftragnehmer durch seine Einschaltung in die Übereignung (§ 929 Satz 1 BGB) der PPK Anteile als Besitzmittler auch zum Besitz berechtigt. Dies ergibt sich aus der Funktion, die er im Rahmen der Eigentumsübertragung hat.

Einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB hat der Eigentümer erst dann, wenn der Besitzer gemäß § 986 BGB nicht mehr zum Besitz berechtigt ist. Diese Berechtigung entfällt, wenn er den Besitz durch Abgabe der Gesamtmenge bei der Anlieferungsstelle der Antragsgegnerin verliert. Die tatsächliche Sachherrschaft – auch an den Verkaufsverpackungen – geht in diesem Moment auf die Antragsgegnerin über, gegen die sich dann der Herausgabeanspruch des Systembetreibers richtet.

Insofern trägt der Auftragnehmer bei der hier im Streit stehenden Ausschreibungskonstellation kein ungewöhnliches Risiko. Er handelt als Dritter für beide zukünftigen Erwerber bei der Übereignung und kann sich jedenfalls für den Zeitraum des Transports darauf berufen, zum Besitz berechtigt zu sein. Die Systembetreiber können nur von nicht berechtigten Besitzern die Herausgabe ihres Eigentums –also der Verkaufsverpackungen- verlangen, nicht aber von einem Besitzmittler, der berechtigterweise bis zur Ablieferung der Abfallmengen die tatsächliche Sachherrschaft ausübt.

dd) Ein Auftragnehmer ist auch nicht durch die rechtlich missverständliche Formulierung in der Ziffer 3.2.4 in seinen Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt. Die Antragsgegnerin kann zwar – entgegen den Vorschriften des BGB- nicht bestimmen, wer Eigentum an den Verkaufsverpackungen erwirbt. Sicher ist aber, dass der Auftragnehmer kein Eigentum erwirbt und auch nicht vom Dualen System zur Herausgabe verpflichtet werden kann, wenn er das Sammelgut berechtigter Weise besitzt. Letztlich hat diese Regelung in den Vergabeunterlagen lediglich Auswirkungen im Verhältnis zwischen der Antragsgegnerin und dem Dualen System. Legt man die Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde, so kommt es nicht auf etwaige vertragliche Beziehungen zwischen den beiden zur Entsorgung Verpflichteten an, sondern allein die Tatsache, dass sie nach den gesetzlichen Regelungen gleichberechtigt zur Erfassung und Rücknahme verpflichtet sind, reicht aus. Das hat aber keine Auswirkungen auf den zukünftigen Auftragnehmer, weil er immer nur als Stellvertreter und Besitzmittler bei der Übereignung eingeschaltet wird und er seine Pflichten aufgrund des Entsorgungsvertrages unabhängig von der Frage der Eigentümerstellung erledigen kann.

c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin stellt auch das Mitbenutzungsentgelt kein ungewöhnliches Wagnis für die Bieter im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dar.

Dass die Antragsgegnerin im Falle einer Mitbenutzung ihres Sammelsystems von dem Auftragnehmer einen Ausgleich fordert, wenn der Auftragnehmer eine Vereinbarung mit einem Systembetreiber selbst eingeht und dafür auch ein Entgelt erhält, ist nachvollziehbar undbürdet den Bietern kein besonderes wirtschaftliches Risiko auf und hat insbesondere auch keine Auswirkungen auf die Kalkulation.

aa) Zu Recht weist die Antragsgegnerin daraufhin, dass der Auftragnehmer das von einem Systembetreiber erhaltene Entgelt im Verhältnis zu ihr zu verrechnen hat. Ansonsten würde nämlich in der Tat eine Doppelbezahlung vorliegen. Denn die Antragsgegnerin zahlt eine Vergütung auch für den Verkaufsverpackungsanteil an den

Auftragnehmer und dieser würde in einem solchen Fall nochmals vom Systembetreiber für den gleichen PPK Anteil ein Entgelt erhalten. Da die Eckpunkte für das Nutzungsentgelt in den Vergabeunterlagen erläutert sind, kann auch insofern der Auftragnehmer nicht von ungewöhnlichen Wagnissen sprechen. Dafür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Demgegenüber sind die von der Antragstellerin vorgetragene(n) Mutmaßungen, dass die Antragsgegner die Mitbenutzung ihrer Sammelbehälter nicht gestatten würden, wobei nicht klar sei, welche Auswirkungen dies haben würde, so nicht nachvollziehbar. In den Vergabeunterlagen werden die Bieter dazu verpflichtet, die Leistung insgesamt unter Benutzung der Sammelbehälter durchzuführen. Insofern sind sie später vertraglich verpflichtet, sämtliche PPK Anteile zu erfassen und zu transportieren. Die Antragsgegnerin kann von dieser Vertragsvereinbarung mit dem Auftragnehmer nicht einseitig abrücken. Vielmehr ist auch sie daran gebunden und muss das gemeinsame Sammeln in ihren Behältern zu lassen.

Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Auftragnehmer einen Vertrag mit einem Systembetreiber schließt und die Antragsgegnerin ihre Zustimmung nicht gibt. Dies wäre denkbar, wenn keine Einigung über die Höhe des Mitbenutzungsentgelts zustande kommt. Diesbezüglich gilt aber, dass der Auftragnehmer auch in diesem Falle weiterhin die Gesamtmenge bei der Antragsgegnerin abzuliefern hat und dafür auch eine Vergütung erhält. Damit wird ihm zwar die Möglichkeit genommen, einen solchen Vertrag selbständig mit einem Systembetreiber zu schließen. Dies ist ihm aber aufgrund der Vergabeunterlagen bekannt.

bb) Insgesamt birgt dieses System auch keine Risiken im Zusammenhang mit der Kalkulation des Auftragnehmers. Dieser muss nicht - so wie im Falle des OLG Rostock- Erlöse aus potentiellen Aufträgen mit dem Dualen System einkalkulieren, sondern nach den Vergabeunterlagen – vgl. Ziffer 3.2.4- sind diese Erlöse bei den Angebotspreisen nicht zu berücksichtigen. Weiterhin ergibt sich aus den Mengenangaben der Antragsgegnerin aus vorangehenden Jahren, die Spannbreite und der Prozentanteil der jeweiligen Fraktion, was üblicherweise geschätzt werden muss. Insgesamt wird damit dem Auftragnehmer auch bei der Kalkulation unter Einbeziehung möglicher Mitbenutzungsentgelte kein ungewöhnliches Wagnis auferlegt.

d) Dem Auftragnehmer wird auch kein Kalkulationsrisiko hinsichtlich der Mengenangaben auferlegt. Auch wenn sich die Ausschreibung nur auf den kommunalen Anteil an der PPK Fraktion bezieht, ergibt sich aus den Vergabeunterlagen eindeutig, dass der Auftragnehmer die Gesamtmenge zu erfassen und zu den Anlieferstellen zu transportieren hat und für diese Leistung nach Verwiegung der Gesamtmenge eine Vergütung von der Antragsgegnerin erhält. Andere Vereinbarungen, beispielsweise mit Systembetreibern, spielen dabei keine Rolle. Auch der eigene Angebotspreis muss die Gesamtmenge umfassen und sich nicht etwa nur auf einen Anteil beziehen. Sollte es tatsächlich zu erheblichen Mengenreduzierungen kommen, weil beispielsweise das Duale System ein eigenes Sammelsystem aufbauen würde, bleibt immer noch die Anpassung des Vertrages möglich. Bei dieser Sachlage kann ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/ A nicht festgestellt werden.

e) Allerdings sind die Angaben der Antragsgegnerin in ihren Vergabeunterlagen zu den Mengen nicht ganz eindeutig. Einerseits soll der Anteil an Verkaufsverpackungen einbezogen worden sein, andererseits wurde dieser Anteil herausgenom-

men, ohne dass sich die geschätzte Menge ändert. Die Antragsgegnerin sollte nochmals eindeutig ermitteln, wie hoch die geschätzte Gesamtmenge ist und den Anteil der Fraktionen bestimmen. Da noch keine Angebote vorgelegt wurden, kann diese Information allen Interessenten zur Verfügung gestellt werden.

Vergaberechtlich hat dies keine Auswirkungen, weil eine Vergabestelle jedenfalls vor Abgabe der Angebote die Möglichkeit hat, ihre Vergabeunterlagen zu ändern, wenn es sich nicht um wesentliche Änderungen handelt, die erhebliche Auswirkungen hätten, vgl. dazu VK Münster, 25.1.2006, VK 23/05.

Im Ergebnis sind die Regelungen in den Vergabeunterlagen, die im Zusammenhang mit dem PPK Anteilen stehen, entweder rechtlich nicht zu beanstanden oder haben jedenfalls keine Auswirkungen auf den zukünftigen Auftragnehmer als Vertragspartner der Antragsgegnerin.

III.

Die Kosten sind gemäß § 128 Abs. 1 und Abs. 3 GWB von der unterlegenden Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB vom Mindestgebührensatz in Höhe von 2500 € ausgeht, weil es noch keine Angebote der Bieter gibt und somit auch das wirtschaftliche Interesse aus der Sicht der Antragstellerin nicht bestimmt werden kann.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin 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, sondern u.a. Regelungen aus dem BGB heranzuziehen waren.

Demzufolge trägt die Antragstellerin die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

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