



DStGB

DOKUMENTATION N° 18



Vergabe kommunaler Entsorgungsleistungen

Verfahren, aktuelle Probleme
und Antworten



Deutscher
Städte- und Gemeindebund

Vorwort

Die Vergabe von Entsorgungsleistungen erfolgt auf einem stark umkämpften Markt. Die Auftragsvergaben betreffen regelmäßig Millionenbeträge und sind seit dem 01. Januar 1999 durch die Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einem wesentlich verstärkten Bieterrechtsschutz ausgesetzt.

Der ordnungsgemäßen Vergabe von Entsorgungsleistungen im Abfall- und Abwasserbereich durch die Kommunen kommt daher eine große Bedeutung zu. Die Vergabe von Entsorgungsleistungen umfasst mit der Planung z. B. einer Abwasser- oder Abfallentsorgungsanlage, dem Bau einer Müllverbrennungsanlage und der Vergabe der Dienstleistung zum Einsammeln und Transport von Abfall das gesamte Vergaberechtsspektrum. Hinzu kommt, dass der Entsorgungsmarkt der klassische Bereich für Privatisierungen kommunaler Aufgaben ist. Auch hier werden vielfältige Vergaberechtsfragen aufgeworfen.

Die Bedeutung des Vergaberechts für die Ausschreibung von Entsorgungsleistungen belegen vielfältige Entscheidungen der Vergabekammern, der Oberlandesgerichte und des Europäischen Gerichtshofs. Der Deutsche Städte- und Gemeindebund will mit seiner Dokumentation „Vergabe von Entsorgungsleistungen“ aktuelle Fragen beantworten und im Interesse der Kommunen zu einer rechtssicheren Anwendung des Vergaberechts beitragen. Anhand neuester Rechtsprechung werden die wesentlichen Problempunkte des Vergaberechts im Entsorgungsbereich in der Dokumentation dargestellt und praxisnah beantwortet.

Berlin, im Mai 2001



Dr. Gerd Landsberg
Geschäftsführendes Präsidialmitglied

Verfasser:

Beigeordneter Norbert Portz

Vorwort

Vergabe und Wettbewerb sind zwei Themen, die eng miteinander verknüpft sind. Die KGSt, der Verband für kommunales Management, hat das Angebot des Deutschen Städte- und Gemeindebundes dankbar angenommen, die umfassende und spannende Darstellung „Vergabe von Entsorgungsleistungen“ gemeinsam mit ihm herauszugeben und bei dieser Gelegenheit auf das Thema „Wettbewerb kommunaler Leistungen“ hinzuweisen

Was heißt Wettbewerb für die Kommunen? Wettbewerb ist ein wichtiger Antrieb für die Verwaltungsmodernisierung. So gewinnt das Thema „Wettbewerb“ angesichts der angespannten Haushaltslage in vielen Gemeinden, Kreisen und Städten immer mehr Aufmerksamkeit.

Die KGSt bietet mit dem Bericht 12/2000 „Kommunale Leistungen im Wettbewerb - Leistungsvergleich, Markttest und Vergabeverfahren“ eine Orientierungshilfe für ihre rund 1600 Mitgliedskommunen. Gemeinsam mit kommunalen Praktikern hat die KGSt Empfehlungen erarbeitet, wie Kommunen dieses Thema angehen können. Eine Erkenntnis lautet: Wettbewerb ist ein strategisches Thema und somit Chefsache. Wer sich entscheidet, Wettbewerb in ausgewählten Leistungsbereichen zu realisieren, sollte vorab alle Aspekte dazu sorgfältig prüfen. Neben den internationalen Erfahrungen werden in dem KGSt-Bericht auch die aktuellen Diskussionen in den deutschen Kommunen dargestellt:

- * die unterschiedlichen Wettbewerbsintensitäten bzw. -formen,
- * das Markttest-Verfahren als Prozessmodell, in dessen Phasen alle relevanten Schritte einzeln erläutert werden,
- * örtliche Praxisbeispiele, die sich bereits beim Markttest-Verfahren an dem Prozessmodell orientiert haben.

Bisher realisierte Verfahren haben gezeigt, dass die Verfahrensqualität über die Ergebnisqualität entscheidet.

Die KGSt möchte ihr umfassendes Angebot kommunaler Managementthemen allen Gemeinden und Städten anbieten, denn Management ist in Kommunen aller Größenordnungen gefragt! Schauen Sie einmal unter „www.kgst.de“, welches Dienstleistungsspektrum die KGSt zu bieten hat. Mit unseren Produkten erreichen wir Gemeinden, Städte und Landkreise aller Größenklassen. Eine gute Kooperation mit dem Deutschen Städte- und Gemeindebund ist uns vor allem im Interesse der großen Anzahl unserer kleinen und mittleren Mitglieder viel wert. Melden Sie sich, wir senden Ihnen gerne weitere Informationen.

Hans-Joachim Hilbertz
Vorstand der KGSt

Gliederung

1. Besondere Bedeutung des Vergaberechts			
a) Erweiterter Bieterrechtsschutz kommt zur Anwendung	5	b) Die Entscheidung des OLG Düsseldorf („AWISTA“-Entscheidung)	12
b) Grundsatzentscheidungen betreffen den Entsorgungsbereich	5	c) Das „Zuwendungsurteil“ des Europäischen Gerichtshof	12
2. Wer ist Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts?		12. Was beinhaltet eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung?	
a) Entsorgung ist Aufgabe im Allgemeininteresse	5	a) Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung	12
b) Aufgabenerfüllung in „nicht gewerblicher Art“	5	b) Ausschreibung einer Vielzahl von Optionen unzulässig	13
3. Wie erfolgt die Abgrenzung zwischen VOB/A, VOL/A und VOF?		c) Die Entscheidung des OLG Saarbrücken	13
a) Gesamtes Vergaberechtsspektrum betroffen	6	13. Wann kann eine funktionale Leistungsbeschreibung durchgeführt werden?	13
b) Zusammengefasste Planung und Ausführung eines Bauvorhabens	6	14. Welche Eignungsgesichtspunkte sind zu beachten?	
c) Schwerpunkt des Vertrages	7	a) Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde	14
4. Wie werden die EG-Schwellenwerte bestimmt?		b) Vorgabe „Entsorgungsfachbetrieb“	14
a) Höhe der Schwellenwerte	7	15. Was bedeutet der Grundsatz der Produktneutralität?	14
b) Schwellenwertberechnung bei Vergaben im Baubereich	7	16. Was ist bei der Wertung der Angebote zu beachten?	
c) Schwellenwertberechnung bei Dienstleistungsaufträgen	8	a) Einhaltung der vier Wertungsstufen	14
5. Was beinhaltet der Vorrang des Offenen Verfahrens?		b) Angabe der Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung	14
a) Offenes Verfahren (Öffentliche Ausschreibung) verringert Gebühren	8	17. Wann liegt ein unangemessen niedriges Angebot vor?	
b) Nichtoffenes Verfahren (Beschränkte Ausschreibung) bedarf der Begründung	8	a) Offenbares Missverhältnis zwischen Angebotspreis und Leistung	14
6. Welche Anwendungsfälle gibt es für das Nichtoffene Verfahren?	9	b) Marktpreis als Indiz	15
7. Welche Anwendungsfälle beinhaltet das Verhandlungsverfahren?		c) Erheblicher Preisunterschied allein nicht ausschlaggebend	15
a) Verhandlungsverfahren als Ausnahme	9	d) Nicht begründbarer Kampfprijs	15
b) Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung	9	18. Wann können Nebenangebote noch gewertet werden?	15
c) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung	9	19. Ist eine überörtliche Betätigung kommunaler Unternehmen im Rahmen eines Vergabewettbewerbs zulässig?	
8. Wann sind bei Vertragsoptionen und Vertragsverlängerungen Neuausschreibungen erforderlich?		a) Die Bedeutung des Gemeindewirtschaftsrechts	16
a) Vereinbarung von Optionen	10	b) Abfallentsorgung als nichtwirtschaftliche Betätigung	16
b) Vereinbarung von Verlängerungsklauseln	10	c) Überörtliche Betätigung kommunaler Unternehmen	16
c) Ausschreibung bei Neuregelung wesentlicher Vertragselemente	10	20. Wann findet das Vergaberecht bei Privatisierungen (Public-Private-Partnerships) Anwendung?	
d) Beachtung des Wettbewerbsgebots	10	a) Kommunale Unternehmen sind Auftraggeber	16
9. Wirken sich Vergaberechtsverstöße auf die Abfallgebühren aus?		b) Gründung und Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften	16
a) Vergabeverstöß führt nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit der Gebühr	11	c) Die Kontrolle wie über die eigenen Dienststellen und Ausübung der wesentlichen Tätigkeit für die Kommune	17
b) Erforderlichkeitsgebot bei der Gebührensrechnung	11	d) „Beauftragung“ von Eigenbetrieben und Eigengesellschaften grundsätzlich nicht vergaberechtsrelevant	18
10. Was bedeutet der Grundsatz der losweisen Vergabe im Entsorgungsbereich?		21. Findet das Vergaberecht auf öffentlich-rechtliche Verträge Anwendung?	18
a) Mittelstandfreundliche Vergabe ist die Regel	11	22. Ausblick	18
b) Keine unwirtschaftliche Zersplitterung der Lose	11		
11. Können kommunale Unternehmen Teilnehmer am Vergabewettbewerb sein?			
a) Die Regelung des § 7 Nr. 6 VOL/A für die Vergabe von Dienstleistungen	12		

Vergabe von Entsorgungsleistungen

1. Besondere Bedeutung des Vergaberechts

a) Erweiterter Bieterrechtsschutz kommt zur Anwendung

Der Vergabe von Entsorgungsleistungen kommt eine besondere Bedeutung zu. Bei einem jährlichen Umsatzvolumen allein in der Abfallwirtschaft von ca. 100 Mrd. DM handelt es sich um einen zwischen der Privatwirtschaft und den Kommunen ordnungspolitisch, aber auch zwischen den verschiedenen Bietern heftig umkämpften Markt. Regelmäßig liegen die Auftragssummen bei Vergaben im Entsorgungsbereich (vgl. zur Beauftragung Dritter § 16 Abs. 1 und 2 KrW-/AbfG), also z. B. beim Einsammeln und beim Transport von Hausmüll, Bioabfall, Sperrmüll etc., oberhalb der EG-Schwellenwertgrenze. Folge ist, dass der nur oberhalb dieser EG-Schwellenwertgrenze eingreifende 4. Teil des GWB mit seinem erweiterten Bieterrechtsschutz im Entsorgungsbereich Anwendung findet.

Hinzu kommt, dass der Entsorgungsbereich die gesamte Palette möglicher Vergabeleistungen erfasst. Neben der Anwendung der VOL/A für klassische gewerbliche Dienstleistungen (Einsammeln und Transport von Abfall) sowie auch für den Betrieb einer Abwasser- oder Abfallentsorgungsanlage kommt z.B. für den Bau einer Müllverbrennungsanlage die VOB/A und für deren Planung die VOF zur Anwendung. Besonderheiten ergeben sich beim Vorliegen gemischter Verträge.

Weiterhin ist der Entsorgungsmarkt der klassische Bereich für Privatisierungen kommunaler Aufgaben durch Einbeziehung privater Partner (Public-Private-Partnership). Dies führt dazu, dass nicht nur vergaberechtlich die Frage zu prüfen ist, ob bei der Suche und bei der Auswahl des „privaten Partners“ sowie bei der entsprechenden Auftrags- und Leistungsbeziehung zwischen Kommune und privater Gesellschaft das Vergaberecht anzuwenden ist; vergaberechtlich ist auch die Frage relevant, ob die neugegründete gemischtwirtschaftliche Gesellschaft ihrerseits das Vergaberecht anwenden muss.

b) Grundsatzentscheidungen betreffen den Entsorgungsbereich

Das Spektrum der vergaberechtlichen Relevanz des Entsorgungsbereichs spiegelt sich in den Entscheidungen der Vergabekammern und Gerichte wieder. So war die Frage der Anwendung des Vergaberechts bei einer Privatisierung im Entsorgungsbereich in einer vielbeachteten Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf vom 07.07.2000¹ von großer Bedeutung. Die Frage der Auftraggebereigenschaft bei einer privatrechtlich organisierten Abfallentsorgungs-

gesellschaft spielte schließlich in dem ebenfalls vergaberechtlich bedeutsamen Urteil des Europäischen Gerichtshofs („Gemeente Arnheim und Rheden“)² eine bedeutende Rolle. Schließlich betrifft auch die sog. „AWISTA“-Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. Januar 2000³ mit der Frage der Zulässigkeit einer Beteiligung eines kommunalen Unternehmens an einem Ausschreibungsverfahren einer anderen Gemeinde einen Sachverhalt aus dem Entsorgungsbereich.

2. Wer ist Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts?

a) Entsorgung ist Aufgabe im Allgemeininteresse

Im Entsorgungsbereich ist vergaberechtlich zunächst zu untersuchen, ob neben den Kommunen als von § 98 Nr. 1 GWB erfassten klassischen öffentlichen Auftraggebern auch die von diesen beherrschten Eigengesellschaften bzw. gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften als von § 98 Nr. 2 GWB erfasste funktionelle Auftraggeber gelten. Bei den kommunalbeherrschten Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften handelt es sich um juristische Personen des privaten Rechts i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB. Der Bereich der Entsorgung ist in der Anlage I zur Baukoordinierungsrichtlinie 37/93/EWG (ABl. Nr. L 199 v. 09.08.1993, S. 54) ausdrücklich als im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art aufgeführt.

Dementsprechend hat auch der Europäische Gerichtshof diese Tätigkeit wegen seiner engen Verbindung mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates zu der in § 98 Nr. 2 GWB vorausgesetzten Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse gezählt⁴. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass der Staat aus allgemeinen Umweltschutz-, Sicherheits- und Hygienegründen für eine ordnungsgemäße Entsorgung Sorge zu tragen hat und die besonderen Rechtsregeln hierfür sowohl im europäischen als auch im nationalen Abfallrecht (Bsp.: Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz) festgelegt sind.

b) Aufgabenerfüllung in „nicht gewerblicher Art“

Im Ergebnis ist auch das weitere, in § 98 Nr. 2 GWB für den funktionellen Auftraggeberbegriff vorausgesetzte Tatbestandsmerkmal, die Aufgabenerfüllung „in nicht gewerblicher Art“ gegeben. Insofern hat der Europäische Gerichtshof in seinem Arnheim-Urteil⁵ die Eigenständigkeit dieses Merkmals betont und für einen die Hausmüllabfuhr betreffende Tätigkeit eines kommunal-

¹ VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46; siehe auch Jaeger, Public-Private-Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6 ff.

² EuGH, Urte. v. 10. November 1998, NVwZ 1999, 397.

³ OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155 ff.

⁴ EuGH, Urte. v. 10. November 1998 (Arnheim-Urteil), NVwZ 1999, 397 ff., Erwägungsgrund 52; vgl. auch EuGH v. 15. Januar 1998 „Österreichische Staatsdruckerei“, EuZW 1998, 120 (122), Erwägungsgrund 24.

⁵ EuGH, Urte. v. 10. November 1998, NVwZ 1999, 397.

beherrschten Unternehmens in den Niederlanden festgestellt, dass eine Aufgabenerfüllung nicht schon deshalb als „gewerblich“ zu qualifizieren sei, weil sie auch von privaten Anbietern erbracht werden könne. Allerdings sei „das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs“ ein geeignetes Auslegungs- und Wertungskriterium zur Bestimmung der Gewerblichkeit bzw. Nichtgewerblichkeit einer juristischen Person. Insofern könne das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt nach dem EuGH darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt⁶. Für staatlich kontrollierte Unternehmen bestehe jedoch auch beim Vorliegen von Wettbewerb die Möglichkeit, sich von anderen als ökonomischen Überlegungen bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen leiten zu lassen⁷.

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner „Arnheim“-Entscheidung für das Vorliegen einer nicht gewerblichen Tätigkeit des kommunalbeherrschten Unternehmens unter Heranziehung der EG-Vergaberichtlinien auf den besonderen Gründungszweck der Gesellschaft abgestellt. Er hat ausgeführt, dass die Abfallbeseitigung im Bereich der Haushaltsabfälle wesentlich durch Interessen öffentlicher Gesundheit und des Umweltschutzes bestimmt werde, so dass insoweit eine Nichtgewerblichkeit vorliege. Wegen der in den Niederlanden – die gleiche Rechtsituation besteht nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz in Deutschland – bestehenden ausdrücklichen Zuweisung der Entsorgung von Haushaltsabfällen an die Kommunen, kommt es nach der Rechtsprechung des EuGH („Österreichische Staatsdruckerei“) auch nicht darauf an, ob die von der Gesellschaft wahrgenommene Pflichtaufgabe der Entsorgung von Haushaltsabfällen tatsächlich nur einen relativ geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmacht, solange sie hiermit eine besondere Pflicht erfüllt⁸.

Daher muss von einer derartigen, besonderen Rechtsregeln unterliegenden Pflichterfüllung nach der durch das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz 1996 vorgenommenen Privatisierung auch dann ausgegangen werden kann, wenn die kommunalbeherrschte Gesellschaft neben der andienungspflichtigen Entsorgung von Haushaltsabfällen sowie von Beseitigungsabfällen aus dem gewerblichen oder industriellen Bereich zusätzlich sog. „Abfälle zur Verwertung“ einsammelt und transportiert. Insofern bestimmt zwar § 13 KrW-/AbfG, dass für derartige Abfälle zur Verwertung, wenn sie aus Gewerbe- oder Industriebetrieben, also nicht aus privaten Haushalten stammen, eine Andienungspflicht an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (Kommunen) nicht besteht. Die in diesem Bereich existierende Wettbewerbssituation mit privaten Entsorgern deutet daher zunächst auf die „Gewerblichkeit“ einer insoweit bestehenden kommunalen Tätigkeit hin.

Dem steht aber entgegen, dass es der Gemeinde neben der von ihr zu übernehmenden Pflichtaufgabe der Abfallentsorgung im Bereich des Hausmülls grundsätzlich unbenommen ist, weitere Aufgaben der Abfallentsorgung auch im Bereich der Verwertung zu übernehmen (vgl. §§ 13, 15 KrW-/AbfG). Nach § 3 Abs.

7 KrW-/AbfG umfasst die Abfallentsorgung sowohl die Verwertung als auch die Beseitigung von Abfällen. Insgesamt enthält also das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz kein Verbot einer kommunalen Betätigung auf dem Gebiet der Abfallverwertung⁹. Ein kommunales Unternehmen, das neben der Entsorgung von Haushaltsabfällen auch in größerem Umfang Abfälle zur Verwertung sammelt, transportiert und entsorgt, erfüllt damit deswegen allein nicht das Merkmal „Gewerblichkeit“ und muss daher insgesamt als öffentlicher Auftraggeber im funktionellen Sinne angesehen werden.

Hierfür spricht weiter, dass eine kommunale Gesellschaft auch bei einer Betätigung in dem Bereich der gewerblichen Abfälle zur Verwertung nicht den für eine Gewerblichkeit nach den EG-Vergaberichtlinien vorausgesetzten „Charakter eines Handels- bzw. Industrieunternehmens“ aufweist¹⁰. Von einer so verstandenen gewerblichen Tätigkeit kann nur ausgegangen werden, wenn das kommunale Unternehmen unter Gewinnerzielungsabsicht gegründet wurde. Eine derartige Gewinnerzielungsabsicht wäre aber schon gemeindefinanziell wegen eines Verstoßes gegen den öffentlichen Zweck (vgl. § 107 Abs. 1 GO NW), dessen Einhaltung Voraussetzung für eine unternehmerische Betätigung der Kommunen ist, unzulässig. Auch die Möglichkeit der kommunalen Bezuschussung bei unbefriedigenden Geschäftsergebnissen der juristischen Person spricht für eine mangelnde Gewerblichkeit bei einer Betätigung im Bereich von Verwertungsabfällen¹¹.

3. Wie erfolgt die Abgrenzung zwischen VOB/A, VOL/A und VOF?

a) Gesamtes Vergaberechtsspektrum betroffen

Werden Aufträge im Entsorgungsbereich separat vergeben, kann – wie z. B. bei der Planung, dem Bau und dem anschließenden Betrieb einer Müllverbrennungsanlage – „nacheinander“ die VOF (Planung), die VOB/A (Bau) sowie die VOL/A (Betrieb) zur Anwendung kommen. Probleme können bei einer zusammengefassten Ausschreibung entstehen, bei der die Anwendung der jeweiligen Verdingungsordnung grundsätzlich nach der Schwerpunkttheorie entschieden werden muss¹². Hier sind im Entsorgungsbereich maßgeblich folgende Fälle zu unterscheiden:

b) Zusammengefasste Planung und Ausführung eines Bauvorhabens

Der erste Fall betrifft die zusammengefasste Planung und die Ausführung eines Bauvorhabens, also z. B. einer biologischen Restabfallbehandlungsanlage. Obwohl die Planungsleistung isoliert nach der VOF vergeben werden könnte, handelt es sich bei einem derart zusammengefassten Auftrag der Planungsleistung mit der einer dieser nachfolgenden aber überwiegenden Bauleistung insgesamt um einen Bauauftrag, der bei Überschreiten der EG-Schwellegrenze nach § 1a Nr. 1 Abs. 1 S. 3 einheitlich nach

6 EuGH, a. a. O., Erwägungsgrund 49.

7 EuGH, a. a. O., Erwägungsgrund 43.

8 Vgl. EuGH, Österreichische Staatsdruckerei, EuZW 1998, 120.

9 Vgl. OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 111, 112 (Altauto-Entscheidung).

10 Vgl. hierzu: Hailbronner, EWS 1995, 285 (287).

11 Vgl. auch das Arnheim-Urteil des EuGH, a. a. O., Erwägungsgrund 43.

12 Noch, Vergaberecht Kompakt, S. 113.

der VOB/A zu vergeben ist¹³. Nach dieser Bestimmung gelten als Bauaufträge „Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens“.

c) Schwerpunkt des Vertrages

Auch der VOB/A unterfallen die gleichzeitige Planung, Ausführung und Inbetriebnahme von komplexen Anlagen, also z. B. von mechanisch-biologischen Restabfallbehandlungsanlagen. Diese werden auf der Grundlage von Art. 2 der EG-Dienstleistungsrichtlinie nach der sog. Schwerpunkttheorie einheitlich als Bauleistung behandelt¹⁴.

Der weitere Fall einer zusammengefassten Vergabe im Entsorgungsbereich betrifft die Betreibermodelle, bei denen wegen der hiervon erfassten Errichtung eines Gebäudes oftmals das Schwergewicht auf den Bauleistungen liegt. Die Ausschreibung der Errichtung und des Betriebes einer Biokompostanlage hat der Vergabeüberwachungsausschuss (VÜA) Hessen¹⁵ dementsprechend der VOB/A unterworfen. Ein weiteres Betreibermodell lag ebenfalls einem vom Vergabeüberwachungsausschuss Hessen¹⁶ entschiedenen Fall zugrunde. Bei der dort gegebenen Finanzierung, Errichtung und dem Betrieb eines Kompostwerks hat der Vergabeüberwachungsausschuss für die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsauftrag und damit für die Abgrenzung zwischen VOB/A und VOL/A unter Abstellung auf den 16. Erwägungsgrund zur Dienstleistungskordinierungsrichtlinie auf den Schwerpunkt des Vertrages abgestellt.

Dabei hat der VÜA zur Abgrenzung, ob im konkreten Fall eine Baukonzession oder ein Dienstleistungsvertrag vorlag, den jeweiligen Wert der Auftragssteile, nämlich einerseits den Bau und andererseits den Betrieb der Anlage, in Betracht gezogen und andererseits aber auch die Bedeutung der Arbeitsschritte und des Aufwandes bei dem Betrieb einer solchen Anlage hervorgehoben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände gelangte der VÜA zu der Auffassung, dass es sich um einen nach dem 2. Abschnitt der VOL/A zu beurteilenden Dienstleistungsauftrag handelte. Dem Betrieb komme in diesem besonderen Fall im Vergleich zur Herstellung der Anlage eine größere Bedeutung zu als bei sonstigen Hoch- und Tiefbauanlagen. Die übersteigenden Werte für die Dienstleistungen ergaben sich allerdings unter Berücksichtigung einer Vertragslaufzeit von mehr als 48 Monaten gem. Art. 7 Abs. 5 Dienstleistungskordinierungsrichtlinie.

4. Wie werden die EG-Schwellenwerte bestimmt?

a) Höhe der Schwellenwerte

Das den Rechtsschutz der Bieter verstärkende Vergaberechtsänderungsgesetz gilt nach § 100 Abs. 1 GWB nur für Aufträge, die die EG-Schwellenwerte überschreiten. Für Aufträge unterhalb der EG-Schwellenwerte gelten daher die haushaltsrechtlichen Vorschriften, also für die Kommunen insbesondere die Gemein-

dehaushaltsverordnungen (Bsp.: § 31 GemHVO NW) i. V. mit den ersten Abschnitten der VOB/A und VOL/A. Für die Vergabe von Entsorgungsleistungen durch Kommunen betragen die Schwellenwerte im Baubereich (VOB/A) 5 Mio. Euro, im Liefer- und Dienstleistungsbereich (VOL/A und VOF) 200.000 Euro, vgl. § 2 Vergabeverordnung (VgV). Die Schwellenwerte werden nach dem geschätzten Gesamtauftragswert der Leistung ohne Umsatzsteuer berechnet, § 1 VgV. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Einleitung des ersten Vergabeverfahrensschrittes, also der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens, § 3 Abs. 10 VgV.

b) Schwellenwertberechnung bei Vergaben im Baubereich

Werden die Bauaufträge z. B. für eine Müllverbrennungsanlage in Losen vergeben und beträgt die Addition der Lose über 5 Mio. Euro, sind die Bestimmungen des EG-Verfahrens (a-Paragrafen) anzuwenden

- bei jedem Los mit einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio. Euro und mehr,
- unabhängig davon für alle Bauaufträge, bis mindestens 80 % des geschätzten Gesamtauftragswerts aller Bauaufträge für die bauliche Anlage erreicht sind (vgl. § 1a Nr. 1 Abs. 2 VOB/A).

Unter der für die Schwellenwertermittlung zugrundegelegten „baulichen Anlage“ ist nach der EG-Baukordinierungsrichtlinie „das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten zu verstehen, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll“ (vgl. Art. 1c BKR). Im Hochbau gehört damit das „komplette Gebäude“ zur baulichen Anlage. Bei komplexen Bauvorhaben, also z.B. der Funktionseinheit „Abwasseranlage“ gehört neben der eigentlichen Abwasseranlage auch das Verwaltungsgebäude zur baulichen Anlage.

Bei der Ermittlung des Gesamtauftragswerts muss unterschieden werden:

- Wird nur die reine Ausführung einer baulichen Anlage (Bsp.: MVA) vergeben, ist auch allein diese bauliche Anlage für die Schwellenwertermittlung entscheidend.
- Wird – ausnahmsweise – in Verbindung mit der baulichen Anlage gemeinsam auch die Planung (Vergabe von Planung und Ausführung eines Bauvorhabens) mit vergeben, vgl. §§ 1a Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A, 9 Nr. 10 VOB/A, gehören die erforderlichen Planungskosten mit zum Gesamtauftragswert der baulichen Anlage.

Ansonsten gehören zum Gesamtauftragswert einer baulichen Anlage insbesondere

- die reinen Baukosten einschließlich der Baustelleneinrichtungskosten,
- etwaige vom Auftraggeber beigestellte Stoffe, Bauteile und Leistungen, z. B. die Bereitstellung einer Deponie für die Ablagerung von Aushubmaterial, vgl. §§ 3 Abs. 7 VgV, 1a Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOB/A.

Nicht zum Gesamtauftragswert gehören insbesondere

- die Grundstückskosten,

13 VK Münster, Beschluss v. 14. Oktober 1999, VK - 1/99.

14 OLG Düsseldorf, NZBau 2001, 106 ff.

15 VÜA Hessen, VÜA 4/96, EzEG-VergR/IV Nr. 7.4.

16 VÜA Hessen, Beschluss v. 03. Februar 1997, EzEG-VergR IV 7.4.

- die Kosten der öffentlichen Erschließung,
- die Kosten für Vermessung und Vermarktung,
- die Baunebenkosten,
- bewegliche Ausstattungs- und Einrichtungsgegenstände.

c) Schwellenwertberechnung bei Dienstleistungsaufträgen

Bei Aufträgen im Dienstleistungsbereich, also insbesondere dem Einsammeln und dem Transport von Abfall, ist grundsätzlich der tatsächliche Gesamtwert des Auftrages, der sich aus der Berechnung der Vertragslaufzeit ergibt, maßgeblich. Soweit kein Gesamtpreis angegeben ist, ist bei Dienstleistungsaufträgen bis zu 48 Monaten Laufzeit der geschätzte Gesamtwert der Vertragslaufzeit für die Schwellenwertberechnung zugrunde zu legen. Bei unbefristeten Verträgen oder bei nicht absehbarer Vertragsdauer berechnet sich der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48¹⁷.

Bei regelmäßigen Aufträgen oder Daueraufträgen über Dienstleistungen ist bei der Schätzung des Auftragswerts nach § 3 Abs. 4 VgV entweder der tatsächliche Gesamtauftragswert entsprechender Aufträge für ähnliche Arten von Dienstleistungen aus den vorangegangenen 12 Monaten oder dem vorangegangenen Haushaltsjahr, unter Anpassung an voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kosten während der auf die erste Dienstleistung folgenden 12 Monate oder der geschätzte Gesamtwert während der auf die erste Dienstleistung folgenden 12 Monate oder während der Laufzeit des Vertrages, soweit diese länger als 12 Monate ist, zugrunde zu legen.

Ist von vornherein in dem Dienstleistungsauftrag auf der Grundlage der Ausschreibung bestimmt, dass eine Verlängerung bzw. eine Ausübung von Optionsrechten möglich ist, so ist bei der Schätzung des Schwellenwertes auf den voraussichtlichen Vertragswert aufgrund des größtmöglichen Auftragswertes unter Einbeziehung der Optionsrechte abzustellen, § 3 Abs. 6 VgV.

5. Was beinhaltet der Vorrang des Offenen Verfahrens?

a) Offenes Verfahren (Öffentliche Ausschreibung) verringert Gebühren

Bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen ist auf die Wahl der richtigen Vergabeart und auf den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung (Offenes Verfahren) besonderer Wert zu legen. So belegen Beispiele, dass Kosteneinsparungen in Höhe von vielen Millionen DM nach einer Ausschreibung im Vergleich zu der in der Vergangenheit nicht erfolgten Ausschreibung erzielt werden konnten. Diese Kosteneinsparungen kommen den Bürgern über die Abfallgebühren zugute.

Nach § 101 Abs. 5 GWB haben öffentliche Auftraggeber grundsätzlich auch für die Vergabe von Entsorgungsleistungen das Offene Verfahren anzuwenden. Offene Verfahren sind nach § 101 Abs. 2 Verfahren, in denen der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auffordert. Ausnahmetatbestände für das Nichtoffene Verfahren oder das Verhandlungsverfahren bzw.

die Beschränkte und Freihändige Vergabe sind abschließend in den §§ 3 bzw. 3a der VOB/A und der VOL/A geregelt.

Nur bei der Vergabe nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbarer freiberuflicher Leistungen nach der VOF, also z. B. für die Planung einer hochkomplexen Abwasser- oder Abfallbeseitigungsanlage, ist nach § 5 Abs. 1 VOF das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung das Regelverfahren. Hier spricht der Auftraggeber ausgewählte Personen an, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

b) Nichtoffenes Verfahren (Beschränkte Ausschreibung) bedarf der Begründung

Bei der im Entsorgungsbereich besonders bedeutsamen Ausschreibung des Einsammelns und des Transports von Siedlungsabfällen sowie der Gestellung, Wartung und Unterhaltung der erforderlichen Sammelgefäße ist regelmäßig das Offene Verfahren die richtige Vergabeart¹⁸. So hat der VÜA NRW¹⁹ für die Ausschreibung von Sammel- und Transportleistungen entschieden, dass eine Ausnahme für eine Beschränkte Vergabe nicht in der Behauptung der Vergabestelle liegen könne, dass bei unsachgemäßer Abfallentsorgung eine Gefahr für die Bürger entstünde. Vielmehr müsse die außergewöhnliche Eignung in Bezug auf die Leistungserfüllung notwendig sein, was vorliegend nicht gegeben sei.

In einer weiteren Entscheidung hat der VÜA NRW²⁰ eine Beschränkte Ausschreibung bei der Vergabe eines Auftrags zur Restabfallentsorgung deswegen für rechtmäßig gehalten, weil sich die Vergabestelle unter dem Eindruck der Abfallentsorgungspläne der Bezirksregierung und des bekannten Entwurfes zum Landesabfallgesetz vom Grundsatz der gebietsnahen Entsorgung habe leiten lassen und unter diesen Voraussetzungen von einem beschränkten Bieterkreis ausgegangen sei. Die Berücksichtigung einer „örtlichen Komponente“ hielt der VÜA für rechtmäßig. Diese Entscheidung ist aber vergaberechtlich deswegen bedenklich, weil damit losgelöst von den rechtlichen Ausnahmetatbeständen des § 3 Nr. 3 VOL/A ein zusätzliches Merkmal als Grund für die Beschränkte Ausschreibung anerkannt wird. Dies dürfte schon deswegen nicht richtig sein, weil auch bei der berechtigten Vorgabe einer gebietsnahen Entsorgung sich durchaus für die konkrete Restabfallentsorgung eine unbeschränkte Zahl von Bietern finden lässt, die diese Vorgabe gewährleisten kann.

Ebenso wenig nachvollziehbar ist eine Entscheidung des VÜA Baden-Württemberg²¹, wonach für die Behandlung und die Entsorgung von Restabfall zweier Landkreise das Verhandlungsverfahren die richtige Vergabeart darstellen soll. Begründet wurde dies mit der notwendigen komplexen Ausschreibung der Entsorgung von Restabfall. Diese erfordere wegen einer notwendigen „funktionalen Ausschreibung“ Verhandlungen, um über zwangsläufig offen gebliebene

18 Vgl. auch Kulartz, Ausschreibungspflichten in der Abfallwirtschaft, AbfallPrax 1999, 169, 171.

19 VÜA NRW, Beschluss vom 10. November 1998 (Az.: 424-84-45-12/98).

20 VÜA NRW, Beschluss vom 26. Mai 1999 (Az.: 424-84-45-14/98).

21 VÜA Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. Mai 1999 - 1 VÜ 7/99 -.

17 Vgl. § 3 Abs. 3 VgV.

Punkte zu reden. Mit seiner Auffassung verkennt der VÜA Baden-Württemberg den Ausnahmecharakter des Verhandlungsverfahrens und den Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A. Er berücksichtigt nicht den in § 3a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A vorgegebenen Vorrang des Offenen Verfahrens für eine Standardleistung (Restabfallentsorgung).

6. Welche Anwendungsfälle gibt es für das Nichtoffene Verfahren?

Die Anwendung des Nichtoffenen Verfahrens bzw. der Beschränkten Ausschreibung mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb kommt nach § 101 Abs. 3 GWB i. V. m. § 3a Nr. 1 Abs. 1 und § 3 Nr. 1 Abs. 4 und Nr. 3a VOL/A sowie § 3a Nr. 1 b), Nr. 3 und § 3 Nr. 1 Abs. 2, Nr. 3 Abs. 2a VOB/A im Entsorgungsbereich insbesondere dann in Betracht, wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann. Bei Nichtoffenen Verfahren fordert der Auftraggeber öffentlich zur Teilnahme an der Ausschreibung auf, um sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern (§ 101 Abs. 3 GWB).

Der Vergabeüberwachungsausschuss des Freistaates Bayern²² hat die Rechtmäßigkeit eines Nichtoffenen Verfahrens wegen der erforderlichen außergewöhnlichen Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit in dem Fall für gerechtfertigt gehalten, dass die Vergabestelle die Rest- und Biomüllsammlung mit einer Verwiegetechnik und einem Identifikationssystem ausschreibt. Diese Vorgaben stellten besondere Anforderungen an die technische und fachliche Leistungsfähigkeit potentieller Auftragnehmer. So sei neben der Entwicklung der eigentlichen Wiegetechnik am Fahrzeug für deren flächendeckenden Einsatz auch eine Software für die Wiegedatenerfassung und die anschließende Weiterverarbeitung der Daten bis zur Erstellung der Gebührenbescheide für die Bürger erforderlich. Für diese Dienstleistungen komme nur ein beschränkter Kreis von Fachunternehmen mit entsprechender Erfahrung und technischem know-how in Frage. Dieser Auffassung kann wegen der besonderen technischen und fachlichen Anforderungen an ein Verwiege- und Identifikationssystem gefolgt werden.

7. Welche Anwendungsfälle beinhaltet das Verhandlungsverfahren?

a) Verhandlungsverfahren als Ausnahme

Ausnahmsweise kann der Auftraggeber gem. § 101 Abs. 4 GWB i. V. m. § 3a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A sowie § 3a Nr. 1c und Nr. 4 VOB/A Aufträge im Entsorgungsbereich im Verhandlungsverfahren vergeben. Verhandlungsverfahren sind sowohl mit vorheriger öffentlicher Vergabebekanntmachung (vgl. z. B. § 3a Nr. 1 Abs. 4 VOL/A) als auch ohne eine solche vorherige Vergabebekanntmachung (Bsp.: § 3a Nr. 2 VOL/A) zulässig. In jedem Fall muss jedoch eine der näher bestimmten Ausnahmen für das jeweilige Verhandlungsverfahren vorliegen. Nur bei Vergaben nach der VOF sind Ver-

handlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung die Regelverfahren (vgl. § 5 Abs. 1 VOF).

b) Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung

Verhandlungsverfahren mit vorangehender Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung sind nach § 3a Nr. 1 Abs. 4b und c der VOL/A bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen dann ausnahmsweise möglich, wenn es sich entweder um Aufträge handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen oder bei der die zu erbringende Dienstleistung dergestalt ist, dass vertragliche Spezifikationen nicht vorab hinreichend genau festgelegt werden können.

Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung sind vor diesem Hintergrund insbesondere bei Auftragsvergaben in Zusammenhang mit Public-Private-Partnerships möglich. In einem von der Vergabekammer Lüneburg entschiedenen Fall hatte eine Gemeinde dementsprechend EU-weit die Übernahme der Betriebsführung der Abwasserentsorgung und Wasserversorgung für ihr Gemeindegebiet „im Rahmen eines Kooperationsmodells“ im Wege des Verhandlungsverfahrens mit vorangegangener Bekanntmachung nach der VOL/A (vgl. § 3a Nr. 1 Abs. 4b) ausgeschrieben²³.

In einem anderen von der 1. Vergabekammer Sachsen entschiedenen Fall hatte ein Kreis EU-weit das Einsammeln und das Transportieren von Abfällen, die Zuführung zu Entsorgungsanlagen und die Gebührenverwaltung im Rahmen des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben und dabei ausgeführt, es sei beabsichtigt, eine Beteiligungsgesellschaft als beauftragten Dritten i. S. des § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG mit dem Einsammeln der Abfälle etc. zu beauftragen. An der zu bildenden Beteiligungsgesellschaft solle der Kreis 51 % der Gesellschaftsanteile erhalten. Ausgeschrieben wurde daher im Verhandlungsverfahren ein Gesellschaftsanteil von 49 % unter Abschluss des Entsorgungsvertrages mit der Beteiligungsgesellschaft²⁴.

c) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung

Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung kommen bei Vergaben im Entsorgungsbereich nach § 3a Nr. 2c VOL/A und § 3a Nr. 5c VOB/A dann in Betracht, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann.

Hierunter kann der Fall gehören, dass für die Entsorgungsleistung, z. B. der Beseitigung in Abfallbehandlungsanlagen, nur ein einziger Vertragspartner in Betracht kommt, weil diesem das betreffende Grundstück gehört, auf dem die Anlage gebaut werden soll bzw. die bestehende Anlage in seinem Eigentum steht²⁵.

23 VK Lüneburg, NZBau 2001, 51.

24 1. VK des Freistaates Sachsen, Beschluss vom 14. August 2000 - 1/SVK/71-00; vgl. auch Jaeger, Public-Private-Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6, 11.

25 Vgl. auch Kulartz, a. a. O., S. 205.

22 Beschluss vom 31. August 1998 - VÜA 33/98.

Nach § 3a Nr. 2f VOL/A (vgl. auch § 3a Nr. 4e VOB/A) kann das Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung weiter für zusätzliche Dienstleistungen eingreifen, die weder in dem der Vergabe zugrundeliegenden Entwurf noch im zuerst geschlossenen Vertrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der darin beschriebenen Dienstleistungen erforderlich sind. Voraussetzung ist, dass der Auftrag an das Unternehmen vergeben wird, das diese Dienstleistung erbringt und der Gesamtwert der Aufträge für die zusätzlichen Dienstleistungen 50 % des Werts des Hauptauftrags nicht überschreitet.

Zu diesem Ausnahmetatbestand hat das Oberlandesgericht München²⁶ den Fall gezählt, dass zwischen einem Landkreis und einem Unternehmen ein auf die Entsorgung und die Verwertung des Abfalls gerichtetes Vertragsverhältnis bereits besteht, so dass der Kreis seinen Vertragspartner im nachhinein ohne Ausschreibung auch mit der Entsorgung einer neuen Abfallfraktur in Form des Biomülls beauftragen kann, wenn die Ausgliederung dieser neuen Abfallfraktur aus dem bestehenden Vertrag dessen Kostengefüge wesentlich verändern würde²⁷.

8. Wann sind bei Vertragsoptionen und Vertragsverlängerungen Neuausschreibungen erforderlich?

a) Vereinbarung von Optionen

Im Zusammenhang mit Entsorgungsverträgen zum Sammeln und Transport von Abfällen werden häufig Optionen vereinbart, die bereits in dem geschlossenen Vertrag angelegt sind. Hierunter ist das im Rahmen einer bestimmten Frist vor Ablauf des geschlossenen Vertrages ausübbares Gestaltungsrecht zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zu verstehen. Durch die Ausübung der im Vertrag vereinbarten Option wird das bereits bestehende Vertragsverhältnis verlängert. Insoweit ist die Vereinbarung einer Option zur Verlängerung eines Entsorgungsvertrages grundsätzlich nicht mit einem erneuten Vertragsangebot gleichzusetzen. Der Ablauf der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit begründet daher keine automatische Kündigungspflicht²⁸.

b) Vereinbarung von Verlängerungsklauseln

Grundsätzlich nichts anderes gilt auch bei bloßen Verlängerungsklauseln, die eine automatische Verlängerung des Vertrages vorsehen, wenn dieser nicht innerhalb einer bestimmten Frist vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt wird. Auch bei diesen Verlängerungsklauseln bleibt die Identität des ursprünglichen Vertrages erhalten²⁹. Bestehen daher Gründe für eine Beendigung des Vertrages nicht, ist die Fortführung des unveränderten Vertrages in der Verlängerungsklausel vertragsimmanent angelegt. Vergaberechtliche Fragen im engeren Sinne stellen sich daher grundsätzlich nicht (s. aber unter d).

26 OLG München, WuW 1997, 175 ff.

27 Vgl. auch Kulartz, a. a. O.

28 Vgl. VG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 23. Februar 2000 - 1 L 826/99; s. auch OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.02.2001, Verg 13/00, wo offen gelassen wird, wie die Fortsetzung einer Vertragsbeziehung mangels Kündigung zu behandeln ist.

29 Münchener Kommentar zum BGB, § 564 Rn. 6.

c) Ausschreibung bei Neuregelung wesentlicher Vertragselemente

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der geschlossene Vertrag von vornherein zeitlich befristet war oder wenn mit der Ausübung der Option oder der Verlängerungsklausel die Neuregelung wesentlicher oder erheblicher Vertragselemente bezweckt ist. So lag der vom VG Frankfurt/Oder sowie der vom OLG Düsseldorf (s. Fn. 28) entschiedene Sachverhalt. Nach der in der Entscheidung des VG Frankfurt/Oder zunächst vereinbarten 10jährigen Vertragslaufzeit sollte ein Entsorgungspartner in das Vertragsverhältnis des anderen eintreten, um auf diese Weise Kosteneinsparungen zu erreichen. Weiter ergab sich eine Anpassungsnotwendigkeit daraus, dass die Kommune eine neue Abfall- und Gebührensatzung in Kraft gesetzt hatte, die zu umfangreichen Änderungen im bisherigen Entsorgungssystem führte. Wegen der Neuregelung wesentlicher Vertragselemente war in diesem Fall trotz vertraglich vereinbarter Preisgleit- und sog. Wirtschaftlichkeitsklauseln vom Gericht zurecht ein Neuabschluss eines Entsorgungsvertrages angenommen worden, der somit ausschreibungspflichtig war.

d) Beachtung des Wettbewerbsgebots

Allerdings ist auch bei grundsätzlich zulässigen Vertragsverlängerungen auf der Grundlage von Options- und Verlängerungsvereinbarungen das Wettbewerbsgebots des § 97 Abs. 1 GWB sowie das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebots zu beachten. Hieraus folgt, dass eine Kommune über die Nichtausübung von Optionsrechten sowie über Verlängerungsklauseln nicht Vertragslaufzeiten über normale Entsorgungsdienstleistungen ohne Ausschreibung mit dem gleichen Unternehmer über 20 oder 30 Jahre begründen darf. Die Nichtdurchführung eines Wettbewerbs über einen derart langen Zeitraum ist wettbewerbsrechtlich vor dem Hintergrund des Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes jedenfalls nicht mehr vertretbar und auch gegenüber dem Gebührenzahler nicht sachgerecht. Auch die alleinige Bezugnahme auf den Grundsatz „pacta sunt servanda“ kann nicht mit letzter Sicherheit dazu führen, dass Verträge aus wichtigem Grunde nicht mehr gekündigt werden können. Insoweit bleibt jedenfalls eine klärende Rechtsprechung auch des Europäischen Gerichtshofs abzuwarten.

Da aber regelmäßig über die Durchführung von Ausschreibungsverfahren erhebliche Einsparungsmöglichkeiten zu erzielen sind, ist den Kommunen insbesondere bei der Vergabe von sich relativ schnell amortisierenden Dienstleistungen im Bereich des Sammelns und Transports von Abfall zu raten, nach Ablauf einer Vertragslaufzeit von sieben Jahren eine Neuausschreibung vorzunehmen. Der bisherige Entsorger hat sodann die Chance, sich in einem neuen Wettbewerb mit anderen Anbietern zu stellen. Bei hochkomplexen Betreibermodellen im Entsorgungsbereich, bei denen eine Amortisation zeitlich später erfolgt, lassen sich auch längere Vertragslaufzeiten begründen.

9. Wirken sich Vergaberechtsverstöße auf die Abfallgebühren aus?

a) Vergaberechtsverstoß führt nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit der Gebühr

Auch wenn die Vergabe von Entsorgungsleistungen fehlerhaft erfolgt ist, ist damit nicht zwingend eine Rechtswidrigkeit der auf der Grundlage der fehlerhaften Ausschreibung erhobenen Abfallgebühr gegeben³⁰. Dies hat das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen in Lüneburg mit Urteil vom 24. Juni 1998 entschieden³¹. Das Gericht hielt den Abfallgebührenbescheid wegen Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen nur dann für nichtig, wenn damit zugleich ein Verstoß gegen das Prinzip der Erforderlichkeit der Kosten vorliege. Auch wenn die Bedeutung des Vergaberechts für die Ermittlung der wirtschaftlichsten Leistungserbringung anzuerkennen sei, genüge es „in aller Regel“ für den Beweis der Erforderlichkeit der Kosten, dass deren Höhe den „Leitsätzen für die Preisermittlung“ entspreche.

Ähnlich hat das OVG Schleswig-Holstein mit Urteil vom 24. Juni 1998³², das mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. November 1998³³ bestätigt worden ist, entschieden. Danach führt ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nur dann zur Nichtigkeit der Gebührensatzung, wenn dadurch zugleich gegen das gebührenrechtliche Prinzip der Erforderlichkeit (Kostenüberdeckungsverbot) verstoßen wurde. Die Gebührenkalkulation und damit auch die Abfallsatzung könnten aber dann aufrecht erhalten werden, wenn die Kommune nachweisen kann, dass durch den Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht im Vergleich zu einer sonst getätigten Ausschreibung keine erhöhten Kosten entstanden seien. Ein Mangel der Aufklärung geht jedoch nach dem Urteil zu Lasten der Kommune. Könnte diese nicht nachweisen, dass keine erhöhten Kosten entstanden seien, wäre der Gebührenbescheid rechtswidrig.

Diesen Entscheidungen hat sich nunmehr auch das OVG Rheinland-Pfalz in zwei jüngeren Urteilen vom 04. Februar 1999³⁴ angeschlossen. In den Entscheidungen wird im Ergebnis ausgeführt, dass das Ausschreibungsgebot der Durchsetzung des gebührenrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes diene. Die Angemessenheit der insoweit entstandenen Kosten für die Gebührenschuldner unterliege aber einem Ermessensspielraum des Einrichtungsträgers, der nur dann ausnahmsweise zu verneinen sei, wenn sich die Kommune bei der Vergabe der Aufträge oder der Durchführung der Maßnahmen offensichtlich nicht an das Gebot der Wirtschaftlichkeit gehalten habe und dadurch augenfällige Mehrkosten entstanden sind. Dies sei regelmäßig dann der Fall, wenn die Kosten in einer für die Gemeinde erkennbaren Weise eine grob unangemessene Höhe erreichen. Auch das OVG NRW

hat in einem Urteil vom 01. September 1999³⁵ Fehler bei der Ausschreibung zu Recht solange als unerheblich angesehen, wie das Äquivalenzprinzip bzw. Willkürverbot nicht verletzt sei.

b) Erforderlichkeitsgebot bei der Gebührenberechnung

Obwohl nach diesen Urteilen aus einer fehlerhaften Vergabe nicht automatisch die Rechtswidrigkeit der Gebühr folgt, kann den Kommunen z. B. nach Auslaufen von Verträgen nur zu einer Neuausschreibung geraten werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass nicht nur das Vergabeverfahren rechtswidrig wird, sondern wegen Verstoßes gegen das Erforderlichkeitsgebot bei der Gebührenberechnung neben der konkret von einem Gebührenschuldner angegriffenen Gebühr auch die gesamte Abfallgebührensatzung aus Gleichbehandlungsgründen aufgehoben werden muss. Insoweit hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in einem Urteil vom 11. Mai 2000³⁶ festgestellt, dass ein Landkreis die durch eine Privatisierung der Abfallbeseitigung entstehenden Mehrkosten jedenfalls dann nicht auf die Bürger umlegen kann, wenn sich keine sachlichen Gründe dafür finden lassen, die Privatisierung trotz der Mehrkosten durchzuführen.

10. Was bedeutet der Grundsatz der losweisen Vergabe im Entsorgungsbereich?

a) Mittelstandsfreundliche Vergabe ist die Regel

Nach §§ 97 Abs. 3 GWB, 4 VOB/A und 5 VOL/A hat der Auftraggeber auch bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen grundsätzlich eine Teilung der Aufträge in Losen vorzunehmen, damit sich auch kleinere und mittlere Unternehmen bewerben können. Bei einer Gesamtvergabe von Bau und Betrieb einer Entsorgungsanlage ist jeweils zu prüfen, ob nicht die damit verbundene Zusammenfassung verschiedener Leistungen (VOB/A und VOL/A) zu einer Verengung des Wettbewerbs und zu mittelstandsfeindlichen Vergabeformen führt. Wenn daher für eine derartige Zusammenfassung nicht ausnahmsweise besondere Gründe in wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht vorliegen (vgl. § 4 Nr. 3 S. 2 VOB/A), ist eine Gesamtvergabe unzulässig³⁷.

b) Keine unwirtschaftliche Zersplitterung der Lose

Bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen besteht zwar nach § 5 VOL/A ebenfalls der Vorrang der losweisen Vergabe. Allerdings müssen nach § 5 Nr. 1 S. 2 VOL/A die einzelnen Lose so bemessen sein, „dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden wird“. Eine derartige unwirtschaftliche Zersplitterung dürfte jedoch anzunehmen sein, wenn eine Kommune die Einsammlung und den Transport von Restmüll, Biomüll, Sperrmüll etc. getrennt ausschreibt. In diesen Fällen verhindert nur eine Gesamtausschreibung aller Leistungen eine unwirtschaftliche Zersplitterung, zumal auch kleinere und mittlere Entsorgungsunternehmen die Möglichkeit haben, alle ausgeschriebenen Leistungen insgesamt zu erbringen.

30 Anders noch OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09. April 1997, DVBl. 1998, S. 62.

31 OVG Niedersachsen, Az.: 9 L 2504/96.

32 OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 1998, AbfallPrax 1999, 28 ff.

33 BVerwG, Beschluss vom 23. November 1998, Az.: 8 B 173.98.

34 OVG Rheinland-Pfalz, Urteile vom 04. Februar 1999, Az.: 12 C 13291/96 und 12 A 10533/98.

35 OVG NRW, Urteil vom 01. September 1999, Az.: 9 A 3342/98.

36 OVG Niedersachsen, Az.: 9 L 5646/98.

37 Vgl. auch Kulartz, a. a. O., S. 206; Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 Rn. 96 ff.

In regionaler Hinsicht bedeutet die Vorgabe der Losvergabe, dass das Ausschreibungsgebiet nicht zu groß geraten darf. Dies bedeutet, dass das Ausschreibungs- und Vertragsgebiet grundsätzlich auf die Landkreise, kreisfreien Städte bzw. kreisangehörigen Gemeinden, also auf das Gebiet der entsorgungspflichtigen Kommune zu beschränken ist.

11. Können kommunale Unternehmen Teilnehmer am Vergabewettbewerb sein?

a) Die Regelung des § 7 Nr. 6 VOL/A für die Vergabe von Dienstleistungen

Bei der Vergabe von klassischen Entsorgungsdienstleistungen des Einsammelns und Transports von Abfall stellt sich die Frage, ob sich auch kommunalbeherrschte Unternehmen in Konkurrenz zu privaten Mitbewerbern am Vergabeverfahren beteiligen können. In einer derartigen Beteiligung wird z. T. ein Verstoß gegen § 7 Nr. 6 VOL/A gesehen. Dessen Zweck sei es, eine Verdrängung privater Entsorgungsunternehmen durch öffentliche Einrichtungen, die aufgrund ihrer nichtgegebenen Insolvenzfähigkeit und größeren Kreditwürdigkeit einen Wettbewerbsvorteil hätten, zu verhindern³⁸.

b) Die Entscheidung des OLG Düsseldorf („AWISTA“-Entscheidung)

Dieser Auffassung ist der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf in seiner „AWISTA“-Entscheidung ebenso wie das OLG Celle in seiner Entscheidung vom 12. Februar 2001 nicht gefolgt³⁹. Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf betont, dass zwar in § 7 Nr. 6 VOL/A als von der Teilnahme am Wettbewerb auszuschließende Bewerber Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe sowie Aus- und Fortbildungsstätten erwähnt seien, eine Erwähnung kommunaler Unternehmer aber nicht gegeben sei. Auch sei nicht ersichtlich, dass ein kommunales Unternehmen im Bereich der Abfallentsorgung aufgrund steuerlicher Vorteile oder öffentlicher Zuschusszahlungen einen erheblichen Kalkulations- und Wettbewerbsvorsprung habe.

Eine Parallelität zu der Vorschrift des § 8 Nr. 6 VOB/A, worin auch Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen als nicht zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen zugelassene Einrichtungen genannt seien, verbiete sich wegen der ausdrücklichen Nichtaufnahme dieser Einrichtungen in der VOL/A-Vorschrift. Zudem seien die wirtschaftlichen Verhältnisse im Dienstleistungssektor und dem Bausektor von erheblichen Unterschieden bestimmt.

Der Auffassung, wonach sich auch kommunale Unternehmen um Dienstleistungsaufträge im Entsorgungsbereich bewerben können, ist zuzustimmen. Die für die Rechtmäßigkeit derartiger Vergabeverfahren allein zugrunde zu legende EG-Dienstleistungsrichtlinie 92/50 vom 18. Juni 1992 in der Fassung vom 13. Oktober 1997 (ABl. EG Nr. L 328) gestattet in Art. 1 Buchstabe c mittelbar auch Einrichtungen, die mit öffentlichen Mitteln finanziert sein können, an einem Vergabe-

verfahren teilzunehmen. Nach dieser Vorschrift ist unter Bieter der Dienstleistungserbringer zu verstehen, der ein Angebot eingereicht hat. Als Dienstleistungserbringer gelten hiernach natürliche und juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten. Hieraus folgt, dass auch kommunale Unternehmen sich in einem Vergabewettbewerb um Dienstleistungen beteiligen dürfen.

c) Das „Zuwendungsurteil“ des Europäischen Gerichtshof

In diesem Sinne hat jüngst auch der Europäische Gerichtshof in einem Urteil vom 07. Dezember 2000⁴⁰ entschieden. Danach verstößt die Teilnahme von Einrichtungen, die öffentliche Zuwendungen erhalten, an einer Ausschreibung für sich genommen nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter. Der Gerichtshof hat insoweit unter Bezugnahme auf die EG-Dienstleistungsrichtlinie ausgeführt, dass in keiner Vorschrift vorgesehen sei, dass ein Bieter allein deshalb ohne weiteres auszuschließen oder sein Angebot abzulehnen wäre, weil er öffentliche Zuwendungen erhalte. Da damit auch „öffentliche Einrichtungen“ Dienstleistungserbringer sein können, können auch kommunale Unternehmen im Falle der für eine unternehmerische Betätigung vorliegenden Voraussetzungen der Gemeindeordnungen (vgl. z. B. §§ 107 ff. GO NW) Teilnehmer am Vergabewettbewerb bei Entsorgungsdienstleistungen sein.

12. Was beinhaltet eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung?

a) Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung

Insbesondere bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen durch eine Kommune ist die Vorgabe des § 8 Nr. 1 VOL/A über die Leistungsbeschreibung genauestens zu berücksichtigen. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung ist die Leistung vom Auftraggeber eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.

Weiterhin darf dem Auftragnehmer nach § 8 Nr. 1 Abs. 3 kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden, auf die er keinen Einfluss hat. Ausschreibungen zum Sammeln, Transport und zur Entsorgung von Abfällen erfordern daher neben der Angabe von Art und Menge der zu behandelnden Abfälle insbesondere die Angabe der Eigenschaften der Abfälle, die zur Entsorgung anstehen sowie u. U. auch die Wiedergabe vorhandener Analysen und Prognosen gegenüber den Bietern. Umgekehrt ist es allerdings auch zulässig, mit der Leistungsbeschreibung eine Abfrage der technischen Einrichtungen der Bieter vorzunehmen⁴¹.

Eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen

38 Kulartz, a. a. O., S. 206.

39 OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155, 157; OLG Celle, Entscheidung vom 12. Februar 2001 (13 Verg 2/01).

40 Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 07. Dezember 2000 in der Rechtssache C-94/99.

41 VÜA Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. Mai 1999, 1 VÜ 7/99, S. 10; Kulartz, a. a. O., S. 207.

erfasst daher insbesondere (Beispiele) die folgenden Angaben:

- Zu erbringende Leistung (Einsammeln, Transport, Sortieren etc.)
- Zu entsorgende Abfallfraktur (Restmüll, Bioabfall, Sperrmüll, PPK etc.)
- Entsorgungssystem (Klassische Entsorgung, Identsysteme etc.)
- Leistungszeitraum, ggf. mit der Möglichkeit einer zeitlich befristeten Verlängerung
- Abfuhrhythmus (zweiwöchig, dreiwöchig etc.)
- Größe des Entsorgungsgebiets
- Menge der zu entsorgenden Abfälle
- Tonnengröße
- Speziell erforderliche Anforderungen an Fahrzeuge, z. B. erforderlicher Einsatz von Seitenladern
- Vorgabe spezieller Umwelteigenschaften, z.B. Emissionswerte
- Verwertung anfallender Schlacken etc.
- Nutzung der bei thermischer Behandlung anfallenden Energie etc.
- Unterteilung in Lose
- Eignungsanforderungen an den Entsorgungsbetrieb, spezielle Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, vgl. §§ 7 Nr. 5, 7a VOL/A sowie ergänzende Kriterien (Zertifizierung als Entsorgungsbetrieb, Kapazitätsangaben etc.).

Voraussetzung einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung ist, dass die entsorgungspflichtige Kommune hierfür auch intern alle rechtlichen Grundlagen geschaffen hat. Dies beinhaltet insbesondere, dass die Kommune auch für ihre Bürger eine rechtsgültige Abfallsatzung beschlossen hat, auf deren Grundlage die Entsorgung stattfinden kann.

b) Ausschreibung einer Vielzahl von Optionen unzulässig

Zu berücksichtigen ist, dass insbesondere im Entsorgungsbereich die Ausschreibung von sog. „Optionen“ (Wahl- oder Alternativpositionen) sowohl gegen den Grundsatz einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A sowie auch gegen die Vorgabe des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A verstößt. Danach soll dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise er nicht im Voraus schätzen kann. Daneben führt die Ausschreibung einer Vielzahl von Optionen z. B. beim Einsammeln, dem Transport und der Entsorgung von Abfällen zu einem Verstoß gegen § 16 Nr. 2 VOL/A. Hiernach sind Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke (Ertragsberechnungen, Vergleichsanschläge, Markterkundung) unzulässig.

c) Die Entscheidung des OLG Saarbrücken

Von einem derartigen Sachverhalt einer unzulässigen und unklaren Leistungsbeschreibung und damit eines Verstoßes gegen § 16 Nr. 2 VOL/A ist das Oberlandesgericht Saarbrücken in seinem Beschluss vom 22. Oktober 1999 42 ausgegangen. Bei einer Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags „Einsammeln und Befördern von Haushaltsabfällen und haushaltsähnlichen Abfällen, Sperrmüll und Bioabfällen“ durch

saarländische Kommunen hatten diese u.a. nur optional die Einführung eines Sammelsystems mit Gefäßidentifikation ausgeschrieben und gleichzeitig die Sammelpreise bei einer Entsorgung mit Identsystem abgefragt, obwohl nicht feststand, wie sich die Gesamtabfallmengen und damit verbunden die Leerungszahlen, Gefäßgrößen sowie die entsprechenden Leerungspreise für eine Identifikation entwickeln würden. Derartige Eventualpositionen, bei denen noch nicht feststeht, ob und ggf. in welchem Umfang sie tatsächlich zur Ausführung kommen, hat das Oberlandesgericht wegen des nicht kalkulierbaren Wertungsspielraums als einen Verstoß gegen eine ordnungsgemäße Ausschreibung angesehen.

In diesem Fall habe der Auftraggeber keine ernsthafte Absicht, den Auftrag zu vergeben, sondern führe die Ausschreibung lediglich durch, um festzustellen, was ihn eine ganz bestimmte Maßnahme kosten würde. Hierin liegen sowohl ein Verstoß gegen § 16 Nr. 2 VOL/A wie ein Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A. Die Ausschreibung der „Identsysteme“ enthalte so viele Variablen, dass eine Kalkulation der Optionen mehr auf Schätzungen als auf einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung beruhe⁴³.

13. Wann kann eine funktionale Leistungsbeschreibung durchgeführt werden?

Eine funktionale Leistungsbeschreibung, die z. T. bei der gleichzeitigen Ausschreibung des Baus und des Betriebs von Abfallentsorgungsanlagen durchgeführt wird, ist zwar grundsätzlich (vgl. auch § 8 Nr. 2 Abs. 1a VOL/A) die Ausnahme. Sie kommt aber dann in Betracht, wenn die Leistung oder Teile derselben durch verkehrsübliche Bezeichnungen nach Art, Beschaffenheit und Umfang nicht hinreichend beschreibbar sind, so dass daher auf eine Darstellung ihres Zweckes, ihrer Funktion sowie der an sie gestellten sonstigen Anforderungen zurückgegriffen werden kann.

Eine derartige funktionale Leistungsbeschreibung kann insbesondere bei hochkomplexen technischen Anlagen gegeben sein, während sie bei Standardausschreibungen im Bereich der Abfallentsorgung und insbesondere bei Dienstleistungsaufträgen (Einsammeln und Transport) grundsätzlich unzulässig ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass durch eine funktionale Leistungsbeschreibung die Wertung der Angebote wegen des hierdurch bedingten größeren Angebotspektrums für den Auftraggeber wesentlich erschwert wird. Die funktionale Ausschreibung stellt daher eine jeweils zu begründende Abkehr von der dem Auftraggeber grundsätzlich obliegenden eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung „zu Lasten“ einer Projektklärung durch den Bieter dar.

Eine zulässige funktionale Ausschreibung, die neben dem Dienstleistungsbereich auch im Baubereich (vgl. § 9 Nr. 10 VOB/A) möglich ist, bietet jedoch auch Vorteile. Bei einer derartigen Ausschreibung ist der Auftraggeber nicht für die Planung und Leistungsbeschreibung verantwortlich. Vielmehr wird der Entwurf der Leistung auf der Bieterseite dem Wettbewerb unter-

42 OLG Saarbrücken, NZBau 2000, 158 ff.

43 OLG Saarrücken, NZBau 2000, 158, 162, 163.

stellt, um insbesondere die technisch und wirtschaftlich beste Lösung zu finden. Die funktionale Ausschreibung lässt den Bietern damit Raum zur Kreativität. Die Bieter konkurrieren somit nicht nur über den Preis und ihre Eignung, sondern insbesondere über ihre Kreativität. Auch wird das Risiko einer Preisänderung, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei eigenverantwortlicher Planung und Leistungsbeschreibung selbst zu tragen hat, durch eine funktionale Leistungsbeschreibung gemindert.

14. Welche Eignungsgesichtspunkte sind zu beachten?

a) Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde

Hinsichtlich der von den Bietern und Bewerbern zu erbringenden Eignungsvoraussetzungen, also der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde (vgl. §§ 2 Nr. 1 S. 1 VOB/A, 2 Nr. 3 VOL/A) gelten bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen grundsätzlich keine Besonderheiten. Als Kriterien für die Qualität eines Bieters und Bewerbers kommen insbesondere die wirtschaftliche Solidität des Betriebes, die persönliche Zuverlässigkeit der Entscheidungsträger und der maßgeblichen Mitarbeiter, eine geeignete Infrastruktur, ausreichende Referenzen für die verlangte Tätigkeit z. B. des Sammelns, Transportierens und Sortierens von Wertstoffen sowie die Vorlage eines entsprechenden Ausführungskonzepts in Frage.

b) Vorgabe „Entsorgungsfachbetrieb“

Zur „Erleichterung“ der Eignungsprüfung kann aber speziell im Entsorgungsbereich auf vorhandene Zertifizierungen, also insbesondere darauf abgestellt werden, dass die entsprechenden Betriebe sich als Entsorgungsfachbetriebe zertifiziert und damit qualifiziert haben. Diese Vorgabe muss, wenn sie zur Grundlage der Wertung genommen wird, unbedingt bereits vom Auftraggeber vorab als Zuschlagskriterium angegeben werden. Dies folgt aus § 9a VOL/A (vgl. auch § 25a VOB/A), wonach die Auftraggeber bereits in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien angeben, deren Verwendung sie vorsehen, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung.

15. Was bedeutet der Grundsatz der Produktneutralität?

Auch bei Leistungsbeschreibungen im Entsorgungsbereich gilt der Grundsatz der Produktneutralität. Ausnahmsweise dürfen aber z. B. bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen nach § 8 Nr. 3 Punkt 5 VOL/A Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z. B. Markennamen) in der Leistungsbeschreibung verwandt werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen nicht möglich ist. Erforderlich ist in diesen Fällen aber der Zusatz „oder gleichwertiger Art“. Ein derartiger Fall der Vorgabe eines „einzuhaltenden Verfahrens“ liegt darin, dass der Auftraggeber zulässigerweise als Eignungskriterium für die sich bewerbenden privaten Entsorgungsbetriebe verlangt, dass es sich hierbei um einen Entsorgungsfachbetrieb handelt.

Der zertifizierte Entsorgungsfachbetrieb trägt die Gewähr dafür, dass in fachlicher und persönlicher Hinsicht eine ausreichende Qualität gegeben ist. Die Angabe dieses Begriffes dient daher im Ergebnis der Erleichterung ansonsten schwer beschreibbarer Eignungskriterien und ist damit zulässig und auch zu empfehlen. Durch die Angabe des Zusatzes „oder gleichwertiger Art“ muss jedoch insbesondere bei EU-weiten Vergabeverfahren gewährleistet werden, dass auch Bieter aus dem Ausland die Möglichkeit haben, den Standard des Entsorgungsbetriebes gegenüber dem Auftraggeber nachzuweisen.

16. Was ist bei der Wertung der Angebote zu beachten?

a) Einhaltung der vier Wertungsstufen

Bei den nach der VOL/A und VOB/A bestehenden vier Wertungsstufen – Ausschluss von Angeboten (vgl. § 25 Nr. 1 VOL/A und VOB/A), Eignungsprüfung der Bieter (vgl. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A und Nr. 1 und 2 VOB/A), Prüfung der Angemessenheit der Preise (vgl. § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A und Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A) sowie der Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot (vgl. § 25 Nr. 3 VOL/A und Nr. 3 Abs. 3 VOB/A) – ergeben sich im Entsorgungsbereich einige besondere Problempunkte.

b) Angabe der Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Entsorgungsbereich der Auftraggeber im Rahmen seiner Wertung nur die Kriterien berücksichtigen darf, die er – etwa im Hinblick auf die Qualität, Umwelteigenschaften, Ausführungszeitraum etc. – auch bereits in den Verdingungsunterlagen bzw. in der Vergabebekanntmachung als Zuschlagskriterien bekannt gegeben hat. Soweit dem Auftraggeber dies möglich ist, ist dabei die Verwendung der Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung vorzunehmen (vgl. § 9a VOL/A) sowie auch § 25a VOB/A.

17. Wann liegt ein unangemessen niedriges Angebot vor?

a) Offenbares Missverhältnis zwischen Angebotspreis und Leistung

Ein insbesondere bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen zum Tragen gekommenes Problem betrifft die Frage, wann ein offenes Missverhältnis zwischen einem Angebotspreis und der verlangten Leistung derart besteht, dass der Auftraggeber nach vorheriger Überprüfung der Einzelposten und der erforderlichen Belege den Zuschlag hierauf nicht erteilen darf (vgl. § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A). Insoweit hat das Oberlandesgericht Celle in einem Beschluss vom 13. April 1999⁴⁴ entschieden, dass allein ein auffallend niedriges Angebot nicht automatisch ein Zuschlagsverbot wegen des Vorliegens eines offenbarem Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung i. S. d. § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A zur Folge habe.

44 OLG Celle, NZBau 2000, 105 ff.

b) Marktpreis als Indiz

In dem entschiedenen Fall hatte die Vergabestelle die Verwertung von Bioabfällen ausgeschrieben. Das billigste Angebot lag bei 68 DM pro Tonne, wohingegen sich die übrigen Angebotspreise in einer Preisspanne zwischen 115 DM und 370,93 DM je Tonne bewegten. Der Vergabesenaat des OLG Celle wies die von einer Bieterin eingelegte Beschwerde zurück. Er stellte zwar fest, dass der Bieterin i. S. d. § 97 Abs. 7 GWB ein Anspruch auf Einhaltung der Regelung des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A zustehe, womit diese also drittschützenden Charakter hat und nicht nur dem Schutz des Auftraggebers vor unauskömmlichen Preisen und damit verbundenen Gefahren dient; allerdings sei ein entsprechendes Missverhältnis zwischen Angebotspreis und zu erbringender Leistung nicht bereits dann gegeben, wenn das niedrigste Angebot die übrigen erheblich unterschreite.

Insoweit sei insbesondere entscheidend, dass sich in dem betreffenden Wirtschaftsbereich der Bioabfall-Verwertung bisher kein fester Marktpreis gebildet habe. Vielmehr hänge die Preisbildung hier ausschlaggebend – anders als bei Bauarbeiten – von den jeweils eingesetzten Verfahren, Techniken und Betriebsabläufen ab, die häufig als Betriebsgeheimnis angesehen würden. Als weiterer Grund für das Fehlen einheitlicher Marktpreise sei der schnelle Preisverfall auf dem Bioabfall-Markt zu nennen, der erhebliche Preisdifferenzen bei den einzelnen Angeboten zur Folge haben könne. Die nicht unbeträchtliche Differenz zwischen niedrigstem und zweitniedrigstem Angebot könne daher allein kein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung begründen. Hinzukommen müssen grundsätzlich weitere Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem Niedrigpreis nicht um einen Wettbewerbspreis handelt⁴⁵.

c) Erheblicher Preisunterschied allein nicht ausschlaggebend

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seiner „AWISTA“-Entscheidung⁴⁶ betreffend ein Vergabeverfahren zum Einsammeln und Befördern von Abfällen ebenfalls entschieden, dass ein Preisunterschied von 14 % zwischen dem Erst- und dem Zweitbieter allein kein hinreichender Anhaltspunkt dafür sei, dass der geringe Preis auch im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig sei. Gerade der niedrigere Preis könne der zutreffende sein, wenn in einem Kartell der übrigen Bieter ein überhöhter Preis abgesprochen wurde. Ebenso könne die Preisdifferenz mit einer kleineren Gewinnspanne des Mitbieters zu erklären sein. Hinzu kommen müssen daher stets Anhaltspunkte dafür, dass der Niedrigpreis nicht wettbewerblich begründet ist.

d) Nicht begründbarer Kampfpreis

Insoweit hat aber die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf in einem Beschluss vom 17. Dezember 1999⁴⁷ entschieden, dass dann, wenn ein Angebotspreis lediglich etwa ein Drittel des Preises des zweitgünstigsten Bieters und weniger als ein Viertel des niedrigsten Preises der „Verfolgergruppe“ beträgt, regelmäßig von einem offenbaren Missverhältnis

zwischen Preis und Leistung auszugehen ist. Im entschiedenen Sachverhalt um die Ausschreibung zur Neuvergabe der „Straßenreinigung und Fußgängerzonenreinigung“ für die Dauer von fünf Jahren in drei Stadtteilen auf einer Fläche von 17.500 Quadratmetern, die überwiegend manuell oder mit Unterstützung einer Kleinkehrmaschine an drei Werktagen erfolgen sollte, gab die Antragstellerin ein Angebot mit einem Jahresentgelt von ca. 100.000 DM ab. Das Angebot der Niedrigstbieterin lag bei ca. 30.000 DM. Begründet wurde dieses Angebot mit einem „kalkulatorisch nicht sinnvoll aufzubereitenden“ Kampfpreis, um bei der Vergabestelle ins Geschäft zu kommen.

Nachdem die Vergabekammer keinen Anhaltspunkt dafür sah, dass das Angebot der Antragstellerin überhöht sein könne, hat sie im Ergebnis den Angebotspreis von 30.000 DM als unauskömmlich (offenbares Missverhältnis zwischen Angebot und Leistung) ausgeschlossen. Hierfür sprach insbesondere, dass die Antragsgegnerin bei einem Angebotspreis von 30.000 DM keine plausible Aufklärung für eine Zulässigkeit dieses Angebotes liefern konnte. Vielmehr entstanden ihr nach ihrem eigenen Vorbringen pro Monat Lohnkosten einschließlich der Sozialleistungen in Höhe von ca. 5.000 DM pro Mitarbeiter. Schon wenn man diese Summe zugrundelegt, käme man bei je 12 Monatsgehältern und zwei eingesetzten Personen auf reine Gehaltskosten von 79.881,36 DM, was bereits mehr als dem Zweifachen des Angebotspreises entspreche. Berücksichtigt man, dass die Kosten für die Beschaffung und den Betrieb der Kleinkehrmaschine bei dieser Betrachtung noch nicht eingerechnet sind, muss von einem offensichtlich nicht gerechtfertigten Niedrigangebot ausgegangen werden.

18. Wann können Nebenangebote noch gewertet werden?

Im Bereich der Vergabe von Entsorgungsleistungen kommt schließlich der Abgabe von Nebenangeboten eine besondere Rolle zu. Bei der Wertung von Nebenangeboten gilt sowohl nach § 25 Nr. 4 S. 1 VOL/A als auch nach § 25 Nr. 5 S. 1 VOB/A der Grundsatz, dass Nebenangebote und Änderungsvorschläge, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, ebenso zu werten sind wie die Hauptangebote. Nur ausdrücklich nicht zugelassene Nebenangebote bzw. Änderungsvorschläge von Bieterinnen werden danach nicht gewertet. Hat der Auftraggeber keine Vorgaben gemacht, gilt bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen nach § 25 Nr. 4 S. 2 VOL/A, dass „sonstige Nebenangebote und Änderungsvorschläge berücksichtigt werden können“.

Insoweit hat das Oberlandesgericht Celle⁴⁸ in dem erwähnten Fall der europaweiten Ausschreibung einer Kommune zur Verwertung (Vergärung) von Bioabfällen entschieden, dass die ausdrücklich zugelassenen Nebenangebote nicht ausschließlich eine Vergärung zur Verwertung des Bioabfalls zum Gegenstand haben mussten. Vielmehr seien auch Angebote mit einer Kompostierungsvariante zu werten. Der Begriff „Nebenangebot“ setze eine Abweichung vom geforderten Angebot gerade voraus und zwar eine Abweichung

45 Vgl. auch VK Bund, Beschluss vom 28. Mai 1998, VK A 12/99.

46 OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155, 157.

47 VK Düsseldorf, Az.: VK-17/99-L, AbfallPrax 2000, 128 ff.

48 OLG Celle, NZBau 2000, 105 ff.

jeder Art, unabhängig von ihrem Grad, ihrer Gewichtung oder ihrem Umfang.

Deshalb würden selbst Bieteranschläge, die eine völlig andere als die vorgeschlagene Leistung zum Gegenstand hätten, als Nebenangebot angesehen. Ein Nebenangebot i. S. d. § 25 Nr. 1 Abs. 1g VOL/A liegt daher auch dann vor, wenn der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen bei der Bezeichnung des Vertragsgegenstands ein bestimmtes Verfahren zur Erreichung des Vertragsziels angegeben hat und der Bieter ein anderes Verfahren zur Grundlage seines Angebots mache. Im konkreten Fall spreche für diese Auslegung auch, dass fünf der insgesamt zehn Bieter ein Nebenangebot über die Kompostierung des Abfalls vorgelegt hätten.

19. Ist eine überörtliche Betätigung kommunaler Unternehmen im Rahmen eines Vergabewettbewerbs zulässig?

a) Die Bedeutung des Gemeindefinanzrechts

Das Oberlandesgericht Düsseldorf⁴⁹ hat der Stadt Wülfrath gestattet, im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Dienstleistung „Einsammeln und Befördern von Abfällen“ an ein von der Stadt Düsseldorf beherrschtes kommunales Unternehmen (AWISTA-GmbH) zu vergeben. Zwar enthebt das OLG Düsseldorf öffentliche Auftraggeber nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Bestimmungen der Gemeindeordnung über die Voraussetzungen kommunaler unternehmerischer Betätigung (hier: § 107 GO NW), da sich aus einem Verstoß gegen diese Bestimmungen vergaberechtlich eine unlautere Verhaltensweise nach § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A ergeben könne; im konkreten Fall hat der Vergabesenat aber eine derartige unlautere Verhaltensweise verneint und die Einhaltung des Rahmens des § 107 GO NW bejaht.

b) Abfallentsorgung als nichtwirtschaftliche Betätigung

Hauptgrund hierfür war, dass die Abfallentsorgung nach § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW ausdrücklich als nichtwirtschaftliche Betätigung von Kommunen gilt, so dass die einschränkenden Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NW nicht anzuwenden seien. Im übrigen sei eine gemeindegebietsüberschreitende Betätigung der kommunalen Abfallentsorgungs-GmbH möglich, da ihr Handeln auch bei einem Tätigwerden in der Stadt Wülfrath nach wie vor in der örtlichen Gemeinschaft (Stadtgebiet Düsseldorf) wurzele. Die Voraussetzung, dass der öffentliche Zweck die überörtliche Betätigung erfordere, sei wegen der mit den durchgeführten Dienstleistungen in beiden Nachbarstädten verbundenen Synergieeffekten zu bejahen.

c) Überörtliche Betätigung kommunaler Unternehmen

Die in der spezifischen Rechtssituation der Gemeindeordnung NW liegende Begründung des OLG Düsseldorf führt dazu, dass Entsorgungsdienstleistungen von kommunalen Unternehmen auch in Nachbargemeinden angeboten werden dürfen. Voraussetzung ist, dass sie

nach wie vor in der örtlichen Gemeinschaft der „Urgemeinde“ wurzeln. Hiervon wird im Ergebnis immer dann ausgegangen werden können, wenn trotz der grenzüberschreitenden Betätigung eines kommunalen Unternehmens dessen ganz wesentliches Betätigungsfeld nach wie vor in der „Urgemeinde“ liegt, die außerhalb dieser Gemeinde liegenden Tätigkeiten also von geringem Umfang sind.

20. Wann findet das Vergaberecht bei Privatisierungen (Public-Private-Partnerships) Anwendung?

a) Kommunale Unternehmen sind Auftraggeber

Ein mittelbar mit der Vergabe von Entsorgungsleistungen zusammenhängender Problembereich betrifft die Anwendung des Vergaberechts auf Public-Private-Partnerships. Gründen z. B. Kommunen bei mehrheitlicher Beteiligung (51 %) im Entsorgungsbereich gemischtwirtschaftliche Gesellschaften unter Einbeziehung von privaten Partnern, so ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft für ihre Beschaffungsgeschäfte grundsätzlich ihrerseits verpflichtet, das Vergaberecht anzuwenden. Sie ist funktioneller Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts (s. o. Punkt 2).

b) Gründung und Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften

Während isoliert betrachtet die Veräußerung eines kommunalen Entsorgungsunternehmens (Anteils- und Sachmittelverkauf) an einen Privaten nicht als Beschaffungsvorgang verstanden werden kann, so dass das Vergaberecht nicht anwendbar ist, kann die rechtliche Beurteilung bei einer Gründung und einer hiermit kombinierten gleichzeitigen Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften eine andere sein. Hier ist vielfach die Gründung einer juristischen Person des Privatrechts durch die Kommune und die Beteiligung Dritter derart mit der Auftragserteilung an diese Person verknüpft, dass der Vorgang bei einer einheitlichen Gesamtbetrachtung wie die Erteilung eines Auftrags angesehen werden muss.

Insoweit hat die Vergabekammer Düsseldorf in einem Beschluss vom 07. Juli 2000 und ihr folgend die Vergabekammer Baden-Württemberg in einem Beschluss vom 24.01.2001⁵⁰ entschieden, dass bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften mit einem maßgeblichen privaten Anteil (im Sachverhalt: 51 % kommunaler Anteil und 49 % privater Anteil) für die Auswahl des privaten Investors, der gesellschaftsrechtlichen Kooperation und für die damit unmittelbar zusammenhängenden Auftrags- und Leistungsbeziehungen zwischen der privatrechtlichen Gesellschaft und der Kommune (Übertragung der gesamten Abfallerfassung und -beseitigung) das Vergaberecht gilt. Eine Ausschreibung könne auch nicht dadurch umgangen werden, dass die Kommune zeitlich vor der „Gründung und Beauftragung“ der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft hiermit zusammenhängend als „Durchgangsstadium“ zunächst eine 100 %ige Eigengesellschaft gründet. Zumindest dann, wenn hierbei von vornherein die Absicht der späteren Einbeziehung

⁴⁹ OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155 ff.; im gleichen Sinne: VK Lüneburg, Beschluss vom 11.01.2001, 203-VgK-19-2000.

⁵⁰ VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46 ff.; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. Januar.2001 (1 VK 34/00 und 1 VK 1/01).

und Beauftragung eines privaten Partners bestand und auch ein zeitlicher Zusammenhang gegeben ist, müsse zur Vermeidung eines Umgehungstatbestandes für den gesamten Ausgründungs- und Beauftragungsvorgang das Vergaberecht zur Anwendung gebracht werden. Für diese Auffassung spricht, dass der Europäische Gerichtshof regelmäßig die Ausnahmenvorschriften für die Nichtanwendung des Vergaberechts eng auslegt, so dass jeweils im Einzelfall eine genaue Begründung erforderlich ist.

Von der Rechtsnatur handelt es sich bei den genannten Verträgen um Dienstleistungsaufträge i. S. d. § 99 Abs. 1 und Abs. 4 GWB. Die Ausnahmebestimmung des § 100 Abs. 2g GWB für die Nichtanwendung des Vergaberechts bei Aufträgen, „die an eine Person vergeben werden, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 ist und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung hat“, greift nach den Entscheidungen der Vergabekammern nicht. Das ausschließliche Recht zur Leistungserbringung müsse dem privatisierten Unternehmen vielmehr bereits zeitlich vor der Auftragserteilung durch eine Rechtsvorschrift („Gesetz oder Verordnung“) zugewiesen worden sein⁵¹. Der EuGH betont dazu, das ausschließliche Recht müsse seine Rechtsgrundlage in „veröffentlichten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ haben⁵².

Diese auch in Art. 6 der EG-Richtlinie normierte Ausnahme für die Anwendung des Vergaberechts bei Dienstleistungsaufträgen setzt voraus, dass die Aufträge an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts ist und sie aufgrund veröffentlichter und mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ein ausschließliches Recht zur Erbringung der Dienstleistung innehat. Vom Wortlaut her besagt diese Vorgabe nicht zwingend, dass das ausschließliche Recht nur unmittelbar durch ein Gesetz oder eine Verordnung begründet werden darf, so dass auf der Grundlage von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auch ein von der Kommune festgeschriebener Gesellschaftszweck bzw. eine entsprechende Vorgabe in einer kommunalen Satzung zur Begründung der Ausschließlichkeit ausreichen könnte.

Jedoch muss die Begründung ausschließlicher Rechte stets mit dem EG-Vertrag vereinbar sein. Hierzu gehören insbesondere die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages. Für Entsorgungsdienstleistungen gilt danach auf der Grundlage des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes, dass ein ausschließliches Recht nur für die Abfälle begründet werden darf, für die eine abschließende Überlassungspflicht an die Kommunen und damit eine zulässige Beschränkung der Wettbewerbsregeln aus allgemeinen Umweltschutz- und Gesundheitsanforderungen heraus besteht.

Während hiernach durch kommunale Satzung ein Ausschließlichkeitsrecht für kommunale Entsorgungsträger im Bereich der Abfälle aus Privathaushalten sowie für Beseitigungsabfälle aus anderen Herkunftsbereichen begründet werden kann, dürfte die Statuierung

eines „kommunalen“ Ausschließlichkeitsrechts für Abfälle zur Verwertung aus dem gewerblichen und industriellen Bereich wegen einer damit verbundenen Beschränkung des Wettbewerbs und der „privaten Zuordnung“ dieser Abfälle (vgl. §§ 13, 15 KrW-/AbfG) unzulässig sein.

c) Die Kontrolle wie über die eigenen Dienststellen und Ausübung der wesentlichen Tätigkeit für die Kommune

Die Vergabekammer Düsseldorf führt unter Zugrundelegung der sog. Teckal-Entscheidung⁵³ des Europäischen Gerichtshofs, die allerdings keinen Fall einer gemischtwirtschaftlichen, sondern einer rein kommunalen Gesellschaft betraf, weiter aus, dass das Vergaberecht nur dann nicht zur Anwendung komme, wenn die Gebietskörperschaft über die privatisierte Gesellschaft eine Kontrolle ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen.

Hinzukommen müsse nach der Teckal-Entscheidung, dass diese Gesellschaft zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Kommune verrichte, die ihre Anteile inne habe.

Von einer Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen kann aber nach Auffassung der Vergabekammer Düsseldorf und ihr folgend der Vergabekammer Baden-Württemberg im Ergebnis bei einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, an der die Kommune nur 51 % der Anteile inne habe, nicht ausgegangen werden. Dies folge insbesondere daraus, dass durch die Aufnahme eines privaten Partners dessen wirtschaftlichen Interessen nach Treu und Glauben zu berücksichtigen seien. Im Ergebnis sieht daher die Vergabekammer die Auftrags- und Leistungsbeziehungen zwischen der Kommune und der privatrechtlichen Gesellschaft als öffentlichen Auftrag an, der dem Vergaberecht unterliege⁵⁴.

Nach diesen Entscheidungen wird man immer dann mangels Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers über die private Gesellschaft „wie über seine eigenen Dienststellen“ von der Anwendung des Vergaberechts ausgehen müssen, wenn die private Gesellschaft eine eigene Entscheidungsgewalt besitzt. Nur dann, wenn der Auftraggeber über die Gesellschaft eine umfassende Einflussnahme ausübt, wird man von einer vom Europäischen Gerichtshof vorausgesetzten Kontrolle ausgehen müssen. Ob eine derartige Kontrolle gegeben ist, entscheidet sich grundsätzlich nach dem Einzelfall. Die alleinigen Anteilsmehrheiten (51 % und mehr) reichen jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung nicht aus. Dies führt im Ergebnis dazu, dass z. B. eine 75 %ige Anteilsmehrheit eines öffentlichen Auftraggebers über „seine Gesellschaft“ dann nicht ausreicht, wenn hiermit nicht gleichzeitig eine Kontrolle über das Stimmrecht verbunden ist. Hiervon kann zumindest dann nicht ausgegangen werden, wenn der konkrete Gesellschaftsvertrag z. B. für wesentliche Vertragsänderungen das Einstimmigkeitsprinzip aller Gesellschafter vorschreibt.

⁵³ EuGH, NZBau 2000, 90 ff.

⁵⁴ So auch eingehend: Jaeger, Public-Private-Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6 ff., der eine Kontrolle wie über die eigenen Dienststellen schon bei einer Beteiligung des Minderheitsgesellschafters ab 10 % ausschließt; für ein In-House-Geschäft schon bei mehrheitlicher Beteiligung der Kommune: OVG Münster, NVwZ 1995, 1238; Möschel, WuW 1997, 120, 124.

⁵¹ Vgl. auch VK Sachsen, Beschluss v. 14. August 2000, AbfallPrax 2000, 199, 200; Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 100 Rdnr. 33.

⁵² EuGH, EuZW 1999, 16 ff., Erwägungsgrund 60.

d) „Beauftragung“ von Eigenbetrieben und Eigengesellschaften grundsätzlich nicht vergaberechtsrelevant

Nicht dem Vergaberecht unterliegt mangels Vorliegens eines Vertrages (vgl. § 99 Abs. 1 GWB) die „Beauftragung“ rechtlich unselbständiger Eigenbetriebe durch die Gemeinde. Ebenso wenig vergaberechtlich relevant ist der Fall, bei dem die Gemeinde ihren bisherigen Eigenbetrieb im Wege der bloßen Organisationsprivatisierung in eine 100 %ige Tochtergesellschaft umwandelt und dieser z. B. für mehrere Jahre die Abfallentsorgung als Dienstleistung überträgt. Hier wird kein privater Partner in die Eigengesellschaft hereingeholt, sondern es ändert sich nur die Rechtsform, in der die Aufgabe durchgeführt wird (formelle Privatisierung).

Zwar ist bei der Gründung und „Beauftragung“ einer Eigengesellschaft durch die Kommune mit Entsorgungsleistungen – anders als beim Eigenbetrieb – eine von der Kommune rechtlich verschiedene Person (zwei selbständige Rechtsträger) vorhanden. In Anknüpfung an die Teckal-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs findet jedoch trotz dieses Sachverhalts dann kein Vergaberecht Anwendung, wenn die Kommune über diese Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Kommune verrichtet, die ihre Anteile innehat.

Bei einer 100 %igen Eigengesellschaft muss aber regelmäßig davon ausgegangen werden, dass eine Kontrolle der Kommune über die Gesellschaft wie über ihre eigenen Dienststellen vorliegt.

Selbst bei einer 100 %igen Eigengesellschaft einer Kommune setzt aber die Vergaberechtsfreiheit nach der Teckal-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs kumulativ voraus, dass diese Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Kommune verrichtet, die ihre Anteile innehat. Hier bietet es sich für das „Wesentlichkeitsmerkmal“ an, quantitative Gesichtspunkte zur Anwendung zu bringen. Dabei kann ein Anhaltspunkt für die Frage der wesentlichen Tätigkeit der Gesellschaft für den öffentlichen Auftraggeber der in § 10 Abs. 1 der VgV genannte 80 %-Wert sein.

Wenn also danach die Gesellschaft ihre Tätigkeit zumindest zu 80 % für die sie kontrollierende Kommune erbringt, soll danach eine Vergaberechtsfreiheit gegeben sein. Allerdings ist auch hier darauf hinzuweisen, dass eine abschließende und konkrete Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu dieser Frage noch nicht vorliegt. Die EG-Kommission beabsichtigt jedoch, in Kürze eine Mitteilung zum Themenkomplex „In-House-Geschäfte“ herauszugeben, in der auch die genannten Fragen angesprochen werden dürften.

21. Findet das Vergaberecht auf öffentlich-rechtliche Verträge Anwendung?

Auch im Bereich der Entsorgungswirtschaft gibt es neben privaten Organisationsformen vielfältige Formen der öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit. Diese beruhen wie z. B. der Zweckverband nach dem Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (vgl. §§ 4, 5

GKG NRW) oder die öffentlich-rechtliche Vereinbarung (vgl. §§ 23 ff. GKG NRW) auf gesetzlicher Grundlage.

Nach der ausdrücklichen Begründung des Regierungsentwurfs zu § 99 GWB sollten öffentlich-rechtliche Verträge nicht unter den Begriff des entgeltlichen Vertrages i. S. d. Vorschrift fallen⁵⁵. Dieser Auffassung hat sich auch das Oberlandesgericht Celle in einem Beschluss vom 24. November 1999 angeschlossen⁵⁶. Danach sind öffentlich-rechtliche Verträge und Vereinbarungen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterworfen.

Allerdings spricht gegen diese Auslegung, dass das EG-Vergaberecht nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen entgeltlichen Verträgen differenziert⁵⁷. Auch die Vorschrift des § 99 Abs. 1 GWB spricht lediglich von entgeltlichen Verträgen, ohne dass es dort eine Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen gibt. Würde man der Auffassung folgen, dass öffentlich-rechtliche Verträge generell vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen wären, würde innerhalb der verschiedenen EU-Staaten eine sehr unterschiedliche Vergabepaxis stattfinden. Denn die Charakterisierung eines Vertrages als zivil- oder öffentlich-rechtlich ist in den einzelnen Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich ausgeprägt.

Von diesen nationalen Bewertungen kann daher der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien nicht abhängen. Auch öffentlich-rechtliche Verträge, die die in § 99 GWB bestimmten Merkmale erfüllen, also Beschaffungsvorgänge darstellen, werden daher nach der neueren Rechtsprechung grundsätzlich von den Vergabevorschriften erfasst⁵⁸. Allerdings beschränkt sich das Vergaberecht auch bei der Gestaltung durch öffentlich-rechtliche Verträge stets nur auf Sachverhalte, die einen Beschaffungsvorgang regeln.

Soweit daher durch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen unmittelbar hoheitliche Aufgaben z. B. auf der Grundlage einer rein interkommunalen Zusammenarbeit ausschließlich zwischen mehreren Gemeinden erfüllt werden, ohne dass hierin ein Beschaffungsvorgang liegt oder aber eine Behörde auch im Wege eines Verwaltungsakts eine hoheitliche Aufgabe durchsetzen könnte (Subordinationsrechtlicher Vertrag), ist ein solches Tätigwerden vom Zweck des Vergaberechts nicht erfasst. In diesen Fällen liegt keine Beschaffung durch einen öffentlichen Auftraggeber vor, sondern es werden nur originäre Hoheitsbefugnisse in spezieller Form ausgeübt⁵⁹.

22. Ausblick

Die Durchführung ordnungsgemäßer Vergabeverfahren im Entsorgungsbereich ist für die Kommunen insbesondere deswegen so bedeutsam, weil die vergebenen Aufträge regelmäßig oberhalb der EG-

55 Vgl. RegE zum VergRÄndG, BTDr 13/9340, S. 12; Dreher, DB 1998, 2579, 2587.

56 OLG Celle, NZBau 2000, 299 ff.

57 Vgl. Althaus, NZBau 2000, 277 ff.

58 OLG Koblenz, Beschluss vom 06. November 2000 - 1 Verg 4/00 -, S. 7; vgl. auch Boesen, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 Rdn. 23 bis 24.

59 Vgl. auch Boesen, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 Rdn. 26.

Schwellenwerte liegen. Folge ist, dass der am 01. Januar 1999 in Kraft getretene 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit seinem verstärkten Bieterrechtsschutz ebenso zum Tragen kommt wie die zum 01. Februar 2001 in Kraft getretene neue Vergabeverordnung. Beide Regelungsbereiche enthalten für den Bieterrechtsschutz wesentliche Bestimmungen, die an zwei Beispielen verdeutlicht werden:

Nach § 115 Abs. 1 GWB darf ein Auftraggeber im Vergabeverfahren nach Einreichung eines Nachprüfungsantrags durch einen Bieter bei der zuständigen Vergabekammer und nach Zustellung dieses Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer an den Auftraggeber vor einer Entscheidung der Kammer den Zuschlag nicht erteilen und damit keinen Vertrag abschließen. Erteilt der Auftraggeber trotz dieses Verbots dennoch den Zuschlag an einen Bieter, ist der Vertrag nach der ausdrücklichen Begründung zu § 115 Abs. 1 GWB wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig.

Der dadurch wesentlich verstärkte Bieterrechtsschutz wird durch § 13 der Vergabeverordnung (VgV) flankiert. Danach informiert der Auftraggeber im Vergabeverfahren die Bieter, deren Angebote nicht berücksich-

tigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehene Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt diese – automatische – Information spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsabschluss ab. Ein Vertrag darf vor Ablauf der Frist oder ohne dass die Information erteilt worden und die Frist abgelaufen ist nicht geschlossen werden. Nach § 13 S. 4 VgV ist ein dennoch abgeschlossener Vertrag nichtig.

Die Vielzahl der bereits ergangenen Rechtsprechung im Entsorgungsbereich sowie der verstärkte Bieterrechtsschutz, der durch die Neuregelung des § 13 VgV eine zusätzliche Unterstützung erfahren hat, machen deutlich, dass der Vermeidung von Vergabefehlern für die Zukunft eine noch größere Bedeutung zukommt. Trotz der sicherlich zu kritisierenden Komplexität und Unübersichtlichkeit des Vergaberechts sollten die Auftraggeber in der Durchführung von Vergabeverfahren die Chance zu einem Mehr an Wettbewerb sehen. Gerade im Entsorgungsbereich kann ein breiter Wettbewerb mit dem Ziel der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots dazu führen, dass neben der Kommune als Auftraggeberin insbesondere die Bürger als Gebührenschuldner entlastet werden.

Bisher in dieser Reihe erschienen

in Ausgabe Stadt und Gemeinde INTERAKTIV:

Nº 1	Infrastruktur sichern – Zukunft gestalten: Kommunale Wirtschaft vor neuen Herausforderungen!	7-8/98
Nº 2	Fragen und Antworten zum neuen Energiewirtschaftsrecht	9/98
Nº 3	Erwartungen der Städte und Gemeinden an den neuen Bundestag und die neue Bundesregierung	10/98
Nº 4	Fragen, Antworten und Handlungsempfehlungen zum Vergaberecht	11/98
Nº 5	Gegenüberstellung und Kommentierung der Koalitionsvereinbarung der SPD/Bündnis 90/ DIE GRÜNEN vom 20. Oktober 1998	12/98
Nº 6	Sozialpolitik in Deutschland – DStGB zum Reformbedarf aus Sicht der Städte und Gemeinden	1-2/99
Nº 7	Jahr-2000-Problem in Städten und Gemeinden Eine praxisorientierte Handreichung des Deutschen Städte- und Gemeindebundes und des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik	4/99
Nº 8	Kommunales Immobilienmanagement Konzepte und Lösungsansätze zur Optimierung der kommunalen Immobilienwirtschaft	5/99
Nº 9	Baulandmobilisierung und städtebauliche Verträge	9/99
Nº 10	„Jahrtausend-Alleen“ für Bürger und Umwelt Pflanzaktion der Städte und Gemeinden zur Jahrtausendwende	10-11/99
Nº 11	Städte und Gemeinden in Deutschland Bilanz '99 und Ausblick 2000: Daten – Fakten – Hintergründe	1-2/2000
Nº 12	Auswirkungen des Steuersenkungsgesetzes auf die Haushalte der Städte und Gemeinden	4/2000
Nº 13	Fragen und Antworten zu Konzessionsabgabe und Konzessionsverträgen in der Elektrizitätsversorgung	6/2000
Nº 14	DStGB-Analyse zu Kommunal финанzen (Nur Online-Version)	7/2000
Nº 15	Das gibt's nur einmal... das kommt nie wieder Wettbewerb „Mit Ihrer Stadt/Gemeinde zur EXPO 2000“	8/2000
Nº 16	Städte und Gemeinden in Deutschland Bilanz 2000 und Ausblick 2001: Daten - Fakten - Hintergründe	1-2/2001
Nº 17	Kommunen und Bundeswehr Standortschließungen - Folgen - Konversionslösungen	2/2001



Deutscher
Städte- und Gemeindebund

Marienstraße 6 · 12207 Berlin

Telefon 030.773 07.0 · Telefax 030.773 07.200

eMail dstgb@dstgb.de

www.dstgb.de

Verlag WINKLER & STENZEL GmbH

Postfach 1207 · 30928 Burgwedel

Telefon 05139.8999.0 · Telefax 05139.8999.50

eMail info@winkler-stenzel.de