

**1. Vergabekammer
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt**



VK 43/2012

Leitsätze:

1. Vorschriften des Gemeindefirtschaftsrecht, die sog. nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten von Gemeinden sowie ihren Unternehmen und Einrichtungen regeln (hier: § 121 Abs. 2 Satz 1 HGO), entfalten keine dritt- bzw. bieterschützende Wirkung.
2. Eine Beteiligung von Kommunen in privater Rechtsform als Bieter in Vergabeverfahren ist rechtlich möglich und verzerrt nicht von vornherein den Wettbewerb.
3. Ungewöhnlich niedrige Angebote aufgrund staatlicher Beihilfen dürfen nicht ohne Weiteres von der Wertung ausgeschlossen werden.
4. § 19 EG Abs. 7 Satz 1 VOL/A schreibt nicht einen zwingenden Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten vor, bei denen nicht nachgewiesen ist, dass sie auf einer rechtmäßig gewährten staatlichen Beihilfe beruhen, sondern begründet nur die Berechtigung dazu.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen:

der Ausschreibung zur Vergabe von Restabfall, Bioabfall, Altpapier (Los 3) sowie von Sperrmüll (Los 4) für Offenes Verfahren nach VOL/A, (ABl. 2012/S

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden RD Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer ROR Markus Schwarz sowie die ehrenamtliche Beisitzerin TAR'in Claudia Denz-Kinzel ohne mündliche Verhandlung am 6. Dezember 2012 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 1.500,- € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin und Vergabestelle schrieb im Offenen Verfahren nach der VOL/A als Dienstleistung die Abfallfuhr von Restmüll, Bioabfall, Altpapier und Sperrmüll nach dem Abrufsystem in europaweit aus (Vergabestelle-Az.:

. Die Auftragsbekanntmachung wurde am August 2012 im Supplement zum Amtsblatt der EU - Nr. 2012/S - veröffentlicht. Der Auftrag wurde in zwei Lose aufgeteilt, wobei die Abgabe von Angeboten für ein oder mehrere Lose ermöglicht wurde. Die Vertragslaufzeit bzw. Beginn und Ende der Ausführungszeit wurde vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2019 bestimmt. Als alleiniges Zuschlagskriterium wurde das wirtschaftlich günstigste Angebot zu Grunde gelegt. Als Teilnahmebedingung war unter der Rubrik „Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister“ u.a. folgendes vorgegeben: „Angaben die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Aktuell gültige Zertifizierung nach EfbV (§ 52 KrW-/AbfG, ggf. § 56/57 KrWG), für ausländische Bieter ein gleichwertiger Nachweis“ (Ziff. III.2.1 der Auftragsbekanntmachung).

Die Antragsgegnerin forderte die Bieter zur Abgabe von Angeboten auf. Diese sollten dabei gemäß Ziff. 7 der Besonderen Bewerbungsbedingungen unter Verwendung eines bestimmten Formblattes die Nachunternehmer benennen sowie Art und Umfang der durch diese auszuführenden Leistungen angeben, wenn sie diese einzusetzen beabsichtigen.

Es wurden allein von Seiten der Antragstellerin und der Beigeladenen Angebote abgegeben. Dies geschah fristgerecht.

Die Beteiligten legten u.a. jeweils die geforderte Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb gemäß § 52 KrW-/AbfG vor. Die Antragstellerin erklärte auch, dass sie keinen Nachunternehmer zur Leistungserbringung einsetzen wird. Die Beigeladene erklärte hingegen, dass sie einen Nachunternehmer einsetzen wird, benannte diesen und gab dessen Leistungsbereich an. Es handelt sich dabei um den Dienstleistungsbetrieb der
einem Eigenbetrieb dieser Gemeinde i.S.v. § 1 Abs. 1
EigBGes. Dieser Nachunternehmer ist als Entsorgungsfachbetrieb gemäß § 52 KrW-/AbfG zertifiziert; die diesbezügliche Zertifizierung legte die Beigeladene ebenso vor.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2012 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass die Beigeladene den Auftrag erhalten solle, und informierte über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Zur Begründung führte sie aus, dass das Angebot der Antragstellerin in den beiden Losen jeweils nicht das wirtschaftlichste sei.

Die Antragstellerin rügte dies mit Schreiben vom selben Tage. Sie trug im Wesentlichen vor, dass der beabsichtigte Einsatz des Nachunternehmers kommunalrechtlichen Rechtsvorschriften zuwiderlaufe und sie in Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletze.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2012 teilte die Antragsgegnerin ihr mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen wird. Daraufhin trat die Antragstellerin mit Schreiben vom selben Tage der beabsichtigten Vergabe entgegen; u.a. rügte sie darin im Kern, dass diese sich wegen der Gewährträgerschaft der Stadt wettbewerbsverzerrend auswirken werde.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2012 stellte sie den vorliegenden Nachprüfungsantrag. Zur Begründung wiederholt sie im Wesentlichen den Vortrag ihrer Rüge. Zudem führte sie aus, dass der Tätigkeitsbereich des Nachunternehmers durch seine Betriebssatzung ausschließlich auf das Gebiet der Stadt begrenzt sei. Auch liege hier nicht eine Abfallbeseitigung im Sinne einschlägiger kommunalrechtlicher Vorschriften vor. Ferner führe die Gewährträgerschaft der Stadt sowohl zu Gunsten der Antragsgegnerin als auch zu Gunsten der Beigeladenen zu einer Wettbewerbsverzerrung gegenüber - wie in ihrem Fall - privatrechtlichen Bietern. Schließlich sei die zu Grunde gelegte Festpreisregelung rechtsunwirksam.

Sie beantragt u.a.,

1. Die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
2. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken;

3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Antragsgegnerin ihr die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis der Antragstellerin unzulässig sei, da wegen § 121 HGO kein subjektives Recht der Antragstellerin gegeben sei. Dies ergebe sich bereits daraus, dass hier mit der Abfallbeseitigung eine nicht wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde vorliege, die nicht dem Schutz privater Dritter diene. Zudem sei dem Nachunternehmer nicht verwehrt, auch außerhalb des Stadtgebietes von tätig zu sein. Auch sei ihr Vortrag zur vermeintlichen Wettbewerbsverzerrung präkludiert. Dies gelte ebenso für ihren Vortrag zum Festpreis, mit dem überdies die Verletzung spezifisch bieterschützender Vergabevorschriften nicht dargelegt sei; im Übrigen stelle die getroffene bedingte Festpreisregelung kein ungewöhnliches Wagnis dar.

Aufgrund des Beschlusses der Vergabekammer vom 8. November 2012 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren beigeladen und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese nahm sie auch schriftsätzlich wahr.

Am 9. November 2012 sah die Antragstellerin in die Vergabeunterlagen ein, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nicht zu versagen war.

Mit Verfügung vom 14. November 2012 wies die Vergabekammer die Beteiligten unter Darlegung von Gründen darauf hin, dass sie wegen Unzulässigkeit und wegen offensichtlicher Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages nach Lage der Akten entscheiden wird.

Dem trat die Antragstellerin entgegen, während die Antragsgegnerin und die Beigeladene erklärten, dass von einer mündlichen Verhandlung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, die zu einer anderen Bewertung führen können, als die Vergabekammer dargelegt hatte.

Mit Verfügung vom 30. November 2012 wies die Vergabekammer darauf hin, dass sie weiterhin eine Entscheidung nach Lage der Akten treffen wird.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig und – soweit zu prüfen war – wäre er auch offensichtlich unbegründet. Es konnte daher über diesen Antrag nach Lage der Akten entschieden werden (§ 112 Abs. 1 Satz 3 GWB).

1. Die Unzulässigkeit des Antrags beruht auf folgenden Gründen:
 - a) Die Antragstellerin ist nicht antragsbefugt. Die für die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB erforderliche Verletzung von Rechten der Antragstellerin nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften ist nicht gegeben.

Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei den als verletzt gerügten Vorschriften um bieterschützende Vergabevorschriften handelt; bieterschützend sind im Zweifel sämtliche Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB (Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 107 GWB Rn. 17). Die Schutzwirkung zu Gunsten der Antragstellerin ist im vorliegenden Fall aber nicht gegeben.

Die Drittschutzwirkung fehlt sowohl hinsichtlich der Betätigung der Beigeladenen als auch hinsichtlich der des Nachunternehmers.

- (1) Bei den hier relevanten Vorschriften des Gemeindegewirtschaftsrechts wird die drittschützende, mithin bieterschützende Wirkung des einschlägigen § 121 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGO zwar zunehmend grundsätzlich bejaht (s. Übersicht bei Kommunalverfassungsrecht Hessen (Stand: 30. Nachlieferung. Oktober 2012): Bennemann/Daneke/Meiß u.a.-Zabel, HGO, vor §§ 121-127c Rn. 37-38, § 121 Rn. 30 jeweils m.w.N.; s. ferner Schmidt/Kneip, HGO, 2. Auflage 2008, § 121 Rn. 5), was auch dem Anliegen des Gesetzgebers bei der Neuregelung dieser Vorschrift entspricht (LT-Drs. 16/2463S. 59, zu Art. 1 Nr. 30 [§ 121 HGO]) und nunmehr durch § 121 Abs. 1b HGO bekräftigt wird. Jedoch gilt die streitgegenständliche Abfallabfuhr gemäß § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO nicht als wirtschaftliche Tätigkeit, da es sich bei ihr um Abfallbeseitigung im Sinne dieser Vorschrift handelt; dazu zählen – wie hier, und was überdies die Antragstellerin verkennt – das Einsammeln und Befördern von Abfällen (Bennemann / Daneke/Meiß u.a.-Zabel, a.a.O., § 121 Rn. 40). Dies hat zur Folge, dass für die Tätigkeiten der letztgenannten Vorschrift – hier: Abfallbeseitigung – insbesondere die Regelungen des §121 Abs. 1 HGO nicht gelten (Bennemann/Daneke/Meiß u.a.-Zabel, a.a.O., § 121 Rn. 33; Schmidt/Kneip, a.a.O., § 121 Rn. 7). Demnach wird insoweit keine bieter- bzw. drittschützende Wirkung entfaltet. Dies ist auch hier der Fall, wobei – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – insoweit unerheblich ist, ob hier ein sog. Hoheitsbetrieb vorliegt, da diese ihre Rechtsbeziehungen auch privatrechtlich gestalten können (Bennemann/Daneke/Meiß u.a.-Zabel, a.a.O., § 121 Rn. 32).

dass Wettbewerbsvorteile, die sich auf Grund zulässiger Beihilfen ergeben, als Ergebnis rechtmäßigen staatlichen Handelns und als rechtmäßig erlangte Wettbewerbsposition hinzunehmen sind (Koenig/Hentschel NZBau 2005, S. 289, 290 m.w.N.; Reidt, Anm. zu OLG Koblenz, VergabeR 2010, S. 288). So dürfen etwa ungewöhnlich niedrige Angebote aufgrund staatlicher Beihilfen nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden (Pünder/Schellenberg-Ruhland, a.a.O., § 19 EG VOL/A Rn. 9). Mit diesen Vorschriften wurden auf europarechtlicher Ebene zugleich die Maßstäbe für die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen gesetzt (Koenig/Hentschel, a.a.O., S. 294).

Soweit die Antragstellerin sich auf den Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2004/17/EG beruft, steht dies dem nicht entgegen. Denn zum einen haben die Erwägungsgründe lediglich eine empfehlende Wirkung (vgl. nur Hausmann GewArch 2012, S. 107, 111 [Fn. 55]), zum zweiten wurde dem Erwägungsgrund Rechnung getragen, indem die ebengenannten Richtlinien in nationales Recht umgesetzt wurden - hier mit den einschlägigen Regelungen in § 19 EG VOL/A.

Zwar kommt § 19 EG VOL/A bieterschützenden Charakter zu (Pünder / Schellenberg-Ruhland, a.a.O., § 19 EG VOL/A Rn. 3), jedoch schreibt der einschlägige § 19 EG Abs. 7 VOL/A gerade nicht einen zwingenden Ausschluss von Angeboten vor, wenn das ungewöhnlich niedrige Angebot auf einer rechtswidrigen Beihilfe beruht, sondern begründet nur ein Berechtigung dazu (s. Koenig / Hentschel, a.a.O., S. 294; s. Pünder / Schellenberg-Ruhland, a.a.O., § 19 EG VOL/A Rn. 9; s. Ziekow / Völlink-Vavra-Herrmann, a.a.O., § 19 EG VOL/A Rn. 3, Ziekow / Völlink-Herrmann, a.a.O., § 16a VOB/A Rn. 15; s. OLG Koblenz, Beschluss vom 28. Oktober 2009 - 1 Verg 8/09 - „Schülerbeförderung“, in: VergabeR 2010, S. 284, 287). Dafür liegen hier jedoch nicht die Voraussetzungen dieser Vorschrift vor, weil zum einen ausweislich des Vergabevermerkes vom 27. September 2012 schon keine Anhaltspunkte für ein ungewöhnlich niedriges Angebot der Beigeladenen vorlagen und zum zweiten eine Aufforderung zum Nachweis des Erhalts einer rechtmäßigen Beihilfe nicht erfolgte.

- b) Auf die Frage, ob die Rüge hinsichtlich der Wettbewerbsverzerrung, welche die Antragstellerin erst mit Schreiben vom 15. Oktober 2012 erhoben hat, präkludiert sein könnte, kommt es nicht mehr an, da insoweit bereits die Antragsbefugnis fehlt.
2. Die Antragstellerin ist mit ihrem Vortrag, der streitgegenständlichen Betätigung liege ein vergabe- bzw. wettbewerbswidriger Festpreis zu Grunde bzw. es fehle eine Preisanpassungsklausel, bereits gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, da sie die diesbezüglich Rüge nicht vor dem Nachprüfungsantrag erhoben hat.

Dessen ungeachtet wäre der Antrag aus folgenden Erwägungen unbegründet:

- a) Die offensichtliche Unbegründetheit beruht - was ausreichend ist (VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17. März 2006 - Az.: VK-SH 02/06 -; Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 112 GWB Rn. 18) - auf der eindeutigen Rechtslage in Bezug auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt, von der die Vergabekammer nach Vorlage der Vergabeakten und Austausch der Schriftsätze der Beteiligten überzeugt ist. Die Rechtslage ergibt sich bereits unmittelbar aus einschlägigen Rechtsvorschriften und aus einschlägiger Rechtsprechung. Danach darf davon ausgegangen werden, dass sich durch eine mündliche Verhandlung keine andere Bewertung ergeben hätte (Reidt / Stickler / Glahs-Reidt, a.a.O., § 112 GWB Rn. 19; Pünderm / Schellenberg-Bungenberg, a.a.O., § 112 GWB Rn. 20).
- b) Hinsichtlich der Abfallbeseitigung ist ein Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens i.S.v. § 97 Abs. 7 GWB nicht gegeben. Zur Begründung wird auf die vorstehenden Ausführungen zum Gemeindefachrecht, namentlich zur Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes, verwiesen. Um Wiederholungen zu vermeiden, sei lediglich hervorgehoben, dass gemäß § 121 Abs. 5 HGO das Territorialprinzip weitgehend aufgehoben hat, indem die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes erlaubt ist (Schmidt/Kneip, a.a.O., §122 Rn. 1 und 11). Dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift unterfallen aber nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nicht-wirtschaftliche Betätigungen. Bei den Tätigkeiten, die in § 121 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 HGO aufgezählt sind, sind die Anforderungen von § 121 Abs. 5 Nr. 1 HGO nicht anwendbar (Bennemann/Daneke/Meiß u.a.-Zabel, a.a.O., § 121 Rn. 43). Zu diesen Tätigkeiten zählt auch die Abfallbeseitigung (§ 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO), die hier streitgegenständlich ist. Damit darf - unbeschadet von §121 Abs. 5 Nr. 1 HGO - die Beigeladene sich im Falle eines Zuschlages auch im Gebiet der Antragsgegnerin betätigen.
- c) Hinsichtlich eines Vergabeverstoßes wegen Wettbewerbsverzerrung wurde - wie vorstehend dargelegt - die gesetzgeberische Grundwertung getroffen, dass die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen in privater Rechtsform, namentlich deren Beteiligung als Bieter in einem Vergabeverfahren, möglich ist (s. nur Hertwig, a.a.O., S. 356). Ein Ausschluss von diesen ist nicht zwingend (s. OLG Koblenz, Beschluss vom 28. Oktober 2009 - 1 Verg 8/09 - „Schülerbeförderung“, in: VergabeR 2010, S. 284, 287, zumal die Voraussetzungen vom in Betracht zu ziehenden § 19 Abs. 7 VOL/A nicht gegeben sind).
- d) Hinsichtlich des Festpreises bzw. der fehlenden Preisanpassungsklausel liegt ebenso wenig solch ein Verstoß vor. Denn nach der einschlägigen Rechtsprechung wird damit der Antragstellerin kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25. Februar 2010 - Az.: 11 Verg 1/10 -; VK Hessen, Beschluss vom 14. September 2009 - Az.: 69 d VK-47/2009 -).

Die Rechtsprechung wendet das Wagnisverbot weiterhin an (VK Hessen, Beschluss vom 19. September 2011 - Az.: 69 d VK-31/2011 -, Beschluss vom 24. Oktober 2011 - Az.: 69 d VK-35/2011 -; OLG Dresden, Beschluss vom 2. August 2011 - Az.: Verg 0004/11 -).

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Die Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer ist gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB von der Antragsgegnerin zu tragen.
2. Die Gebührenpflicht für Amtshandlungen der Vergabekammer beruht auf § 128 Abs. 1 GWB. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Verfahrens. Aufgrund des von der Antragstellerin angebotenen Preises ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zu Grunde legt, eine Gebühr von 3.050,-- €; diese Gebühr konnte aus Gründen der Billigkeit in Anbetracht der gleichgelagerten Sach- und Rechtslage in den beiden Verfahren 69 d VK 41/2012 und 69 d VK 43/2012 jeweils auf 1.500,-- € reduziert werden.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB). Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und der zu klärenden Rechtsfragen notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 80 HVwVfG).