



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 2/10 vom 29.04.2010

AZ: 1 VK LVwA 55/09

Halle, 16.12.2009

§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB

Der geschlossene Entsorgungsvertrag bleibt in seiner Wirksamkeit von der Veräußerung der Gesellschafteranteile unbeeinflusst, so dass der bereits erteilte Zuschlag ausweislich § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB fortwirkt. Eine erfolgreich im Wege eines Nachprüfungsverfahrens angreifbare de facto-Vergabe liegt nicht vor.

In den Verfahren des

.....GmbH & Co.KG,
vertreten durch
..... mbH

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte
..... Rechtsanwälte,.....

gegen

Landkreis.....
.....

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte
.....Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,

wegen

der unterlassenen Neuausschreibungen des Dienstleistungsauftrages aus dem Jahre 2004 zur Entsorgung von Restabfällen im Altlandkreis hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt Euro.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Ein Rechtsvorgänger des Antragsgegners schrieb im Wege des Offenen Verfahrens gemäß § 3a Nr. 1) VOL/A die Entsorgung von Restabfällen des ehemaligen Landkreises für den Zeitraum vom 01.06.2005 bis 31.12.2017 zuzüglich einer Verlängerungsoption für ein weiteres Jahr aus. Der Vertragsschluss erfolgte am 25.05.2004 zwischen dem und der GmbH Nach §§ 4, 14 des Gesetzes zur Kreisgebietsneuregelung trat der Antragsgegner seit dem 01.07.2007 u. a. die Rechtsnachfolge des Altkreises an.

Ausweislich der antragsgegnerseitig vorgelegten Vergabeakten wurde die GmbH & Co.KG als Nachauftragnehmerin von der Bieterin GmbH im Vergabeverfahren um den hier streitbefangenen Auftrag benannt. Im Jahre 2005 firmierte sich die Unternehmergruppe unter anderem in die AG & Co.KG um. Der Bieterin GmbH ging das Informationsschreiben gem. § 13 VgV vom 01.04.2004 am 06.04.2004 zu.

Das Stammkapital der wurde zum damaligen Zeitpunkt zu 51 % von der GmbH - Geschäftsanteile zu 100 % öffentliche Hand - und zu 49 % von der GmbH gehalten. An der wiederum hielten lt. Handelsregisterauszug HR B in der geänderten Fassung vom 22.03.2004 die und die GmbH & Co.KG, Region Nord das Stammkapital im Verhältnis von 51 % zu 49 %. Minderheitsgesellschafter der wurde zum 31.12.2006 die GmbH.

Der erkennenden Kammer wurde ein Ausdruck aus dem Internet mit Datum vom 30.06.2004, 11:40 Uhr, vorgelegt, welcher die Bekanntmachungen des Landkreises (.....) hinsichtlich der Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Umladung, zum Transport und zur Entsorgung von Restabfällen aus dem Landkreis an die ausweist. Daraus geht weiterhin hervor, dass der Zuschlag am 07.05.2004 erteilt wurde.

In der Sitzung des Kreistages im Juni diesen Jahres beschloss der Antragsgegner eine Veräußerung seiner über die gehaltenen Beteiligung an der an die Firma GmbH. Zu einem entsprechenden Vertragsschluss kam es am 04.07.2009.

In Folge dessen hat sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 29.09.2009 gegen die im Nachgang zur Veräußerung der Gesellschafteranteile an der unterbliebene Neuausschreibung der hier streitbefangenen Entsorgungsleistungen gewandt und einen entsprechenden Nachprüfungsantrag gestellt.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom 29.09.2009 unter Aufforderung zur Vorlage der Vergabeunterlagen samt Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag zugestellt worden.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der streitbefangene Vertrag nunmehr unwirksam sei und im Wege der Nachprüfung angegriffen werden könne. Nach der Rechtsprechung des EuGH liege eine, eine erneute Ausschreibung erforderlich machende wesentliche Änderung eines bereits abgeschlossenen Vertrages vor, wenn innerhalb dessen Gültigkeitsdauer ein Gesellschafterwechsel weg vom öffentlichen und hin zum privaten Kapital erfolge. Durch die unterbliebene Neuausschreibung sei der Antragstellerin die Möglichkeit genommen worden, den Zuschlag für die Leistung im Wettbewerb zu erhalten.

Zudem sei die Mitteilung der erkennenden Kammer vom 27.11.2009, aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages im schriftlichen Verfahren entscheiden zu wollen, angesichts der grundsätzlichen Bedeutung des Urteils des EuGH vom 10.09.2009 zu kurz gefasst. Zwar betreffe die genannte Entscheidung unmittelbar eine Sachverhaltskonstellation, in der der streitgegenständliche öffentliche Auftrag ursprünglich ohne Ausschreibung vergeben worden war. Dies ändere aber nichts an der grundsätzlichen Aussage der Entscheidung, dass es stets eine Ausschreibung erfordernde Änderung einer grundlegenden Bedingung des betreffenden öffentlichen Auftrages darstelle, wenn bei einer Gesellschaft mit öffentlichem Kapital zu einem späteren Zeitpunkt Privatpersonen zur Beteiligung am Grundkapital der Gesellschaft zugelassen werden. Die über diesen Zeitpunkt hinaus wirkende Leistungserbringung stelle daher eine zweite vertragliche Regelung dar, die nicht auf einer förmlichen Ausschreibung basiere. Es handele sich daher um eine sog. de facto-Vergabe, die gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam sei.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der am 25.05.2004 abgeschlossene Entsorgungsvertrag betreffend der Entsorgung der im Landkreis anfallenden Abfälle nichtig ist.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Er trägt vor,

dass der Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig sei. Der Entsorgungsvertrag zwischen der und dem Altkreis sei Gegenstand einer Ausschreibung gewesen. Die Änderung in der Gesellschafterstruktur der aufgrund der Anteilsveräußerung sei auch nach den Maßstäben der Rechtsprechung des EuGH irrelevant.

Aber selbst wenn in der Veräußerung der Gesellschafteranteile unter Verzicht auf eine erneute Ausschreibung die Begründung neuer vertraglicher Verbindlichkeiten gesehen werden sollte, so wären diese nicht mehr angreifbar. Die Antragstellerin habe spätestens mit Übersendung der Stellungnahme der in dem Verfahren 1 VK LVwA 48/09 am 21.07.2009 Kenntnis davon erlangt, dass der Anteilskaufvertrag über die Gesellschafteranteile der zwischen der und der GmbH am 04.07.2009 abgeschlossen worden sei. Begründe dieser Umstand eine Ausschreibungspflicht, so hätte

ihre Nichterfüllung gemäß § 101 Abs. 2 Satz 1 GWB innerhalb von 30 Kalendertagen zu einem Nachprüfungsverfahren führen müssen. Diese Frist habe die Antragstellerin jedoch nicht eingehalten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig.

Der am 07.05.2004 geschlossene Entsorgungsvertrag bleibt in seiner Wirksamkeit von der Veräußerung der Gesellschafteranteile an der unbeeinflusst, so dass der bereits erteilte Zuschlag ausweislich § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB fortwirkt. Der Nachprüfungsantrag wurde somit nicht vor Erteilung eines vergaberechtskonformen und damit wirksamen Zuschlags entsprechend § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB gestellt.

Es ist kein rechtlicher Gesichtspunkt erkennbar, der aus Kammersicht geeignet ist, die fort-dauernde Wirksamkeit des streitbefangenen Vertrages in Frage zu stellen. Der entsprechende Vertragsschluss erfolgte auf der Grundlage eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens und ist nicht das Ergebnis des Eingreifens einer vom Erfordernis der öffentlichen Ausschreibung entbindenden Privilegierung. Insoweit genießt die vertragliche Regelung den Schutz der Rechtsordnung.

Soweit die Antragstellerseite diesen Schutz unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH vom 10.09.2009 zu erschüttern und einen allgemeingültigen Rechtssatz aufzustellen sucht, wonach die gemischt wirtschaftliche Gesellschafterstruktur eines Leistungserbringers stets einen wesentlichen Bestandteil der vertraglichen Regelung ausmache und daher über den gesamten Leistungszeitraum in ihrer Grundlage unverändert erhalten bleiben müsse, vermag die erkennende Kammer dieser Auffassung aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht zu folgen.

Zum einen hat der EuGH in der zitierten Entscheidung mitnichten eine Feststellung der oben beschriebenen Art getroffen. Er hat lediglich für den Fall den Fortbestand einer vertraglichen Regelung verneint, in dem durch den nachträglichen Wegfall der von der Ausschreibungspflicht entbindenden Privilegierung noch während des vertraglichen Leistungszeitraumes, gewissermaßen auch die Grundlage dieser privilegierten vertraglichen Leistungsbeziehung entfallen ist. Genau dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Zum anderen erblickt die Kammer in der antragstellerseitig vertretenen Haltung eine unnötige und damit widerrechtliche Einschränkung der Marktaktivität eines konkurrierenden Leistungserbringers. Die gesellschaftliche Struktur eines Unternehmens kann grundsätzlich nur dann eine vergaberechtliche Bedeutung erlangen, wenn sie für die Zuschlagserteilung entscheidend war. Dies ist in einem förmlichen Vergabeverfahren nicht der Fall.

Eine Rechtfertigung für die Haltung der Antragstellerin ist somit nicht erkennbar. Der streitbefangene Entsorgungsvertrag ist demnach weiterhin wirksam. Eine erfolgreich im Wege eines Nachprüfungsverfahrens angreifbare de facto-Vergabe liegt nicht vor.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens in Höhe von Euro zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu den gestellten Anträgen in diesem Verfahren maßgeblich.

In diesem Verfahren wird dem Antrag der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum alleinigen Unterliegen, so dass sie die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt wird die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) unter Zugrundelegung des abgeschlossenen Vertrages, jedoch unter Abzug des abgelaufenen Leistungszeitraumes, in Höhe des noch verbliebenen prognostizierten Gesamtentgeltes von Euro, hier auf Euro festgesetzt.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Nachprüfungsverfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro**,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.