

An das
Hessische Ministerium
des Inneren und für Sport
- Kommunalaufsicht für die
Landeshauptstadt Wiesbaden -
Friedrich-Ebert-Allee 12
65185 Wiesbaden

Mein Zeichen 460403/18
(bitte stets angeben)

16.07.2018

**Kommunalaufsichtsbeschwerde bezüglich Vergabeverfahren zur
Restabfallentsorgung in der Landeshauptstadt Wiesbaden ab dem 01.01.2019**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit wird eine Kommunalaufsichtsbeschwerde bezüglich der Vergabe der Verwertung des Mülls in der Landeshauptstadt Wiesbaden (LHW) eingereicht. Diese reiche ich im Namen und in Vertretung für die Fraktion Linke & Piraten im Rathaus Wiesbaden ein.

Es wird die Umgehung der kommunalen Gremien, insbesondere Magistrat und Stadtverordnetenversammlung der LHW, gerügt (§ 50 Abs. 1 S. 1 HGO); außerdem werden Fehler der Vergabestelle gerügt, die sich negativ auf die LHW auswirken können.

I. Vorbemerkung

Das hier zu Grunde liegende Vergabeverfahren wurde bereits durch die Vergabekammer Darmstadt (Beschluss vom 22.11.2017; 69d VK 2 - 34/2017) und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Beschluss vom 29.03.2018; 11 Verg 16/17) überprüft. In diesen Verfahren ging es allerdings lediglich um die Vergabe als solche, die Gewichtung der einzelnen Kriterien, mögliche Wettbewerbsverzerrungen, mögliche unklare Beschreibungen innerhalb der Ausschreibung und um mögliche Verbindungen zwischen Personen eines Bieters und der MBA Wiesbaden GmbH und der Entsorgungsbetriebe der Landeshauptstadt Wiesbaden (ELW).

Somit wurde durch die Vergabekammer und das OLG nur das Außenverhältnis, also das Verhältnis zwischen der vergebenden Stelle und den Bietern, überprüft.

Die hier vorgelegten und gerügten Punkte wurden keiner Überprüfung durch die Vergabekammer Darmstadt und das OLG Frankfurt am Main unterzogen.

II. Sachverhalt

Die MBA Wiesbaden GmbH hat am 06.09.2017 im Rahmen eines europaweiten offenen Vergabeverfahrens die Leistung „Restabfallentsorgung Landeshauptstadt Wiesbaden ab dem 1. Januar 2019“ durch die ESWE Versorgungs-AG als Vergabestelle ausschreiben lassen. Die Angebotsfrist war am 27.10.2017 abgelaufen. Es gab vier Angebote.

Ein Bieter leitete juristische Schritte ein. Die Vergabekammer Darmstadt und das OLG Frankfurt am Main wiesen die Anträge dieses Bieters zurück.

Daraufhin hat den Zuschlag das Unternehmen Gurdulic-Knettenbrech erhalten. Der Aufsichtsrat der MBA Wiesbaden GmbH hat diesem mehrheitlich zugestimmt.

Im Januar 2018 hat eine Gesellschaft der Unternehmensgruppe Gurdulic-Knettenbrech ein etwa 30 000 Quadratmeter großes Waldstück auf dem Betriebsgelände gerodet.

Eine Befassung des Magistrats der LHW oder der Stadtverordnetenversammlung der LHW mit dieser Thematik und eine Zustimmung eines dieser Gremien hat es nicht gegeben.

III. Zulässigkeit

Die Kommunalaufsichtsbeschwerde ist zulässig.

Dadurch, dass der Magistrat und die Stadtverordnetenversammlung der LHW nicht eingebunden und nicht befragt wurden und nicht über die Vergabe und den Zuschlag abstimmen konnten, wurden die Rechte dieser verletzt.

IV. Begründetheit

1. Unzuständigkeit der MBA Wiesbaden GmbH

Die ESWE Versorgungs-AG hat die Ausschreibung von der MBA Wiesbaden GmbH ausgeführt. Die Weitergabe an die ESWE Versorgungs-AG erfolgte, da die Entsorgungsbetriebe der Landeshauptstadt Wiesbaden (ELW), ein Eigenbetrieb der LHW, ihre Ausschreibungen und die ihrer Tochtergesellschaften über die ESWE Versorgungs-AG aus- und durchführen lassen (Anlage 1 Beschluss des Beteiligungsausschusses Nr.29 zur Vorlagen-Nr. 17-F-05-0014).

Grundsätzlich ist eine solche Übertragung rechtlich möglich. Die MBA Wiesbaden GmbH soll eine Tochtergesellschaft der ELW sein. (Anlage 2 Beteiligungsbericht der Landeshauptstadt Wiesbaden aus dem Jahr 2016)

Allerdings kann die ELW keine Tochtergesellschaften gründen und somit konnte sie auch nicht die MBA Wiesbaden GmbH gründen.

Als Eigenbetrieb darf die ELW grundsätzlich zwar Tochtergesellschaften gründen. Das Eigenbetriebsgesetz gibt hierzu keine Vorgaben. Einschlägige Normen sind demzufolge die §§ 121 ff. HGO, die dies ermöglichen.

Neben den Voraussetzungen der §§ 121 ff. HGO ist eine notwendige und zwingende Voraussetzung für die Gründung von Tochtergesellschaften durch einen Eigenbetrieb eine eindeutige Bevollmächtigung in der Satzung dieses Eigenbetriebs. (*Bennemann* Kommentar zum Eigenbetriebsgesetz § 1 Erläuterung Nr. 5)

Die Satzung der ELW sieht eine Gründung von Tochtergesellschaften nicht vor. Lediglich in § 1 Abs. 4 der Satzung des Eigenbetriebs „Entsorgungsbetriebe der Landeshauptstadt Wiesbaden“ heißt es:

Der Eigenbetrieb kann sich bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben der Ämter der Stadtverwaltung - gegen Verrechnung der Kosten der Leistungen - sowie der Hilfe geeigneter Dritter bedienen. (Anlage 3 Satzung der ELW mit Stand vom 20.12.1996)

Diese Regelung in der Satzung beinhaltet aber gerade nicht die Gründung einer Tochtergesellschaft. Die *Hilfe geeigneter Dritter* bedeutet hier alleine die Weitergabe von Aufgaben an Dritte, die sonst durch die ELW ausgeführt werden sollten.

Somit kann die MBA Wiesbaden GmbH keine Tochtergesellschaft der ELW sein. Demzufolge hätte die MBA Wiesbaden GmbH nicht handeln dürfen.

Somit hätte zwingend die Stadtverordnetenversammlung, mindestens jedoch der Magistrat der Landeshauptstadt Wiesbaden über das Vergabeverfahren und ebenso über die Zuschlagserteilung beraten und abstimmen müssen.

Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sind hier nicht anzuwenden. Eine fehlerhafte Gesellschaft liegt dann vor, wenn ein geschlossener Gesellschaftsvertrag an Mängeln leidet und dies zu einer Rückabwicklung führen müsste. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschaft auf Grund eines nichtigen Gesellschaftsvertrages vollzogen wurde. Hier ist die ELW als Gesellschafter ungeeignet, da zwar grundsätzlich Eigenbetriebe Gesellschaften gründen dürfen, es hier jedoch an der notwendigen Regelung in der Satzung der ELW mangelt.

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft besagt, dass die Gesellschaft dennoch als wirksam betrachtet wird, um die Rückabwicklung mit den verbundenen Schwierigkeiten zu umgehen.

Die Anwendung dieses Grundsatzes ist dann ausgeschlossen, wenn höherrangige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Hier stehen die Interessen der Landeshauptstadt Wiesbaden entgegen. Die Stadt hat kein Interesse daran, dass eine fehlerhafte Gesellschaft existiert. Weiterhin sind hierdurch die Rechte der Stadtverordnetenversammlung und des Magistrats beschnitten worden.

Im Übrigen wird daraufhin gewiesen, dass diese Problematik der Stadt Wiesbaden und der ELW zumindest bewusst sein dürfte: Denn auf der Homepage der ELW wird die MBA Wiesbaden GmbH nicht als Tochter der ELW, sondern als hundertprozentige Tochter der Stadt Wiesbaden geführt (<https://www.elw.de/die-elw/abfallwirtschaft/abfallentsorgung/> zuletzt abgerufen am 12.07.2018). Außerdem teilte der Betriebsleiter der ELW und gleichzeitige Geschäftsführer der MBA, Joachim Wack, den Mitgliedern des Beteiligungsausschusses der Landeshauptstadt Wiesbaden in einer öffentlichen Sitzung mit, dass die ELW nicht an der MBA beteiligt sei. (Anlage 4 Pressemitteilung Linke & Piraten vom 18.04.2018)

Somit hätte das gesamte Vergabeverfahren durch die ELW oder die Stadt Wiesbaden selbst initiiert werden müssen. Wäre die ELW die Auftraggeberin des Vergabeverfahrens gewesen, so hätte zwingend die Stadtverordnetenversammlung, mindestens der Magistrat, darüber abstimmen müssen.

Will man dennoch den Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft anwenden und keine höherrangigen Interessen der Allgemeinheit gelten lassen, so müsste dennoch die Stadtverordnetenversammlung, mindestens der Magistrat, darüber abstimmen, da die MBA Wiesbaden GmbH eine Tochter der LHW sein muss.

2. Falsche Vergabestelle

Durch diesen Fehler, nämlich dass die MBA Wiesbaden GmbH keine Tochter der ELW ist, hat möglicherweise auch die falsche Vergabestelle gehandelt. Inwieweit hier diese Möglichkeit durch die Verantwortlichen der ELW, der MBA Wiesbaden GmbH und der LHW in Betracht gezogen worden ist, kann nicht beurteilt werden. Jedoch sind die Stellung und die Zugehörigkeit der MBA

Wiesbaden GmbH in der ELW und der Stadt Wiesbaden von Anfang an unklar und es gibt unterschiedliche Aussagen von Seiten der ELW und der LHW. Hier hätte vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens mit dieser Größenordnung Klarheit geschaffen werden müssen.

Die Vergabekammer Darmstadt und das OLG Frankfurt am Main sind in ihren Beschlüssen nicht auf diese Problematik eingegangen, da diese zu dieser Zeit noch nicht präsent gewesen ist.

Bei Vergabeverfahren muss nicht nur bei der Auswahlentscheidung das zuständige Organ handeln, sondern auch bei den wesentlichen, die eigentliche Auswahl vorbereitenden Entscheidungen. Hierzu gehören auch die Festlegung der objektiven Auswahlkriterien und deren Gewichtung (OVG Magdeburg Beschl. v. 24.05.2017 - 3 L 201/16).

Hier könnte dadurch, dass die falsche Vergabestelle gehandelt hat, ein nicht unbeachtlicher Verfahrensfehler vorliegen (VGH Kassel, Beschl. v. 24.09.2008 - 8 B 2037/08).

Dieser würde sich auf das gesamte Vergabeverfahren auswirken und könnte Schadensersatzforderungen gegen die LHW zur Folge haben.

3. Zwingende Einbindung der Stadtverordnetenversammlung / des Magistrats

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die richtige Vergabestelle gehandelt hat und die MBA Wiesbaden GmbH eine Tochter der ELW ist, hätte die Stadtverordnetenversammlung in das Vergabeverfahren eingebunden werden müssen.

Die Vergabe von jährlich über 50 000 t Restmüll über 15 Jahre hinweg und zusätzlich die mögliche Errichtung einer Müllverbrennungsanlage auf Wiesbadener Gemarkung sind wichtige kommunale Angelegenheiten. Eine Beschlussfassung hierzu gab es von keinem städtischen Gremium. Alleine die ELW und die MBA Wiesbaden GmbH haben entschieden, dass die LHW eine Lösung favorisiert, bei der eine Müllverbrennungsanlage auf Wiesbadener

Gemarkung errichtet wird.

Zu dieser Entscheidung sind die ELW und die MBA Wiesbaden GmbH vermutlich in der ersten Jahreshälfte 2017 gelangt. Hierzu gibt es keine Unterlagen anhand derer die Mitglieder der Betriebskommission der ELW und die Mitglieder des Aufsichtsrates der MBA Wiesbaden GmbH erkennen können, wer diese Entscheidung getroffen hat. Jedenfalls fällt diese Entscheidung nicht mehr unter den laufenden Geschäftsbetrieb.

Für den laufenden Geschäftsbetrieb eines kommunalen Unternehmens ist der Gemeindevorstand gemäß § 9 Abs. 2 HGO inhaltlich zuständig, während bei wichtigen Angelegenheiten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 HGO eine vorrangige Entscheidung der Gemeindevertretung einzuholen und vom Gemeindevorstand durch Weisung gemäß § 125 Abs. 1 Satz 4 HGO im Außenverhältnis zu den Gesellschaften umzusetzen ist. Für diese Sichtweise spricht auch, dass gemäß § 66 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 4 HGO der Gemeindevorstand die öffentlichen Einrichtungen und wirtschaftlichen Betriebe der Gemeinde nach den Beschlüssen der Gemeindevertretung verwaltet.

Eine andere Auslegung des § 125 HGO, wonach dem Gemeindevorstand insoweit auch inhaltlich die alleinige Kompetenz zustünde, würde die aus dem demokratischen Prinzip erwachsende Entscheidungsprärogative der von den Bürgern unmittelbar gewählten Gemeindevertretung für wichtige gemeindliche Angelegenheiten gerade in dem bedeutenden gemeindewirtschaftlichen Bereich der Betätigung in Eigen- und Beteiligungsgesellschaften ohne sachlichen Grund außer Kraft setzen.

Eine Vergabe in dieser Größenordnung, mit dem Zeitraum von 15 Jahren und mit der möglichen Errichtung einer Müllverbrennungsanlage auf Wiesbadener Gemarkung, die Auswirkungen auf mehrere Stadtviertel haben wird, kann nicht mehr zu dem laufenden Geschäftsbetrieb gerechnet werden. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine wichtige Angelegenheit.

Somit hätte selbst bei einem ordnungsgemäßen Verfahren mit der richtigen Stelle, die Stadtverordnetenversammlung befragt werden müssen.

4. Ermessensnichtgebrauch durch die Vergabestelle

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB liegt ein fakultativer Ausschlussgrund eines Bieters vor, wenn das betreffende Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird.

Während des laufenden Verfahrens sind mögliche Verfehlungen eines Bieters zu Tage getreten (**Anlage 5** Presseberichte April 2018). Der Bieter Gurdulic - Knettenbrech hat vermutlich illegal einen Wald auf einem Grundstück, das zu dem Unternehmen gehört, gerodet.

Bei der möglichen Verfehlung muss die konkrete Vergabe nicht betroffen sein und die Verfehlung muss sich auch nicht gegen den Auftraggeber richten. Die Verletzung kann gerade auch in einem Verstoß gegen umweltrechtliche Verpflichtungen außerhalb der Ausführung öffentlicher Aufträge liegen und zu einem Ausschlussgrund führen (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Fn. 81). Gerade dies ist hier vermutlich eingetreten.

Die Verfehlung muss auch nicht einen Straftatbestand erfüllen. Unerheblich ist auch, ob die Verfehlung des Geschäftsführers eines Bieters im Rahmen der beruflichen Tätigkeit für den betreffenden Bieter begangen wurde oder während einer anderen Beschäftigung (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 36).

Die Verfehlung kann auch erst nach der Abgabe der Unterlagen stattgefunden haben. Die Verletzung muss eine solche Intensität und Schwere aufweisen, dass der öffentliche Auftraggeber an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf. Dies kann bei Gesetzesverstößen vorliegen. Der Begriff der Verfehlung erfasst nach dem Europäischen Gerichtshof jedes Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat (EuGH 13.12.2012 - C- 465/11, Rn. 27).

Im vorliegenden Fall handelte es sich offensichtlich um eine berufliche Tätigkeit. Hier kommt das bietende Unternehmen oder eine für das Unternehmen handelnde Person infrage (Gesetzesbegründung zum

Gesetzesentwurf der Bundesregierung Drucksache 18/6281). Unternehmen sind wirtschaftliche Einheiten, unabhängig von ihrer konkreten Rechtsform. Ein Unternehmen kann daher aus mehreren juristischen Personen bestehen. Das bedeutet, dass ein Ausschluss auch erfolgen kann, wenn der Bieter nicht identisch mit der Gesellschaft ist, die die Verfehlung begangen hat. Eine Zurechnung erfolgt an das Gesamtunternehmen. Hier hat eine andere Gesellschaft gehandelt. Diese ist jedoch dem Gesamtunternehmen Gurdulic - Knettenbrech zuzurechnen.

Der Ausschluss kann zu jeder Zeit des Vergabeverfahrens stattfinden. Das heißt, dass alle Punkte, die die Zuverlässigkeit des Unternehmens bis zur rechtswirksamen Zuschlagserteilung betreffen, berücksichtigungsfähig sind (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 18). Die Rodung hat vermutlich im Januar 2018, also vor Zuschlagserteilung stattgefunden.

Es ist ausreichend, wenn die Umstände auf einer gesicherten Erkenntnis aus seriösen Quellen der Vergabestelle beruhen. Der Auftraggeber kann den Nachweis der Verfehlung mit jedem geeigneten Mittel führen. Selbst die strafrechtliche Unschuldsvermutung steht einem Angebotsausschluss nicht entgegen (OLG München 22.11.2012 - Verg 22/12; OLG Saarbrücken 29.12.2003 - 1 Verg 4/03). Hier ist die Rodung offensichtlich und unstrittig. Der Geschäftsführer gibt diese selbst zu. Die Nachweisbarkeit ist erbracht.

Es ist ausreichend, wenn ein dringender Tatverdacht durch ein Gericht bejaht würde. Der dringende Tatverdacht ist gegeben, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit vorliegt, dass der Beschuldigte eine Straftat begangen hat (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 44).

Insbesondere liegt eine schwere Verfehlung vor, die die Integrität in Frage stellt, wenn eine Straftat begangen wurde. Hier muss sich das Unternehmen das Handeln von Mitarbeitern oder Beauftragten zurechnen lassen (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 10).

Im vorliegenden Fall gibt es konkrete, seriöse Hinweise, dass eine Straftat begangen wurde. Der Nachweis wäre also erbracht.

Der Gesetzgeber hat allerdings offen gelassen, welche Verfehlungen konkret einen Mangel an Integrität begründen. Daher liegt es bei der Vergabestelle, zu prüfen, ob der betreffende Sachverhalt - hier die Rodung des Waldes - eine schwere Verfehlung im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist. (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 36)

Hier hätte die Vergabestelle prüfen müssen.

§ 124 GWB hat eine drittschützende Wirkung. Das bedeutet, dass ein Mitbieter eine fehlerfreie Ermessensausübung im Hinblick auf den Ausschluss eines Mitbieters verlangen kann (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 11).

Das Ermessen der Vergabestelle kann auf Null reduziert sein, so dass nur ein Ausschluss ermessensfehlerfrei ist. Allerdings muss dazu ein Ermessen ausgeübt worden sein. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber eine auf sachlichen Erwägungen beruhende Entscheidung über die Teilnahme am Vergabeverfahren treffen muss. Dazu ist eine Sachverhaltsermittlung zwingend (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 14). Ansonsten kann es zu einer Klage eines Mitbieters kommen mit Schadensersatzforderungen gegen die LHW.

Eine Prüfung der Gründe aus §§ 123, 124 GWB ist somit zwingend vorgesehen (Beck'scher Vergaberechtskommentar § 124 GWB Rn. 12). Die Ausübung des Ermessens muss dokumentiert werden (ZB VK Lüneburg 18.10.2005 - VgK-47/2005).

Liegt ein Ausschlussgrund vor und ist der Ausschluss verhältnismäßig, bedarf es keiner weiteren Erklärung. Eine Prognoseentscheidung, ob das Unternehmen in Zukunft rechtstreu ist, ist nicht notwendig.

Erfährt die Vergabestelle von einem Tatbestand des § 124 GWB erst nachträglich, ist sie nicht gehindert - sondern sogar verpflichtet, in die Prüfung der Ausschlussgründe erneut einzutreten und ihr Ausschlussermessen auszuüben (OLG Naumburg 22.09.2014 - 2 Verg 2/13; OLG Frankfurt a.M.

24.02.2009 - 11 Verg 19/08; OLG München 15.11.2007 - Verg 10/07;
BayObLG 18.09.2003 - Verg 12/03).

Hier muss also zwingend durch die Vergabestelle geprüft werden.

Besonders relevante Gründe warum ein Ausschluss des Bieters auch womöglich verhältnismäßig wäre, liegen vor. So ist die zeitliche Nähe des Vorgangs zum Vergabeverfahren gegeben. Bisläng ist auch keine „Selbstreinigung“ des Unternehmens bekannt. Entschädigungshandlungen des Unternehmens liegen auch keine vor.

Allerdings wurde durch die Vergabestelle kein Ermessen ausgeübt. Es wurden auch keine eigenen Nachforschungen initiiert.

Dadurch liegt ein weiterer Verstoß vor, der im schlimmsten Fall zu Schadensersatzforderungen gegen die LHW führen kann.

Mit freundlichen Grüßen

Mathias Päßler
Rechtsanwalt