



**Beschluss 32-09/01
vom 23.10.2001**

**Vollzug der Bayer. Nachprüfungsverordnung (BayNpV)
Nachprüfungsverfahren**

**Leistung: Sortierung und Verwertung von Altpapier im Zuständigkeitsbereich der
Stadt X**

**Vergabestelle: Stadt X
vertreten durch : Rechtsanwälte**

**Vergabekammer: Südbayern
Vorsitzender: Franz Nikui
Hauptamtlicher Beisitzer: Wolfgang Friedl
Ehrenamtlicher Beisitzer: Michael Zwisler**

**Beigeladene : YYY GmbH
Vertreten durch : Rechtsanwälte**

Nachprüfungsantrag der Rechtsanwälte ... in Vertretung der R GmbH vom 13.09.2001

Die Regierung von Oberbayern - Vergabekammer Südbayern - erlässt folgenden

Beschluss:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den streitgegenständlichen Auftrag ohne förmliches Verfahren an die Beigeladene zu vergeben.
2. Falls die Antragsgegnerin den streitgegenständlichen Auftrag erneut vergeben will, hat sie dabei die Rechtsauffassung der Vergabekammer Südbayern zu beachten.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens zu gleichen Teilen zu tragen.
4. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von 5.000,00 DM festgesetzt. Die Antragsgegnerin ist von der Zahlung der Gebühr befreit. Auslagen sind nicht angefallen.
5. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.

Gründe:

I. Sachverhalt:

1.
Die Stadt X, nachfolgend Antragsgegnerin genannt, ist für ihren Stadtbereich entsorgungspflichtige Körperschaft i. S. v. Art. 3 Abs. 1 BayAbfG. Im Zuge dieser Verpflichtung wurde die Leistung „Sortierung und Verwertung von Altpapier“, seit längerem von der R GmbH, nachfolgend Antragstellerin genannt, für die Antragsgegnerin auf der Grundlage eines Liefer- und Abnahmevertrages vom Januar 1997 erbracht.

2.

Mit Schreiben vom 24.01.2001 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie, wie der Antragstellerin bekannt sei, dem Abfallbeseitigungszweckverband X -AZV- angehöre. Zur Erfüllung seiner Entsorgungsaufgaben habe sich der AZV mehrheitlich an der YYY GmbH -YYY- als Eigentümerin der Abfallverwertungsanlage beteiligt. Im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Auslastung der Anlage seien AZV und YYY sehr daran interessiert, das gesamte Altpapier aus den Erfassungssystemen der Antragsgegnerin abzunehmen. Dies könne erstmals nach Kündigung des Liefer- und Abnahmevertrages zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin zum Ende dieses Jahres ab 01.01.2002 realisiert werden. Selbstverständlich stehe für die Antragsgegnerin Qualität und Wirtschaftlichkeit ihrer eigenen Entsorgungsaufgaben weiter im Vordergrund. Sie bitte die Antragstellerin in Anbetracht der langjährigen erfolgreichen und äußerst angenehmen Zusammenarbeit deshalb für die Zeit ab dem 01.01.2002 ein neues Preisangebot vorzulegen.

Die Antragsgegnerin forderte diesbezüglich auch die YYY GmbH auf, ein entsprechendes Angebot abzugeben. Die Antragstellerin legte ihr Angebot mit Schreiben vom 16.05.2001 vor. Die Prüfung und Wertung der vorgelegten Angebote führte dazu, dass der Abfallwirtschafts- und Stadtreinigungsbetrieb der Antragsgegnerin in einer Beschlussvorlage vom 12.06.2001 dem Stadtrat empfahl, den Vertrag mit der YYY GmbH zu schließen.

Am 04.07.2001 fand ein Gespräch zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin bezüglich der vorgesehenen neuen Auftragsvergabe statt. Dabei wurde von der Antragstellerin angeboten, als Subunternehmer für die YYY GmbH weiterhin zur Verfügung zu stehen. Der YYY GmbH würden dann modifizierte Preise ähnlich denen an die Antragsgegnerin angeboten.

Der Stadtrat der Antragsgegnerin beschloss in der nichtöffentlichen Sitzung vom 05.07.2001, der Beschlussvorlage vom 12.06.2001 zu folgen und mit der YYY GmbH einen Vertrag über die Erbringung der streitgegenständlichen Leistung zu schließen.

Mit Schreiben vom 07.06.2001 kündigte die Antragsgegnerin den bestehenden Liefer- und Abnahmevertrag mit der Antragstellerin fristgerecht zum 31.12.2001. Die zwischen der Antragstellerin und der YYY bezüglich einer möglichen Subunternehmerbeauftragung geführten Verhandlungen führten dazu, dass die Antragstellerin am 20.07.2001 ein konkretes Preisangebot vorlegte.

Aufgrund einer vorherigen Anfrage teilte die Kanzlei ... mit Schreiben vom 31.08.2001 der Konzernmutter der Antragstellerin mit, dass nach ihrer Meinung die Vergabe des streitgegenständlichen Vertrages europaweit ausschreibungspflichtig sei, da es sich hierbei nicht um eine sog. „Inhouse-Vergabe“ handle. Falls die Antragsgegnerin gleichwohl ohne europaweite Ausschreibung einen Vertrag mit der YYY schließen wolle, sei dies eindeutig vergaberechtswidrig. Falls hierdurch ein Unternehmen ihrer Gruppe benachteiligt würde, so empfehle es sich, den beabsichtigten Vertragsschluss gegenüber der Antragsgegnerin zu rügen.

Mit Schreiben vom 05.09.2001 an die Antragsgegnerin rügte die Antragstellerin daraufhin die geplante Auftragsvergabe an die YYY GmbH. Sie erklärte dabei, dass sie der Antragsgegnerin bereits während des persönlichen Gespräches am 03.09.2001 mitgeteilt habe, dass sie es vergaberechtlich für unzulässig halte, wenn der Vertrag über die Altpapierentsorgung, den die Antragstellerin noch bis 31.12.2001 halte, ohne öffentliche Ausschreibung an die YYY GmbH vergeben werde. Sie rügte diese Auftragsvergabe und fordere die Antragsgegnerin auf, ihre Entscheidung zu revidieren und den Auftrag auf Grund eines Vergabeverfahrens mit europaweiter Ausschreibung zu vergeben.

3.

Nachdem die Antragsgegnerin keine Anstalten machte, der Rüge nachzukommen, stellte die Antragstellerin, nunmehr bevollmächtigt vertreten durch die Rechtsanwälte ..., mit Schreiben vom 13.09.2001 bei der Vergabekammer Südbayern einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie beantragte, dass

- der Antragsgegnerin untersagt werde, den Auftrag der Sortierung und/oder Vermarktung von Altpapier, das im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin anfällt, ohne öffentliche Ausschreibung gemäß VOL/A an die YYY GmbH zu vergeben;

- die Antragsgegnerin verpflichtet werde, die Sortierung und/oder Vermarktung von Altpapier, das im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin anfällt, nur in einem Vergabeverfahren gemäß VOL/A zu vergeben, sofern diese Aufgaben nicht durch die Antragsgegnerin selbst erledigt werden;
- die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig erklärt werde und
- der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen seien.

Sie begründete ihre Anträge im wesentlichen damit, dass es sich hierbei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB handle. Es gehe um die Sortierung und Verwertung bzw. Vermarktung von Altpapier. Zivilrechtlich betrachtet handle es sich um einen Werkvertrag bzw. werkvertragsähnlichen Vertrag, abfallrechtlich um eine sog. Drittbeauftragung im Sinne von § 16 Abs. 1 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG). Der Schwellenwert in Höhe von 200.000 Euro (§ 2 Nr. 3 VgV) dürfe ohne weiteres überschritten werden. Die Voraussetzungen für eine Ausschreibung im offenen Verfahren seien damit gegeben. Gründe, die es ausnahmsweise rechtfertigen könnten, von dieser Ausschreibung abzusehen, seien nicht ersichtlich. Insbesondere sie hier kein Fall einer sog. „Inhouse-Vergabe“ gegeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH liege eine solche nur vor, wenn der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfüge oder wenn eine Gebietskörperschaft den Auftrag an eine Person ver gebe, über die sie eine Kontrolle „wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft“ verrichte. Diesbezüglich gehe die ganz herrschende Auffassung im deutschen Schrifttum und in der Spruchpraxis der Vergabekammern dahin, dass ein Fall der „Inhouse-Vergabe“ nur dann vorliege, wenn eine Kommune den Auftrag an ihre 100 %-ige Eigengesellschaft vergibt. Eine lediglich 51 %-ige Anteilsmehrheit der Kommune solle jedenfalls nicht ausreichen. Die YYY GmbH sei ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen, an dem zu 51 % der Abfallzweckverband X, Körperschaft des öffentlichen Rechts, und zu 49 % die S Entsorgungsgesellschaft mbH beteiligt sind. An letzterer seien rein private Unternehmen der Energieversorgungswirtschaft beteiligt. Mitglieder des Abfallzweckverbandes X seien offensichtlich die Stadt X, der Landkreis X und der Landkreis XX, wohl zu gleichen Teilen. Im Ergebnis halte die Antragsgegnerin - mittelbar - lediglich eine deutliche Minderheitsbeteiligung an der YYY GmbH. Lediglich eine Minderheitsauffassung wolle u. U. eine Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers von 51 % an dem Auftragnehmerunternehmen für ausreichend halten, auch dies jedoch nur, wenn zusätzliche gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen wie unmittelbare Weisungsrechte getroffen worden seien. Die Frage der Richtigkeit dieser Mindermeinung in der Literatur könne hier indes dahinstehen. Unter keiner Betrachtungsweise übe die Antragsgegnerin eine Kontrolle über die YYY GmbH „wie über eine eigene Dienststelle“ aus. Sie halte lediglich eine mittelbare Minderheitsbeteiligung. Insofern komme eine ausschreibungsfreie „Inhouse-Vergabe“ von vorneherein nicht in Betracht. Offen sei für die Antragstellerin, ob die zweite Voraussetzung für eine „Inhouse-Vergabe“, dass nämlich die YYY GmbH ihre Tätigkeit „im wesentlichen für die Gebietskörperschaft“ verrichte, gegeben ist. Abschließend sei bemerkt, dass auch keine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach § 100 Abs. 2 lit. g) GWB in Betracht komme. Die YYY GmbH verfüge nicht über „ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung“. Ein solches könne auch nicht in abfall- und vergaberechtlich zulässiger Weise begründet werden.

4.

Die Vergabekammer Südbayern leitete am 13.09.2001 das Nachprüfungsverfahren ein, stellte den Antrag der Antragsgegnerin zu und forderte die Vergabeakten an. Die Antragsgegnerin legte die Vergabeunterlagen am 25.09.2001 und 27.09.2001 in der Geschäftsstelle der Vergabekammer Südbayern vor.

Mit Schreiben vom 25.09.2001 nahm die Antragsgegnerin, nunmehr bevollmächtigt vertreten durch die Rechtsanwälte ..., zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Stellung. Sie beantragten dabei, dass

- die Anträge der Antragstellerin zurückgewiesen werden und

- die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens trage.

Sie begründete ihre Anträge im wesentlichen damit, dass es sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht um eine Minderbeteiligung der Antragsgegnerin an der YYY GmbH handle. Desweiteren führe die mittelbare Beteiligung der Antragsgegnerin an der YYY nicht dazu, dass nicht mehr von einer sogenannten Inhouse-Vergabe ausgegangen werden könne. Ausweislich § 2 der Satzung der YYY GmbH (YYY GmbH) bestehe deren Unternehmensgegenstand darin, den Bau und Betrieb von Abfallverwertungs- und -behandlungsanlagen für Siedlungsabfälle, die im Gebiet des Abfallbeseitigungszweckverband X (AZV), einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, anfallen, durchzuführen. Die YYY GmbH sei folglich mit dem Zweck gegründet worden, die Abfallentsorgung im wesentlichen der Antragsgegnerin zu gewährleisten. Hierzu seien die Beteiligungsverhältnisse im einzelnen darzulegen. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin mittelbar über den AZV an der YYY GmbH zu 51 % beteiligt sei. Eine Willensbildung in dieser Gesellschaft gegen die Antragsgegnerin sei nicht möglich. Gemäß § 5 Abs. 2 der Gesellschaftssatzung der YYY GmbH bestehe die Gesellschafterversammlung aus insgesamt fünf Mitgliedern. Drei Gesellschafter würden vom AZV entsandt, lediglich zwei Gesellschafter von der ZZ Entsorgungsgesellschaft mbH. § 5 Abs. 7 der Satzung bestimme, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen des vertretenen Stammkapitals gefasst würden. Gemäß § 5 Abs. 8 der Satzung würden je 10.000,00 DM eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren. Dies führe dazu, dass gegen die Mehrheit des AZV keine Beschlussfassung in der YYY GmbH möglich sei. Darüber hinaus werde die Gesellschafterversammlung gemäß § 5 Abs. 9 der Satzung von einem Vorsitzenden geleitet, der ausschließlich vom AZV gestellt werde. Der Aufsichtsrat der YYY GmbH bestehe aus 20 Mitgliedern, wovon 12 vom AZV und lediglich 8 Vertreten von der ZZ Entsorgungsgesellschaft mbH entsandt würden. Darüber hinaus nehme an den Aufsichtsratssitzungen je ein Referent der Mitgliedskörperschaften des AZV - somit auch der Antragsgegnerin - mit beratender Funktion teil. Daraus folge, dass auch das Aufsichtsratsgremium der YYY GmbH von der Antragsgegnerin beherrscht werde. § 7 Abs. 4 der Satzung bestimme, dass Beschlüsse des Aufsichtsrats, die sich auf Aufgaben gemäß § 8 Abs. 5 der Satzung beziehen, mit einer Mehrheit von mindestens 14 Stimmen gefasst werden, im übrigen die einfache Mehrheit der Stimmen die Beschlussfassung erwirke. Auch dies zeige, dass die Antragsgegnerin auf die Geschäftstätigkeit der YYY GmbH über ihr Aufsichtsorgan wesentlichen Einfluss ausübe, da eine Beschlussfassung gegen den Willen der Antragsgegnerin nicht möglich sei. Der Aufsichtsrat sei zudem nur beschlussfähig, wenn mindestens 14 Mitglieder anwesend seien. Daraus folge, dass der Aufsichtsrat ohne die Mitglieder des AZV seine Beschlussfähigkeit nicht erreiche. Dies bedeute, dass die Antragsgegnerin als über den AZV wesentlich Mitbeteiligte der YYY GmbH die Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft direkt kontrollieren könne. Diese Kontrolle gehe über regelmäßige Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsrates nach dem AktienG oder GmbHG hinaus. Zudem sei nahezu jede einfache Geschäftstätigkeit der YYY GmbH ohne die Zustimmung des Aufsichtsrates nicht möglich. Auch sei der Antragsgegnerin mittelbar über den AZV das Recht eingeräumt, im Rahmen der Abschlussprüfung auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung prüfen zu lassen. Im Ergebnis müsse daher davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin über den AZV die YYY GmbH wie eine eigene Dienststelle kontrollieren und deren Geschäftstätigkeit bestimmen könne. Daneben übe die Antragsgegnerin auf den AZV ebenfalls einen wesentlichen Einfluss in der Art aus, dass gegen die Antragsgegnerin eine Willensbildung im Zweckverband nicht möglich sei. Auch trage die Antragsgegnerin mehrheitlich die Kostenlast des Zweckverbandes. Es sei davon auszugehen, dass bereits der Abfallzweckverband auf Grund der satzungsmäßig geregelten Einflussmöglichkeit der Antragsgegnerin wie eine Dienstabteilung der Antragsgegnerin zu behandeln sei. Nach alledem sei festzustellen, dass die Antragsgegnerin über den AZV Einfluss auf die YYY GmbH wie über eine eigene Dienststelle ausübe und die YYY GmbH zudem im wesentlichen Aufgaben der Antragsgegnerin erfülle, mithin im wesentlichen für diese tätig sei. Damit seien die vom EuGH für eine Inhouse-Vergabe geschaffenen Voraussetzungen erfüllt mit der Folge, dass die Vergabe des hier streitgegenständlichen Auftrages keiner europaweiten Ausschreibung bedürfe.

Mit Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 26.09.2001 wurde die YYY GmbH zum Nachprüfungsverfahren beigegeben.

Die Antragsgegnerin nahm mit Schreiben vom 27.09.2001 weiter Stellung zu dem ihrer Ansicht nach unzulässigen Nachprüfungsantrag der Antragstellerin. Sie führte dabei aus, dass die Antragstellerin in

ihrer Antragschrift vortrage, sie habe offenkundig ein Interesse an der Erteilung des hier streitgegenständlichen Auftrages, der ihr bis zum 31.12.2001 übertragen sei. Die Antragstellerin wolle sich abermals um diesen Auftrag bewerben, woran sie durch das angeblich vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin gehindert sei, so dass ihr ein Schaden zu entstehen drohe. Dieser Vortrag müsse als sachlich unzutreffend zurückgewiesen werden. Der Antragstellerin drohe kein Schaden mit der Folge, dass ihr Nachprüfungsantrag unzulässig sei. § 107 GWB solle verhindern, dass ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebotes und auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, ein gegebenenfalls investitionshemmendes Nachprüfungsverfahren einleiten könne. Nach der Rechtsprechung des BayObLG erfordere die Darlegung des potentiellen Schadens jedenfalls einen Vortrag, aus dem sich schlüssig die Möglichkeit eines solchen Schadens ergebe. Insofern sei auch die Darlegung der Kausalität für den Schaden erforderlich. Im vorliegenden Fall begnüge sich die Antragstellerin mit der lapidaren Behauptung, sie wolle sich um eine Vergabe bewerben, ohne allerdings auf einen eventuell entstehenden Schaden näher einzugehen. Offensichtlich sehe die Antragstellerin daher den ihr drohenden Schaden darin, kein Angebot abgeben zu können. Dann drohe der Antragstellerin aber kein Schaden, da sie der Antragsgegnerin bereits ein Angebot unterbreitet habe. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 16.05.2001, welches an das Amt für Abfallwirtschaft und Stadtreinigung der Antragsgegnerin gerichtet worden sei, unterbreitete die Antragstellerin ein detailliertes Angebot für die Sortierung, Pressung und Vermarktung des Papiers aus der sog. „grünen Tonne“ der Antragsgegnerin. Ein Nachteil der Antragstellerin könne somit gar nicht entstehen, wenn die Antragsgegnerin - sollte sie überhaupt dazu verpflichtet sein, die Vergabe eines Auftrages zur Sortierung, Pressung und Vermarktung nicht ausschreiben würde. Denn die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin bereits ein Angebot zukommen lassen, was diese auch zur Kenntnis genommen habe. Die öffentliche Ausschreibung würde die Antragstellerin somit nicht besser stellen, da sie dann auch nur ein Angebot abgeben könne, ohne den Anspruch auf einen Zuschlag zu erhalten. Vor diesem Hintergrund beantrage die Antragsgegnerin,

- ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden,

da der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig sei (vgl. § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB).

Die Antragstellerin trat den Schriftsätzen der Antragsgegnerin vom 25.09.2001 und 27.09.2001 mit Schreiben vom 04.10.2001 entgegen. Sie erklärte dabei, dass, soweit die Antragsgegnerin vortrage, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da der Antragstellerin kein Schaden drohe, dies nicht nachvollziehbar sei. Die Antragstellerin habe glaubhaft vorgetragen, sie wolle sich auf die rechtlich gebotene Ausschreibung des Auftrages bewerben und den Zuschlag erhalten. Dies sei schon deshalb glaubhaft, weil die Antragstellerin bisher Auftragnehmerin der Antragsgegnerin war. Führe die Antragsgegnerin vergaberechtswidrig keine Ausschreibung des Auftrages durch, sondern vergebe sie den Auftrag - wie beabsichtigt- freihändig an die YYY GmbH, so habe die Antragstellerin keine Chance, den Zuschlag zu erhalten. Ihr entgehe ein Auftrag und damit auch der hieraus resultierende Gewinn. Damit sei die Zulässigkeitsvoraussetzung gemäß § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ohne weiteres erfüllt. Ein drohender Schaden liege nach allgemeiner Auffassung bereits dann vor, wenn die geltend gemachte Rechtsverletzung die Chance des Antragstellers, den Zuschlag zu erhalten, schmälert. Das Angebot der Antragstellerin vom 16.05.2001 führe zu keiner anderen Bewertung. Die Antragsgegnerin habe seinerzeit die Antragstellerin aufgefordert, ein solches Angebot zu unterbreiten. Dies sei lange vor der Entscheidung der Antragsgegnerin, den Auftrag statt dessen an die YYY GmbH zu vergeben und selbst vor der Kündigung des noch laufenden Auftrages der Antragstellerin. Dieses Angebot dürfte auch nicht mehr wirksam sein (§ 147 Abs. 2 BGB). Jedenfalls ändere das Angebot der Antragstellerin nichts daran, dass dieser ein Schaden drohe. Der streitgegenständliche Auftrag wäre nach Maßgabe der Bestimmungen des zweiten Abschnitts der VOL/A öffentlich auszuschreiben. In einem geordneten vergaberechtlichen Ausschreibungsverfahren hätten die Bieter Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften und der grundlegenden Vergabegrundsätze. Derlei vergaberechtliche Bindungen seien bei einer freihändigen Vergabe des Auftrages, wenn sie zulässig sei, nicht zu beachten. Durch Nichtausschreibung des Auftrages würden folglich die Aussichten der Antragstellerin, den Auftrag zu erhalten, ganz wesentlich geschmälert. Durch die beabsichtigte Vergabe an ein Unternehmen, an dem die Antragsgegnerin selbst beteiligt ist, entstehe der Antragstellerin ohne Zweifel ein Wettbewerbsnachteil und es drohe ihr ein Schaden i. S. d. § 107 GWB. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag zulässig, da durch die Nichtausschreibung

und freihändigen Vergabe des Vertrages an die YYY GmbH die Antragstellerin kein Angebot in einem förmlichen Ausschreibungsverfahren unterbreiten könne, auf dessen vergaberechtlich korrekte Berücksichtigung und Wertung sie Anspruch hätte. Hierdurch drohe ihr ein Schaden im Sinne von § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Die Antragsgegnerin berufe sich auf das Vorliegen einer Inhouse-Vergabe. Dabei verkenne sie allerdings die Anforderungen, die an eine solche zu stellen seien. Die Inhouse-Vergabe sei eine sehr strenge und damit streng anzuwendende Ausnahme von dem Grundsatz der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Wettbewerb. Sie setze eine Beherrschung des Auftragnehmers durch den öffentlichen Auftraggeber voraus, die weit über eine bloße Mehrheitsbeteiligung hinausgehe. Hier verfüge die Antragsgegnerin nicht einmal über eine Mehrheitsbeteiligung. Die Antragsgegnerin selbst umschreibe dies mit den Worten, dass eine Willensbildung in der Gesellschaft gegen sie nicht möglich sei. Ein derartiges „Vetorecht“ stelle selbstverständlich nicht die für eine Inhouse-Vergabe erforderliche Beherrschung des Unternehmens „wie eine eigene Dienststelle“ dar. Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass die YYY GmbH auch nicht ihre Tätigkeit „im wesentlichen“ für die Antragsgegnerin verrichte. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der deutschen Rechtsprechung sowie im Schrifttum sei davon auszugehen, dass eine Inhouse-Vergabe nur an eine 100 %-ige Eigengesellschaft des Auftraggebers in Betracht komme. Die vorliegenden Mindermeinungen bzw. differenzierenden Auffassungen ließen eine bloße mehrheitliche Beteiligung von 51 % ebenfalls nicht ausreichen, sondern fordern darüber hinausgehende gesellschaftsrechtliche Weisungs- und Einflussnahmerechte des öffentlichen Auftraggebers. Für den vorliegenden Fall sei festzuhalten, dass die Antragsgegnerin die YYY GmbH keineswegs „wie eine eigene Dienststelle“ beherrsche. Unabhängig voneinander fehle es hierbei an der erforderlichen Beherrschung des AZV durch die Antragsgegnerin und an der Beherrschung der YYY GmbH durch den AZV. Offensichtlich sei auch die weitere Voraussetzung einer Inhouse-Vergabe, nämlich dass die YYY GmbH ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Antragsgegnerin verrichtet, nicht gegeben.

5.

Die Beteiligten wurden mit Schreiben der Vergabekammer Südbayern vom 08.10.2001 zur mündlichen Verhandlung am 11.10.2001 geladen.

Mit Schreiben vom 04.10.2001, bei der Vergabekammer Südbayern eingegangen am 09.10.2001, teilte die Beigeladene mit, dass sie sich den Anträgen der Antragsgegnerin anschliese und ihrerseits zusätzlich beantrage, dass

- die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig erklärt werde und
- die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen habe.

Die Beigeladenen begründete ihre Anträge im wesentlichen damit, dass die Antragstellerin den behaupteten Rechtsverstoß nicht rechtzeitig nach § 107 Abs. 3 GWB gerügt habe. Die Antragstellerin habe sich vielmehr selbst widersprüchlich verhalten, indem sie zunächst mit der Antragsgegnerin über eine Auftragsvergabe verhandelt und erst längere Zeit nach diesen Verhandlungen Einwände erhoben habe. Gerade ein solches Verhalten solle aber nach den Bestimmungen des GWB zum Verlust der Nachprüfungsmöglichkeit führen. Der Antragstellerin sei seit Mai 2001 bekannt, dass die streitgegenständliche Leistung ohne Ausschreibung vergeben werden sollte. Ob die Antragstellerin einen Subunternehmerauftrag von der Beigeladenen erhalten würde oder nicht, habe die rechtliche Einschätzung des Verhaltens der Antragsgegnerin nicht beeinflussen können. Schon seit Juli 2001 sei der Antragstellerin klar gewesen, dass sie kein unmittelbares Auftragsverhältnis mit der Antragsgegnerin begründen würde. In der Tat aber hat die Antragstellerin ihre Rüge nach eigenem Vortrag erst am 03.09.2001 angebracht, wie sie in ihrem Nachprüfungsantrag vom 13.09.2001 vorgetragen hat. Jeder zeitliche Zusammenhang mit der Kenntnis des Sachverhalts im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB sei damit verloren. „Unverzüglichkeit“ im Sinne von § 121 BGB sei damit nicht gegeben.

Weiter liege im vorliegenden Fall aufgrund der Überlegungen, die bei der Gründung der Beigeladenen und der Errichtung ihrer Abfallbeseitigungsanlage maßgeblich gewesen und die durch

die nachfolgenden Rechtsänderungen und die nicht vorhersehbaren Entwicklungen im gesamten Müllaufkommen überholt worden seien, ein öffentlich rechtlich zu beurteilender Ausnahmefall, nämlich die zwingende Nutzung von Überkapazitäten der Abfallbeseitigungsanlage, vor. Dies rechtfertige im vorliegenden Fall eine Ausnahme vom Vergaberecht anzunehmen. Zur Frage der „Inhouse-Vergabe“ schließe sie sich den Ausführungen der Antragsgegnerin an. Mit Schreiben vom 10.10.2001 schloss sich die Antragsgegnerin den Ausführungen der Beigeladenen in deren Schriftsatz vom 04.10.2001 vollumfänglich an und führte im Zusammenhang mit der Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ ergänzend aus, dass die vom EuGH mit Urteil vom 18.11.1999 vorgegebenen Merkmale lediglich Anhaltspunkte sein könnten, anhand dessen sich eine Inhouse-Vergabe zu orientieren habe. Von daher gehe die Antragstellerin in ihrer selbst formulierten Zusammenfassung richtig davon aus, dass entscheidend die faktische Kontrolle der Auftragnehmerin durch die Auftraggeberin sei, so dass der Vorgang einer internen Aufgabenverteilung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft gleichkomme. Vor diesem Hintergrund sei zu berücksichtigen, dass beispielsweise das Merkmal einer 100 %igen Beteiligung des Auftraggebers am Unternehmen der Auftragnehmerin lediglich einen Hinweis darstelle, nicht hingegen ein strenges Kriterium. Es sei auch nicht ausgeschlossen, dass wenn gesellschaftsrechtliche Instrumente hinsichtlich der Beherrschung gerade nicht gewählt worden seien, dennoch von einer entsprechenden Einflussmöglichkeit, die eine Inhouse-Vergabe hervorrufen würde, gesprochen werden könnte. Als Mehrheitsgesellschafter mit einem Anteil von 51 % gelinge es dem AZV regelmäßig, seinen Willen bei der Beigeladenen durchzusetzen. Sie könne damit die Konstitution der Gesellschaft völlig verändern, da sie gemäß § 6 Abs. 1 lit. d des Gesellschaftsvertrages in der Lage sei, mit ihrer Stimmenmehrheit und ohne dem Erfordernis der Einstimmigkeit die Auflösung, Verschmelzung oder gar Umwandlung der Gesellschaft zu bestimmen. Mit ihrer Mehrheit könne sie also auf die Existenz der Beigeladenen Einfluss ausüben. Dies sei vergleichbar mit der Schließung oder Umstrukturierung einer Dienststelle in einer öffentlichen Körperschaft, die auch von der Behördenleitung verfügt werden könne. Eine Besonderheit sei hier auch, dass die Beigeladene als GmbH mit einem Aufsichtsrat versehen worden sei, der insbesondere über Finanzierungskonzepte und Erfolgs- und Vermögenspläne zu befinden habe und darüber hinaus Tätigkeiten des operativen Geschäfts der Gesellschaft vorher genehmigen müsse. Der AZV habe auch in diesem Aufsichtsrat die Mehrheit.

Die Antragstellerin nahm mit Schreiben vom 10.10.2001 zum Schreiben der Beigeladenen vom 04.10.2001 Stellung. Sie führte dabei im wesentlichen aus, dass entgegen den Ausführungen der Beigeladenen der Nachprüfungsantrag nicht wegen Verletzung der Rügeobliegenheit aus § 107 Abs. 3 GWB unzulässig sei. Die Antragstellerin sei der Auffassung, dass im vorliegenden Fall ein Rügeerfordernis nicht bestehe, da kein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei. Gleichwohl habe die Antragstellerin das Vorgehen der Antragsgegnerin vorsorglich mündlich am 03.09.2001 und schriftlich am 05.03.2001 gerügt. Diese Rüge sei rechtzeitig gewesen, da die Antragstellerin das vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin erst aufgrund einer vergaberechtlichen Stellungnahme ihres Bevollmächtigten vom 31.08.2001 erkannt habe.

Weiter sei sie der Meinung, dass der Umstand, dass die Beigeladene überdimensionierte Anlagen betreibe und diese mit Abfällen füllen müsse, keinesfalls dazu führe, dass zwingendes Vergaberecht gebrochen werde. Das von der Beigeladenen reklamierte, angeblich bestehende öffentliche Interesse an der Auftragserteilung sei selbstverständlich nicht gegenüber dem Vergaberecht vorrangig. Auch in den Ausführungen zum Inhouse-Geschäft gehe die Beigeladene fehl. Weiter würde eine Auftragsvergabe ohne Ausschreibungsverfahren an die Beigeladene offensichtlich zu höheren Kosten führen, als aufgrund einer Ausschreibung zu zahlen wäre. Die Kosten für die vertragliche Vergütung der Beigeladenen wären folglich nicht „erforderlich“ im gebührenrechtlichen Sinn und jeder Gebührenzahler könnte die Gebührensatzung der Antragsgegnerin mit Erfolg angreifen.

Mit Schreiben vom 11.10.2001 trat die Antragsgegnerin den Ausführungen der Antragstellerin in deren Schriftsatz vom 10.10.2001 entgegen. Sie vertrat dabei im wesentlichen die Ansicht, dass die Rügeobliegenheit auch bei fehlendem Vergabeverfahren eintrete. Unzutreffend sei, dass die Antragstellerin erst durch Rechtsgutachten vom 31.08.2001 von der vergaberechtlichen Relevanz erfahren habe. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin bereits mit Schreiben vom 24.01.2001 angekündigt, den mit ihr geschlossenen Liefer- und Abnahmevertrag zu kündigen und das Auftragsvolumen an die Beigeladene zu übertragen. Das Interesse der Antragstellerin, vergaberechtliche Einwendungen zu erheben, sei erst dann geweckt worden, als sich abzeichnete, dass sie keine Subunternehmerbeauftragung durch die Beigeladene erhalten würde. Die

Antragstellerin sei ein überregional agierendes Entsorgungsunternehmen, welches regelmäßig mit vergaberechtlich relevanten Verträgen in Kontakt komme. Sie hätte sich mit ihren Kenntnissen und Fähigkeiten der naheliegenden Überzeugung nicht verschließen können, dass hier eine rechtliche Überprüfung möglicher Vergaberechtsverstöße durch die Einholung von Rechtsrat erforderlich sei. Die Antragstellerin hätte dann rechtzeitig aufgrund der von der Antragsgegnerin geplanten Beendigung des Entsorgungsvertrages sowie der Übertragung auf die Beigeladene, deren Beteiligungsverhältnisse der Antragstellerin bekannt waren, unverzüglich, d. h. bereits im Februar dieses Jahres eine Rüge aussprechen müssen. Die erst im September ausgesprochene Rüge habe somit die Präklusion zur Folge, so dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei.

Die mündliche Verhandlung fand am 11.10.2001 im Dienstgebäude der Forstdirektion Oberbayern statt. Auf die diesbezügliche Niederschrift sowie die vorgelegten Vergabeakten und sonstigen Schriftsätze wird Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 12.10.2001 erwiderte die Antragstellerin den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10.10.2001. Sie gab dabei an, dass sie mit Nachdruck betone, dass nach ihrer Auffassung eine Rügeobliegenheit nur innerhalb eines Vergabeverfahrens bestehe, nicht jedoch, wenn der Auftraggeber eine Ausschreibung rechtswidrig unterlasse. Dies entspreche der mittlerweile herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin habe diese auch noch kein Vergabeverfahren begonnen, da dieses mit der Versendung der Bekanntmachung geschehe. Die Antragstellerin habe jedoch vorsorglich gerügt. Der Schutzfunktion der Rüge sei somit genügt worden. Die Antragsgegnerin habe Gelegenheit gehabt, nach der mündlichen und schriftlichen Rüge ihr Vorgehen zu überdenken und ggf. zu korrigieren. Dies habe sie jedoch nicht gewollt. Die Rüge der Antragstellerin sei auch rechtzeitig gewesen. Völlig verfehlt sei die Auffassung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin hätte den geltend gemachten Vergabeverstoß bereits im Februar dieses Jahres rügen müssen. Zu diesem Zeitpunkt habe noch ein laufender Vertrag zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über die streitgegenständliche Leistung bestanden, der sich im Falle der Nichtkündigung um ein Jahr verlängert hätte. Die Antragstellerin habe auf Wunsch der Antragsgegnerin am 16.05.2001 ein Angebot über verbesserte Konditionen vorgelegt. Sie habe dies so verstehen müssen, dass auf der Grundlage dieses Angebotes über die Fortsetzung des Vertrages entschieden werden sollte. Eine Entscheidung über eine Auftragsvergabe an die Beigeladene sei der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt gewesen. Erst am 04.07.2001 habe ihr die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass der Vertrag an die Beigeladene vergeben werden solle. Die Antragstellerin habe den Vergabeverstoß nicht hier sondern erst aufgrund fachanwaltlicher Beratung am 31.08.2001 erkannt. Sie weise in aller Entschiedenheit die Behauptung der Antragsgegnerin zurück, die Antragstellerin habe schon Anfang Juli die Vergaberechtswidrigkeit erkannt, jedoch in Hinblick auf andere wirtschaftliche Vorteile, die sie sich durch eine evtl. Subunternehmerbeauftragung versprach, mit der Rüge und der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bis Anfang September gewartet.

Mit Schreiben vom 17.10.2001 nahm die Beigeladene zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 12.10.2001 Stellung. Sie führte dabei im wesentlichen aus, dass entgegen der Auffassung der Antragstellerin im vorliegenden Fall eine Rüge des vermeintlichen Vergabeverstoßes grundsätzlich erforderlich gewesen sei. Die Rüge, welche die Antragstellerin Anfang September 2001 ausgesprochen habe, sei aber zu spät erfolgt. Der Nachprüfungsantrag sei auch deshalb unzulässig, da die Antragstellerin die Möglichkeit gehabt habe, ein Angebot abzugeben und sie so keinen Schaden i. S. d. § 107 GWB nachweisen könne. Die Antragsgegnerin verfüge gemeinsam mit den Landkreisen X und XX über 100 % der Anteile am Abfallbeseitigungszweckverband X und über diesen wiederum 51 % der Anteile an der Beigeladenen. Sie beherrsche die Beigeladene damit im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB. Der Beherrschungstatbestand müsse auch hier vergaberechtlich gesehen werden. Die Bündelung der Interessen der drei Gebietskörperschaften im Abfallbeseitigungszweckverband schaffe schließlich keinen weisungsfreien Raum. Angesichts des einheitlichen und gemeinsamen Zwecks des AZV könne deshalb keine getrennte Betrachtung der einzelnen Verbandsmitglieder Platz greifen. Ganz eindeutig sei die Aufgabe des Zweckverbandes nach § 4 Abs. 1 der Verbandssatzung vom 19.05.98 die Entsorgung thermisch behandelbarer Müllfraktionen sowie die Entsorgung von Gartenabfällen, Bioabfällen und der dabei anfallenden Reststoffe. Damit sei der Zweck des Zweckverbandes so eindeutig beschrieben, dass eine Störung des individuellen Weisungsrechts eines Verbandsmitgliedes durch die übrigen nicht möglich sei.

Diese würden rechtswidrig und damit unwirksam handeln. Damit bestehe ein Weisungsrecht der Antragsgegnerin gegenüber der Beigeladenen. Innerhalb des Zweckes der Abfallbeseitigungszweckverbandes X, wie er in dessen Satzung vorgegeben sei, könne die Antragsgegnerin zweckdienliche Weisungen an die Beigeladenen aussprechen.

Die Antragstellerin nahm mit Schreiben vom 22.10.2001 zum Schreiben der Beigeladenen Stellung. Sie vertrat dabei im wesentlichen die bereits mit ihrem Schreiben vom 12.10.2001 vorgebrachten Ansichten.

Mit Schreiben vom 22.10.2001 nahm die Antragsgegnerin zum Schreiben der Antragstellerin vom 12.10.2001 Stellung. Sie führte dabei aus, dass sie weiterhin der Auffassung bleibe, dass die Antragstellerin ihre Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB verletzt habe. Den Entscheidungen der VK Baden Württemberg vom 17.07.2001 und des OLG Düsseldorf vom 15.06.2001, wonach die Rügeobliegenheit eines potentiellen Bewerbers ohne Bezug zu einem konkreten schon begonnenen Vergabeverfahren nicht gegeben sei solle, könne nicht zugestimmt werden. Denn den Präklusionsvorschriften in § 107 Abs. 3 GWB liege der Gedanke zugrunde, einen Ausgleich zwischen der Schaffung effektiven Rechtsschutzes im Vergabewesen sowie der Vermeidung von Missbräuchen des Rechtsschutzes durch taktierende Bieter zu schaffen. Dieser Gedanke beruhe darauf, dass Auftraggeber und Bieter eine Vertrauensgemeinschaft mit wechselseitigen Rechten und Pflichten bilden würden mit der Folge, dass es sich für den Auftraggeber einerseits verbiete, schutzwürdige Rechte von Bietern zu missachten, andererseits ein potentieller Bieter nicht in die Lage versetzt werden dürfe, durch Nachprüfungsverfahren Investitionsvorhaben zu hemmen, obwohl er zuvor hinreichend Zeit gehabt hätte, die Vergabestelle auf einen möglichen vergaberechtlichen Verstoß durch ihre Rüge hinzuweisen. Daraus folge, dass auch bei der Frage, ob die Vergabestelle eine Ausschreibung vornehmen müsse oder nicht, bereits die Rügeobliegenheit eines potentiellen Bieters eingreife. Der Antragstellerin sei durch Schreiben der Antragsgegnerin vom 24.01.2001 der wesentliche Sachverhalt bekannt gewesen. Spätestens aber in der Besprechung vom 04.07.2001 aber sei der Antragstellerin, wie sie selbst einräume, klargeworden, dass eine Vergabe des Auftrages an sie ausscheiden würde. Die Antragstellerin hätte sich als bundesweit tätiges Unternehmen, dem aufgrund seiner Geschäftstätigkeit ein vergaberechtliches Grundwissen eingeräumt werden könne, nach Kenntnis des wesentlichen Sachverhaltes der Erkenntnis nicht verschließen dürfen, dass zumindest rechtlicher Rat einzuholen sei. Die Kenntnis der wesentlichen Sachverhalte hätte bereits genügt, um einen vermeintlichen Vergabeverstoß unverzüglich zu rügen. Die Antragstellerin habe aber nicht gerügt, weil ihr zu diesem Zeitpunkt wegen dem möglichen Erhalt von Subunternehmeraufträgen an der Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften nicht gelegen war. Weiter lägen die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe im vorliegenden Fall vor. Eine Willensbildung im Abfallbeseitigungszweckverband X und in Verlängerung in der Beigeladenen unter Beeinträchtigung der Interessen der Antragsgegnerin sei nicht denkbar. Die Antragsgegnerin werde sich hier immer durchsetzen können.

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze unterrichtet.

II. Begründung:

1. Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

1.1

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bzw. § 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung zur Regelung von Organisation und Zuständigkeiten im Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (BayNpV).

1.2

Die Vergabekammer Südbayern ist nach § 2 Abs. 2 Satz 1 BayNpV örtlich zuständig, da die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk ... hat.

1.3

Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 u. 4 GWB.

1.4

Die Antragsgegnerin ist als Gebietskörperschaft den öffentlichen Auftraggebern nach § 98 Nr. 1 GWB zuzuordnen.

1.5

Der Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB und der BayNpV ist nur eröffnet, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert erreicht oder übersteigt (§ 100 Abs. 1 GWB, § 1 Abs. 1 Satz 2 BayNpV). § 100 Abs. 1 GWB verweist bezüglich der Schwellenwerte auf eine Rechtsverordnung nach § 127 GWB. Die Bundesregierung hat mit der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV, vom 09.01.2001, BGBl. I, S. 110) eine Rechtsverordnung i. S. d. § 127 Nr. 1 GWB erlassen. Die Schwellenwerte ergeben sich im vorliegenden Fall aus § 2 Nr. 3 VgV.

Für Dienstleistungen und Lieferleistungen beträgt der Schwellenwert demnach 200.000 Euro für den Gesamtauftrag. Eine beabsichtigte Vergabe in Losen ist aus den Unterlagen nicht ersichtlich. Gemäß Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 16.12.1999 (Bundesanzeiger Nr. 244 vom 24.12.1999, S. 20734) hat die Europäische Kommission vom 1. Januar 2000 an die Schwellenwerte für die Richtlinie 92/50/EWG (Abl. EG Nr. L 209 vom 24. Juli 1992) in der modifizierten Fassung gemäß Richtlinie 97/52/EWG (Abl. EG Nr. 328 vom 13. Oktober 1997) mit 200.000 EURO = 391.166,00 DM bekannt gegeben.

Gemäß § 3 Abs. 1 VgV ist bei der Schätzung des Auftragswertes von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen.

Aus den vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass der Auftragswert allein für das Jahr 2002 bei ca. 2 Mio. DM liegt.

Der geschätzte Gesamtauftragswert für die streitgegenständliche Dienstleistung überschreitet den Schwellenwert von 200.000 Euro somit bei weitem.

1.6

Eine Ausnahmebestimmung des § 100 Abs. 2 lit g) GWB liegt im vorliegenden Fall nicht vor.

Die §§ 97 ff GWB sind gemäß § 100 Abs. 2 lit g) GWB nicht auf solche Aufträge anwendbar, die an Personen vergeben werden, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB sind und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung haben. Die YYY GmbH, nachfolgend Beigeladene genannt, ist zwar öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB. Sie ist eine juristische Person des privaten Rechts und wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, nämlich die Müllentsorgung bzw. -verwertung der Verbandsmitglieder, zu erfüllen. Diese Aufgabe ist nach Ansicht der Kammer „nichtgewerblicher Art“. Die Beigeladene wird überwiegend (zu 51 %) von einem öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 3 GWB beherrscht. Dennoch greift die Ausnahmebestimmung des § 100 Abs. 2 lit g) GWB nicht ein. Die Beigeladene besitzt nach Ansicht der Kammer kein auf „Gesetz oder Verordnung“ beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der streitgegenständlichen Leistung (nach überwiegender Literaturmeinung reicht hierfür eine kommunale Satzung nicht aus).

Das ausschließliche Recht zur Leistungserbringung muss dem betreffenden Unternehmen unmittelbar durch eine Rechtsvorschrift zugewiesen worden sein. Der EuGH betont dazu, das ausschließliche Recht müsse seine Rechtsgrundlage in „veröffentlichten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ haben. Hinzu kommt, dass das ausschließliche Recht dem Leistungserbringer schon vor der Auftragserteilung zustehen muss. Aus alledem folgt, dass als Grundlage des in § 100 Abs. 2 lit. g) GWB gemeinten ausschließlichen Rechts nicht erst diejenige Vereinbarung in Betracht kommt, mit der der Dienstleister beauftragt wird (vgl. Jäger in NZBau 2001, Heft 1, S. 6)

2. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

2.1 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebotes nachgewiesen. Sie hat geltend gemacht, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB u. a. dadurch verletzt zu sein, dass die Vergabestelle den Auftrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens an die Beigeladene vergeben will.

Die Kammer schließt sich hier ausdrücklich der Meinung des OLG Düsseldorf an, wonach es einen vorbeugenden Rechtsschutz nach den §§ 102 ff GWB eigentlich nicht gibt, jedoch andererseits nicht unbedingt auf irgendwelche vom öffentlichen Auftraggeber bereits eingeleiteten Förmlichkeiten, wie z. B. eine Ausschreibung abgestellt werden kann. Denn ein (sogar besonders schwerwiegender) Vergaberechtsfehler, der mit dem Nachprüfungsantrag angefochten werden kann, besteht gerade darin, dass die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterblieb. Für die Zwecke des Primärrechtsschutzes ist daher ein materielles Verständnis des „Vergabeverfahrens“ notwendig (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.06.2001, Verg 3/01).

Sofern rechtswidrig kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde, besteht ein Interesse an dem Auftrag bei jedem Unternehmen, das an dem Vergabeverfahren teilgenommen hätte (Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Rdn. 674 zu § 107 GWB).

Die Antragstellerin hat weiter geltend gemacht, dass Vergabevorschriften (hier: Vergabe des Auftrages ohne förmliches Vergabeverfahren) nicht beachtet worden seien und sie dadurch in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB, weil sie einen Anspruch auf Einhaltung der genannten Vergabevorschriften habe, verletzt worden sei. Die Antragstellerin hat auch plausibel dargelegt, dass ihr durch die Rechtsverletzung ein Schaden (zumindest) zu entstehen drohe, weil sie zwar ein Angebot abgeben konnte, dieses jedoch wegen des fehlenden Vergabeverfahrens nicht nach den Grundsätzen des Vergaberechts (Gleichbehandlungsprinzip, Diskriminierungsgebot, Transparenzgebot, Vergabe an das wirtschaftlichste Angebot, etc.) im Wettbewerb mit anderen Bietern gewertet worden sei. Weitere Ausführungen zur Darlegung der Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB waren nach den Umständen des vorliegenden Falles nicht erforderlich, insbesondere nicht eine schlüssige Darlegung, dass die Antragstellerin bei der Durchführung des vergabekonformen Vergabeverfahrens den Auftrag auch erhalten hätte (vgl. OLG Düsseldorf, Verg 1/99).

2.2 Unverzügliche Rüge

Die Kammer ist der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die vom OLG Düsseldorf angeführte zeitliche Obergrenze einer „unverzüglichen Rüge“ von zwei Wochen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.1999 - Verg 1/99, BauR 1999, 751; NJW 2000, 145) nicht anzusetzen ist. Eine Rügeverpflichtung wird nämlich dann nicht begründet, wenn, wie hier gegeben, rechtlich umstritten ist, ob das betreffende Verhalten der Vergabestelle vergaberechtswidrig ist oder nicht. Von einer positiven Kenntnis kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Rechtslage eindeutig ist. Dies erfordert, dass dem Bieter zum einen die dem Verstoß begründenden Tatsachen bekannt sind und dass zum anderen diese Tatsachen jedenfalls bei objektiver Wertung einen rechtlichen Mangel eines Vergabeverfahrens darstellen.

Die Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drucks. 13/9340 S. 18) nennt als Ziel der Vorschrift die Präklusion von Rügen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Verfahren. Der Unternehmer, der Fehler im Vergabeverfahren erkenne, müsse dem Auftraggeber Gelegenheit geben, diese Fehler zu korrigieren. Es solle verhindert werden, dass der Unternehmer auf einen erkannten Fehler spekuliere, weil er sich möglicherweise zu seinen Gunsten auswirken könne. In anderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die den Verlust einer Rechtsposition bei Kenntnis eines bestimmten Umstands vorsehen, wird, wenn rechtliche Wertungen erforderlich sind, grundsätzlich die positive Kenntnis der Rechtslage verlangt, wobei im Einzelfall Einschränkungen vorgenommen werden (vgl. z. B. zu § 814 BGB Palandt/Thomas § 814 Rn. 3, zu § 819 Abs. 1 BGB Palandt/Thomas § 819 Rn. 2 f.; zu § 892 BGB Palandt/Bassenge § 892 Rn. 24). Kenntnis wird allerdings regelmäßig auch dann angenommen, wenn sich ein redlich Denkender nicht der Überzeugung verschließen würde, die der

rechtlichen Würdigung der tatsächlichen Umstände zugrunde liegt (vgl. für § 819 BGB BGHZ 133, 246; für § 892 BGB BGH LM § 892 Nr. 5). Gefordert wird aber stets, dass die Rechtslage eindeutig ist (vgl. für § 892 BGB die Nachweise bei Palandt/Bassenge a. a. O.).

Nach diesen Maßstäben kann auch im Rahmen des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB von einer Kenntnis des Verstoßes grundsätzlich nur gesprochen werden, wenn dem Bieter einerseits die den Verstoß begründenden Tatsachen bekannt sind und andererseits diese Tatsachen jedenfalls bei objektiver Wertung einen Mangel des Vergabeverfahrens darstellen. Ist hierfür eine rechtliche Wertung erforderlich, muss diese Wertung jedenfalls nach der gängigen praktischen Handhabung zu einem Verstoß gegen Vergabevorschriften führen. Denn dem Bieter kann nicht zugemutet werden, bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens das Verhältnis zur Vergabestelle dadurch zu belasten, dass er sozusagen auf Verdacht Verfahrensweisen rügt, die nicht einmal objektiv mit Sicherheit als Verstöße gewertet werden können. Ob anderes gelten kann, wenn der Bieter selbst von vornherein davon ausgeht, dass das Verhalten der Vergabestelle einen Verstoß gegen Vergabevorschriften darstellt, braucht hier nicht entschieden zu werden, da eine solche Fallgestaltung nicht gegeben ist (vgl. BayObLG Verg 1/99).

Wann bei einer Vergabe eines öffentlichen Auftrages die Voraussetzungen einer sog. Inhouse-Vergabe vorliegen, ist insbesondere dann umstritten, wenn, wie im vorliegenden Fall gegeben, der Auftrag an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen vergeben werden soll, dessen Geschäftsanteile ganz oder mehrheitlich von mehreren öffentlichen Auftraggebern gehalten werden.

Die Kammer ist deshalb der Ansicht, dass unter diesen Umständen die Antragstellerin vermeintliche Rechtsverstöße zu keinem Zeitpunkt zuverlässig beurteilen konnte. Schon aus diesem Grund durfte ihre Rüge entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht als verspätet im Sinn des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zurückgewiesen werden.

Die Kammer schließt sich zudem der Ansicht der 2. Vergabekammer des Landes Brandenburg beim Ministerium für Wirtschaft an, wonach es bei der Rügeobliegenheit „im Vergabeverfahren“ auf das jeweilige konkrete einzelne Vergabeverfahren ankommt, das z.B. im Falle des offenen Verfahrens mit der Bekanntmachung der Ausschreibung beginnt. Eine Rügeobliegenheit eines (potentiellen) Bewerbers ohne Bezug zu einem konkreten schon begonnen Vergabeverfahrens gibt es nicht (vgl. VK Brandenburg, 2 VK 18/01).

Auch ein im Blick auf die Rügeverpflichtung des § 107 III GWB mögliches treuwidriges Verhalten kann nach Ansicht der Kammer für die Antragstellerin nicht festgestellt werden.

Einerseits ist vorliegend kein Vergabeverfahren auf der Grundlage der VOL/A durchgeführt worden, an das nach dem Wortlaut des § 107 III GWB angeknüpft werden könnte. Der öffentliche Auftraggeber soll nach der genannten Bestimmung eine Korrekturmöglichkeit haben, damit Nachprüfungsverfahren vermieden werden. Dieser Zweck ist nicht erreichbar, wenn überhaupt kein Vergabeverfahren stattfindet. Jedoch kann der dieser Vorschrift zugrundeliegende Grundgedanke herangezogen werden, dass nämlich unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unnötige Nachprüfungsverfahren vermieden werden sollen. Gerade in dieser Hinsicht ist nach Ansicht der Kammer aber der Antragstellerin kein Vorwurf zu machen. Sie trägt glaubhaft vor, dass sie bei Angebotsabgabe am 16.05.2001 noch nicht darüber informiert worden sei, dass der streitgegenständliche Auftrag endgültig an die Beigeladene vergeben werden sollte, da sie sich zu diesem Zeitpunkt noch in einem ungekündigten Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin befand. Die Rügepflicht eines potentiellen Bieters, der mit einem öffentlichen Auftraggeber verhandelt, ohne dass ein Vergabeverfahren zugrunde liegt, ist darauf beschränkt, sich nicht treuwidrig zu verhalten und sich dem potentiellen Auftraggeber gegenüber nicht widersprüchlich zu verhalten. Die Kammer folgt hierbei nicht der Ansicht der Antragsgegnerin und der Beigeladenen, die Antragstellerin habe erst dann gerügt, als für sie nach der Kündigung des Liefer- und Abnahmevertrages durch die Antragsgegnerin ersichtlich wurde, dass es auch zu keiner Subunternehmerbeauftragung durch die Beigeladene kommen würde. Die Beigeladene hat in der mündlichen Verhandlung hierzu erklärt, dass die diesbezüglichen Verhandlungen mit der Antragstellerin aus ihrer Sicht noch nicht abgeschlossen seien. Die Kammer vertritt deshalb die Meinung, dass sich die Chancen der Antragstellerin, einen Subunternehmerauftrag zu erhalten, durch ihren Nachprüfungsantrag eher verschlechtert haben.

Das Verhalten der Antragstellerin kann vorliegend auf der Grundlage der hier nicht unmittelbar anwendbaren Bestimmung des § 107 III GWB deshalb nicht als treuwidrig angesehen werden.

3. Begründetheit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da die Antragsgegnerin die Vergabe des streitgegenständlichen Dienstleistungsauftrages ohne Beachtung der Bestimmungen des nationalen Vergaberechts durchgeführt hat. Insbesondere die Voraussetzungen einer sog. Inhouse-Vergabe liegen nicht vor.

3.1

Die Kammer ist bei der Beurteilung des vorliegenden Falles entgegen der Meinung der Antragsgegnerin der Ansicht, dass bei der Vergabe des streitgegenständlichen Auftrages die Voraussetzungen einer sog. Inhouse-Vergabe nicht vorliegen.

Betraut ein öffentlicher Auftraggeber eine GmbH mit Dienstleistungen, kommt es nicht zu einem öffentlichen Auftrag i. S. von § 99 Abs. 1 GWB, wenn der öffentliche Auftraggeber alleiniger Anteilseigner des Beauftragten ist, er über diesen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und der Beauftragte seine Tätigkeit im wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichtet. Denn dann wird der Sache nach kein anderer mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragt; es kommt vielmehr zu einem sog. "in-house"-Geschäft, bei dem die Dienstleistung von einer Stelle erbracht wird, die der öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist.

Diese Bewertung berücksichtigt die EG-Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Diese Berücksichtigung ist geboten, weil der Vierte Teil des GWB der vollständigen Umsetzung dieser Richtlinien dient und die §§ 97 ff. GWB im Einklang mit dem europäischen Recht die Rechte der Beteiligten festlegen sollen (vgl. BT-Drucks. 13/9340, S. 12). Dies führt zur Anwendung der Grundsätze, die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache "Teckal" (Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 ff. = NZBau 2000, 90, 91) aufgestellt hat. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge - ABl. EG Nr. L 199, S. 1-53 - (im folgenden: Richtlinie 93/36/EWG) für anwendbar gehalten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie etwa eine Gebietskörperschaft beabsichtige, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen. Etwas anderes könne nur gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Körperschaften verrichte, die ihre Anteile innehaben. Der Senat hat keine Bedenken, diese Grundsätze auch im Hinblick auf die vorliegend einschlägige Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge - ABl. EG Nr. L 209, S. 1-24 - (im folgenden: Richtlinie 92/50/EWG) anzuwenden. Die Gleichbehandlung ist sachgerecht, weil beide Richtlinien einen Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer voraussetzen (Gnittke/Siederer, ZVgR 2000, 236 f.). Sie verbietet sich auch nicht etwa deshalb, weil die Richtlinie 92/50/EWG für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in Art. 6 - anders als die Richtlinie 93/36/EWG für die ihr unterfallenden Verträge - eine die Anwendung ausschließende Ausnahme für den Fall enthält, dass eine Dienstleistung an einen Auftragnehmer vergeben wird, der seinerseits zum Lager der öffentlichen Auftraggeber gehört, und diese Ausnahme unter anderen als den vorstehend genannten Voraussetzungen eingreift. Denn es ist nichts dafür erkennbar, dass durch diese Regelung die Frage berührt wäre, welche Rechtsgeschäfte einen Vertrag i. S. von Art. 1 lit. a der Richtlinie darstellen. Bei ihrer Beantwortung ist eine funktionelle Betrachtungsweise nötig (vgl. dazu die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-108/98 - RI.SAN., Slg. 1999, I-5219, 5234 Rdn. 52). Dass sie auch in dem Bereich, der bei Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages der Richtlinie 92/50/EWG unterfallen würde, dazu führen kann, dass unter den oben genannten Voraussetzungen eine Auftragsvergabe i. S. von § 99 Abs. 1 GWB zu verneinen ist, wird bestätigt durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 7. Dezember 2000 (Rs. C-94/99 - ARGE Gewässerschutz, NZBau 2001, 99, 101), weil der Gerichtshof im Erwägungsgrund Nr. 40 seiner die Richtlinie 92/50/EWG betreffenden Ausführungen einen Hinweis darauf für notwendig

gehalten hat, wie er die Vorlagefrage in der Rechtssache "Teckal" beantwortet hat. Bei richtlinienkonformer Anwendung des § 100 Abs. 2 GWB kann deshalb auch aus dieser Vorschrift nichts dagegen hergeleitet werden, dass unter den genannten Voraussetzungen sog. "in-house"-Geschäfte nicht dem Vierten Teil des GWB unterfallen. § 102 Abs. 2 GWB setzt einen öffentlichen Auftrag i. S. von § 99 Abs. 1 GWB voraus und schließt nur für derartige Aufträge die Anwendung der §§ 97 ff. GWB aus, wenn einer der in § 102 Abs. 2 GWB geregelten Fälle gegeben ist (vgl. BGH X ZB 10/01).

3.1.1

Im vorliegenden Fall übt die Antragsgegnerin über die Beigeladene keine vergleichbare Kontrolle wie über eine „eigene Dienststelle“ aus.

Wie das Kriterium „eigene Dienststelle“ konkret auszulegen ist, hat der EuGH offengelassen und ist daher umstritten. Grundvoraussetzung für eine Kontrolle über die Gesellschaft i. S. d. EuGH ist aber, dass die Kommune die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft hält. Die bisher hierzu ergangene Rechtsprechung geht davon aus, dass eine kommunale Mehrheit alleine jedoch nicht ausreichend ist, um eine Inhouse-Vergabe zu rechtfertigen (vgl. VK Düsseldorf, Beschluss v. 07.07.2000, VK 12/2000-L, 1. VK Sachsen, Abfallprax 2000, 199 ff. 200).

Es soll hier zudem eine weitergehende Kontrolldichte der Gebietskörperschaft über das Unternehmen sichergestellt sein, welche dem öffentlichen Mehrheitsgesellschafter eine außergewöhnlich starke Stellung verschafft.

Zur näheren Bestimmung der notwendigen Kontrolldichte ist zu untersuchen, was die Kontrollrechte der Verwaltung gegenüber einer eigenen Dienststelle ausmacht. Das Kontrollrecht der Verwaltungsspitze gegenüber ihren eigenen Dienststellen ist vor allem und in erster Linie dadurch gekennzeichnet, dass diese kein eigenes Entscheidungsrecht haben. Das kommunalverfassungsrechtlich zuständige Organ kann den nachgeordneten Dienststellen und den Mitarbeitern vielmehr jederzeit und uneingeschränkt Weisungen in Einzelangelegenheiten erteilen. Darüber hinaus hat die Verwaltungsspitze die Organisationshoheit und kann die Geschäftsverteilungs- und Stellenpläne ändern, bestehende Ämter auflösen, zusammenlegen und Aufgaben neu ordnen. Für die Beurteilung, ab wann ein Inhouse-Geschäft angenommen werden kann, dürfte es nach dem Teckal - Urteil in erster Linie darauf ankommen, inwieweit dem kommunalen Mehrheitsgesellschafter ein uneingeschränktes Überwachungs- und Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung der Gesellschaft zukommt (vgl. von Bechtolsheim/Gnittke im Behördenspiegel März 2001, Nr. III, 17).

Ein solches Weisungsrecht des Mehrheitsgesellschafters kann gesellschaftsrechtlich durch Gesellschaftsvertrag oder Beherrschungsvertrag begründet werden. Zur Kontrolle der Kommune als Mehrheitsgesellschafter über die Gesellschaft „wie eine eigene Dienststelle“ sind im Gesellschaftsvertrag zudem weitere Elemente notwendig:

- Für sämtliche Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung sollte eine Mehrheit von 50,1 % ausreichend sein. Dadurch wird gewährleistet, dass sich der kommunale Mehrheitsgesellschafter im Regelfall bei den Entscheidungen der Gesellschafterversammlung durchsetzen kann.
- Dem Mehrheitsgesellschafter muss es möglich sein, mit einfacher Mehrheit, d. h. allein, die Organe der Gesellschaft zu bestimmen, d. h. den oder die Geschäftsführer zu bestellen und sofern diese Organe vorgesehen sind, die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrates oder Beirates zu bestimmen.
- Die Stimmverbote nach § 47 Abs. 4 GmbHG müssen im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.
(vgl. von Bechtolsheim/Gnittke a.a.O.)

In Literatur und Rechtsprechung wird im Gegensatz hierzu auch die Meinung vertreten, dass der vom EuGH angestellte Vergleich mit der Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ sehr viel enger zu fassen ist, als die auf Grund einer Mehrheitsbeteiligung gegebene Beherrschung einer Kapitalgesellschaft.

Bei der Kapitalbeteiligung und bei der in aller Regel dementsprechenden Gewinnbeteiligung des privaten Partners von mehr als einigen wenigen zu vernachlässigenden Prozent, also von mindestens 10 %, erst recht bei 49 %, kann der Mehrheitsgesellschafter mit der Gesellschaft nicht mehr schalten

und walten wie die Gemeinde mit ihrer eigenen Dienststelle. Er muss vielmehr auf die Interessen des Minderheitsgesellschafters Rücksicht üben, und im Rahmen dieser Interessen hat auch der Minderheitsgesellschaftler Kontrollrechte. Damit aber scheidet eine Vergleichbarkeit mit der Gebietskörperschaft und der eigenen Dienststelle aus. Die bloße Beherrschung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft durch den öffentlichen Auftraggeber im gesellschafts- und konzernrechtlichen Sinne nach dem EuGH - Urteil „Teckal“ reicht nicht aus, um Auftragsbeziehungen zwischen diesem Mehrheitsgesellschaftler und der Gesellschaft dem Vergaberecht zu entziehen. Zumindest dann, wenn dem Minderheitsgesellschaftler kraft der Höhe seiner Minderheitsbeteiligung oder kraft des Gesellschaftsvertrages eigene Kontroll- und / oder Sperr-Rechte zustehen, also sicherlich ab einer Beteiligung ab 10 %, ist es nach diesem EuGH - Urteil ausgeschlossen, die Auftragsbeziehungen als sog. Inhouse-Geschäft vom Vergaberegime auszunehmen (vgl. Jäger a.a.O.).

Selbst wenn man der zuletzt genannten engen Auslegung nicht folgen will, ist die Kammer der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die Antragsgegnerin über die Beigeladene keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Antragsgegnerin entgegen ihrer eigenen und von der Beigeladenen vorgetragenen Auffassung im Abfallbeseitigungszweckverband X aufgrund der Bestimmungen der Zweckverbandssatzung keine umfassenden Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten besitzt. In § 5 der Zweckverbandssatzung vom 09.02.1984 werden als Organe des Zweckverbandes die Verbandsversammlung und der Verbandsvorsitzende genannt. Gemäß § 10 dieser Satzung werden die Aufgaben der Zweckverbandes von der Verbandsversammlung wahrgenommen, soweit nicht nach dem Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, der Verbandssatzung oder besonderen Beschlüssen der Verbandsversammlung der Verbandsvorsitzende oder ein Geschäftsleiter selbständig entscheidet. Die Verbandsversammlung besteht einschließlich des Verbandsvorsitzenden aus 14 Verbandsräten, wobei 7 Verbandsräte von der Antragsgegnerin, 4 Verbandsräte vom Landkreis X und 3 Verbandsräte vom Landkreis XX gestellt werden (§ 6 Abs. 1 u. 2 der Zweckverbandssatzung). Beschlüsse der Verbandsversammlung werden mit einfacher Mehrheit der Verbandsräte gefasst, bei Stimmgleichheit gilt ein Antrag als abgelehnt (§ 9 Abs. 4 der Zweckverbandssatzung). Der Antragsgegnerin ist es somit nicht möglich, den Zweckverband und darüber hinaus auch mittelbar die Beigeladene wie eine Dienststelle zu kontrollieren, da die Verbandsversammlung durch Stimmgleichheit Anträge ablehnen kann. Der Auffassung der Beigeladenen, wonach es einzelnen Verbandsmitgliedern nicht möglich sei, im Bereich des Gründungszwecks des Zweckverbandes das Weisungsrecht der anderen Mitglieder zu stören, da dies rechtswidrig und somit unwirksam und deshalb eine Stimmgleichheit in der Verbandsversammlung ausgeschlossen sei, kann nicht gefolgt werden. Die Kammer stimmt dem nur insofern zu, als alle Zweckverbandsmitglieder die Aufgaben und Ziele des Zweckverbandes gemeinsam fördern bzw. erreichen müssen. Wie diese Aufgaben und Ziele jedoch erreicht werden, kann durchaus zu unterschiedlichen Auffassungen in der Verbandsversammlung und im besonderen Fall auch zur Stimmgleichheit führen. Die Kammer ist daher der Ansicht, dass die Antragsgegnerin die Beigeladene nicht über den Zweckverband wie eine eigene Dienststelle kontrollieren kann. Wie die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen der Beigeladenen und dem Abfallbeseitigungszweckverband X hinsichtlich der Beherrschung wie einer eigenen Dienststelle auszulegen sind, kann hier deshalb dahinstehen.

3.1.2

Eine weitere Forderung der EuGH - Urteils an eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe besteht darin, dass die Tätigkeit des zur Beauftragung vorgesehenen Unternehmens im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften, die ihre Anteile innehaben.

Im wesentlichen heißt sicherlich mehr als 50 %. Anhaltspunkt für eine nähere Bemessung dieses Tätigkeitsvolumens können die Regelungen zu den sog. konzerninternen Verträgen der Sektorenauftraggeber liefern, die auch als sog. Konzernprivileg bezeichnet werden. Nach § 100 Abs. 2 lit. i GWB sind die Dienstleistungen von verbundenen Unternehmen der Sektorenauftraggeber von der Anwendung des Vergaberechts befreit. Diese Freistellung der verbundenen Unternehmen i. S. des § 100 Abs. 2 lit. i GWB wird in § 4 Abs. 7 u. 8 VgV näher bestimmt. Danach muss mindestens 80 % des von dem jeweiligen Unternehmen während der letzten 3 Jahre in der EG erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistung für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen. Das bedeutet, dass das Fremdgeschäft der beauftragten verbundenen Unternehmen nicht mehr als 20 % betragen darf.

Das bedeutet, dass kommunale Eigengesellschaften, die sich im nennenswerten Umfang auf anderen Märkten oder aber für andere Auftragnehmer engagieren, neben den diesbezüglichen Restriktionen des Gemeindefinanzrechts auch vergaberechtliche Kautelen vergegenwärtigen müssen (vgl. Faber in VBL, 15. F ebr. 2001, S.248).

Da die Antragsgegnerin über die Beigeladenen keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann, kann im vorliegenden Fall hinsichtlich der Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe dahinstehen, ob die Beigeladene ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Antragsgegnerin verrichtet.

3.2

Für öffentliche Auftraggeber wie der Antragsgegnerin gilt als Grundprinzip bei der Beschaffung, dass sie im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren stattzufinden hat (§ 97 Abs. 1 GWB). Grundsätzlich haben sie offene Verfahren anzuwenden, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 101 GWB). Das gilt auch nach der VOL/A, die aufgrund der Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber und des Auftragswertes hier in der Fassung der Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Lieferkoordinierungsrichtlinie und der EG-Dienstleistungsrichtlinie (sogenannten a-Paragrafen) anzuwenden ist. Nach § 3a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A sind die betreffenden Aufträge grundsätzlich im Wege des offenen Verfahrens zu vergeben, das der öffentlichen Ausschreibung gemäß § 3 Nr. 2 entspricht. Bei öffentlicher Ausschreibung werden Leistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben (§ 3 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A). Öffentliche Ausschreibung muss stattfinden, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen (§ 3 Nr. 2 VOL/A). Aus den vorliegenden Unterlagen liegen nach Ansicht der Kammer bei der Vergabe des streitgegenständlichen Auftrages keine Gegebenheiten vor, die eine Ausnahme zulassen würden. Falls die Antragsgegnerin den streitgegenständlichen Auftrag nicht selbst ausführen sondern erneut vergeben will, hat sie somit den 2. Abschnitt der VOL/A entsprechend anzuwenden.

4. Kosten des Verfahrens

4.1

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer Südbayern hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist.

Da die Antragsgegnerin zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet ist, die Vergabe des streitgegenständlichen Auftrages jedoch ohne förmliches Verfahren durchgeführt hat, ist sie im Verfahren unterlegen. Die Beigeladene hat sich im Nachprüfungsverfahren auf die Seite der Antragsgegnerin gestellt und dabei selbst erfolglos Anträge gestellt. Da die Beigeladene und die Antragsgegnerin somit i. S. v. § 128 Abs. 3 GWB im Verfahren unterlegen sind, haben sie die Kosten des Verfahrens jeweils zu gleichen Teilen zu tragen.

4.2

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 128 Abs. 2 GWB.

In § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB wird ein Gebührenrahmen zwischen 5.000 und 50.000 DM bestimmt, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt werden kann und im Einzelfall auf 100.000 DM erhöht werden kann. Die Vergabekammer erkennt weder Gründe für eine Ermäßigung, noch für eine Erhöhung.

In § 128 Absatz 2 Satz 1 GWB wird bestimmt, dass sich die Höhe der Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens richtet. Bei der Beurteilung der „wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens“ orientiert sich die Vergabekammer an dem Angebot der Antragstellerin vom 16.05.2001. Danach beträgt der Wert des Auftrages 2 Mio. DM. Demnach ist die Mindestgebühr in Höhe von 5.000,00 DM festzusetzen.

4.3

Die persönliche Gebührenfreiheit der Antragsgegnerin ergibt sich aus § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 und 3 VwKostG.

4.4

Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Zuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragstellerin beruht auf § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da eine umfassende Rechtskenntnis und damit eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nach GWB von ihr nicht erwartet werden kann. Zur Durchsetzung ihrer Rechte ist die Antragstellerin hier aufgrund der komplexen Rechtsmaterie auf anwaltliche Vertretung angewiesen.

4.5

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 5.000.- DM erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird zurückerstattet.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann binnen einer Notfrist von zwei Wochen (§ 117 GWB), die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, die sofortige Beschwerde (§ 116 GWB) schriftlich beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingelegt werden. Die Briefanschrift lautet:

Bayerisches Oberstes Landesgericht
Schleißheimer Str. 139
80797 München

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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen 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.

Hinweis

Der Auftraggeber darf vor Ablauf der Beschwerdefrist den Zuschlag **nicht** erteilen. Die Beschwerdefrist erstreckt sich über einen Zeitraum von zwei Wochen. Sie beginnt mit Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer (vgl. § 115 Abs. 1 i.V.m. § 117 Abs. 1 GWB).

München, 23.10.2001

Nikui, RD
Vorsitzender