



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Nichtvergaberechtliche Vorschriften und Grundsätze sind im Vergabenaachprüfungsverfahren im Rahmen vergaberechtlicher Anknüpfungs- oder Brückennormen inzident zu prüfen. Einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, wonach außervergaberechtliche Normen im Vergabenaachprüfungsverfahren nicht zu prüfen sind, gibt es nicht.**
- 2. Dem öffentlichen Auftraggeber ist für das Einleiten eines Prüfungsverfahrens nach § 60 Abs. 1 VgV ein (weiter) Entscheidungsspielraum zuzuerkennen, dessen Anwendung – praktisch wie bei einer Ermessensentscheidung – von den Vergabenaachprüfungsinstanzen lediglich darauf zu kontrollieren ist, ob der Prüfung auf der Basis eines zutreffenden Sachverhalts ein nachvollziehbarer, vertretbarer und nicht willkürlicher Ermittlungsansatz zugrunde gelegt worden ist. Auch dann, wenn die sog. Aufgreifschwelle erreicht sein sollte, bedeutet das nicht, dass der Auftraggeber unter Einbeziehung des Bieters eine Aufklärung durchführen muss. Er kann sich auf eigene Recherchen berufen. Soweit er aber den Bieter ausschließen will, muss er ihn zuvor in die Prüfung eingebunden haben.**
- 3. Die Eignung eines Auftragnehmers muss nicht zwingend zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen; entscheidend ist der Zeitpunkt der Ausführung des Auftrages. Das gilt jedenfalls für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber dies in den Vergabeunterlagen entsprechend bestimmt hat.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen

VK 1 - 49/16

der

XXXX GmbH & Co. KG

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen die



Stadt XXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte:

beigeladen:

XXXX

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte:

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster auf die mündliche Verhandlung vom 27.01.2017 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Gaidies und den ehrenamtlichen Beisitzer Russo

am 31.01.2017 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXXX,- Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im September 2016 die Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen in einem offenen Verfahren für den Zeitraum vom 01.01.2017 bis zum 31.12.2017 aus. Der Vertrag verlängert sich um ein weiteres Jahr, wenn er nicht spätestens bis zum 30.06.2017 gekündigt wird.

Die Leistungen sind aufgeteilt in insgesamt sechs Fachlose, wobei sich der vorliegende Nachprüfungsantrag nur auf die Fachlose 3, mit den Teillosen 3a/3b/3c/3d (Verwertung der Feinfraktion/Organikfraktion), und 4, mit den Teillosen 4a/4b/4c (Verwertung der Grobfraktion/Schwergut), bezieht. Bei diesen Teillosen handelt es sich um Mengenlose mit gleichem Leistungsinhalt. Der Beschreibung des Auftragsgegenstands in der Bekanntmachung ist zu entnehmen, dass bei allen Losen folgende Leistungen zu erbringen sind:



- Übernahme der Abfälle an der Restabfallbehandlungsanlage XXXX.
- Transport der Abfälle zur stofflichen oder energetischen Verwertung (gegebenenfalls nach weiterer Aufbereitung/Behandlung).
- Verwertung der Abfälle (inklusive Beseitigung enthaltener Störstoffe).

Bei den Abfällen handelt es sich zunächst um sogenannte gemischte Siedlungsabfälle (Abfallschlüssel ASN 20 03 01) aus privaten Haushaltungen, die von der Antragsgegnerin eingesammelt und auf ihrem Betriebsgelände in einer Abfallbehandlungsanlage vorbehandelt werden. Dabei findet eine mechanische Vorbehandlung statt, indem die Restabfälle zerkleinert und gesiebt und von Holz, Metallen und Kunststoffen getrennt werden. Danach unterfallen diese Abfälle dem Abfallschlüssel ASN 19 12 12. Dieser Abfallschlüssel ist auch in der Leistungsbeschreibung angegeben.

Zu den Ausführungsbestimmungen unter Ziffer 1.1 der Leistungsbeschreibung (S. 5) heißt es, für die Durchführung der Aufgaben seien

"die vorliegenden Ausführungsbestimmungen, die damit zusammenhängenden Gesetze, Richtlinien und Verordnungen der Europäischen Union, der Bundesrepublik Deutschland, des Landes Nordrhein-Westfalen und die Satzung über die Abfallvermeidung und Abfallentsorgung in der Stadt XXXX (Abfallsatzung) in der jeweils geltenden Fassung maßgebend."

Gemäß Art. 16 AbfRRL werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, um ein integriertes und angemessenes Netz von Abfallbeseitigungsanlagen zur Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen zu errichten, wobei das so konzipiert werden soll, dass die Entsorgung der Abfälle möglichst im jeweiligen Mitgliedstaat erfolgt (Grundsatz der Entsorgungsautarkie). Gleichzeitig soll berücksichtigt werden, dass die Abfälle in einer möglichst nahegelegenen Anlage beseitigt bzw. verwertet werden. § 30 KrWG setzt diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten um; diesbezüglich sind Abfallwirtschaftspläne aufzustellen. Aus § 30 Abs. 1 Satz 4 KrWG ergibt sich, dass die Abfallwirtschaftspläne bestimmen können, welcher Entsorgungsträger vorgesehen ist und welcher Entsorgungsanlage er sich zu bedienen hat. Gemäß § 30 Abs. 4 KrWG können diese Ausweisungen für verbindlich erklärt werden.

Der Abfallwirtschaftsplan NRW ist mit Runderlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz vom 21. April 2016 – Öffentliche Bekanntmachung des Abfallwirtschaftsplans Nordrhein-Westfalen, Teilplan Siedlungsabfälle (nachstehend als "Runderlass" bezeichnet) - eingeführt worden. Dabei hat das Ministerium von der Ermächtigung des § 30 Abs. 4 KrWG keinen Gebrauch gemacht. Eine verbindliche Zuweisung von Entsorgungsträgern zu bestimmten Entsorgungsregionen erfolgte nicht.

Im Abfallwirtschaftsplan Nordrhein-Westfalen, Teilplan Siedlungsabfälle (nachstehend als "AWP" bezeichnet) wird unter Nr. 2.2. (S. 20) ausgeführt:

"Angesichts einer durch Entsorgungssicherheit geprägten Ausgangssituation wird mit dem Abfallwirtschaftsplan vorrangig das Ziel einer regionalen Entsorgungsautarkie verfolgt. Siedlungsabfälle, die in Nordrhein-Westfalen anfallen,



sind im Lande selbst (Grundsatz der Autarkie) und möglichst in der Nähe ihres Entstehungsortes (Grundsatz der Nähe) zu entsorgen. Diese europarechtlichen Grundsätze der Entsorgungsautarkie und Nähe beziehen sich nach Art. 16 AbfRRL sowohl auf Abfälle zur Beseitigung als auch auf gemischte Siedlungsabfälle (ASN 20 03 01) zur Verwertung."

Unter AWP Nr. 2.3.1 (S. 23) steht geschrieben:

"Verbindliche Zuweisungen zu bestimmten Abfallentsorgungsanlagen können sich sowohl auf Abfälle zur Beseitigung als auch auf gemischte Siedlungsabfälle (ASN 20 03 01) zur Verwertung aus privaten Haushaltungen einschließlich solcher, die in anderen Herkunftsbereichen gesammelt werden, beziehen. [...]"

Eine Zuweisung zu (einzelnen) Hausmüllverbrennungsanlagen oder mechanisch-biologischen Abfallbehandlungsanlagen in Nordrhein-Westfalen zur Umsetzung einer regionalen Entsorgungsautarkie und des Prinzips der Nähe erfolgt daher nicht."

Unter AWP Nr. 2.3.2 (S. 24) heißt es insbesondere:

" Es werden drei Entsorgungsregionen abgegrenzt. Der Zuschnitt der Entsorgungsregionen ist der Abb. 2-4 zu entnehmen. [...]"

Die Region III umfasst [...] die Städte Duisburg, Münster, Oberhausen und Solingen sowie die Kreise Borken, Coesfeld und Steinfurt."

Zu AWP Nr. 2.3.2 (S. 25) steht:

" Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger haben sich für die Behandlung der ihnen überlassenen Restabfälle der innerhalb der Regionen jeweils vorhandenen Hausmüllverbrennungsanlagen und/oder mechanisch-biologischen Abfallbehandlungsanlagen zu bedienen (so genannte Pool-Lösung).

Dies schließt nicht aus, dass zunächst eine Sortierung und/oder Aufbereitung in mechanischen Abfallbehandlungsanlagen innerhalb der jeweiligen Region erfolgt. Für den Fall einer mechanischen Vorbehandlung von Restabfällen ist jedoch sicherzustellen, dass ein möglichst großer Teil des Outputs einer stofflichen oder einer hochwertigen energetischen Verwertung, z. B. als gütegesicherter Sekundärbrennstoff zugeführt werden kann. Auch Abfälle aus der mechanischen Abfallbehandlung sollten möglichst entstehungsortnah entsorgt werden."

Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Vorgaben erfolgte die Ausschreibung der im Streit stehenden Entsorgungsdienstleistungen. Die Antragsgegnerin hat dazu im Einzelnen in ihrer Leistungsbeschreibung bestimmt:

Unter Ziffer 2 der Ausführungsbestimmungen zur Leistungsbeschreibung (S. 6) sind als "Allgemeine Pflichten des Auftragnehmers" festgelegt:



"Die mit der operativen Leistungserbringung beauftragte Niederlassung/Betriebsstätte des Auftragnehmers sowie die genutzte/-n Aufbereitungs-/Entsorgungs-/Verwertungsanlagen müssen bis spätestens sechs Monate nach Leistungsbeginn als Entsorgungsfachbetrieb nach Entsorgungsfachbetriebsverordnung (EfbV), in Bezug auf die gegenständlichen Leistungen zertifiziert sein oder über ein gleichwertiges Zertifikat verfügen. Dieses Zertifikat ist bis zum Vertragsende aufrechtzuerhalten."

Unter Ziffer 2.1.5 der Leistungsbeschreibung (S. 23) heißt es, die Übernahme der Abfälle durch den Auftragnehmer sei unabhängig von der Betriebsfähigkeit der genutzten Behandlungs-/Verwertungsanlage sicherzustellen. Bei Revisionszeiten/Störungen sei eine kurzfristige Zwischenlagerung von Abfällen in einem genehmigten Zwischenlager des Auftragnehmers (nach Zustimmung durch den Auftraggeber) zulässig.

Unter Ziffer 2.1.8 der Leistungsbeschreibung (S. 27) steht unter der Überschrift *"Hinweise zur Verwertung in den Losen 1 - 6"*, dass *"Bei Nutzung einer Anlage außerhalb der Bundesrepublik Deutschland"* zusätzlich nachzuweisen sei, *"dass ein Anspruch auf Notifizierung durch die für den Auftragnehmer zuständige Behörde unter Beachtung der Vorschriften der EG-Abfallverbringungsverordnung Nr. 1013/2006 und des Abfallverbringungsgesetzes besteht"*.

Nach weiteren Vorgaben in der Leistungsbeschreibung (Ziffern 2.4.3 und 2.5.3 auf den Seiten 33 und 35) haben die Bieter *"die vorgesehene Behandlung/Verwertung im Angebot zu beschreiben und die Anlagen zu benennen"* und *"Zusätzlich ist dem Angebot ein Nutzungsnachweis der vorgesehene/-n Behandlungs-/Verwertungsanlage/-n beizulegen"*. Dazu sollten Mustertexte verwendet werden, die die Antragsgegnerin vorgab (S. 80 f.).

Als Zuschlagskriterien gab die Antragsgegnerin an:

- Kriterium 1: Preis für Übernahme, Transport und Verwertung (Gesamtangebotsentgelt)
- Kriterium 2: Transportaufwand (Umweltkriterium)

Zum Kriterium 1 heißt es weiter, dass sich das Gesamtangebotsentgelt aus den in den jeweiligen Preisblättern angegebenen Einheitspreisen errechne. Auf Grundlage festgelegter Auswertungsgrößen ermittelten sich die Gesamtentgelte für ein Jahr. Zudem werde die Umsatzsteuer mit 19 % angesetzt. Das Kriterium 2 solle vom Standort der vorgesehenen (Vor-)Behandlungs- oder Verwertungsanlage abhängen. Insoweit werde ein Wertungszuschlag in Abhängigkeit zum Transportaufwand zu der ersten genutzten Anlage in die Angebotsbewertung einbezogen. Dieser Wertungszuschlag werde mit 0,02 EUR je Mgkm (=Tonnenkilometer) festgelegt.

Die Antragstellerin gab ebenso wie die Beigeladene Angebote insbesondere auf die streitgegenständlichen Fach- und Mengenlose ab.

Die Beigeladene ist ein in den Niederlanden ansässiges Unternehmen. Sie beabsichtigt im Falle der Beauftragung, die Abfälle in einer Müllverbrennungsanlage in den



Niederlanden zu verwerten. Diese Anlage wird von der Beigeladenen selbst betrieben, wobei auch die Schwestergesellschaft der Beigeladenen, die XXXX, diese Anlage wohl ebenfalls nutzt. Mit dem Angebot legte die Beigeladene Nutzungsnachweise der vorgesehenen Anlage – entsprechend dem von der Antragsgegnerin vorgegebenen Muster – mit ihrem Angebot vor. Mittlerweile verfügt die Beigeladene auch über eine sogenannte Notifizierung der zuständigen Behörde, d.h. die Verbringung der Abfälle in die Niederlanden ist damit genehmigt worden.

Schließlich gab die Beigeladene auch Referenzen in dem Vordruck "*Eigenerklärung für nicht präqualifizierte Unternehmen im Vergabeverfahren (VgV)*" an.

Nach Angabe der Antragstellerin in ihrem Angebot beträgt die Transportentfernung (Zuschlagskriterium 2) von der Restabfallbehandlungsanlage der Antragsgegnerin zur vorgesehenen Anlage in Oberhausen 108 km; die Beigeladene gibt die Entfernung zu ihrer Anlage in den Niederlanden mit 79 km an.

Am 28.11.2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin schriftlich mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag für die Lose 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9 und 10 auf die Angebote der Beigeladenen zu erteilen. Nachdem die Antragstellerin wegen der Lose 2 und 3 nachgefragt hatte, nahm die Antragsgegnerin dieses Schreiben zurück und teilte nunmehr am 6.12.2016 mit, dass sie zu den streitgegenständlichen Losen 3a/3b/3c/3d und 4a/4b/4c entschieden und beschlossen habe, den Zuschlag zu diesen Losen jeweils auf die Angebote der Beigeladenen zu erteilen. Die Angebote der Antragstellerin seien zwar jeweils in die letzte Phase der Angebotsbewertung mit aufgenommen worden. Aber schon nach Maßgabe des Gesamtangebotsentgelts handele es sich bei diesen nicht um die wirtschaftlichsten Angebote. Die Berücksichtigung des Transportaufwands habe zu einer Vergrößerung des preislichen Abstands geführt. Der Zuschlag solle nunmehr frühestens am 16.12.2016 erteilt werden.

Aus den Vergabeakten lässt sich dazu entnehmen:

"Der Bieter [Beigeladene] hat in den Mengenlosen 3a bis 3d das jeweils preislich bestplatzierte Angebot gelegt. Der Abstand des Bieters [Beigeladene] zum Angebot des preislich zweitplatzierten Bieters in den Mengenlosen 3a bis 3d beträgt im Kriterium 1 (Gesamtangebotsentgelt) ca. [...] %. Damit weicht der jeweilige Angebotspreis des Bieters [Beigeladene] in den Mengenlosen 3a bis 3d nicht wesentlich vom Angebotspreis des zweitplatzierten Bieters ab. Ein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung liegt somit nicht vor und eine detaillierte Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots des Bieters [Beigeladene] war in den Mengenlosen 3a bis 3d nicht erforderlich. Es ist auch nicht zu erwarten, dass der Bieter aufgrund der Beauftragung in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät oder die Leistung in den Mengenlosen 3a bis 3d nicht ordnungsgemäß ausführen kann.

Der Bieter [Beigeladene] hat in den Mengenlosen 4a bis 4c das jeweils preislich bestplatzierte Angebot gelegt. Der Abstand des Bieters [Beigeladene] zum Angebot des preislich zweitplatzierten Bieters in den Mengenlosen 4a bis 4c beträgt im Kriterium 1 (Gesamtangebotsentgelt) ca. [...] %. Damit weicht der jeweilige Angebotspreis des Bieters [Beigeladene] in den Mengenlosen 4a bis 4c wesentlich vom Angebotspreis des zweitplatzierten Bieters ab. Hierbei ist jedoch zu be-



rücksichtigen, dass die Entgelte im Rahmen üblicher Marktpreise sowie im Rahmen der Auftragswertschätzung liegen. Somit handelt es sich trotz des preislichen Abstandes zum zweitplatzierten Bieter jeweils nicht um einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis in den jeweiligen Losen. Ein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung liegt somit nicht vor und eine detaillierte Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots des Bieters [Beigeladene] war in den Mengenlosen 4a bis 4c nicht erforderlich. Es ist auch nicht zu erwarten, dass der Bieter aufgrund der Beauftragung in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät oder die Leistung in den Mengenlosen 4a bis 4c nicht ordnungsgemäß ausführen kann."

Der tatsächliche preisliche Abstand zwischen den Angeboten der Beigeladenen und der Antragstellerin zu den Mengenlosen 3a bis 3d liegt mehrheitlich bei über 10 %, zu den Mengenlosen 4a bis 4c bei über 20 %.

Die Antragstellerin rügte unter dem 08.12.2016 erneut die beabsichtigte Vergabe der Leistungen an die Beigeladene. Mit Schreiben vom 09.12.2016 wies die Antragsgegnerin diese Rüge zurück.

Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag verfolgt die Antragstellerin ihr Vorbringen weiter.

– Verstoß gegen Grundsatz der Entsorgungsautarkie –

Unter Hinweis auf verschiedene, abfallrechtliche Vorschriften trägt die Antragstellerin vor, dass die Entsorgung der Abfälle in der außerhalb von NRW gelegenen Anlage der Beigeladenen mit dem abfallrechtlichen Grundsatz der Entsorgungsautarkie nicht vereinbar sei und zudem gegen die Vorgaben in den Vergabeunterlagen verstoße. Die Zuweisung zu Entsorgungsregionen sei nach dem AWP verbindlich. Vor diesem Hintergrund habe die Antragstellerin darauf vertrauen dürfen, dass sie lediglich mit Anbietern konkurriere, die die Entsorgung der Abfälle in einer in der Entsorgungsregion III liegenden Anlage vorsähen. Die Angebote der Beigeladenen seien deshalb zwingend auszuschließen.

Die Antragstellerin meint, dass darüber hinaus der AWP – auch ohne Verbindlichkeitserklärung – eine verwaltungsinterne Bindungswirkung entfalte. Der Plangeber ginge davon aus, dass die Entsorgung der Abfälle innerhalb der Entsorgungsregionen zu erfolgen habe, obwohl von dem Instrument des § 30 Abs. 4 KrWG zunächst noch kein Gebrauch gemacht worden sei. Die Antragsgegnerin habe sich nicht einmal im Ansatz mit der Bindungswirkung des AWP befasst und deshalb ihr grundsätzlich vorhandenes Bestimmungsrecht nicht beurteilungsfrei ausgeübt.

Ob den gemischten Siedlungsabfällen, die der Antragsgegnerin überlassen würden und die dem Abfallschlüssel 20 03 01 zuzuordnen seien, nach der mechanischen Behandlung in der Anlage der Antragsgegnerin der Abfallschlüssel 19 12 12 zuzuweisen sei, sei unerheblich. Maßgeblich sei allein, dass es sich ursprünglich um Abfälle mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 gehandelt habe. Allein daran knüpften die Vorgaben des AWP an. Dass im Übrigen eine spätere Sortierung eines gesammelten Abfallgemischs nichts am Charakter des Sammelguts ändere, habe das Oberverwaltungsgericht Münster bereits festgestellt.



Selbst wenn man mit der Antragsgegnerin davon ausginge, dass die im Rahmen der mechanischen Aufbereitung anfallenden Fraktionen nicht zwangsläufig in einer in der Entsorgungsregion III gelegenen Pool-Anlage entsorgt werden müssten, sei jedoch Voraussetzung für die Entsorgung außerhalb von NRW, dass ein möglichst großer Teil einer stofflichen oder jedenfalls einer hochwertigen energetischen Verwertung zugeführt werde. Diese Voraussetzungen seien im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin betriebene Anlage nicht erfüllt, weil lediglich ein Bruchteil des Anlageninputs stofflich verwertet werde. Der Rest (ca. 97 %) werde demgegenüber thermisch behandelt. Allerdings handele es sich insoweit nicht um eine "hochwertige energetische Verwertung", weil keine Ersatzbrennstoffe produziert würden, die hochwertig energetisch verwertet werden könnten.

– Fehlende Kapazitäten der Beigeladenen –

Die Antragstellerin behauptet weiter, dass die von der Beigeladenen betriebene Anlage langfristig ausgelastet sei. Sie lagere Abfälle bereits in erheblichem Umfang am Standort der Anlage zwischen. Aktuell lagerten dort rund 100.000 Mg Abfälle. Die Antragstellerin meint, dies gebe Anlass, die Leistungsfähigkeit der Beigeladenen zu hinterfragen. Der Umstand, dass die Beigeladene einen Nutzungsnachweis vorgelegt habe, ändere daran nichts. Ergäben sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens nachträglich Zweifel an der Eignung eines Bieters, so sei der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, dessen Eignung erneut zu prüfen.

Darüber hinaus gebe die Zwischenlagerung von Abfällen Anlass zu hinterfragen, ob die Beigeladene die Leistungen ausschreibungskonform erbringen werde. Denn eine Zwischenlagerung sei nach den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung nur bei Revisionszeiten bzw. Störungen zulässig, aus anderen Gründen aber ausgeschlossen.

– Verstoß gegen Wettbewerbsgrundsatz –

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Beteiligung der Beigeladenen am Vergabeverfahren zu einer Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes führe. Denn bei der Beigeladenen handele es sich um ein Unternehmen, das in ausschließlich kommunaler Trägerschaft stehe. So seien insgesamt 17 niederländische Kommunen Gesellschafter der Beigeladenen.

Nach Informationen der Antragstellerin sei die Beigeladene von ihren kommunalen Gesellschaftern mit der Entsorgung von Abfällen außerhalb eines geregelten Vergabeverfahrens im Wege einer sog. Inhouse-Vergabe beauftragt worden. Eine solche Beauftragung setze jedoch allgemein voraus, dass das jeweilige Unternehmen lediglich in untergeordnetem Umfang Tätigkeiten verrichte, mit denen es nicht von den kontrollierenden Auftraggebern betraut worden sei. Dadurch solle vermieden werden, dass ein Unternehmen zwar von öffentlichen Auftraggebern beherrscht werde, gleichwohl jedoch auf dem Markt tätig sei. Denn ansonsten würde die Einrichtung hinsichtlich ihrer marktgerichteten Tätigkeiten mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten, bezüglich der im Wege der Inhouse-Vergabe übernommenen Aufträge jedoch über eine den Wettbewerb verfälschende Zusatzposition verfügen. Dies sei mit dem Ziel der unionsrechtlichen Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge unvereinbar.



– Verletzung der Prüfungspflicht gem. § 60 VgV –

Ferner meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin eine Preisprüfung bzgl. jedes einzelnen Mengenloses habe vornehmen müssen. Sie selbst habe bereits sehr günstige Leistungsentgelte angeboten, die deutlich unter den aktuellen Marktpreisen lägen. Hinzu käme, dass sie unterschiedliche Leistungsentgelte in den zu den Fachlosen 3 und 4 gebildeten Mengenlosen angeboten habe, mit teils großen Abständen zwischen den von ihr kalkulierten Entgelten. Im Hinblick darauf gehe sie davon aus, dass jedenfalls bei einigen Mengenlosen eine Prüfungspflicht bestanden habe.

Darüber hinaus sei der Bau der thermischen Behandlungsanlage der Beigeladenen mit einem zinslosen Darlehen der kommunalen Gesellschafter finanziert worden. Das führe zu einer Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Aus diesem Grunde sei die Beigeladene in der Lage gewesen, günstigere Entsorgungsentgelte anzubieten. Auch vor diesem Hintergrund sei die Antragsgegnerin zur Aufklärung verpflichtet gewesen und hätte im Ergebnis die Beigeladene aus dem Verfahren ausschließen müssen.

– Fehlende Zertifizierung –

Schließlich trägt die Antragstellerin vor, dass die Beigeladene nicht als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziert sei und auch über kein gleichwertiges Zertifikat verfüge. In diesem Zusammenhang sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen zu prüfen, ob die Beigeladene die Vorgaben der Leistungsbeschreibung rechtzeitig erbringen werde und wie sie das bewerkstellige.

Die Antragstellerin ist deshalb der Auffassung, dass das Angebot der für den Zuschlag vorgesehenen Beigeladenen insgesamt aus dem Verfahren auszuschließen sei.

Die Antragstellerin beantragt

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, Zuschläge auf die Angebote der Beigeladenen zu den Losen 3a/3b/3c/3d und 4a/4b/4c zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die 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.

– Kein Verstoß gegen Grundsatz der Entsorgungsautarkie –

Die Antragsgegnerin ist wiederum der Ansicht, dass der Grundsatz der Entsorgungsautarkie nur gelte für Abfälle zur Beseitigung, ungeachtet der Art der Abfälle, Abfälle zur Verwertung, soweit es sich um gemischte Siedlungsabfälle mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 aus privaten Haushaltungen handele, sowie gemischte Siedlungsabfälle mit dem Abfallschlüssel ASN 20 03 01 aus anderen Herkunftsbereichen, soweit diese gemeinsam mit gemischten Siedlungsabfällen aus privaten Haushaltungen erfasst würden. Bei den hier streitgegenständlichen Abfällen handele es sich gerade nicht um gemischte Siedlungsabfälle mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 und diese sollten darüber hinaus nicht beseitigt sondern verwertet werden. Hierfür gelte der Grundsatz der Entsorgungsautarkie nicht. Die Tatsache, dass es sich bei den Abfällen, die in der Anlage der Antragsgegnerin mechanisch behandelt würden, um Abfälle mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 handele, sei für die Qualifikation und Einordnung des Outputs der Anlage irrelevant. Für die streitgegenständlichen Abfälle könne schon allein deshalb keine verbindliche Anlagenzuordnung erfolgen.

Soweit die Antragstellerin unter Verweis auf den Geltungsbereich des AWP die Auffassung vertrete, dass mit dem Begriff der Restabfälle alle Abfälle gemeint seien, die den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern überlassen würden, könne dem nicht gefolgt werden. Darunter fielen ausschließlich – auch entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch – gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushaltungen (einschließlich der mit diesen Abfällen eingesammelten Abfälle aus anderen Herkunftsbereichen).

Die Antragsgegnerin meint ferner, dass es sich bei den Entsorgungsregionen nur um Empfehlungen handele, weil von einer verbindlichen Anlagenzuweisung im Rahmen der Bekanntmachung des AWP kein Gebrauch gemacht worden sei. Auch in der Leistungsbeschreibung sei nicht vorgegeben, dass die Verwertungsdienstleistungen innerhalb der Entsorgungsregion III zu erbringen seien.

Dem Grundsatz der entstehungsortnahen Entsorgung werde im Vergabeverfahren dadurch Rechnung getragen, dass für die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots nicht allein das Kriterium des Gesamtangebotsentgelts maßgebend sei, sondern darüber hinaus der Transportaufwand als Umweltkriterium durch einen Wertungszuschlag berücksichtigt werde. Auch die Beauftragung der Beigeladenen trage diesem Grundsatz Rechnung. Die Anlage der Beigeladenen liege in einer geringeren Entfernung zur Anlage der Antragsgegnerin als die Anlage, in der die Antragstellerin die Verwertung der Abfälle angeboten habe.

Schließlich entspreche die Entsorgung der Abfälle in einer Verwertungsanlage in den Niederlanden auch den Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen, die zum Ausschluss führten, seien nicht vorgenommen worden. Zudem habe die Beigeladene den wegen der Nutzung einer Anlage außerhalb Deutschlands erforderlichen Nachweis, dass ein Anspruch auf Notifi-



zierung bestehe, erbracht und im Übrigen sei das Notifizierungsverfahren inzwischen erfolgreich abgeschlossen.

– Kein Verstoß wegen angeblich fehlender Kapazitäten der Beigeladenen –

Die Antragsgegnerin ist weiter der Ansicht, dass sie sich mit dem von der Beigeladenen vorgelegten Nutzungsnachweis zufrieden geben durfte und nicht gehalten gewesen sei, die Verfügbarkeit der Anlage vertieft zu prüfen. Gemessen an den Vorgaben der Rechtsprechung sei ihre Entscheidung über die Eignung der Beigeladenen vertretbar und sie sei zu keiner weiteren Sachverhaltsaufklärung verpflichtet gewesen. Denn mit dem Nutzungsnachweis bestätigte der Anlagenbetreiber, dass die erforderlichen Anlagenkapazitäten verfügbar seien. Darüber hinaus trage die Antragstellerin auch keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an der Verfügbarkeit der Anlage der Beigeladenen vor. Es handele sich vielmehr um Spekulationen und Mutmaßungen.

– Kein Verstoß gegen Wettbewerbsgrundsatz –

Die Antragsgegnerin trägt vor, nicht die Beigeladene sei von ihren kommunalen Gesellschaftern im Wege einer Inhouse-Vergabe beauftragt worden, sondern vielmehr deren Schwestergesellschaft – die XXXX. Darüber hinaus sei dies hier auch nicht von Bedeutung, weil die Antragsgegnerin keine Inhouse-Vergabe an die Beigeladene beabsichtige. Aber selbst wenn die Beigeladene tatsächlich im Wege einer Inhouse-Vergabe beauftragt worden wäre und die Voraussetzungen dafür nicht vorgelegen hätten, hätte dies gegebenenfalls die Vergaberechtswidrigkeit der Inhouse-Beauftragung zur Folge, nicht aber den Ausschluss der Beigeladenen als Bieterin im vorliegenden Vergabeverfahren. Weder § 123 GWB noch § 124 GWB, welche die Ausschlussgründe abschließend regelten, benennen einen solchen Ausschlussgrund, so die Antragsgegnerin.

– Keine Verletzung der Prüfungspflicht gem. § 60 VgV –

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass die Antragstellerin nicht durch § 60 VgV geschützt sei. Die Vorschrift habe nur einen eingeschränkt bieterschützenden Charakter. Sie diene in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers, der davor bewahrt werden solle, Verträge mit Bietern einzugehen, die wegen einer nicht auskömmlichen Preiskalkulation in Gefahr gerieten, ihren Leistungsverpflichtungen nicht nachkommen zu können. Bieterschützende Wirkung könne diese Vorschrift nur dann entfalten, wenn ein Angebot mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis zugleich wettbewerbsbeschränkende Wirkungen habe. Ausgehend hiervon sei die Antragstellerin nicht in ihren Bieterrechten verletzt.

Hinzu käme, dass die Voraussetzungen für eine Prüfpflicht nach § 60 VgV nicht erfüllt seien. Anhaltspunkte für einen ungewöhnlich niedrigen Preis seien hinsichtlich aller streitgegenständlichen Lose nicht ersichtlich. Im Hinblick auf die Mengenlose 4a bis 4c liege zwar der Preisabstand zwischen dem Angebot der Beigeladenen und dem nächstplatzierten Angebot der Antragstellerin über 20 %. Allein damit sei jedoch noch kein ungewöhnlich niedriger Preis des Angebots der Beigeladenen dargetan. Entscheidend seien die Marktverhältnisse. Diese würden nicht zutreffend und abschließend wiedergespiegelt, wenn überhaupt nur zwei Bieter Angebote abgegeben



hätten. Die Antragsgegnerin habe deshalb bei der Preisprüfung nicht ausschließlich auf den Preisabstand zwischen den Angeboten, sondern auf den Rahmen üblicher Marktpreise und zusätzlich auf die Auftragswertschätzung abgestellt. Danach lägen die Angebotspreise der Beigeladenen ebenso wie der Antragstellerin im Rahmen üblicher Marktpreise und hielten sich im Rahmen der Auftragswertschätzung.

Auch deshalb käme es auf die Fragen, ob die Beigeladene ein zinsloses Darlehen von ihren kommunalen Gesellschaftern erhalten habe, ob es sich dabei um eine Beihilfe i. S. d. § 60 Abs. 4 VgV handele und ob die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt worden sei, nicht an. Die Prüfung einer möglichen Beihilfegewährung sei nämlich nur dann zwingend, wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig sei.

– Kein Verstoß hinsichtlich Zertifizierung –

Schließlich trägt die Antragsgegnerin vor, dass sie bewusst vorgegeben habe, dass die Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb oder eine gleichwertige Zertifizierung erst sechs Monate nach Leistungsbeginn vorzulegen sei. Hintergrund dieser Regelung sei, dass jedem Bieter die Möglichkeit eingeräumt werden solle, eigens für den vorliegenden Auftrag eine Niederlassung/Betriebsstätte einzurichten oder Aufbereitungs-/Entsorgungs-/Verwertungsanlagen zu nutzen, die bislang nicht zertifiziert seien. Dabei sei ein Zeitraum von sechs Monaten ausreichend, um eine Zertifizierung zu erreichen.

Bei dieser Ausgangslage bestehe keine Verpflichtung eines Bieters, schon im Vorgriff auf das erst sechs Monate nach Leistungsbeginn vorzulegende Zertifikat im Angebot darzulegen, dass das Zertifikat erreicht werde. Entsprechende Erläuterungen seien von den Bietern auch nicht als Eignungsnachweis gefordert worden. Deshalb sei es ebenso vergaberechtlich ausgeschlossen, dass die Antragsgegnerin Prüfungen vornehme, ob der Bieter ein entsprechendes Zertifikat werde vorlegen können.

Die Vergabekammer hat die Beiladung am 22.12.2016 beschlossen.

Die Beigeladene beantragt

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

– Kein Verstoß gegen Grundsatz der Entsorgungsautarkie –

Die Beigeladene weist darauf hin, dass bereits die Vergabeunterlagen eine Nutzung von Anlagen außerhalb von NRW und Deutschland zulassen würden. Das habe die



Antragstellerin aber nicht vor Abgabe ihres Angebots gerügt, obwohl dies für ein Unternehmen, das in der Branche tätig ist, ohne weiteres erkennbar gewesen sei. Demzufolge könne die Antragstellerin mit ihren Beanstandungen zum Autarkieprinzip jetzt nicht mehr gehört werden.

Darüber hinaus liege jedoch auch keine Verletzung des Autarkieprinzips vor, so die Beigeladene, weil sie über eine wirksame, die Vorgaben der Vergabeunterlagen beachtende Genehmigung (Notifizierung) zur Verbringung und Entsorgung der Abfälle ins Ausland verfüge. Eine solche Genehmigung werde nur unter Beachtung des Autarkieprinzips erteilt. Die für die Erteilung der Genehmigung zuständigen Behörden seien nämlich ausdrücklich befugt, Einwände gegen die Abfallverbringung mit Blick auf eine mögliche Missachtung des Autarkieprinzips geltend zu machen.

Dem stünden auch die Regelungen aus dem AWP nicht entgegen. Die Beigeladene trägt vor, dass dieser keine die Vergabestelle bindenden Regelungen enthalte, wonach eine Entsorgung der Abfälle ausschließlich in der Entsorgungsregion III vorzunehmen sei, weil es insoweit an einer verbindlichen Feststellung durch Rechtsverordnung fehle. Insbesondere das in Art. 16 Abs. 2 AbfRRL verankerte abfallrechtliche Autarkieprinzip beinhalte lediglich eine Zielbestimmung. Vielmehr würde in Ziffer 3.4 des AWP eine grenzüberschreitende Abfallverbringung ausdrücklich zugelassen.

Die Beigeladene meint weiter, dass auch nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen worden sei. Sie bezieht sich diesbezüglich auf den Vortrag der Antragsgegnerin und merkt darüber hinaus an, dass auch § 30 Abs. 4 KrWG keine zwingende Verpflichtung enthalte, verbindlich zu erklären, welche Abfallentsorgungsanlage genutzt werden müsse. Vielmehr eröffne diese Regelung einen Ermessensspielraum, der hier eingehalten worden sei. Insbesondere verlange auch das in Art. 16 AbfRRL europarechtlich verankerte Autarkieprinzip keine verbindliche Vorgabe der Entsorgungsanlage bzw. Entsorgungsregion. Zudem dürfe das Autarkieprinzip nicht isoliert gesehen werden, sondern stehe im Kontext zum sogenannten "Näheprinzip". Die Antragsgegnerin habe die Prinzipien der Autarkie und der Nähe durch die von ihr gewählte Verfahrensweise berücksichtigt, indem sie einerseits dem Näheprinzip durch die gewählten Zuschlagskriterien Bedeutung beigemessen und andererseits dem Autarkieprinzip durch die Möglichkeit einer Entsorgung der Abfälle im Ausland berücksichtigt habe.

Die Beigeladene ist der Ansicht, dass unbeschadet der vorstehenden Ausführungen, die streitgegenständlichen Abfälle auch nicht dem Autarkieprinzip unterfallen würden. Durch die Vorbehandlung der Abfälle in der Anlage der Antragsgegnerin würden diese nicht mehr den gemischten Siedlungsabfällen mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 zuzurechnen sein, sondern diese seien nunmehr dem Abfallschlüssel 19 12 12 zuzuordnen. Aus dem Erwägungsgrund 33 der AbfRRL folgert die Beigeladene, dass keine wesentliche Veränderung der Eigenschaften durch die Abfallbehandlungsanlage erfolgen müsse, so dass auch das von der Antragsgegnerin praktizierte Verfahren ausreiche und damit aus dem Anwendungsbereich des Autarkieprinzips hinausführe, zumal eine Verwertung und keine Beseitigung angestrebt würde.

– *Kein Verstoß wegen angeblich fehlender Kapazitäten der Beigeladenen* –



Weiterhin behauptet die Beigeladene, dass sie mit ihrem Angebot auch die geforderten Nutzungsnachweise vorgelegt habe und eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung der Abfälle gewährleiste, was bereits dadurch indiziert werde, dass sie seit dem 01.01.2017 beanstandungsfrei im Rahmen einer Übergangslösung Abfälle der Antragsgegnerin ordnungsgemäß in ihrer Anlage entsorge. Im Übrigen sei nicht erkennbar, warum ihre Eignung mit dem Hinweis, dass sie auf ihrem Betriebsgelände in erheblichem Umfang zwischenlagern würde, in Zweifel gezogen werde. Eine solche Zwischenlagerung, so die Beigeladene, finde im Übrigen auch nicht statt.

– Kein Verstoß gegen Wettbewerbsgrundsatz –

Ferner trägt die Beigeladene vor, dass sie auch nicht gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen habe. Tatsächlich sei nämlich ihre Schwestergesellschaft – die XXXX – von den kommunalen Gesellschaftern Inhouse-beauftragt worden. Zudem sei die Vergabe der Antragsgegnerin gerade keine Inhouse-Beauftragung.

Der Beigeladene tritt auch der Behauptung entgegen, dass sie in ihrer Anlage Abfälle ihrer Schwestergesellschaft zu Konditionen behandle, die marktunüblich hoch seien, so dass es ihr selbst wiederum möglich sei, im vorliegenden Wettbewerb um den im Streit stehenden Auftrag, extrem günstige Entgelte anzubieten, so dass dadurch der Wettbewerb empfindlich gestört werde. Diese Behauptungen seien unsubstantiiert und damit zurückzuweisen.

– Keine Verletzung der Prüfungspflicht gem. § 60 VgV –

Zudem seien keine Verstöße der Antragsgegnerin gegen deren Prüfpflicht aus § 60 VgV oder gegen Beihilfenvorschriften erkennbar.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Kammer gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 17.02.2017 verlängert. Am 27.1.2017 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Westfalen ist zuständig gemäß § 106 GWB, § 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert allein hinsichtlich der streitgegenständlichen Lose beträgt ca. XXXX Mio. Euro netto für die 1-jährige Vertragslaufzeit und übersteigt damit den festgelegten Schwellenwert für Dienstleistungen – auch Entsorgungsdienstleistungen – von 209.000 Euro. Des Weiteren hat die Vergabestelle der Antragsgegnerin ihren Sitz in XXXX und damit im räumlichen Bezirk der Vergabekammer Westfalen.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Antragsbefugnis



Insbesondere ist die Antragstellerin antragsbefugt.

Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 GWB.

Vorliegend hat die Antragstellerin ihr Auftragsinteresse durch Abgabe von Angeboten insbesondere auf die streitgegenständlichen Fach- und Mengenlose ausreichend dokumentiert. Auch droht ihr möglicherweise durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf die Angebote der Beigeladenen ein Schaden zu entstehen. Die Antragstellerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass wegen der von ihr behaupteten Rechtsverstöße ein Zuschlag auf die Angebote der Beigeladenen nicht erteilt werden dürfe und deshalb ihre eigenen Aussichten auf den Zuschlag verschlechtert seien.

Darüber hinaus rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Vergabe der Leistungen an die Beigeladene mit Schreiben vom 08.12.2016.

1.2 Prüfung außervergaberechtlicher Normen

Insbesondere fehlt der Antragstellerin die Antragsbefugnis nicht deshalb, weil die von ihr behaupteten Verstöße abfallrechtliche Regelungen und Grundsätze betreffen.

Zwar zählen die von den Beteiligten angeführten abfallrechtlichen Vorschriften und Grundsätze nicht unmittelbar zum Vergaberecht. Sie sind aber im Vergabenachprüfungsverfahren im Rahmen vergaberechtlicher Anknüpfungs- oder Brückennormen inzident zu prüfen. Einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, wonach außervergaberechtliche Normen im Vergabenachprüfungsverfahren nicht zu prüfen sind, gibt es nicht, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.08.2012 - Verg 105/11.

Ob den möglicherweise verletzten Vorschriften und Grundsätzen auch tatsächlich zuwidergehandelt worden ist, ist jedoch eine im Zusammenhang mit der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu beantwortende Rechtsfrage.

2. Begründetheit

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist nicht begründet. Es liegt kein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen vor und die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten verletzt, vgl. §§ 97 Abs. 6, 168 Abs. 1 GWB.

Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen auszuschießen.

2.1 Gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV sind Angebote, in denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, zwingend aus der Wertung zu nehmen. Die Beigeladene hat zulässigerweise die Verwertung der Abfälle in ihrer Anlage in den Niederlanden angeboten, und damit die Voraussetzungen der Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin eingehalten. Zudem war die Leistungsbeschreibung gemessen am Abfallrecht, insbesondere an dem AWP, nicht zu beanstanden.



Ausweislich der Leistungsbeschreibung sind Abfälle mit dem Abfallschlüssel 19 12 12 ausgeschrieben worden, da die zuvor von der Antragsgegnerin eingesammelten Abfälle aus privaten Haushaltungen mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 bedingt durch die Vorbehandlung in ihrer eigenen mechanischen Sortieranlage umgewandelt wurden. Die Abfälle mit dem Abfallschlüssel 19 12 12 unterfallen nicht der sogenannten Entsorgungsautarkie. Die entsprechenden Regelungen des AWP sind diesbezüglich nicht für verbindlich erklärt worden.

Im Einzelnen:

2.1.1 Sachlicher Anwendungsbereich nicht eröffnet

(1) Gemäß Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien (nachstehend als "Richtlinie" bezeichnet) treffen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen, um ein integriertes und angemessenes Netz von Abfallbeseitigungsanlagen und Anlagen zur Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen, die von privaten Haushaltungen eingesammelt worden sind, zu errichten, auch wenn dabei Abfälle anderer Erzeuger eingesammelt werden.

(2) Das Netz ist dabei so zu konzipieren, dass es der Gemeinschaft insgesamt ermöglicht, die Autarkie bei der Abfallbeseitigung sowie bei der Verwertung von Abfällen nach Absatz 1 zu erreichen, und dass es jedem einzelnen Mitgliedstaat ermöglicht, dieses Ziel selbst anzustreben, Art. 16 Abs. 2 Richtlinie. Weiter muss das Netz es gestatten, dass die Abfälle in einer der am nächsten gelegenen geeigneten Anlagen beseitigt bzw. – im Falle der in Absatz 1 genannten Abfälle – verwertet werden, Art. 16 Abs. 3 Richtlinie. Die Grundsätze der Nähe und der Entsorgungsautarkie bedeuten indes nicht, dass jeder Mitgliedstaat über die gesamte Bandbreite von Anlagen zur endgültigen Verwertung verfügen muss, Art. 16 Abs. 4 Richtlinie.

(3) Gemäß der Anlage (Abfallverzeichnis) zur Verordnung über das Europäische Abfallverzeichnis vom 10.12.2001 in der aktuellen Fassung (AVV) tragen gemischte Siedlungsabfälle den Abfallschlüssel 20 03 01. Sonstige Abfälle (einschließlich Materialmischungen) aus der mechanischen Behandlung von Abfällen mit Ausnahme derjenigen, die unter 19 12 11 fallen, tragen den Abfallschlüssel 19 12 12.

(4) Somit ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen des EU-Sekundärrechts, dass nur Sachverhalte erfasst werden, die insbesondere die Beseitigung von Abfällen (gleich welcher Art) oder die Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen aus privaten Haushaltungen betreffen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der Leistungsbeschreibung ist eindeutig zu entnehmen, dass sich die streitgegenständlichen Lose ausschließlich auf Abfälle mit dem Abfallschlüssel 19 12 12 (sonstige Abfälle aus der mechanischen Behandlung von Abfällen) beziehen und diese verwertet – und nicht beseitigt – werden sollen.

(5) Darüber hinaus stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass ihre zuständigen Behörden in Einklang mit den Artikeln 1, 4, 13 und 16 einen oder mehrere Abfallbewirtschaftungspläne aufstellen, Art. 28 Abs. 1 Richtlinie. In diesem Zusammenhang stellen die Länder für ihr Gebiet Abfallwirtschaftspläne nach überörtlichen Gesichtspunkten auf, § 30 Abs. 1 S. 1 KrWG. Insbesondere stellen die Abfallwirtschaftspläne die



Abfallentsorgungsanlagen dar, die zur Sicherung der Beseitigung von Abfällen sowie der Verwertung von gemischten Abfällen aus privaten Haushaltungen einschließlich solcher, die dabei auch in anderen Herkunftsbereichen gesammelt werden, im Inland erforderlich sind, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KrWG.

(7) Daher ergibt sich auch aus der Vorschrift des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KrWG, dass der sachliche Anwendungsbereich insbesondere auf die Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen beschränkt ist. Daneben sprechen auch Wortlautargumente für eine solche Auslegung, denn das Land Nordrhein-Westfalen hat ausdrücklich einen *"Teilplan Siedlungsabfälle"* zum Abfallwirtschaftsplan veröffentlicht. Schließlich gilt gemäß Runderlass der europarechtliche Grundsatz der Entsorgungsaufarkie *"für Abfälle zur Beseitigung und für gemischte Siedlungsabfälle (Abfallschlüsselnummer 20 03 01) zur Verwertung"*.

2.1.2 Unverbindlichkeit der Bestimmungen des Abfallwirtschaftsplans

Des Weiteren sind die entsprechenden Regelungen des AWP ohnehin unverbindlich. Eine ausdrückliche und verbindliche Zuweisung zu einer bestimmten Abfallentsorgungsanlage bzw. zu einer bestimmten Entsorgungsregion ist nicht erfolgt.

(1) Das Landesabfallgesetz bestimmt, dass der Abfallwirtschaftsplan mit seiner Bekanntgabe Richtlinie wird für alle behördlichen Entscheidungen, Maßnahmen und Planungen, die für die Abfallentsorgung Bedeutung haben, § 17 Abs. 3 LAbfG NRW.

(2) Nach Nr. 2.3.2 AWP werden drei Entsorgungsregionen abgegrenzt. Diesbezüglich umfasst die Region III insbesondere das Gebiet der Antragsgegnerin und die Stadt Oberhausen, in der sich die Anlage befindet, die die Antragstellerin zu nutzen beabsichtigt. Der AWP bestimmt ferner, dass sich die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger *"für die Behandlung der ihnen überlassenen Restabfälle der innerhalb der Regionen jeweils vorhandenen Hausmüllverbrennungsanlagen und/oder mechanisch-biologischen Abfallbehandlungsanlagen zu bedienen"* haben (sog. *"Pool-Lösung"*).

(3) Dagegen legt das Kreislaufwirtschaftsgesetz ausdrücklich fest, dass die Abfallwirtschaftspläne ferner bestimmen können, welcher Entsorgungsträger vorgesehen ist und welcher Abfallentsorgungsanlage im Sinne des Satzes 2 Nummer 4 sich die Entsorgungspflichtigen zu bedienen haben, § 30 Abs. 1 S. 4 KrWG. In diesem Zusammenhang können die Ausweisungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 4 für die Entsorgungspflichtigen für verbindlich erklärt werden, § 30 Abs. 4 KrWG. Gemäß Runderlass ist hingegen von dieser Ermächtigung, *"die Zuweisung zu den Entsorgungsregionen und den darin befindlichen Hausmüllverbrennungsanlagen und mechanisch-biologischen Abfallbehandlungsanlagen durch Rechtsverordnung gegenüber den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und den Anlagenbetreibern für verbindlich zu erklären"*, ausdrücklich (zunächst) kein Gebrauch gemacht worden.

(4) Dies wird zudem durch die näher begründeten Festlegungen im AWP bekräftigt.

Gemäß Nr. 2.3.1 AWP können sich verbindliche Zuweisungen zu bestimmten Abfallentsorgungsanlagen *"sowohl auf Abfälle zur Beseitigung als auch auf gemischte"*



Siedlungsabfälle (ASN 20 03 01) zur Verwertung aus privaten Haushaltungen einschließlich solcher, die in anderen Herkunftsbereichen gesammelt werden, beziehen". Jedoch erfolgt "eine Zuweisung zu (einzelnen) Hausmüllverbrennungsanlagen oder mechanisch-biologischen Abfallbehandlungsanlagen in Nordrhein-Westfalen zur Umsetzung einer regionalen Entsorgungsautarkie und des Prinzips der Nähe" nicht. Denn "eine landesweite und stringente Einzelzuweisung von kreisfreien Städten und Kreisen zu einer bestimmten Abfallentsorgungsanlage" führe nicht durchweg zu ziel-führenden Ergebnissen.

Hier wird einerseits erneut der sachliche Anwendungsbereich (insbesondere Abfälle zur Beseitigung bzw. gemischte Siedlungsabfälle mit der ASN 20 03 01 zur Verwertung aus privaten Haushaltungen) klargestellt, andererseits festgehalten, dass keine verbindliche Zuweisung zu bestimmten Abfallentsorgungsanlagen erfolgt.

2.1.3 Zusammenfassung

(1) Bei den vorliegenden Abfällen, die Gegenstand der in den streitgegenständlichen Losen zu vergebenden Entsorgungsdienstleistungen sind, handelt es sich um "*sonstige Abfälle*" mit dem Abfallschlüssel 19 12 12. Hierfür gilt der Grundsatz der Entsorgungsautarkie nicht. Denn es handelt sich gerade nicht – wie durch die einschlägigen Vorschriften vorgegeben – um "*gemischte Siedlungsabfälle*" mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 und die Abfälle sollen nicht beseitigt, sondern verwertet werden.

(2) Die Tatsache, dass es sich bei den Abfällen, die in der Anlage der Antragsgegnerin mechanisch behandelt werden, um Abfälle mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 handelt, ist für die Einordnung des Outputs der Anlage und damit der Abfälle, die Gegenstand der in den streitgegenständlichen Losen zu vergebenden Entsorgungsdienstleistungen sind, irrelevant. Es kommt ausschließlich auf die Qualität des Abfalls im Zeitpunkt der Überlassung an den Auftragnehmer zur Entsorgung an. Ein vorheriger Abfallschlüssel ist somit nicht maßgebend. Auch ob der Output in seinen Bestandteilen in tatsächlicher Hinsicht trotz mechanischer (Vor-)behandlung weit überwiegend dem Input entspricht, so wie die Antragstellerin vorträgt, ist unter vergaberechtlichen Aspekten nicht entscheidend. Es wird von der Antragstellerin gerade nicht in Zweifel gezogen, dass die Zuordnung der Abfallschlüssel (vor und nach der mechanischen Behandlung) rechtmäßig erfolgt ist. Sofern also der Output – und das ist vorliegend unstreitig der Fall – in rechtlicher Hinsicht dem Abfallschlüssel 19 12 12 zuzuordnen ist, unterfällt dieser nicht dem sachlichen Anwendungsbereich der einschlägigen abfallrechtlichen Regelungen. Auf die Frage, ob es zweckmäßig ist, den in Bezug zum Input mit über 95 % nahezu stoffgleichen Output einem anderen Abfallschlüssel zuzuordnen, ist im vorliegenden Vergabenaachprüfungsverfahren nicht zu prüfen.

(3) Für die vorliegenden Abfälle kann deshalb – wie die Antragsgegnerin zutreffend vorträgt – keine Anlagenzuordnung nach § 30 Abs. 1 S. 4 i. V. m. S. 2 Nr. 4 KrWG



erfolgen, die nach § 30 Abs. 4 KrWG für verbindlich erklärt werden könnte. Dies ist auch nicht geschehen.

(4) Darüber hinaus ist die Festlegung der Entsorgungsregionen nach dem AWP ohnehin unverbindlich.

2.2 Keine Änderungen an den Vergabeunterlagen durch die Beigeladene

Auch liegt in diesem Zusammenhang kein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vor, welcher zum Ausschluss führen würde, denn die Beigeladene hat keine Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen. Ausweislich ihres Angebotes zu den streitgegenständlichen Losen bietet die Beigeladene die Verwertung der Abfälle in ihrer Anlage in den Niederlanden an. Das entspricht den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung und ist nach den Ausführungen unter 2.1 auch zulässig. Eine Verpflichtung zur Entsorgung in NRW bzw. in der Entsorgungsregion III besteht nicht. Dass auch die Antragsgegnerin – zu Recht – von der Zulässigkeit der Verwertung der Abfälle in einer Anlage im Ausland ausgegangen ist, wird bereits durch den Hinweis in der Leistungsbeschreibung deutlich, wonach in diesem Fall ein zusätzlicher Nachweis (Anspruch auf Notifizierung) gefordert wird.

2.3 Keine fehlenden Kapazitäten der Beigeladenen

Die Antragsgegnerin ist auch nicht verpflichtet, die Eignung der Beigeladenen in Bezug auf die Auslastung der Anlage in den Niederlanden erneut gemäß §§ 42 ff. VgV zu prüfen.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten fehlenden Kapazitäten der Beigeladenen und damit ihrer angeblichen Nichteignung, die nach Ansicht der Antragstellerin zum Ausschluss der Beigeladenen führen müsse, ist kein Verstoß der Antragsgegnerin gegen Vergaberecht festzustellen.

Nach den Ziffern 2.4.3 bzw. 2.5.3 der Leistungsbeschreibung hatten die Bieter die vorgesehene Behandlung/Verwertung im Angebot zu beschreiben und die Anlagen zu benennen. Zudem hatten die Bieter ihrem Angebot einen Nutzungsnachweis beizulegen, der dem durch die Antragsgegnerin vorgegebenen Muster entsprach. Weitere Nachweise waren nach den Vorgaben der Antragsgegnerin nicht zu erbringen. Die Beigeladene hat mit ihrem Angebot ein Dokument "*Beschreibung der Behandlungsanlage*" ebenso vorgelegt wie einen vollständig ausgefüllten Nutzungsnachweis der vorgesehenen Anlage entsprechend dem vorgegebenen Mustertext der Antragsgegnerin.

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (siehe Beschluss vom 26.11.2008 - Verg 54/08) ist eine Eignungsprüfung in zwei Stufen durchzuführen. Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob das Angebot sämtliche geforderte Eignungsnachweise bzw. angaben enthält (formale Eignungsprüfung). Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob der Bieter geeignet ist (materielle Eignungsprüfung). Bei der Frage der formalen Eignungsprüfung steht der Vergabestelle kein Wertungsspielraum zu. Ein solcher kommt nur insoweit in Betracht, als es um die Bewertung der materiellen Eignung eines Bieters geht.



Ergänzend hat das OLG Düsseldorf entschieden (Beschluss vom 02.12.2009 - Verg 39/09), dass für die vom öffentlichen Auftraggeber anzuwendende Prüfungstiefe bei der Verifizierung und Kontrolle von Eigenerklärungen zunächst gilt, dass Eignungsentscheidungen, bei denen dem Auftraggeber eine Einschätzungsprärogative zukommt, grundsätzlich nur auf der Grundlage gesicherter Erkenntnisse ergehen dürfen. Die Anforderungen an den Grad der Erkenntnissicherheit sind aber nicht nur an den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, sondern auch am Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer zügigen Umsetzung von Beschaffungsabsichten und einem raschen Abschluss von Vergabeverfahren zu messen (= Zumutbarkeitsgrenzen für Überprüfungs- und Kontrollpflichten). Die Grenzen der Zumutbarkeit werden durch den kurzen Zeitraum, in dem die Entscheidung über die Auftragsvergabe zu treffen ist sowie durch die begrenzten Ressourcen und administrativen Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers, weitere Überprüfungen vorzunehmen, bestimmt. Er darf seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen, wenn und soweit sich keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an der Richtigkeit ergeben. Nur in diesem Fall ist er gehalten, weitere Nachforschungen anzustellen und gegebenenfalls von neuem in die Eignungsprüfung einzutreten.

Gemessen an diesen Vorgaben ist kein Verstoß der Antragsgegnerin gegen vergaberechtliche Bestimmungen festzustellen. Mit Vorlage des Dokuments "*Beschreibung der Behandlungsanlage*" sowie des Nutzungsnachweises der vorgesehenen Anlage hat die Beigeladene die geforderten Eignungsnachweise eingereicht. Die Antragsgegnerin hat ferner plausibel dargelegt, dass sie diese Nachweise auch inhaltlich geprüft hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Beigeladene geeignet ist. Eine tiefere Prüfung, ob die Inhalte der eingereichten Nachweise auch den Tatsachen entsprechen, war mangels konkreter und objektiv begründeter Zweifel an den Angaben nicht erforderlich.

Die Antragsgegnerin hätte auch keine erneute inhaltliche Überprüfung der Eignung der Beigeladenen vornehmen dürfen, wenn ihr diesbezüglich keine neuen Gesichtspunkte bekannt werden. Denn eine bereits abgeschlossene Eignungsbewertung kann ein öffentlicher Auftraggeber nur korrigieren, wenn ihm ein neuer Sachverhalt bekannt wird, der seine erste Bewertung in Frage stellen würde. Das war vorliegend nicht der Fall. Die Antragstellerin hat einfach pauschal vorgetragen, dass eine Zwischenlagerung auf dem Betriebsgelände der Beigeladenen stattfindet, während die Beigeladene dem entgegen getreten ist. Das Vorbringen der Antragstellerin ist aus Sicht der Kammer bereits nicht hinreichend substantiiert und begründet deshalb keine solchen Zweifel, die die Antragsgegnerin hätten veranlassen müssen, die eingereichten Nachweise zu verifizieren. Darüber hinaus lässt sich selbst bei unterstellten tatsächlichen Zwischenlagerungen der Beigeladenen nicht ohne weiteres der Rückschluss ziehen, diese werde ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen. Dieses Vorbringen ist rein spekulativ.

2.4 Kein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz



Die Beauftragung der Beigeladenen hat auch keine Wettbewerbsverzerrung zur Folge, weil sie aufgrund ihrer Stellung als kommunal getragenes Unternehmen auf dem fraglichen Markt günstiger anbieten kann als ein privat getragenes Unternehmen, wie die Antragstellerin, auch wenn sie angeblich von ihren kommunalen Gesellschaftern mit der Entsorgung von Abfällen außerhalb eines geregelten Vergabeverfahrens im Wege einer sog. Inhouse-Vergabe beauftragt worden sein sollte.

(1) § 108 Abs. 1 bis 5 GWB regeln die sog. Inhouse-Vergabe. Erfasst vom Inhouse-Privileg sind ausschließlich öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB. Gemäß § 108 Abs. 4 GWB ist der 4. Teil des GWB nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 ausübt, aber (1.) der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder öffentliche Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen, (2.) mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern betraut wurde, und (3.) an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht. § 108 Abs. 4 (und Abs. 5) GWB erweitern die Inhouse-Vergabe damit auf Fälle, in denen die Kontrolle von mehreren öffentlichen Auftraggebern ausgeübt wird. Alle drei Kriterien müssen kumulativ vorliegen. Die Vorschriften des § 108 Abs. 1 bis 5 GWB bestimmen damit – ausschließlich – unter welchen Voraussetzungen zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Verträge von der Anwendung des 4. Teils des GWB ausgenommen sind. Soweit die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe im Einzelfall nicht vorliegen und trotzdem eine Inhouse-Vergabe erfolgt, liegt ein Vergaberechtsverstoß vor.

Das vorliegende Nachprüfungsverfahren betrifft aber keine Inhouse-Vergabe in diesem Sinne. Vielmehr hat die Antragsgegnerin die Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen in einem EU-weiten, offenen Verfahren ausgeschrieben. Diesbezüglich ist nicht maßgeblich, ob die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 GWB im Rahmen von möglichen Vergaben an die Beigeladene durch ihre kommunalen Gesellschafter vorliegen.

(2) Aber auch ein Verstoß der Antragsgegnerin gegen die §§ 122 ff. GWB wegen Nichteignung der Beigeladenen oder wegen des Vorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB ist nicht ersichtlich. Insbesondere läge kein Ausschlussgrund vor, falls die Beigeladene in einem Vergabeverfahren in den Niederlanden die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe tatsächlich nicht erfüllt hätte, diese Inhouse-Beauftragung durch ihre kommunalen Gesellschafter aber dennoch erfolgte. Der in diesem Zusammenhang möglicherweise gegebene Vergaberechtsverstoß hat keine (mittelbaren) Auswirkungen auf das vorliegende, streitgegenständliche Vergabeverfahren der Antragsgegnerin, solange nicht die Ausschlussgründe der §§ 123 und 124 GWB vorliegen.

(3) Zudem trägt die Beigeladene plausibel unter Berufung auf die Organisationsstruktur ihres Unternehmenskomplexes vor, dass nicht sie selbst, sondern vielmehr ihre Schwestergesellschaft, die XXXX, Inhouse-beauftragt ist.



(4) Schließlich sind keine Umstände erkennbar, die auf eine Wettbewerbsverzerrung hindeuten. Selbst wenn – wie von der Antragstellerin spekuliert – die Schwestergesellschaft der Beigeladenen, die XXXX, Abfälle in der Anlage der Beigeladenen behandeln ließe, ließen sich allein daraus keine eindeutigen Rückschlüsse ziehen, dass dies zu marktunüblichen Konditionen erfolgte und die Beigeladene deshalb im hiesigen Vergabeverfahren extrem günstige Entgelte anbieten könnte. Objektive Anhaltspunkte dafür sind nicht ersichtlich und der Vortrag der Antragstellerin rein spekulativ.

Infolgedessen kommt es auf die Beantwortung der Frage, ob die von der Antragstellerin behauptete Inhouse-Vergabe an die Beigeladene durch ihre kommunalen Gesellschafter tatsächlich erfolgt ist oder stattdessen an ihre Schwestergesellschaft XXXX im vorliegenden Vergabeverfahren nicht an.

2.5 Keine Prüfungspflicht der Antragsgegnerin

Eine Verletzung der Prüfungspflicht gemäß § 60 Abs. 1 VgV durch die Antragsgegnerin liegt nicht vor.

2.5.1 Bieterrechtsschutz

(1) Die Pflicht, über ungewöhnlich niedrige Angebote aufzuklären, schützt zunächst den öffentlichen Auftraggeber davor, den Zuschlag einem Bieter zu erteilen, der wegen eines allzu niedrigen Preis- oder Kostenangebots keine Gewähr dafür bietet, den Auftrag ordnungsgemäß und rechtskonform abzuwickeln.

(2) Daneben hat sie bieterschützenden Charakter zugunsten desjenigen Bieters, dessen Angebot ausgeschlossen worden oder von einem Ausschluss bedroht ist.

(3) Die in § 60 Abs. 1 VgV statuierte Prüfungspflicht entfaltet Schutzwirkung darüber hinaus für konkurrierende Bieter, die bei einem Verdacht auf ein fremdes ungewöhnlich niedriges Angebot vom öffentlichen Auftraggeber beanspruchen können, dass er jenes Angebot einer Preisprüfung unterzieht. Das ergibt sich aus § 97 Abs. 6 GWB, wonach Bieter gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber Anspruch darauf haben, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden (*Kurlatz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, VgV, 2017, § 60 Rn. 12 m. w. N.).

(4) Die Antragstellerin hat deshalb – wie jeder Bieter – grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen bei einem konkreten Verdacht auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot einer Preisprüfung unterzieht.

2.5.2 Kein Verstoß gegen Aufklärungspflicht

Jedoch liegt im Ergebnis kein Verstoß der Antragsgegnerin gegen die Aufklärungspflicht aus § 60 Abs. 1 VgV vor. Deren Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

(1) Erscheint der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, § 60 Abs. 1 VgV. Für das Entstehen der Prüfungspflicht ist auf den äußeren Eindruck abzustellen, den der Gesamtpreis oder die Gesamtkosten des Angebots vermitteln. Der Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots kann aufgrund des Preis- oder Kostenabstands des betreffenden Angebots zu eingegange-



nen Konkurrenzangeboten, mithin aufgrund eines Vergleichs, aber auch auf der Grundlage von Erfahrungswerten bei wettbewerblicher Preisbildung gewonnen werden. Auch ist die Auftragswertschätzung des Auftraggebers heranzuziehen, sofern die Kosten methodisch vertretbar und auch sonst fehlerfrei ermittelt worden sind (*Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, VgV, 2017, § 60 Rn. 5 f. m. w. N.; vgl. auch *VK Westfalen*, Beschl. v. 22.04.2015, VK 1 - 10/15). In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung fortlaufend entschieden, dass die öffentlichen Auftraggeber ab einer Differenz von 15 bis 20 % (sog. Aufgreifschwelle) eine solche Überprüfung vornehmen sollten (*VK Westfalen*, a. a. O., m. w. N.). Eine solche Differenz und damit die Aufgreifschwelle sind vorliegend jedenfalls im Hinblick auf die Lose 4a/b/c erreicht.

(2) Jedoch haben weder die beteiligten Bieter noch die Vergabenachprüfungsinstanzen dem Auftraggeber vorzuschreiben, wann und aufgrund welcher Kriterien er in die Prüfung nach § 60 Abs. 1 VgV einzutreten hat. Dem Auftraggeber ist für das Einleiten eines Prüfungsverfahrens nach § 60 Abs. 1 VgV ein (weiter) Entscheidungsspielraum zuzuerkennen, dessen Anwendung – praktisch wie bei einer Ermessensentscheidung – von den Vergabenachprüfungsinstanzen lediglich darauf zu kontrollieren ist, ob der Prüfung auf der Basis eines zutreffenden Sachverhalts ein nachvollziehbarer, vertretbarer und nicht willkürlicher Ermittlungsansatz zugrunde gelegt worden ist (*Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, VgV, 2017, § 60 Rn. 9 m. w. N.). Nichts anderes kann für den Fall gelten, dass sich der Auftraggeber aus nachvollziehbaren Gründen gegen die Einleitung eines Prüfungsverfahrens entscheidet, weil der Preis nicht ungewöhnlich niedrig erscheint.

Im Ergebnis heißt das: Selbst wenn die von der Rechtsprechung anerkannte Aufgreifschwelle im Einzelfall erreicht oder überschritten ist, kann der öffentliche Auftraggeber bei Vorliegen von nachvollziehbaren und sachlich vertretbaren Erwägungen trotzdem zu der beanstandungsfreien Einschätzung gelangen, dass die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 VgV nicht vorliegen.

(3) Gemessen an diesen Vorgaben ist das Vorgehen der Antragsgegnerin hier nicht zu beanstanden. Ausweislich der Vergabeakten hat die Antragsgegnerin sich intensiv mit den Preisen im Angebot der Beigeladenen auseinandergesetzt. Sie hat plausibel dargelegt, dass für sie im Entscheidungszeitpunkt hinsichtlich aller streitgegenständlichen Lose – trotz Preisabständen von teilweise mehr als 20 % – keine Anhaltspunkte für einen ungewöhnlich niedrigen Preis ersichtlich waren. Insbesondere kam die Antragsgegnerin zu der vertretbaren und nicht willkürlichen Einschätzung, dass die Angebotspreise der Beigeladenen im Rahmen der Auftragswertschätzung und üblicher Marktpreise lagen. Die Antragsgegnerin hat somit einen Abgleich der Preise mit der eigenen Auftragswertschätzung vorgenommen. Dabei ergaben sich keine eklatanten Unterschiede, so dass es nachvollziehbar ist, dass die Antragsgegnerin die Preise im Angebot der Beigeladenen, und zwar insbesondere zu Los 4, als angemessen einstufte.

(4) Die Antragsgegnerin war hier nicht verpflichtet, den betreffenden Bieter an der Auskömmlichkeitsprüfung zu beteiligen oder einzubinden. Im sogenannten Zwischenverfahren besteht die Möglichkeit, dass ein öffentlicher Auftraggeber auch mit anderen Möglichkeiten die Nachvollziehbarkeit der Preise ermittelt. Beispielsweise durch den Abgleich mit eigenen Markterhebungen oder den Vergleich mit anderen



Ausschreibungsergebnissen. Er ist nicht verpflichtet, den betroffenen Bieter aufzufordern, die Kalkulation offen zu legen oder zu erläutern. Jedenfalls gilt dies so lange, wie der Bieter nicht ausgeschlossen wird. Kommt eine Vergabestelle hingegen zu dem Ergebnis, dass sie aufgrund der ausgewerteten Umstände diesen Bieter mit seinem Angebot ausschließen will und ist dieser Bieter auch noch auf einem der vorderen Rangplätze, so muss dieser Bieter zuvor dazu befragt werden, in diesem Sinne EuGH, Urteil vom 29.3.2012, Rs. C-599/10.

Der vorgetragene Vergaberechtsverstoß liegt deshalb nicht vor und die Antragstellerin ist diesbezüglich nicht in ihren Rechten verletzt.

2.5.3 Kein Verstoß wegen des angeblich zinslosen Darlehens

Auf die sich daran anschließenden Fragen, ob die Beigeladene von den kommunalen Gesellschaftern tatsächlich ein zinsloses Darlehen erhalten hat, – falls dies so ist – ob es sich dabei um eine staatliche Beihilfe handelt und ob diese rechtmäßig gewährt worden ist, kommt es nicht an. Die Prüfung einer möglichen Beihilfegewährung ist nämlich nur dann erforderlich, wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist.

Gemäß § 60 Abs. 4 VgV lehnt der öffentliche Auftraggeber ein Angebot ab, sofern er feststellt, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Soll die Gewährung einer staatlichen Beihilfe zu einer Ablehnung des Angebots führen, ist unverzichtbare Voraussetzung, dass das Angebot ursächlich wegen der Beihilfeleistung ungewöhnlich niedrig ist. Hingegen ist § 60 Abs. 4 VgV trotz nicht rechtmäßiger Gewährung einer Beihilfe nicht anzuwenden, wenn das Angebot nicht ungewöhnlich niedrig ist (*Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, VgV, 2017, § 60 Rn. 41; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.07.2002, Verg 22/02). Insofern ist nicht näher zu prüfen, ob tatsächlich ein zinsloses Darlehen gewährt worden ist, weil hier bereits zu Recht nicht von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot der Beigeladenen ausgegangen wurde.

2.6 Kein Verstoß wegen angeblich fehlender Zertifizierung der Beigeladenen

Schließlich liegt auch kein Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin vor, weil diese nicht geprüft hat, ob die Beigeladene die Zertifizierungsvorgaben rechtzeitig erbringen wird. Ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 53 Abs. 7 Satz 2 VgV ist nicht ersichtlich. Danach müssen die Angebote auch in Bezug auf die Eignungserklärungen vollständig sein. Gegebenenfalls besteht für den öffentlichen Auftraggeber aber auch die Möglichkeit der Nachforderung von unternehmensbezogenen Erklärungen gemäß § 56 Abs. 2 VgV.

Die Antragsgegnerin forderte vom Auftragnehmer in den Vergabeunterlagen, dass der mit der Leistungserbringung beauftragte Betrieb sowie die genutzten Anlagen bis spätestens sechs Monate nach Leistungsbeginn als Entsorgungsfachbetrieb nach EfbV in Bezug auf die gegenständlichen Leistungen zertifiziert sein oder über ein gleichwertiges Zertifikat verfügen müssen. Ein solcher Nachweis wäre ein Eignungsnachweis und wird in der Regel vor Erteilung des Zuschlags vorgelegt und geprüft.



Vorliegend hat die Antragsgegnerin aber bereits in den Vergabeunterlagen verfügt, dass sie diesen Eignungsnachweis erst später prüfen werde. Das ist ohne weiteres zulässig. Denn die Eignung eines Auftragnehmers muss noch nicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwingend vorliegen, sondern entscheidend ist der Zeitpunkt der Ausführung des Auftrages, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2012, Verg 4/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.2.2013, Verg 52/12. Das ist jedenfalls ausreichend, wenn der öffentliche Auftraggeber dies in den Vergabeunterlagen entsprechend angibt, was hier der Fall war.

Im Ergebnis war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen aus der Wertung zu nehmen. Da das Angebot der Beigeladenen nach der Wertung auf dem 1. Rang lag, kann der Zuschlag darauf erteilt werden. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war mithin als unbegründet zurückzuweisen.

III.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 GWB).

Ausgehend von einem Streitwert in Höhe von XXXX Euro, welcher sich aus dem geschätzten Auftragswert zu den streitgegenständlichen Losen für die gesamte Vertragslaufzeit einschließlich hälftiger Berücksichtigung der Verlängerungsoption ergibt, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXX,- Euro. Diese Gebühr ist der Antragstellerin aufzuerlegen.

Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Hier war die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Verteidigung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig. Dies gilt ebenfalls hinsichtlich der Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Beigeladene und die Erstattung ihrer diesbezüglichen Aufwendungen durch die Antragstellerin ist auch billig, weil sich die Beigeladene mit eigenen Anträgen und umfassenden Schriftsätzen am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.



gen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Gaidies