

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 7.10.2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. xxxxxxxxxxx

am **9. Oktober 2009** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Wertung der Angebote unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb die Durchführung von Dienstleistungen der öffentlichen Personenbeförderung im Stadtbusverkehr mit Bekanntmachung vom 11.4.2009 in einem offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit für den Zeitraum vom 1.1.2010 bis zum 22.5.2017 aus. Der Auftragswert wird auf ca. 1,9 Mio. € pro Jahr geschätzt. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden.

In Ziffer 2.8.1 Nr. 4 der Leistungsbeschreibung bestimmte die Antragsgegnerin:

Die Vergütung des Fahrpersonals muss für die Tätigkeit auf den ausgeschriebenen Linienverkehren während der Vertragslaufzeit auf der Grundlage eines mit einer tariffähigen Gewerkschaft ausgehandelten Tarifvertrags erfolgen oder mindestens dem Niveau eines in Nordrhein-Westfalen im Bereich des straßengebundenen ÖPNV geltenden Tarifvertrags entsprechen.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 6 Angebote, wobei sie ein Angebot wegen fehlender Eignung des Bieters ausschloss. Die mit Beschluss vom 3.9.2009 Beigeladene legte ebenfalls ein Angebot vor. Die Beigeladene ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Stadtwerke xxxxxxxxxxxx an der die Stadt xxxxxxxx zu 100% beteiligt ist. Ausweislich der Vergabeunterlagen prüfte die Antragsgegnerin daraufhin § 107 GO NW.

Dazu führte die Antragsgegnerin im Vergabevermerk aus:

Für Verkehrsbetriebe folgt nach ganz allgemeiner Meinung der öffentliche Zweck im Sinne des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW bereits aus ihrer Aufgabenstellung ÖPNV. Die Verkehrs-

bedienung im ÖPNV ist ein öffentlicher Zweck, der grundsätzlich die kommunalwirtschaftliche Betätigung erfordert.

Für diese wirtschaftliche Tätigkeit erlaubt § 107 Abs. 3 GO grundsätzlich eine Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets. Allein das Überschreiten von Gebietsgrenzen führt also nicht zu einem Verstoß gegen die GO NW.

Die Schranke des § 107 Abs. 3 GO NW, wonach das berechnete Interesse der anderen Kommunen zu wahren ist, ist vorliegend eindeutig nicht überschritten, da die betroffene Stadt xxxxxx über die von ihr unterhaltene Stadtbus xxxxx die Auftraggeberin, die Bedienung ihrer Gebiete durch auswärtige Unternehmen durch das vorliegende Vergabeverfahren ja gerade ermöglicht hat.

Allerdings wird aus dem Verweis des § 107 Abs. 3 auf § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NW geschlossen, dass auch die exterritoriale Tätigkeit durch einen Bezug zu einem öffentlichen Zweck für die Trägerkommune getragen sein muss. Nach der Vergaberechtsprechung ist der Begriff des öffentlichen Zwecks im Bereich des Personennahverkehrs weit zu fassen. So sind die Eigentümerkommunen der Bieter jeweils als Aufgabenträger im Sinne des § 3 Abs. 1 ÖPNV-Gesetz NRW für die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Nahverkehrsdienstleistungen verantwortlich. Um den hierin liegenden dringenden öffentlichen Zweck zu erreichen, ist nicht nur die Einrichtung als solche erforderlich, sondern muss auch der Betrieb nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen. Eine den Regeln der Wirtschaftlichkeit gehorchende Betriebsführung ist unverzichtbarer Bestandteil des öffentlichen Zwecks. Sie gebietet darauf hinzuwirken, dass die vorhandenen Betriebskapazitäten ausgelastet werden und die Anlagen dem Stand der Technik entsprechen, was zugleich eine Vorbedingung dafür ist, dass die Verkehrsleistungen effektiv und kostengünstig für die Bevölkerung erbracht werden können. Zumindest hat der Bieter (Beigeladene) glaubhaft gemacht, dass der Betrieb der ausgeschriebenen Stadtbusleistungen die Wirtschaftlichkeit der gesamten Nahverkehrsleistungen dieses Bieters verbessern würde.

Die Antragsgegnerin erhielt von der Beigeladenen Erklärungen zu ihrer Betriebssteuerung und möglichen Optimierungen beim Einsatz und der Wartung der Fahrzeuge, wobei sie auch darlegte, dass sie durch die Vergrößerung des Unternehmens-Fuhrparks bessere Einkaufskonditionen für Fahrzeuge und Ersatzteile haben werde.

Die Antragsgegnerin bejahte darauf hin den dringenden öffentlichen Zweck bei den begehrten Tätigkeiten und beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, weil dies preislich gesehen auch auf dem ersten Rang vor dem Angebot der Antragstellerin lag, und teilte dies mit Schreiben vom 13.8.2009 den anderen Bietern mit.

Die Antragsgegnerin überprüfte in gleicher Weise auch die Antragstellerin und ließ sich ein Rechtsgutachten vorlegen. Die Antragstellerin ist ein sogenanntes gemischtwirtschaftliches Unternehmen, das sich zu 51% im Eigentum der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx befindet und zu 49% von den Kreisen xxxxxx und xxxxxx getragen wird.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 18.8.2009 die beabsichtigte Vergabe. Sie rügte, dass es sich bei dem Angebot der Beigeladenen um ein Unterkostenangebot handeln müsse und die Beigeladene im Übrigen gemäß § 107 GO NW auszuschließen sei.

Nachdem die Antragsgegnerin dieser Rüge nicht abhalf, beauftragte die Antragstellerin einen Rechtsanwalt mit der Vorbereitung eines Nachprüfungsantrages. Der Verfahrensbevollmächtigte rügte dann mit Schreiben vom 21.8.2009 ergänzend die Regelung in Ziffer 2.8.1 bezüglich der Einhaltung von Tarifbindungen und beantragte am 25.8.2009 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin hält die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen für vergaberechtswidrig, weil einerseits ein Verstoß gegen § 107 GO NW vorliege und andererseits die Leistungsbeschreibung eine unzulässige Tariftreuevorgabe enthalte.

Die Antragstellerin meint, dass sie am 18.8.2009 unverzüglich gerügt habe, weil entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin die Rügefrist nicht nur 1 bis 3 Tage betrage. Vorliegend sei die erste Rüge innerhalb von vier Tagen und damit unverzüglich erfolgt. Weiterhin meint die Antragstellerin, dass auch die zweite Rüge hinsichtlich der Tariftreueverordnung unverzüglich gewesen sei, weil die Rügeobliegenheit erst mit der Kenntnis des Verstoßes einsetze. Diese Kenntnis hätte sie erst aufgrund der rechtlichen Beratung erlangt. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin würde sie sich nicht regelmäßig an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, so dass die ständige Diskussion über das Thema Vergütungsregelungen ihr nicht vertraut sei. Im Übrigen sei der Hinweis auf eine inhaltsgleiche Rüge in einem Vergabeverfahren in Brandenburg/Sachsen unzutreffend, weil dort nicht sie diese Rüge ausgesprochen habe, sondern ihre Muttergesellschaft, die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragstellerin vor, dass die vorliegende Ausschreibung von Mitarbeitern der Antragstellerin in xxxxxx erstellt worden sei. Es sei jedenfalls nicht nachweisbar, ab wann sie tatsächlich positiv Kenntnis hinsichtlich eines Vergaberechtsverstoßes gehabt habe.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass ihr entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch nicht die Antragsbefugnis fehle. Denn sie sei im Gegensatz zur Beigeladenen kein Unternehmen, das sich vollständig im Eigentum einer oder mehrerer Gebietskörperschaften befinde, sondern zu 51% in privatem Anteilsbesitz stehe. Insofern unterliege sie nicht dem § 107 GO NW, der sich an die Gemeinden richte. Aber auch aus § 108 GO NW könne nicht abgeleitet werden, dass ihre Beteiligung am Vergabeverfahren gegen Gemeindefachvertragsrecht verstößt, weil anderenfalls die Privatautonomie der privaten Gesellschafter verfassungswidrig eingeschränkt würde. Ob der kommunale Gesellschafter intern § 108 GO NW und § 107 GO NW beachtet habe oder nicht, könne jedenfalls nicht der Gesellschaft als solche zugerechnet werden.

Zudem trägt die Antragstellerin vor, dass allein aus der Tatsache, dass sie einen Tarifvertrag mit der Gewerkschaft Ver.di abgeschlossen habe, keine Rückschlüsse auf ihre Antragsbefugnis möglich seien. Denn sie könne – soweit die Ziffer 2.8.1 nicht verbindlich sei – auch Subunternehmer oder Leiharbeiter mit der Durchführung der Leistungen beauftragen und damit anders kalkulieren.

Die Antragstellerin meint, dass die Vorgabe der Antragsgegnerin hinsichtlich der Einhaltung von Tarifverträgen bei der Entlohnung des Fahrpersonals unzulässig sei. Das OLG Düsseldorf habe in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass die Einhaltung eines tarifvertraglichen Lohnes in den Vergabeunterlagen nicht gefordert werden dürfe. Dies sei weder ein Eignungs- noch ein Zuschlagskriterium, sondern eine weitergehende Anforderung, so dass gemäß § 97 Abs. 4, 2. HS GWB ein Bundes- oder

Landesgesetz vorhanden sein müsse, dass diese Forderung ausdrücklich zulasse. Ein solches formelles Gesetz sei nicht vorhanden. Allein damit sei sie in ihren Rechten verletzt, weil sie ohne die unzulässige Vorgabe ein besseres Angebot hätte abgeben können, wobei sie nicht darlegen müsse, welches konkrete Angebot sie in diesem Fall abgegeben hätte.

Die Antragstellerin meint, dass das Angebot der Beigeladenen wegen eines Verstoßes gegen § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW auszuschließen sei. Die Beigeladene unterliege als mittelbare Tochtergesellschaft der Stadt xxxx dem Gemeindegewirtschaftsrecht, so dass ihre wirtschaftliche Betätigung im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin nur zulässig sei, wenn dies u.a. durch einen dringenden öffentlichen Zweck gerechtfertigt werde. Bei der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen läge eine echte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde vor, die nur nach den Maßstäben des § 107 Abs. 1 GO NW zulässig sei.

Die Antragstellerin mutmaßt, weil insoweit auch die Inhalte der Aufklärungsverhandlung mit der Beigeladenen im Nachprüfungsverfahren nicht offen gelegt wurden, dass die Beigeladene sich eben nicht auf die Auslastung sonst brachliegender Kapazitäten berufen könne, sondern dass die Betätigung allein aus Gründen der Gewinnerzielung erfolge. Die Antragstellerin verweist darauf, dass in der Leistungsbeschreibung bestimmte Anforderungen an das Alter des Fuhrparks gestellt wurden. Die Fahrzeuge der Stadtbuslinien dürften während der gesamten Vertragslaufzeit maximal 10 Jahre alt sein, was bei einer Vertragslaufzeit bis ins Jahr 2017 dazu führe, dass die vorhandenen Fahrzeuge im Zeitpunkt der Angebotsabgabe maximal 2 Jahre alt sein dürften. Bei den Taxibus-Linien seien es maximal 8 Jahre. Rein praktisch sei somit die Beigeladene gezwungen, entweder bereits zu Vertragsbeginn oder jedenfalls im Laufe der Vertragsdurchführung jüngere Fahrzeuge anzuschaffen. Wenn aber die Beigeladene selbst noch Fahrzeuge beschaffen müsse, um leistungsfähig zu sein, dann könne sie sich nicht auf eine Kapazitätsauslastung berufen.

Die Antragstellerin meint, dass auch die Behauptung der Beigeladenen, der Auftrag sei erforderlich, um eine wirtschaftliche Führung des Unternehmens zu ermöglichen, absurd sei. Allein das Investitionsvolumen für die Anschaffung der Fahrzeuge würde bei ca. 2,5 Mio. € liegen, dazu kämen die An- und Abfahrtswege aufgrund der räumlichen Entfernungen zwischen den Kommunen und es sei damit zu rechnen, dass die Beigeladene einen eigenen Stützpunkt in xxxxxxx einrichten müsse. Bei dieser Sachlage könne nicht davon ausgegangen werden, dass dies alles zur Auslastung der Betriebsführung vor dem Hintergrund sonst brachliegender Kapazitäten erforderlich sei.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin auch die Auskömmlichkeit des Angebotspreises der Beigeladenen gar nicht geprüft habe, obwohl dies erforderlich gewesen sei. Sie mutmaßt auch, dass noch andere Zuschlagskriterien unzulässigerweise bei der Wertung berücksichtigt wurden, weil im Informationsschreiben auf Vorgaben in den Vergabeunterlagen verwiesen wurde.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen neu zu werten.

3. *hilfsweise*
Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Verfahren in die Phase vor Abgabe der Angebote zurück zu versetzen.
4. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin auferlegt.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

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

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig. Die Antragsgegnerin meint, dass unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des OVG NW, 1.4.2008, 15 B 122/08, nicht die Nachprüfungsinstanzen, sondern die Verwaltungsgerichte für die Prüfung von Verstößen gegen das Gemeindewirtschaftsrecht zuständig seien.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle, weil sie selbst den Restriktionen des § 107 GO NW unterliege. Bei der Antragstellerin handele es sich um ein Unternehmen, das zu 51% im Eigentum der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx stehe und zu insgesamt 49% im Eigentum der Kreise xxxxx und xxxxx. In einem während der Aufklärungsverhandlung vorgelegten Gutachten habe sie selbst die exterritoriale Tätigkeit kommunaler Verkehrsunternehmen als generell zulässig dargestellt, so dass sie jetzt nicht plötzlich in Bezug auf die Beigeladene eine andere Auffassung vertreten könnte. Würde man der Einlassung der Antragstellerin zu § 107 GO NW folgen, so könne auch ihr der Auftrag nicht erteilt werden. In Bezug auf die Antragstellerin, die zu 49% eine kommunale Beteiligung habe, gelte der § 108 GO NW.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin durch die Regelung zur Einhaltung von Tarifverträgen nicht in ihren Rechten verletzt sei; ihr fehle insofern die Antragsbefugnis. Denn die Antragstellerin habe selbst einen Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft abgeschlossen, so dass sie von den Vorgaben in Ziffer 2.8.1 überhaupt nicht berührt sei. Sie trage auch nicht vor, dass sie Fahrer einsetzen wolle, deren Entlohnung sämtliche im straßengebundenen ÖPNV geltenden Tarifverträge unterschreiten würde. Das wäre im Übrigen auch unglaublich, weil die Antragstellerin aufgrund ihrer Zusammensetzung ebenfalls dem Einfluss kommunaler Gesellschafter unterliege.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin insgesamt nicht unverzüglich gerügt habe, weil die Rüge nicht innerhalb von 1 bis 3 Tagen erfolgt sei. Insbesondere die Eigentumsverhältnisse bei der Beigeladenen, die Rückschlüsse auf die Zulässigkeit der gemeindewirtschaftlichen Betätigung zulassen als auch die Beanstandungen im Zusammenhang mit der Unauskömmlichkeit seien erst nach 5 Tagen gerügt worden, was nicht mehr unverzüglich sei.

Hinsichtlich der Rüge zur Vergütung des Fahrpersonals trägt die Antragsgegnerin vor, dass der Antragstellerin die Rechtslage von vornherein bekannt gewesen sei. Denn bei den im Wettbewerb stehenden Verkehrsunternehmen seien entsprechende Ausschreibungsbedingungen durchaus bekannt. Das Thema werde regelmäßig in Fachzeitschriften behandelt und die Antragstellerin habe eine solche Rüge mit Hinweis auf § 97 Abs. 4 2. HS GWB bereits im Jahre 2008 in einem brandenburgischen Ausschreibungsverfahren selbst erhoben. Verhandlungsführer sei der Geschäftsführer der Fa. xxxxxxxxxxxxxx, Herr xxxxxxxx, gewesen, wobei die ÖPNV-Vergabeverfahren der Tochtergesellschaften von denselben Mitarbeitern bearbeitet würden. Im Übrigen gehe er davon aus, dass die Ausschreibungen von den örtlichen Unternehmen vorbereitet würden, wobei allerdings die Zentrale der Muttergesellschaft in xxxxx eingebunden werde. Das Team aus dem jeweiligen Tochterunternehmen und der Zentrale in xxxxx würde somit die Ausschreibungen vorbereiten und durchführen. Dies lasse sich auch einer Email aus den Vergabeunterlagen entnehmen. Dort sei auch die Muttergesellschaft mit informiert worden. Insofern bedurfte es zur Erlangung positiver Kenntnis nicht der anwaltlichen Beratung. Im Übrigen sei im Falle einer Entscheidung des OLG Düsseldorf zur Tarifbindung eine Firma beteiligt gewesen, die wiederum zum Verbund der xxxxxxxxxGruppe zähle, dem auch die Antragstellerin angehöre. Aus alledem könne man schlussfolgern, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Ziffer 2.8.1 viel früher positiv die mögliche Vergaberechtswidrigkeit kannte.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag aber auch für unbegründet, weil jedenfalls ein Verstoß gegen § 107 GO NW nicht vorliege. Sie verweist auf einen Beschluss der erkennenden Kammer aus dem Jahre 2005 (VK 35/04) und meint, dass bei der Ausschreibung von Nahverkehrsleistungen durch die Einführung des § 107 Abs. 3 GO NW die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen räumlich erweitert werden sollte. § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW ermögliche den Kommunen vielmehr in den dort genannten Tätigkeitsbereichen, wie dem öffentlichen Verkehr, als gleichrangige Wettbewerber neben den privaten Anbietern am Markt tätig zu werden. Darüber hinaus würde aber auch ein dringender öffentlicher Zweck im Sinne der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hier angenommen werden können, weil die Beigeladene detailliert nachgewiesen habe, dass mit der Übernahme der ausgeschriebenen Leistungen umfangreiche Synergien und Optimierungen für ihr Unternehmen und ihre Anlagen verbunden wären.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass die Regelung in Ziffer 2.8.1 insbesondere nicht gegen § 97 Abs. 4 GWB verstoße. Es handele sich bei dieser Ziffer um eine qualitative Anforderung an das Fahrpersonal, um eine hohe Qualifikation und ein hohes Maß an Kontinuität zu erreichen, anstatt einer enormen Fluktuation unterworfen zu sein. Aufgrund der guten Arbeitsmarktlage für ausgebildete Busfahrer sei zu befürchten, dass diese nach kurzer Zeit zu anderen, besser bezahlenden Verkehrsunternehmen wechseln würden. Zudem habe sie diese Forderung nicht als Eignungskriterium aufgestellt, weil die Tarifbindung für die Bieter nicht verlangt wurde und es sei auch keine Tariftreueerklärung oder ähnliches gefordert worden. Außerdem handele es sich um eine vergaberechtlich zulässige Bestimmung, da keine Tariftreueerklärung verlangt werde, sondern lediglich eine bloße Auftragsausführungsbestimmung vorliege. Im Übrigen sei der § 97 Abs. 4 GWB jetzt neu gefasst worden, so dass eine Wiederholung der Ausschreibung aufgrund der Tariftreuebindung eine reine Förmerei sei. Denn nach der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB stehe fest, dass nunmehr soziale Aspekte betreffende Vorgaben zulässig sind.

Die Antragsgegnerin behauptet zudem, dass die Ausführungen der Antragstellerin zur Unauskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen und fehlenden Wertungskriterien ins Blaue hinein erfolgt seien. Ausdrücklich weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass vorliegend zwischen dem Angebot der Beigeladenen und der Antragstellerin auch keine Differenz in Höhe der sogenannten Aufgreifschwelle von 10% feststellbar sei.

Die Beigeladene beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Die Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig. Die Rügen seien insgesamt erst fünf Tage bzw. eine Woche nach Informationserteilung erfolgt, was nicht mehr unverzüglich gewesen sei und auch nicht anders gesehen werden könne, wenn ein Rechtsbeistand hinzugezogen wird. Weiterhin meint die Beigeladene, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Tarifbindung nicht in ihren Rechten verletzt sein könne. Soweit die Antragstellerin die Tarifbindung für unzulässig hält und bei der Kalkulation möglicherweise nicht berücksichtigt hat, müsse von einem nicht auskömmlichen Angebotspreis ausgegangen werden. Denn die Tarifbindung sei einzuhalten. Würde die Antragstellerin hingegen die Tarifbindung bei der Kalkulation berücksichtigt haben, dann habe sie eindeutig Kenntnis von den Vorgaben der Tariftreue gehabt, aber gleichwohl nicht unverzüglich gerügt.

Im Übrigen so trägt die Beigeladene vor, sei das Angebot der Antragstellerin auszuschließen, weil diese bei der Aufklärung nicht ausreichende Angaben gemacht habe. Weiterhin sei die Antragstellerin selbst von dem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das Gemeindefirtschaftsrecht auszuschließen gewesen, so dass sie sich widersprüchlich verhalte, wenn sie fordere, dass andere Bieter aufgrund des § 107 GO NW ausgeschlossen werden.

Die Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag aber auch für unbegründet. Denn die Tariftreuebindung unterliege im Verkehrssektor der Niederlassungsfreiheit und stehe mit den Grundfreiheiten des EGV im Einklang. Die in Bezug genommenen Entscheidungen des OLG Düsseldorf würden allesamt in Ermangelung ausdrücklicher Sonderregelungen im EGV schon im Grundsatz vergaberechtlich anders zu beurteilen sein.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, seien auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass sie kein auskömmliches Angebot vorgelegt hätte. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich, dass sich die Antragsgegnerin erkennbar mit § 25 Nr. 2 VOL/A befasst habe und diesbezüglich keine Beanstandungen erfolgten. Die Behauptungen der Antragstellerin dazu seien einfach ins Blaue hinein gemacht worden.

Die Beigeladene ist zudem der Auffassung, dass es keine Zweifel an der kommunalwirtschaftlichen Zulässigkeit ihrer Tätigkeit im Bereich der Antragsgegnerin gibt. Die Auslegung des § 107 GO NW unterfalle nicht der Prüfungskompetenz der Vergabekammern, sondern den Verwaltungsgerichten. Dies sei zutreffend vom OVG Münster

im Beschluss vom 1.4.2008, 15 B 122/08 festgestellt worden. Weiterhin sei eine Zusammenarbeit zwischen den Kommunen auch im Wege einer interkommunalen Kooperation möglich, wobei diese nicht allein in den Organisationsformen des GkG NW zu erfolgen habe. Die Beigeladene verweist zudem auf die Bestandsschutzklausel und meint, dass eben gerade nicht ein Status quo festgeschrieben werden sollte, sondern bestehende Tätigkeiten sollten in sachlicher und räumlicher Hinsicht durchaus erweitert werden können.

Darüber hinaus meint die Beigeladene, dass aber auch dann, wenn § 107 GO NW zugrunde gelegt werde, vorliegend ihre wirtschaftliche Betätigung gerechtfertigt sei. Insbesondere sei die Tätigkeit hier gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW privilegiert. Zunächst sei ein dringender öffentlicher Zweck feststellbar. Öffentlicher Zweck in diesem Sinne sei jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, also die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und einwohnernützigen Aufgabe. Bei den in § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW genannten Kernbereichen, wozu auch der öffentliche Verkehr gehöre, sei in aller Regel problemlos das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks anzunehmen. Die Beigeladene verweist darauf, dass § 107 Abs. 3 GO NW – im Gegensatz zu § 107 Abs. 2 GO NW – sich auf die wirtschaftliche Betätigung bezieht. Die Vorschrift sei vor dem Hintergrund eingefügt worden, den kommunalwirtschaftlichen Unternehmen eine gleichberechtigte Teilnahme in den klassischen Bereichen der kommunalen Daseinsvorsorge am Wettbewerb zu ermöglichen.

Außerdem, so meint die Beigeladene, sei die Entscheidung über das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Zwecks von den Gerichten und Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt nachprüfbar. Die Entscheidung unterliege ihrer Einschätzungsprärogative und ihr Beurteilungsspielraum sei nur auf grobe Fehleinschätzungen und Vertretbarkeit hin überprüfbar. Soweit die Betätigung einem öffentlichen Zweck in der Weise förderlich sei, dass dafür ein anerkennendes Bedürfnis nicht zu verneinen sei, sei eine Fehleinschätzung, die ein korrigierendes Eingreifen der Nachprüfungsinstanzen gebietet, in der Regel auszuschließen. Solche Fehleinschätzungen lägen hier nicht vor.

Aus der Sicht der Antragsgegnerin liege der öffentliche Zweck darin, dass diese den Zuschlag an die Beigeladene erteilen wolle und somit ihr Einverständnis mit der Durchführung des Auftrages im eigenen Gemeindegebiet erteilt habe. Demgegenüber bestehe der öffentliche Zweck für die Beigeladene darin, dass sie eine unzureichende Auslastung ihrer Einrichtungen besser auslasten und wirtschaftlicher verwalten könne, so dass diese auf dem neuesten technischen Stand möglichst kostengünstig betrieben werden könne. Neben der sinnvollen und effektiven Auslastung würden aber auch Synergieeffekte sich günstig auf die Organisationsstruktur auswirken und die Rentabilität der gesamten Einrichtung einer Kommune steigern. Gleiches gelte für das vorhandene kommunale Know-how, was nicht zu unterschätzen sei. Die Beigeladene meint, dass nicht allein auf die Auslastung von vorhandenen Fahrzeugen abgestellt werden dürfe, sondern die Auslastung sei unter Würdigung des Gesamtbildes des Unternehmens zu beurteilen. Insofern könne es dahingestellt bleiben, ob der vorhandene Fuhrpark ausreiche oder gegebenenfalls neue Fahrzeuge anzuschaffen sind. Ein Umstand, der zwingend in den Vergabeunterlagen gefordert werde, könne zudem nicht zu einer Unzulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung führen.

Die Beigeladene trägt in der mündlichen Verhandlung vor, dass sie ca. 15% der Auftragssumme der Wartung und den Betriebsstätten, sowie dem Vertrieb und anderen betrieblichen Aspekten zuordnen würde, während der Schwerpunkt wohl in der Ausführung des Auftrages vor Ort liege. Aber sie weist darauf hin, dass sie lediglich 8 bis 10 Busse für den Auftrag anschaffen müsse, da sie noch über 5 E-Fahrzeuge, also Fahrzeuge für bestimmte Sonderfahrten verfüge, die sie im Falle der Auftragserteilung einsetzen könne.

Letztlich meint die Beigeladene müsse auch eine europarechtskonforme Auslegung des § 107 GO NW insbesondere in Bezug auf das Örtlichkeitsprinzip erfolgen. Die territoriale Einschränkung der Tätigkeit kommunaler Unternehmen auf das jeweilige Gemeindegebiet verstoße u.a. gegen Art. 86 Abs. 1 und 81 Abs. 1 lit. c) EG Vertrag, weil die Kommunen gezwungen würden, ihre Tätigkeiten entlang den kommunalen Gebietsgrenzen aufzuteilen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 6.11.2009 verlängert. Am 7.10.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

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 €.

Der Nachprüfung richtet sich noch gemäß § 131 Abs. 8 GWB nach der bisherigen Fassung des GWB.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

1.1 Die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen ergibt sich daraus, dass nicht nur – so wie vom OVG NW, 1.4.2008, 15 B 122/08 angenommen- die Prüfung sich auf die allgemeine Auslegung des § 107 GO NW beschränkt und im Ergebnis nur rein lauterkeitsrechtliche Gesichtspunkte geprüft werden. Vielmehr folgt aus § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A, dass der öffentliche Auftraggeber – und mit ihm die Vergabenachprüfungsinstanzen- nicht nur gegen unlautere, sondern gerade auch gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorzugehen haben, vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen im Beschluss des OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07. Der Wettbewerb ist umfassend zu schützen, so dass die Prüfung des § 107 GO NW hier im Kontext mit § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A steht. Das ist eindeutig eine unter § 104 Abs. 2 GWB fallende Vergabevorschrift, die von den Vergabekammern zu prüfen ist.

1.2 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 2 GWB ergibt sich daraus, dass sie ein Angebot abgegeben hat und damit auf dem zweiten Rang liegt. Würde sie somit mit ihren Beanstandungen hinsichtlich der Ausschreibung an sich oder hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen durchdringen, hätte sie reelle Chancen auf eine neue Vergabe oder den Ausschluss der Beigeladenen aus der Wertung.

1.3 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kommt es bei der Antragstellerin nicht darauf an, dass sie zumindest teilweise von kommunalen Unternehmen beherrscht wird. Denn die Vorschriften der Gemeindeordnung finden nur auf 100% von Kommunen beherrschte Unternehmen Anwendung, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.6.2002, Verg 18/02 und Beschluss vom 13.8.2008, Verg 42/07. Ein zu 100% beherrschtes Unternehmen hat keine weitergehenden Rechte als die Kommune selbst. Insofern kann Normadressat entweder die Kommune selbst sein oder ein von ihr zu 100% beherrschtes Unternehmen, nicht aber Unternehmen, welche sich zumindest teilweise –wie dies bei der Antragstellerin der Fall ist- in privater Hand befinden. Entscheidend ist, dass der kommunale Betrieb insgesamt der Kommunalaufsicht unterliegt. Private Teilhaber unterliegen aber nicht der Kommunalaufsicht.

Die Vorschrift des § 108 GO NW ist nicht einschlägig. Diese legt die Befugnisse der Kommunen im Innenverhältnis fest. So darf eine Kommune selbst Gesellschaften privaten Rechts gründen oder sich daran beteiligen. Gehört ihr eine solche Gesellschaft, dann hat sie bestimmte Pflichten wie die Aufstellung eines Wirtschaftsplans usw. Demgegenüber betrifft § 107 GO NW das Außenverhältnis, da es um die Erfüllung der kommunalen Aufgaben gegenüber den Einwohnern geht. Zu diesem Zweck darf sie sich unter bestimmten Voraussetzungen am Wirtschaftsleben beteiligen, wobei nach Auffassung des Gesetzgebers die wirtschaftliche Teilnahme der Kommunen aber dem Subsidiaritätsprinzip unterliegt.

1.4 Die Antragstellerin ist ihrer Obliegenheit zur Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB unverzüglich nachgekommen, soweit sie die Beteiligung der Beigeladenen beanstandete.

Gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

a) Soweit sich die Antragstellerin auf die Verstöße gegen § 107 GO NW beruft sowie die Nichtauskömmlichkeit der Preise im Angebot der Beigeladenen, hat sie innerhalb von 5 Tagen unverzüglich gerügt.

Eine Verkürzung dieser Rügefristen auf 1 bis 3 Tage hält die Kammer nicht für zulässig. Vielmehr ist die Rüge vom Eintritt der tatsächlichen und rechtlichen Kenntnis an unverzüglich, d.h. im Sinne von § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern, auszusprechen. Dies bedeutet, die Rüge muss so rechtzeitig erfolgen, wie dies mit Blick auf die für die Prüfung des Rechtsverstoßes und für die Begründung der Rüge notwendige Vorbereitungszeit einschließlich einer angemessenen Überlegungsfrist im einzelnen Fall möglich und zumutbar ist. Der in der Rechtsprechung genannte Zeitraum von zwei Wochen ab Kenntniserlangung ist in diesem Sinn als zeitliche Obergrenze zu verstehen. Dieses Zeitmaß darf im Regelfall, insbesondere in durchschnittlichen und nicht schwierig gelagerten Fällen, vom Antragsteller keineswegs ausgeschöpft werden. Welche Zeitspanne noch als unverzüglich gelten kann, ist stets aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu ermitteln, OLG Düsseldorf, 5.12.2006, Verg 56/06, OLG Düsseldorf, 5.9.2007, Verg 19/07.

Ausgehend von diesen Überlegungen hält die Kammer eine Rüge innerhalb von 5 Tagen jedenfalls für unverzüglich.

b) Die Rüge hinsichtlich der Ziffer 2.8.1 (Tarifbindung) ist nicht unverzüglich erfolgt. Vielmehr geht die Kammer davon aus, dass die Antragstellerin vor der Einleitung des Verfahrens diese Vorschrift in den Vergabeunterlagen erkannt und sie aufgrund ihrer Erfahrungen mit öffentlichen Ausschreibungen auch in rechtlicher Hinsicht zutreffend als möglicherweise vergaberechtswidrig gewertet hat.

aa) Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F. ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Der Rügeobliegenheit des Bieters nach § 107 unterliegen damit nur solche Vergaberechtsverstöße, hinsichtlich derer der Bieter über die volle und positive Kenntnis der sie begründenden Tatsachen verfügt und die er außerdem auch in rechtlicher Hinsicht bei zumindest laienhafter Bewertung als Rechtsverletzung würdigt. Bloße Verdachtsrügen müssen nicht ausgesprochen werden. Erkannte Vergaberechtsverstöße sind unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen, zu rügen. Von diesen Grundsätzen ist nur dann eine Ausnahme geboten, wenn der Kenntnisstand des Bieters oder Bewerbers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einen solchen Grad erreicht hat, dass seine Unkenntnis vom Vergaberechtsverstoß nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis verstanden werden kann, OLG Düsseldorf, 16.2.2005, Verg 74/04. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und wann der Bieter die volle Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß erlangt hat, der Auftraggeber, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01.

In der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 8.12.2008, Verg 55/08 wird ausgeführt: Was eine Tarifbindung anbetrifft, hat ungeachtet der Frage, ob eine solche zulässig von der Antragsgegnerin gefordert worden ist, zu gelten: Der Umstand, dass die Antragstellerin eine in der Leistungsbeschreibung und im Vertragsentwurf formulierte Pflicht zur Tariftreue eingehalten und sich bei der Angebotsvorbereitung damit auseinandergesetzt und danach kalkuliert hat, belegt nicht, dass sie in dem betreffenden Vorgang einen Vergaberechtsverstoß gesehen und auch unter anwaltlicher Beratung zu irgendeinem, vor der Rüge liegenden Zeitpunkt Kenntnis von einem derartigen Rechtsverstoß besessen hat.

Aus der Fallgestaltung ergibt sich aber, dass die Antragstellerin in dem Verfahren bereits vor Abgabe der Angebote die Vergabestelle auf die konkrete Tarifbindungsklausel angesprochen hatte und die Vergabestelle daraufhin diese Forderung als vertragliche Verpflichtung gegenüber allen Bietern konkretisierte. Dabei handelte es sich um die Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen, bei denen in der Regel weder die Einhaltung von Tarifbindungen noch von Mindestlöhnen gefordert wird.

Demgegenüber sind vorliegend Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr ausgeschrieben worden. Die Antragsgegnerin weist zu Recht darauf hin, dass in diesem Bereich das Thema „Tarifbindung“ wiederholt in der Fachpresse diskutiert wird, und auch Gegenstand in fast jeder Ausschreibung ist. Die tarifliche Einordnung des Fahrpersonals ist ein wesentlicher Faktor bei der Kalkulation und deshalb wird ein Bieter die Vergabeunterlagen auch daraufhin gezielt auswerten. Im Gegensatz dazu ist das Thema „Tarifbindung“ im Bereich der Entsorgungsdienstleistungen noch nicht so intensiv in den Fokus der Vergabestellen gerückt. Ob dies zukünftig anders zu

sehen ist, wenn im Entsorgungssektor möglicherweise Mindestlöhne eingeführt werden, bleibt hier dahingestellt.

Weiterhin ist hinsichtlich des Kenntnisgrades nicht auf die Gesellschaft an sich abzustellen, sondern vielmehr auf die konkret handelnden Personen. Die Kammer folgt der Einlassung der Antragsgegnerin, dass offensichtlich die Ausschreibung auch unter Einbindung von Mitarbeitern aus dem Bereich der Muttergesellschaft, also der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, vorbereitet und durchgeführt wurde. Dies lässt sich zudem der Email aus den Vergabeunterlagen vom 30.4.2009 entnehmen. Wenn aber die gleichen Mitarbeiter für die Bearbeitung der öffentlichen Ausschreibungen im ÖPNV – Vergabeverfahren eingesetzt werden, auch wenn sie unterschiedlichen Tochtergesellschaften oder der Zentrale in xxxxx angehören, dann kann davon ausgegangen werden, dass die Sachkenntnis bei den handelnden Personen vorhanden ist. Es widerspricht den Erfahrungen im Wettbewerb, wenn die sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligenden Personen gerade im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs sich nicht mit der Frage der Tarifbindung des Fahrpersonals beschäftigen würden.

Aber die Tatsache, dass die Antragstellerin bei der Angebotskalkulation um ihre eigene Tarifbindung wusste, reicht nicht aus, um positive Kenntnis anzunehmen. Vielmehr muss sie auch in rechtlicher Hinsicht aus dieser Tatsache gefolgert haben, dass es sich möglicherweise um einen Vergaberechtsverstoß handelt. Die Antragsgegnerin hat unwiderlegt dargestellt, dass im Jahre 2008 in einem brandenburgischen Vergabeverfahren eine Rüge mit gleichlautendem Inhalt durch einen Mitarbeiter aus dem Hause der Muttergesellschaft ausgesprochen wurde. Wenn die Tochterunternehmen mit der Zentrale in xxxxx zusammenarbeiten, was sich auch der Email entnehmen lässt, dann ist in rechtlicher Hinsicht das Wissen über die mögliche Vergaberechtswidrigkeit von Tarifbindungen vorhanden. Damit kann aus den Gesamtumständen gefolgert werden, dass die Antragstellerin sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht wusste, dass die Forderung von Tarifbindungen bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge vergaberechtlich problematisch sein kann.

Die Antragstellerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Antragsgegnerin diesbezüglich nicht nur darlegungs-, sondern auch beweispflichtig ist. Der Nachweis sei aber nicht geführt worden.

Vorliegend lässt sich aber den Gesamtumständen entnehmen, dass der Kenntnisstand der Antragstellerin in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einen solchen Grad erreicht hatte, dass ihre Unkenntnis vom Vergaberechtsverstoß nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis verstanden werden kann. In einem solchen Fall muss davon ausgegangen werden, dass es der anwaltlichen Beratung nicht bedurfte, sondern die Antragstellerin sehr wohl bei der Fertigung ihres Angebots die Forderung zur Tarifbindung erkannt und auch in rechtlicher Hinsicht als möglichen Vergaberechtsverstoß gewertet hat. Die Rüge nach Angebotsabgabe war somit nicht mehr unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB.

bb) Die Forderung in den Vergabeunterlagen auf Einhaltung der Tarifbindung ist auch nach der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB vergaberechtlich nicht unproblematisch. Soweit die Rüge unverzüglich gewesen wäre, hätte die Kammer die Ausschreibung bis in den Stand vor Abgabe der Angebote zurückversetzt, wobei die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Tarifbindung hätte geändert werden müssen.

Die Forderung von sozialen Aspekten gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ist davon abhängig, dass ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand feststellbar ist, was gerade bei sozialen Gesichtspunkten sorgfältig von den Vergabestellen zu prüfen ist. Der sachliche Zusammenhang liegt jedenfalls nicht allein darin, dass eine soziale Forderung in den Vergabeunterlagen aufgestellt wird. Vielmehr muss eine Vergabestelle sachlich nachvollziehbar eine Konnexität zwischen dem sozialen Gesichtspunkt und dem Beschaffungsgegenstand darlegen.

Auch die Frage, ob ein Bieter „gesetzzestreu“ ist, lässt sich nicht unter Hinweis auf Regelungen bejahen, die gar keine Gesetze sind. Dabei ist noch völlig ungeklärt, ob die Forderung nach Tarifbindung überhaupt ein Zuverlässigkeitsgesichtspunkt ist, der die Eignung der Bieter betrifft. Eignungsnachweise sind jedenfalls schon in der Bekanntmachung zu nennen. Dann bleibt wiederum nur die Einordnung als eine weitergehende Anforderung nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB, mit der Konsequenz, dass dies durch ein (formelles) Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen sein muss. Ein solches Gesetz existiert vorliegend aber nicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, so weit hier ein Verstoß gegen § 107 Abs. 3 GO NW geltend gemacht wird.

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

2.1 Die Antragsgegnerin hat unter Beachtung des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW das Angebot der Beigeladenen von der Vergabe auszuschließen.

a) 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), vgl. dazu VK Münster, Beschlüsse vom 15.9.2009, zu VK 14/09 und VK 15/09.

Eben sowenig lassen sich Unterlassungsansprüche aus § 4 Nr. 11 UWG herleiten, wenn der Verstoß gegen das Gemeindefirtschaftsrecht lediglich den Marktzutritt (das Ob) betrifft. Ob grundsätzlich eine solche Tätigkeit am Markt aufgenommen werden darf, ist nicht Gegenstand dieser Nachprüfung.

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) Zutreffend hat die Antragsgegnerin zunächst auf die Entscheidung der erkennenden Kammer vom 10.2.2005, VK 35/04, hingewiesen. Denn die o.g. Entscheidungen des OLG Düsseldorf beziehen sich ausschließlich auf die Fallgestaltung, das nichtwirtschaftliche Betätigungen (Entsorgungsdienstleistungen) Gegenstand der Nachprüfung waren. Im Beschluss vom 9.4.2003, Verg 66/02, hat das OLG Düsseldorf eine Entscheidung zu § 107 Abs. 3 GO NW offengelassen.

Die Kammer hat vor dem Hintergrund der Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OVG NRW ihre Auffassung zur Prüfung der Erforderlichkeit eines öffentlichen Zwecks aufgegeben und folgt nunmehr der Auffassung der beiden Obergerichte. Demzufolge kommt es nicht auf kommunalwirtschaftliche, an den Gemeinwohlinteressen der Einwohner ausgerichtete Gesichtspunkte an, sondern auf die Frage der Kapazitätsauslastung von Anlagen und anderen Betriebsmitteln beim kommunalen Wirtschaftsbetrieb. Somit ist auf unternehmerische und betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen. Insofern erfüllt die Durchführung von Busdienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr zwar einen öffentlichen Zweck. Ob dieser öffentliche Zweck zwingend die wirtschaftliche Betätigung der Beigeladenen erfordert, unterliegt aber zunächst der Einschätzungsprärogativen der beteiligten öffentlichen Auftraggeber und im Falle eines Nachprüfungsverfahrens der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen.

Das ist auch im Falle des § 107 Abs. 3 GO NW nicht anders. Auch diese Regelung erfordert genauso wie § 107 Abs. 4 GO NW, der sich auf nichtwirtschaftliche Tätigkeiten bezieht, somit einen dringenden öffentlichen Zweck. Die unter § 107 Abs. 3 GO NW fallenden kommunalen Betriebe müssen sich allerdings nicht die Subsidiarität entgegenhalten lassen.

bb) Die Beigeladene kann sich hier nicht auf einen dringenden öffentlichen Zweck im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NW berufen. Außerhalb von konkreten Wettbewerben in der Form von öffentlichen Auftragsvergaben, vermag die Beigeladene sich zu Recht auf einen öffentlichen Zweck berufen. Ein solcher öffentlicher Zweck würde allein unter kommunalwirtschaftlichen Gesichtspunkten zu definieren sein. In der

konkreten Vergabesituation beeinträchtigt und verzerrt die Beigeladene aber den Wettbewerb.

Der dringende öffentliche Zweck wird in der Regel im Rahmen eines konkreten Wettbewerbs angenommen, wenn die Tätigkeit zur Auslastung der eigenen Kapazitäten objektiv erforderlich erscheint. Der Begriff des dringenden öffentlichen Zwecks ist weit zu fassen. Dabei unterliegt die Überprüfung der Kapazitätsauslastung zunächst der Einschätzungsprärogativen der ausgreifenden Kommune, hier also der Beigeladenen. Gerichte und Nachprüfungsinstanzen können indes diese Einschätzung nur auf grobe Fehleinschätzungen und Vertretbarkeit hin überprüfen, OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07; so auch OVG NW, 1.4.2008, 15 B 122/08.

cc) Darüber hinaus stehen aber die öffentlichen Zwecke, die sowohl bei der Zielgemeinde, hier der Antragsgegnerin, als auch bei der ausgreifenden Gemeinde, hier der Beigeladenen, 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.

(1) Der dringende öffentliche Zweck, auf den sich die Antragsgegnerin berufen kann, ist darin zu sehen, dass sie die Durchführung der im Streit stehenden Busdienstleistungen in ihrem Gemeindegebiet nicht eigenständig durchführen will, sondern damit einen Dritten beauftragen möchte, den sie durch Ausschreibung ermitteln will. Die Antragsgegnerin hat nach sorgfältiger Prüfung sich für die Vergabe an die Beigeladene entschieden.

(2) Insofern sind an den dringenden öffentlichen Zweck, auf den sich die Beigeladene beziehen kann, in der Wechselbeziehung zur Antragsgegnerin geringere Anforderungen zu stellen. Aus der Sicht der Beigeladenen kann ein dringender öffentlicher Zweck dann angenommen werden, wenn gerade die Übernahme des im Streit stehenden Auftrages 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 hinzuarbeiten, dass die vorhandenen Kapazitäten ausgelastet werden und die Anlagen dem Stand der Technik entsprechen, was zugleich eine Vorbedingung dafür ist, dass die Dienstleistungen effektiv und kostengünstig erbracht werden können, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07.

Vorliegend hat die Beigeladene zunächst auf die Auslastung ihrer Betriebsstätten in xxxxxx abgestellt sowie auf die verwaltungsmäßig vorteilhaftere Durchführung und Abwicklung von Aufträgen. Diesbezüglich hat sie zunächst darauf hin gewiesen, dass diese Betätigungen im eigenen Gemeindegebiet stattfinden, so dass sie dafür keinen dringenden öffentlichen Zweck nachzuweisen habe. Vielmehr sei der Anwendungsbereich der Norm gar nicht eröffnet. Allerdings hat die Übernahme der Tätigkeiten außerhalb ihres Gemeindegebietes Auswirkungen auf ihre eigenen Betriebsstätten, so dass die Beigeladene sich zu recht auch auf die Kapazitätserhöhungen vor Ort bezieht.

Die in Bezug auf die betriebswirtschaftlichen Auswirkungen auf die eigene Betriebsstätte vorgetragene Gesichtspunkte rechtfertigen für sich genommen sicherlich die

Übernahme des Auftrages im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin. Denn es sollen sowohl mit dem vorhandenen Personal als auch mit der technischen Ausstattung vor Ort noch zusätzliche Aufgaben übernommen werden. Dies stellt für sich genommen eine – dann aber nur- geringfügige Kapazitätserweiterung dar, was vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beigeladene hat dazu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass ca. 15 % der Angebotssumme der Wartung, der Betriebsstätte und dem Vertrieb zugeordnet werden könnten.

Allerdings liegt der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Betätigung eindeutig außerhalb des eigenen Gemeindegebiets und stellt nicht nur eine Auslastung von bestehenden Kapazitätsüberhängen dar. Vielmehr ist unbestritten, dass für die Übernahme des konkreten Auftrages überwiegend neue Busse anzuschaffen sind und gegebenenfalls auch neue Busfahrer eingestellt werden müssen. Zwar will die Beigeladene für bestimmte Sonderfahrten (beispielsweise für die Schülerbeförderung) bereits vorhandene Busse einsetzen, die lediglich entsprechend den Vorgaben aus dem Leistungsverzeichnis umgestaltet werden müssten. Sicher ist aber auch, dass für den Auftrag ca. 8 bis 10 neue Busse anzuschaffen sind.

Dass dies gerade aufgrund der Leistungsbeschreibung erforderlich ist, führt jedenfalls nicht dazu, dass ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen nicht den Voraussetzungen des § 107 GO NW unterliegt. Nicht die Bieter können den Umfang des Auftragsgegenstandes bestimmen, sondern der öffentliche Auftraggeber bestimmt nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen den Gegenstand der Beschaffung, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 17.11.2008, Verg 52/08. Ein Bieter kann somit nicht vortragen, dass der Auftragsgegenstand anders bestimmt werden muss, damit auch er mit seinem Angebot berücksichtigt werden kann.

Die Beigeladene weist sicherlich zutreffend darauf hin, dass die Kapazitätsauslastungen nicht nur einseitig in Bezug auf den Fahrzeugpark zu prüfen sind. Wenn es nur um eine geringfügige Erweiterung gehen würde, also beispielsweise die Übernahme von Sonderfahrten mit den vorhandenen Bussen und dann diesbezüglich zusätzliche Wartungs- und Verwaltungsarbeiten erforderlich werden, dann läge eine zulässige und maßvolle Auslastung vorhandener Kapazitäten vor. Dies trifft hier aber nicht zu. Und auch alle anderen betrieblichen Auswirkungen, wie die Vermarktung des vorhandenen „Know how“, sind letztlich im Verhältnis zum Gesamtauftrag nur geringfügige Umstände, die eine Erweiterung vorliegend allein nicht rechtfertigen.

Die Übernahme des öffentlichen Busverkehrs im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin ist aus wirtschaftlicher Sicht betrachtet nicht nur eine Annexstätigkeit in unmittelbarer räumlicher Nähe des eigenen Gemeindegebiets, sondern hier werden neue Geschäftsfelder eröffnet. Dazu sind ohne Zweifel auch erhebliche Investitionen erforderlich, was aus Sicht des OLG Düsseldorf, 17.6.2002, Verg 18/02, dafür spricht, dass die Unternehmenstätigkeit außerhalb des eigenen Gemeindegebiets räumlich ausgeweitet werden soll. Die Durchführung des Auftrages in xxxxxxxx würde für die Beigeladene eine neue Region erschließen, mit der sie zurzeit nichts zu tun hat. Sie müsste zusätzlich zur Beschaffung der Busse auch noch einen neuen Betriebsstandort für geringfügige Wartungsarbeiten an den Bussen in xxxxxxxx eröffnen, was wiederum Investitionen erfordert. Hauptgegenstand ist die tatsächliche Durchführung der Busdienstleistungen vor Ort im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin. Dafür bedarf es aber der Anschaffung von zumindest 8 bis 10 weiteren Solobussen.

(3) Demgegenüber hatte die Antragsgegnerin in ihrer Beurteilungsentscheidung vorrangig auf die Einrichtung als solche und den Betrieb der Beigeladenen abgestellt, die nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu erfolgen habe. Eine den Regeln der Wirtschaftlichkeit gehorchende Betriebsführung sei unverzichtbarer Bestandteil des öffentlichen Zwecks. Ausführungen dazu, wie denn der Schwerpunkt der Leistungserbringung mit vorhandenen Ressourcen ausgeführt werden soll, fehlen gänzlich in dem Vergabevermerk. Die Antragsgegnerin hat sich mit dem Gesichtspunkt, dass die Beigeladene tatsächlich erhebliche Investitionen tätigen muss, um den Auftrag ausführen zu können, überhaupt nicht beschäftigt.

(4) Dass damit auch die an sich nach § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW eigentlich vom Gesetzgeber auf bestimmten Gebieten wie dem öffentlichen Verkehr veranlasste Gleichsetzung mit anderen Wettbewerbern nur erschwert erreicht werden kann, kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Denn der Gesetzgeber hat in § 107 Abs. 3 GO NW ausdrücklich die gesetzlichen Vorgaben aufgestellt. Die Kammer sieht sehr wohl, dass dies vielerorts nicht mehr mit der Realität übereinstimmt. Gerade die ausweitenden Tätigkeiten vieler Stadtwerke, die im Bereich der Aufgaben des § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW über die Gemeindegrenzen hinweg bewusst in Angriff genommen werden, entsprechen möglicherweise nicht mehr der Intention des Gesetzgebers. Dies kann aber bei der konkreten Anwendung des Gesetzes nicht dazu führen, dass entgegen dem Wortlaut des Gesetzes entschieden wird.

(5) Auch die Möglichkeit einer interkommunalen Zusammenarbeit, so wie dies der EuGH Entscheidung vom 9.6.2009, Rs. C-480/06 zu entnehmen ist, führt vorliegend nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn eine solche Zusammenarbeit kann unabhängig von einer konkreten Ausschreibung – soweit die Voraussetzungen vorliegen – veranlasst sein, so VK Münster, 15.9.2009, VK 14/09 und VK 15/09.

Allerdings hält die Kammer daran fest, dass eine vergaberechtskonforme Aufhebung einer Ausschreibung gemäß § 26 VOL/A nicht erfolgen kann. Natürlich ist es einem öffentlichen Auftraggeber unbenommen, sich darüber hinweg zusetzen; er kann nicht zum Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages gezwungen werden, muss sich diesbezüglich aber möglicherweise erneut einer Nachprüfung und Schadensersatzforderungen stellen.

Im Ergebnis kann die Beigeladene sich somit nicht auf § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NW berufen. Auch bei einer sehr großzügigen Betrachtung, die auf jeden Fall erforderlich ist, kann nicht negiert werden, dass die Beigeladene eine Geschäftserweiterung anstrebt und nicht nur eine maßvolle Auslastung von Überhängen. Insofern mangelt es an der Erforderlichkeit der Auftragsübernahme durch die Beigeladene.

Die Antragsgegnerin war somit gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit § 107 GO NW verpflichtet, die Beigeladene von der Wertung auszuschließen.

2.2 Die Beigeladene kann sich auch nicht auf die Bestandsschutzregelung in Art. XI § 1 des GO Reformgesetzes NRW berufen.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 13.8.2008, Verg 42/07, erfasst diese Bestandsschutzregelung 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. Dies kann vorliegend nicht festgestellt werden, weil die Beigeladene weder sachlich noch räumlich sich auf die Durchführung von Busverkehrsleistungen im Gebiet der Antragsgegnerin berufen kann.

2.3 Die Antragsgegnerin hat nicht gegen § 25 Nr.2 Abs. 2 VOL/A verstoßen. Nach dieser Regelung sind Angebote, die im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen, vom Auftraggeber vor der Vergabe des Auftrags auf die Einzelposten hin zu überprüfen.

§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A kommt jedenfalls dann bieterschützende Wirkung zu, wenn der vom Ausschluss seines Angebots wegen Unauskömmlichkeit bedrohte Bieter die Nachprüfung beantragt, so OLG Düsseldorf, 2.5.2007, Verg 1/07; OLG Düsseldorf, 25.2.2009, Verg 6/09. Dabei geht die Rechtsprechung, u.a. OLG Düsseldorf, 23.1.2008, Verg 36/07, davon aus, dass die Vergabestellen verpflichtet sind die Angemessenheit der Preise zu prüfen, wenn der Abstand zwischen dem erstplatzierten und dem nächstplatziertem Angebot eines Bieters mehr als 20 % beträgt, so auch Noch, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2007, § 25 Rn. 249. Gegenstand der in der dritten Wertungsstufe stattfindenden Preisprüfung ist der Gesamtpreis (Endpreis) des Angebots, OLG Düsseldorf, 9.2.2009, Verg 66/08.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung liegt der preisliche Abstand zwischen den Angeboten der Beigeladenen und der Antragstellerin unterhalb dieser Aufgreifschwelle, so dass es überhaupt keine Veranlassung für die Antragsgegnerin gab, bei der Wertung solchen Gesichtspunkten nachzugehen.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Da die Antragstellerin mit ihrem Angebot auf dem zweiten Rang liegt, ist sie von dem Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 107 GO NW unmittelbar betroffen. Insofern hat sie einen Anspruch darauf, dass die Wertung von der Antragsgegnerin unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer wiederholt wird.

IV.

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 GWB, wonach ein Beteiligter, der im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen hat. Die Antragsgegnerin hat als unterliegende Partei gemäß § 128 Abs. 1 GWB die Kosten der Vergabekammer zu tragen, wobei sie gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes nicht von diesen Gebühren befreit ist, weil dieses Verfahren ihrem wirtschaftlichen Unternehmen zuzurechnen ist.

Auch die Beigeladene hat vorliegend Anträge gestellt und unterliegt in diesem Verfahren. Da die Beigeladene ebenfalls als wirtschaftliches Unternehmen einer Kommune an diesem Verfahren teilgenommen hat, kann sie sich ebenfalls nicht auf die

Gebührenbefreiung aus § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes berufen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haften gemäß § 128 Abs. 3 GWB als Gesamtschuldnerin für die Kosten der Vergabekammer.

Ausgehend von einem geschätzten Auftragsvolumen von ca. xx Mio. € wird unter Berücksichtigung der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder eine Gebühr in Höhe von insgesamt xxxx € festgesetzt.

2. Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil sich das Nachprüfungsverfahren nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte, sondern auch gesetzliche Vorschriften aus der Gemeindeordnung zu berücksichtigen waren.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte.

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

xxxxxxx