



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

In dem Vollstreckungsverfahren wegen der Androhung eines Zwangsgeldes

VK 18/04 und VK 26/04

der Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

die Stadt xxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

hat die Vergabekammer Münster durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Bertels ohne mündliche Verhandlung

am 23. September 2004 entschieden:

1. Die Verfahren VK 18/04 und VK 26/04 werden miteinander verbunden und als Vollstreckungsverfahren weitergeführt.
2. Es wird festgestellt, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 19.08.2004 über die Aufhebung der Ausschreibung hinsichtlich des Loses 1 rechtswidrig war.
3. Der Antragsgegnerin wird - um sie zur Befolgung der Beschlüsse der Vergabekammer vom 09.03.2004, VK 2/04, und des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 09.06.2004, VII-Verg 11/04, anzuhalten, ein Zwangsgeld in Höhe von **70 000 Euro** angedroht,

Die Antragsgegnerin beantragt in beiden Verfahren,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass sie mit der Firma xxxxx keinen Vertrag gemäß den Ausschreibungsbedingungen geschlossen habe, sondern sie habe die Firma lediglich übergangsweise zwecks Gewährung der Entsorgungssicherheit bis zu der vorgesehenen Neubewertung entsprechend den Beschlüssen der Nachprüfungsinstanzen mit der teilweisen Durchführung der Entsorgung (Los 1) beauftragt. Insofern fehle es an der Identität mit dem Auftragsgegenstand, der Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei.

Der Vollstreckungsantrag sei nicht zulässig, weil die Beschlüsse nicht missachtet wurden. Die Neubewertung der Angebote sei beabsichtigt und man werde dann das Angebot der Firma xxxxx nicht mehr berücksichtigen. Der Interimsauftrag sei im Wege eines gesonderten Vergabevorgangs zustandegekommen, beziehe sich aber auf ganz andere Leistungsgegenstände und sei deshalb nicht Gegenstand des laufenden Vergabeverfahrens gewesen. Folglich läge keine Umgehung der Beschlüsse vor.

Nachdem die Antragsgegnerin die Neubewertung mit Vergabevermerk vom 19.08.2004 durchgeführt hatte und im Anschluss daran die Aufhebung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 veranlasste, rechtfertigt sie diese Aufhebung damit, dass gemäß § 26 Nr. 1 lit. c) VOL/A kein wirtschaftliches Ergebnis vorgelegen habe. Entsprechend den Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Beschluss vom 09.06.2004 sei es ihr gerade nicht verwehrt, im Zuge der gebotenen Neubewertung der Angebote die Ausschreibung aufzuheben, wenn die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt habe.

Hinzukomme, so meint die Antragsgegnerin, dass sie unter Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 04.12.2003, „Wienstrom-Entscheidung“, sogar verpflichtet gewesen sei, die Ausschreibung aus anderen schwerwiegenden Gründen aufzuheben. Der EuGH habe in dieser Entscheidung ausgeführt, dass die Zuschlagskriterien während eines Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürften. Genau das sei aber in dem laufenden Vergabeverfahren gemacht worden, weil auf entsprechende Rüge eines Bieters hin, das ursprünglich vorgesehene Zuschlagskriterium „Zuverlässigkeit“ gestrichen worden sei. Zudem sei auch das Kriterium „Qualität“ konkretisiert worden. Damit sei letztlich eine Änderung der in dem Vergabeverfahren anwendbaren Kriterien erfolgt, was nach der o.g. Rechtsprechung zur Aufhebung der Ausschreibung führen müsse. Transparenz und Gleichbehandlung müssten während des gesamten Vergabeverfahrens gewährleistet sein. Denn es sei durchaus denkbar, dass potentielle Bieter von der Abgabe eines Angebotes absehen, wenn bestimmte Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung genannt werden, die er möglicherweise nicht erfüllen kann, diese Kriterien dann aber im Laufe des Verfahrens wieder geändert werden. Insofern sei die Benennung von Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung keinesfalls irrelevant.

Erstmals mit Schriftsatz vom 07.09.2004 trägt die Antragsgegnerin vor, dass sie die Leistungen des Loses 1 nach den zwischenzeitlich in ihrem Hause angelaufenen Planungen rekommunalisieren wolle. Es seien auf der Verwaltungsebene bereits Vorgespräche mit der Werksleitung des Eigenbetriebs geführt worden, auf deren Basis eine konzeptionelle Gestaltung der Abfallentsorgung weiter erarbeitet und als Vorlage zeitnah in den Rat der Stadt

eingbracht werden solle. Insoweit bestehe keine Absicht mehr, die Entsorgungsleistungen, die in Los 1 genannt sind, nochmals auszuschreiben.

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung trägt die Antragsgegnerin vor, dass aus der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Aufhebung einer Ausschreibung sich nicht ohne weiteres ein Anspruch gegen die Vergabestelle auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens bis zur Zuschlagserteilung ergäbe. Im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass ein Vollstreckungshindernis vorläge.

Die Vergabekammer hat die beiden Verfahren VK 18/04 und VK 26/04 entsprechend § 147 ZPO zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden, weil die Rechtsfragen in beiden Verfahren im Zusammenhang stehen und nur einheitlich entschieden werden konnten. Die Kammer hat dann das Vollstreckungsverfahren (VK 18/04) fortgesetzt, weil zielführend nur die ordnungsgemäße Neubewertung der Angebote zu Los 1 durch die Vergabestelle ist und die Aufhebung der Ausschreibung lediglich ein Vollstreckungshindernis sein könnte, das als Annex geprüft wird. Insofern wurde keine mündliche Verhandlung im Sinne von § 112 Abs. 1 GWB durchgeführt.

Die Parteien sind mehrfach gemäß § 28 VwVfG NW zu der Thematik gehört worden. Mit Schreiben der Kammer vom 12.07.2004 ist die Androhung eines Zwangsgeldes angekündigt worden. Mit Schreiben vom 10.09.2004 erhielt die Antragsgegnerin nochmals nach Einreichung ihres Schriftsatzes vom 07.09.2004 rechtliches Gehör.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Sach- und Streitstand verwiesen, wie er sich aus den Akten der Vergabekammer und den Vergabeakten der Antragsgegnerin ergibt.

II.

Der Antrag der Antragstellerin auf Vollstreckung der Entscheidung der Vergabekammer vom 09.03.2004 in der Form des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 09.06.2004 (VII-Verg 11/04) ist begründet. Die Vollstreckung ist begrenzt auf die Leistungen aus dem Los 1.

Gemäß § 114 Abs. 3 GWB ergeht die Entscheidung der Vergabekammer durch Verwaltungsakt. Die Vollstreckung richtet sich, auch gegen einen Hoheitsträger, nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder.

Die Vergabekammer ist gemäß § 114 Abs. 3 GWB in Verbindung mit § 56 Abs. 1 VwVG NRW für den Vollzug des Verwaltungsaktes, den sie erlassen hat, zuständig. Der Vollzug gegen eine Behörde ist wegen § 114 Abs. 3 GWB –entgegen § 76 VwVG NRW- auch zulässig.

1) Aufgrund des § 55 Abs. 1 VwVG NRW in der Fassung vom 18.12.2002 kann der Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat. Die zu vollstreckenden Beschlüsse sind bestandskräftig bzw. rechtskräftig geworden. Eine Teilvervollstreckung hinsichtlich des Loses 1 ist wegen der zulässigen getrennten Vergabe von beiden Aufträgen rechtlich und tatsächlich möglich.

Die Antragsgegnerin handelte der Verpflichtung aus dem Beschluss der Vergabekammer vom 09.03.2004 zuwider, denn sie hat einen sog. Interimsvertrag mit einem Unternehmen geschlossen, das ausweislich von Ziffer 1 des Tenors des Beschlusses nicht mehr bei der Entscheidung über die Vergabe berücksichtigt werden durfte. Zudem hat die Antragsgegnerin ausweislich ihres Vergabevermerks vom 19.08.2004 eine Neubewertung der Angebote vorgenommen, die nicht die Rechtsauffassung der Vergabekammer und des Oberlandesgerichts aus den o.g. Beschlüssen berücksichtigt.

a) Die Beauftragung der Firma xxxxx, deren Angebot in dem Ausgangsverfahren (VK 2/04) aus formalen Gründen auszuschließen war, stellt eine Umgehung des Beschlusses der Kammer dar (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.07.2002, Verg 33/02).

Auftragsgegenstand war die Entsorgung von Restmüll, Biomüll und Sperrmüll (Los 1) im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin, wie sich dieser aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt. Alle anderen Gesichtspunkte, wie die sachliche und zeitliche Begrenzung des Auftragsinhalts oder die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens in der Form eines Verhandlungsverfahrens, sind nachträglich einseitig von der Antragsgegnerin vorgenommene Änderungen und Verwaltungsverfahren, die nicht Gegenstand der Verfahren vor den Nachprüfungsinstanzen waren. Insofern unterliegen diese Änderungen bzw. Verhaltensweisen der Antragsgegnerin, ebenso wie der mit der Firma xxxxx geschlossene Vertrag, nicht der Überprüfung durch die Vergabekammer. Die Überprüfung dieses Verhandlungsverfahrens als gesonderten Vergabevorgang ist von der Antragsgegnerin deshalb auch nur hilfsweise beantragt worden. Ob dieser Vertrag wirksam oder nichtig ist, ist somit im Rahmen dieses Vollstreckungsverfahrens nicht entscheidungsrelevant. Entscheidend ist vielmehr, dass der mit der Firma xxxxx geschlossene Vertrag jedenfalls nicht die Umsetzung des Beschlusses der Kammer vom 09.03.2004 darstellt. Vielmehr läuft die einseitige Vorgabe von anderen Ausschreibungsbedingungen oder die erneute Ausschreibung desselben Auftragsgegenstandes mit anderen Randbedingungen und der sich daran anschließende Vertrag mit der Firma xxxxxx auf eine Umgehung der titulierten Verpflichtung, das Angebot der Firma xxxxx überhaupt nicht mehr zu werten, hinaus und stellt somit einen Verstoß gegen die o.g. Beschlüsse dar.

Soweit die Antragsgegnerin meint, es fehle an der Identität des Auftragsgegenstandes, ist dies sachlich nicht nachvollziehbar. Der Auftragsgegenstand ist mit der Ausschreibung festgelegt worden und umfasste alle Leistungen hinsichtlich Los 1. Es unterliegt nicht der Dispositionsbefugnis der Antragsgegnerin den entscheidungsrelevanten Sachverhalt nach Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nachträglich einseitig zu ändern und die Nichtbeachtung der vorhandenen Beschlüsse damit zu rechtfertigen, zumal dadurch die Beschlüsse unterlaufen werden.

b) Die von der Antragsgegnerin verlangte „Handlung“ im Sinne von § 55 Abs. 1 VwVG NRW ist bislang nicht vorgenommen worden. Soweit die Antragsgegnerin mit Vergabevermerk vom 19.08.2004 eine erneute Wertung der Angebote vorgenommen hat, entspricht dies nicht den Vorgaben im Beschluss der Vergabekammer vom 09.03.2004 (vgl. dazu Seite 18 und 19 des Beschlusses).

aa) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin war sie entsprechend der Titulierung nicht nur verpflichtet zu werten, sondern sie sollte dabei auch die Rechtsauffassung der Kammer berücksichtigen. Allein die durchgeführte „Wertung“ ausweislich des Vergabevermerks vom 19.08.2004 stellt nicht die Ausführung des Beschlusses dar.

bb) Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht inhaltlich auf den Vergabevermerk vom 19.08.2004 in Verbindung mit dem Vergabevermerk vom 14.05.2004 berufen. Auch insoweit ist die vor ihr geforderte „Handlung“ nicht durchgeführt worden.

Im Einzelnen

Die Festlegung der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien im Vergabevermerk vom 14.05.2004 stellt vergaberechtlich einen Verstoß gegen § 9a VOL/A dar, weil die Antragsgegnerin ihre zuvor erfolgte Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht eingehalten hat. Die Antragsgegnerin hat diese Bewertungsmatrix analog auch ihrer Wertung vom 19.08.2004 zugrundegelegt, wobei als Bezugsgröße nicht das niedrigste Angebot (Angebot der Firma xxxxx), sondern der „Marktpreis“ zugrundegelegt wurde.

Die Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots erforderte hier einen wertenden Vergleich der eingereichten Angebote unter Berücksichtigung der aufgestellten und bekannt gemachten Zuschlagskriterien (Preis und Qualität). Die Verwendung von Zuschlagskriterien, die die Vergabestelle ihrer Wertung zugrundelegt, ist nur dann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Bieter vereinbar, wenn diese zuvor den Bietern bekannt gemacht wurden. Dem Auftraggeber ist bei seiner Entscheidung der Rückgriff auf solche Anforderungen verwehrt, die in der Ausschreibung keinen Ausdruck gefunden haben (EuGH, Urteil vom 12.12.2003, Rs. C-470/99; BGH, Urteil vom 17.02.1999, X ZR 101/97; Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 09.05.2000, VK A-24/99). Der Auftraggeber hat sich aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien zu halten (EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs C-448/01).

Der Vergabevermerk vom 14.05.2004 beinhaltet eine Bewertungsmatrix, wonach die Antragsgegnerin Wertungsgesichtspunkte zugrundelegt, die vor der Ausschreibung nicht einmal bekannt waren. Ausgehend vom Angebotspreis der Firma xxxxx, der als niedrigster Preis im Wege der Ausschreibung erst ermittelt wurde, also im Zeitpunkt der Vergabebekanntmachung nicht einmal bekannt war, bestimmt die Antragsgegnerin, dass ein hoher Preis dann vorliegt, wenn der niedrigste Preis um 40 % überschritten wird. Dies widerspricht dem Transparenzgrundsatz. Wenn die Antragsgegnerin von einem bestimmten Preis ausgeht, der aus ihrer Sicht nicht überschritten werden sollte, dann hätte sie in den Verdingungsunterlagen den Bietern diese Maßgaben angeben müssen. Jeder Bieter hätte dann die Möglichkeit gehabt zu entscheiden, ob man gewillt und in der Lage ist, die verlangte Leistung für diesen Preis zu erbringen. Eine nachträgliche Zugrundelegung einer Bewertungsmatrix, die Auswirkungen auf die Entscheidung der Vergabestelle hat und das Ergebnis der Wertung beeinflusst, ist vergaberechtlich nicht zulässig.

Gleiches gilt für die Wertung vom 19.08.2004. Der „Marktpreis“ wurde durch die konkrete Ausschreibung ermittelt. Im Vergabeverfahren sind die Preise der einzelnen Anbieter miteinander zu vergleichen. Der sich im Wettbewerb ergebende Angebotspreis muss nicht gleichzeitig der verkehrübliche Preis sein, den man über einen Vergleich von mehreren Ausschreibungen aus anderen Gemeinden ermitteln kann, wie dies auch die Antragsgegnerin gemacht hat. Ganz abgesehen davon, ist die Ermittlung eines verkehrüblichen Preises durch den Vergleich von sechs Kommunen nur dann möglich, wenn man wirklich alle preiserheblichen Faktoren einer Ausschreibung miteinander vergleicht und nicht nur auf einzelne Anforderungen aus der Ausschreibung bzw. die dazugehörigen Preise abstellt.

Allein die Festlegung der Bezugsgröße (Marktpreis) verstößt gegen § 9 a VOL/A und dem Transparenzgrundsatz. Es erübrigt sich deshalb zu prüfen, ob die Festsetzung einer Grenze (40 % über dem Marktpreis) zulässig war.

Wie bereits ausgeführt, konnte die Antragsgegnerin nicht nachträglich dieses Bewertungsschema zugrundelegen, weil dies nicht mit dem Grundsatz der Transparenz und Gleichbehandlung korrespondiert.

Im Ergebnis ist bereits aus diesem Grunde die Bewertung der Antragsgegnerin im Vergabevermerk vom 19.08.2004 vergaberechtswidrig.

Gleiches gilt für die Ermittlung der „Qualität“. Auch hier hat die Antragsgegnerin klare Vorgaben während der Ausschreibung gemacht, die sie im Rahmen ihrer Wertung umzusetzen hat. Die Kammer verweist insofern auf den Beschluss vom 09.03.2004, Seite 18 und 19 und auf die Ausführungen des OLG Düsseldorf im Beschluss vom 09.06.2004, Seite 17 und 18. Anhand der Ausschreibungsunterlagen sollte die Antragsgegnerin prüfen, welche Fahrzeuge der einzelne Bieter angeboten hat. Das Alter und die Anzahl der Fahrzeuge, sowie die Frage, ob ein Bieter Fahrzeuge der Euro 3-Norm angeboten hat, ist hier zu berücksichtigen.

Weiterhin bleibt im Vergabevermerk völlig unberücksichtigt, dass die Antragsgegnerin sich letztlich für eine getrennte Vergabe der Lose entschieden hat. Dies war nach der Ausschreibung zulässig. Insofern war das Angebot des zweiplatzierten Bieters zu Los 1 nicht mehr relevant. Dieser Bieter hatte ein günstigeres Angebot als die Antragstellerin abgegeben, aber nur für den Fall, dass sie den Auftrag für beide Lose bekommt. Damit rückte die Antragstellerin, soweit nur die Preise verglichen werden, auf Rang 1 vor. Die von der Antragsgegnerin geforderten Angaben zum Fuhrpark (Qualität) hat die Antragstellerin gemacht. Diese sind von der Vergabestelle durch Vergleich mit den Ausschreibungsunterlagen zu bewerten.

Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass die Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots dem Beurteilungsspielraum der Vergabestelle unterliegt und nur von ihr erfolgen kann. Insofern wird auf die Ausführungen im Beschluss vom 09.03.2004, Seite 18, verwiesen. Die Kammer kann diese Entscheidung nicht selbst treffen, sondern dies ist Sache der Antragsgegnerin. Die Kammer kann aber feststellen, ob der Beurteilungsspielraum ordnungsgemäß von der Vergabestelle ausgeübt wurde. Dies war hier- wie vorstehend ausgeführt- nicht der Fall. Damit fehlt es an der Vornahme einer Handlung im Sinne von § 55 Abs. 1 VwVG NRW.

2) Die Neubewertung der Angebote zu Los 1 ist der Antragsgegnerin aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen auch möglich. Ein Vollstreckungshindernis liegt hier nicht vor.

Gemäß § 65 Abs. 3 VwVG NRW ist der Vollzug einzustellen,

- a) sobald sein Zweck erreicht ist,
 - b) dem Betroffenen die Erfüllung der zu erzwingenden Leistung unmöglich geworden ist oder
 - c) die Vollstreckungsvoraussetzungen nachträglich weggefallen sind.
- § 60 Abs. 3 bleibt unberührt.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Ausschreibung aufzuheben, stellt kein Vollstreckungshindernis im Sinne des § 65 Abs. 3 lit. b) VwVG NRW dar, weil die

Aufhebung der Ausschreibung gegen § 26 Nr. 1 lit. c) VOL/A verstößt und das laufende Vergabeverfahren mithin nicht endgültig beendet ist.

a) Die Teilaufhebung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 verstößt gegen § 26 Nr. lit. c) VOL/A, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00) und des BGH (Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02) kann auch die Aufhebung einer Ausschreibung vergaberechtlich überprüft werden. Dies muss erst Recht im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens gelten.

Gemäß § 26 Nr. 1 lit. c) VOL/A kann die Ausschreibung aufgehoben werden, wenn sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat. Diese Feststellung hat die Antragsgegnerin aufgrund des Vergabevermerks vom 19.08.2004 getroffen. Wie bereits oben ausgeführt, hat die Antragsgegnerin ihren Beurteilungsspielraum verkannt bzw. diesen nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Damit ist ihre Entscheidung, es lägen keine wirtschaftlichen Angebote vor, rechtswidrig. Die Antragsgegnerin hat vielmehr erneut die Angebote auf ihre Wirtschaftlichkeit hin zu überprüfen.

b) Dem steht weder die Entscheidung des OLG Düsseldorf noch die Entscheidung des EuGH vom 04.12.2003, Rs C-448/01, entgegen.

Im Beschluss des OLG Düsseldorf vom 09.06.2004 wurde der Hinweis gegeben: "Sollte der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1), so wie die Antragsgegnerin geltend macht, dazu führen, dass die verbleibenden Angebote zu Los 1 unwirtschaftlich sind, wird sie eine Aufhebung der Ausschreibung gemäß § 26 VOL/A, 2. Abschnitt in Betracht zu ziehen haben." Das ist lediglich ein allgemeiner Hinweis auf die Möglichkeit der Aufhebung einer Ausschreibung, wobei die Wertung hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Angebote von der Antragsgegnerin vorzunehmen ist und diese überprüft werden kann. Das bedeutet nicht, dass nach dem Ausscheiden der Firma xxxxx keine wirtschaftlichen Angebote mehr vorliegen und die Antragsgegnerin die Ausschreibung unmittelbar aufheben darf.

Aus der Entscheidung des EuGH vom 04.12.2003 lässt sich ebenfalls kein Grund für die Aufhebung der Ausschreibung herleiten. Soweit die Antragsgegnerin meint, durch die Streichung des Zuschlagskriteriums „Zuverlässigkeit“ während des Vergabeverfahrens sei sie sogar gezwungen, ihre Ausschreibung aufzuheben, ist dies fehlerhaft. Richtig ist, dass die Zuschlagskriterien aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz nicht während einer Ausschreibung geändert werden dürfen. Die Vergabestellen sind verpflichtet, sich während des gesamten Verfahrens an dieselben Zuschlagskriterien zu halten. Diese Zuschlagskriterien müssen den Bietern vor der Abgabe ihrer Angebote bekannt gegeben werden und letztlich auch bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden. Nur dadurch ist gewährleistet, dass alle Bieter gleich behandelt werden und das Verfahren transparent bleibt. Durch die Streichung des Zuschlagskriteriums „Zuverlässigkeit“ zu einem Zeitpunkt, in dem noch keine Angebote vorlagen, konnten die Bieter sich bei der Fertigung ihrer Angebote an den letztlich verbleibenden zwei Zuschlagskriterien orientieren. Die o.g. Wettbewerbsgrundsätze wurden somit nicht verletzt.

Soweit die Antragsgegnerin meint, dass ein potentieller Bieter sich aufgrund der in der Bekanntmachung genannten Zuschlagskriterien davon abhalten lasse, überhaupt ein Angebot abzugeben, muss sie sich entgegen halten lassen, dass die o.g. Verfahrensgrundsätze in einem konkreten Vergabeverfahren einzuhalten sind und es nicht um die abstrakte Überprüfung von Zuschlagskriterien in einer Bekanntmachung geht. Zudem würde diese Auffassung der

Antragsgegnerin dazu führen, dass auch eine Konkretisierung von Zuschlagskriterien im Laufe eines Verfahrens nicht mehr möglich wäre, weil auch das potentielle Bieter betreffen könnte. Tatsache ist aber, dass eine Vergabestelle zulässigerweise ihre Zuschlagskriterien, die sie in der Bekanntmachung angibt, in den Verdingungsunterlagen konkretisieren darf, weil sie häufig nicht alle Details in der Bekanntmachung „unterbringen“ kann.

Zudem würde die Rechtsauffassung der Antragsgegnerin dazu führen, dass sie als Vergabestelle es zu jeder Zeit in der Hand hätte, ein bekannt gegebenes Zuschlagskriterien sanktionslos im Verlauf eines Vergabeverfahrens zurückzunehmen, um sich dadurch selbst einen Grund für die Aufhebung zu schaffen, ohne dass dies von den Bietern beanstandet werden kann.

c) Die Aufhebung der Ausschreibung kann auch nicht damit begründet werden, dass keine Vergabeabsicht mehr vorhanden sei, weil zukünftig die Leistungen des Loses 1 durch einen Eigenbetrieb der Antragsgegnerin durchgeführt werden sollen.

Die Kammer hält dies für eine Scheinbehauptung der Antragsgegnerin, die auch nicht Gegenstand ihrer Wertungsentscheidung vom 19.08.2004 war, sondern erstmals mit Schriftsatz vom 07.09.2004 vorgetragen wurde. Auf die weitere Vorlage von diesbezüglichen Unterlagen hat die Kammer verzichtet, weil eine Aufhebung der Ausschreibung zum gegenwärtigen Zeitpunkt auf diesen Gesichtspunkt nicht gestützt werden kann.

Es bestehen keine Bedenken, dass die Antragsgegnerin ihre Absicht weiterverfolgt. Solange es aber diesbezüglich keine konkreten Entscheidungen des Rates oder eines Ausschusses gibt, sondern nur konzeptionelle Vermerke, wird eine zeitnahe verwaltungsmäßige Umsetzung dieser Absicht nicht möglich sein. Auch dann, wenn ein Ratsbeschluss vorliegen sollte, wird dies wiederum einige Monate, wenn nicht ein bis zwei Jahre dauern, bevor die Entsorgungsdienstleistungen tatsächlich durch den Eigenbetrieb der Antragsgegnerin durchgeführt werden. In der Zwischenzeit würde die Antragsgegnerin den rechtswidrigen Zustand, und zwar die Abfallentsorgung durch die Firma xxxxx, aufrechterhalten. Die Fortsetzung eines rechtswidrigen Zustandes über einen derart langen Zeitraum widerspricht den Vorgaben aus den Beschlüssen und ist auch den am Ausschreibungsverfahren beteiligten Bieter nicht zuzumuten. Würde man das zulassen, würde der Antragsgegnerin erneut die Möglichkeit einer Umgehung der Beschlüsse eröffnet.

Im Übrigen ist es der Antragsgegnerin unter Beibehaltung ihrer Absicht, zukünftig den Eigenbetrieb mit der Abfallentsorgung zu beauftragen, zuzumuten während der „Übergangszeit“ rechtmäßige Zustände durch eine entsprechende Vertragskonstellation herbeizuführen.

d) Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass die Antragsgegnerin nicht gezwungen werden kann, einen Auftrag zu vergeben. Wenn sie aber einen Vertrag schließen muss, weil die Abfallentsorgung im Gemeindegebiet ansonsten nicht sicher gestellt ist, dann hat sie dabei die Beschlüsse der Nachprüfungsinstanzen zu beachten.

Insofern ist es richtig, wenn die Antragsgegnerin darauf hin weist, dass ein Kontrahierungszwang zu Lasten der Vergabestelle dem Vergaberecht fremd ist (so auch OLG Dresden, Beschluss vom 10.07.2003, WVerg 0016/02). Soweit also die Vergabestelle von dem ausgeschriebenen Beschaffungsvorhaben endgültig und definitiv Abstand nimmt, kann sie nicht zur Fortsetzung des Vergabeverfahrens mit dem Ziel der Zuschlagserteilung durch ein darauf gerichtetes Nachprüfungsbegehren gezwungen werden. Eine derartige

Fallkonstellation liegt hier aber nicht vor, weil die Antragsgegnerin tatsächlich die Abfallentsorgung sicherstellen muss. Es geht nicht darum, ob sie irgendwann einmal einen Vertrag über Entsorgungsdienstleistungen abschließen wird, sondern sie hat konkret einen Vertrag mit der Firma xxxxx geschlossen, weil ohne Auftragserteilung hätte es keine Abfallentsorgung gegeben. Wie bereits ausgeführt, widerspricht der Vertrag mit der Firma xxxxx aber den Beschlüssen.

Insofern geht es nicht um die Frage, wie weit das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin in einem Nachprüfungsverfahren reicht, sondern es geht hier um die Frage, welche Verpflichtungen die Antragsgegnerin aufgrund des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes NRW hat.

3) Um die Antragsgegnerin anzuhalten, zukünftig entsprechend den Beschlüssen der Nachprüfungsinstanzen zu handeln, hält die Kammer die Androhung eines Zwangsgeldes gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 60 und § 63 Abs. 1 und Abs. 5 VwVG NRW für erforderlich.

Gemäß § 60 Abs. 1 VwVG NRW wird das Zwangsgeld auf mindestens zehn und höchstens hunderttausend Euro schriftlich festgesetzt. Bei der Bemessung des Zwangsgeldes ist auch das wirtschaftliche Interesse des Betroffenen an der Nichtbefolgung des Verwaltungsaktes zu berücksichtigen. Das Zwangsgeld kann beliebig oft wiederholt werden.

Die Kammer hält hier die Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von 70 000 Euro für den Fall, dass die Antragsgegnerin bis zum **09. November 2004** nicht die Beschlüsse der Nachprüfungsinstanzen vom 09.03.2004 und 09.06.2004 ordnungsgemäß, wie vorstehend ausgeführt, umgesetzt hat, für erforderlich und notwendig. Die Antragsgegnerin hat eine neue Wertung der Angebote der Bieter zu Los 1 mit Ausnahme der Firma xxxxx vorzunehmen. Die neue Wertung hat bis zum **09. November 2004** zu erfolgen.

Die Höhe des Zwangsgeldes hält die Kammer hier für erforderlich, damit die Antragsgegnerin auch ein wirtschaftliches Interesse daran hat, den gegenwärtigen rechtswidrigen Zustand zu ändern. Durch die Beauftragung der Firma xxxxx „spart“ die Antragsgegnerin jeden Monat einem bestimmten Betrag, der in Relation zu den Auftragswerten der anderen Bieter, insbesondere zum Angebotspreis der Antragstellerin, zu setzen ist. Durch die Höhe des Zwangsgeldes soll sichergestellt werden, dass die Antragsgegnerin auch tatsächlich handelt. Vor diesem Hintergrund ist ein Zwangsgeld in Höhe von 70 000 Euro angemessen.

Für den Fall, dass die Antragsgegnerin dieser Androhung nicht nachkommen sollte, würde das hiermit angedrohte Zwangsgeld festgesetzt und beigetrieben und der Antragsgegnerin wird gemäß § 60 Abs. 1 Satz 3 VwVG NRW erneut unter Fristsetzung ein Zwangsgeld angedroht werden.

4) Gemäß § 58 Abs. 1 VwVG NRW muss das Zwangsmittel in einem angemessenen Verhältnis zu seinem Zweck stehen. Dabei ist das Zwangsmittel möglichst so zu bestimmen, dass der Einzelne und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt werden.

Die Kammer hält die Androhung des Zwangsgeldes für verhältnismäßig, insbesondere sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die zu einer Beeinträchtigung der Allgemeinheit führen werden. Bereits im Juni 2004 war es unproblematisch für die Antragsgegnerin möglich die Abfallentsorgung einem anderem Unternehmen zu übertragen und die Abfallgefäße auswechseln zu lassen. Die Allgemeinheit ist dadurch nicht betroffen worden; die

Abfallentsorgung war jederzeit gewährleistet und sichergestellt. Daraus schließt die Kammer, dass auch eine erneute „Umstellung“ und Beauftragung eines anderen Unternehmens mit der Abfallentsorgung nach erfolgter Wertung keine Auswirkungen auf die Durchführung der Leistungen an sich haben wird, so dass die Bevölkerung im Gemeindegebiet davon, wenn überhaupt, nur geringfügig betroffen sein wird.

Vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass die Beendigung des Vertrages mit der Firma xxxxx nicht Gegenstand dieses Vollstreckungsverfahrens ist und insofern etwaige Regressansprüche wegen einer ggf. erforderlichen vorzeitigen Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden können.

III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung.

Nach § 128 Abs. 2 GWB bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr beträgt mindestens 2500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf eine Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 25 000 Euro nicht überschreiten, kann aber im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von 50 000 Euro erhöht werden.

Die Vergabekammern des Bundes haben in Zusammenarbeit mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Danach ist bei einem Auftragswert von ca. xxxxxxxx Euro, eine Gebühr von 2775 Euro zu erheben. Die Vergabekammer sieht keine Billigkeitsgründe (§ 128 Abs. 3 Satz 4 GWB), die zu einer Verringerung der Gebühr führen.

Die Antragsgegnerin hat als unterlegene Partei diese Gebühr zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetzes des Bundes ist die Antragsgegnerin als juristische Person des öffentlichen Rechts von der Zahlung dieser Gebühr befreit. Dies gilt entsprechend auch für die Gebühren, die gemäß § 77 Abs. 1 VwVG NRW in Verbindung mit der Kostenordnung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen erhoben werden müssten.

IV.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabepflichtstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des

Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt, weil es sich in beiden Verfahren um nicht einfach gelagerte Fragen sowohl aus dem Vergabekartellrecht als auch aus dem Vollstreckungsrecht handelte.

Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

V.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer den § 12 a Abs. 2 GKG analog zugrundelegen, soweit ein Antrag auf Festsetzung der Aufwendungen gestellt wird. Danach können als Gegenstandswert 5% der Auftragssumme festgesetzt werden, wobei die Kammer wegen der Zusammenlegung der beiden Verfahren § 7 Abs. 2 BRAGO, der noch anzuwenden ist, weil das Verfahren am 23.06.2004 eingeleitet wurde, berücksichtigen wird.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

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

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

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

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

Ausdrücklich weist die Vergabekammer darauf hin, dass die sofortige Beschwerde gegen den Androhungsbeschluss keine aufschiebende Wirkung hat (§ 8 AG VwGO), da es sich um einen Rechtsbehelf gegen eine Vollstreckungsmaßnahme handelt. In analoger Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO kann gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Wege des vorläufigen

Rechtsschutzes beim OLG Düsseldorf beantragt werden, die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen die Vollstreckungsmaßnahme anzuordnen.

Diemon-Wies

Stolz