



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESVERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
des Landes Sachsen-Anhalt**

**Beschluss**

**dazu OLG-Entscheidung 7 Verg 8/16 vom 17.03.2017**

**AZ: 1 VK LSA 25/16**

**Halle, 16.12.2016**

§ 108 Abs. 6 GWB n.F

- Zeitpunkt des Beginns eines formellen Vergabeverfahrens im materiellen Sinn
- Unwirksamkeit des Vertragsschlusses einer de-facto-Vergabe, die sich auf die vermeintlichen Voraussetzungen einer ausschreibungsfreien interkommunalen Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB n.F. bezogen hat
- Die Voraussetzung einer ausschreibungsfreien horizontalen Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber ist u.a. dann gegeben, wenn die Durchführung der Aufgabe ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der Leistungserbringer als Gegenleistung ein Entgelt erhält, welches über eine bloße Kostenerstattung hinausgeht. Dies verneint auch die Vereinbarung einer Selbstkostenerstattung auf Basis der Leitsätze für die Preisbildung (LSP) ohne Einschränkungen.
- Einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben fehlt es, wenn der Bieter in dem Bewusstsein handelt, dass eine Einigung über die Rücknahme einer ausgesprochenen Kündigung vor Wirksamwerden derselben den vergaberechtlichen Regelungen entspricht.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....  
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

gegen

.....  
.....

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

unter Beiladung

.....  
.....

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

wegen

der gerügten Verstöße bezüglich des Abschlusses eines Betriebsführungsvertrages zur Technischen Betriebsführung der schmutzwassertechnischen Anlagen des Abwasserzweckverbandes ..... hat die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 24.11.2016 unter Vorsitz des Leitenden Regierungsdirektors ..... sowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin Frau ..... und der ehrenamtlichen Beisitzerin Frau ..... beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, ein Vergabeverfahren bei unverändert fortbestehender Vergabeabsicht gemäß §§ 97 ff. GWB durchzuführen.
3. Die Hinzuziehung des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen auferlegt.
5. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.
6. Für die im Rahmen der Akteneinsicht anfallenden Kopierkosten hat die Antragstellerin ..... Euro zu entrichten.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner fasste in der Verbandsversammlung am 28.04.2016 den Beschluss, einen Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zwischen dem Abwasserzweckverband ..... und der Beigeladenen zu schließen. Gegenstand des ARGE-Vertrages ist die Zusammenarbeit bei der Abwasserbeseitigung auf dem Gebiet des AZV. Die Stadt als Mitglied des AZV (mit ihren Ortsteilen ..... und .....) übernimmt mit diesem Vertrag die Aufgaben der technischen Betriebsführung. Die Leistungsübernahme soll ab dem 01.06.2016 beginnen und zunächst bis zum 31.12.2016 auf Basis eines Selbstkostenerstattungspreises nach der VO PR 30/53 laufen. Angestrebt wird eine längerfristige Zusammenarbeit und die Vereinbarung einer 12-jährigen festen Vertragslaufzeit. Sollten sich die Parteien bis zum Ablauf des

31.12.2016 nicht auf eine langfristige Anschlussvereinbarung einigen, verlängert sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit.

Der zu diesem Zeitpunkt noch bestehende Vertrag für die technische Betriebsführung mit der Antragstellerin, war durch den Antragsgegner bereits mit Schreiben vom 10.11.2014 mit einer Frist von 18 Monaten zum 31.05.2016 gekündigt worden.

Der erkennenden Kammer liegen Unterlagen vor, wonach auf der Grundlage einer Festlegung der Verbandsversammlung vom 09.06.2015 am 30.06.2015 die Beigeladene und der Abwasserzweckverband (WAZV) ..... aufgefordert wurden, ein Angebot für die Aufgabenwahrnehmung der technischen Betriebsführung auf dem Gebiet des AZV zu unterbreiten.

Hinsichtlich der Übergabe der technischen Betriebsführung bat der Antragsgegner mit Schreiben vom 21.07.2015 die Antragstellerin, im Rahmen der Entscheidungsfindung den potenziellen neuen Vertragspartnern einen Termin zur Besichtigung der Kläranlage ..... und weiterer Anlagen einzuräumen. Zudem sollte seitens der Antragstellerin bei diesem Termin fachkundiges Personal für die Beantwortung von Fragen zur Verfügung stehen.

Im Vorfeld dieser Aufforderung sowie im Nachgang derselben wies die Antragstellerin mit ihren Schreiben vom 16.06.2015, 23.06.2015 und 10.12.2015 den Antragsgegner darauf hin, dass nach ihrer Ansicht die Voraussetzungen einer ausschreibungsfreien öffentlich-rechtlichen Vertragsbeziehung nicht vorlägen.

Die Beigeladene unterbreitete mit Schreiben vom 28.08.2015 das erbetene Angebot ihres Eigenbetriebes und äußerte ihre Bereitschaft zur interkommunalen Zusammenarbeit.

Auf Grundlage dieses Angebotes und weiterführender technischer Gespräche wurde in der öffentlichen Verbandsversammlung des AZV am 16.03.2016 die Absicht erklärt, eine Zweckvereinbarung bzw. einen ARGE-Gründungsvertrag mit der Beigeladenen zur technischen Betriebsführung der schmutzwassertechnischen Anlagen des Verbandes ab dem 01.06.2016 abzuschließen zu wollen.

Die Antragstellerin rügte dies am 24.03.2016 per Fax. Sie führte aus, dass die am 16.03.2016 beschlossene entgeltliche Beauftragung der Beigeladenen rechtlich nicht zulässig sei und einen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften darstelle. Bei der beabsichtigten Beauftragung mit der technischen Betriebsführung handele es sich um ein vergabepflichtiges Geschäft, welches zwingend die Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens erfordere. Sowohl nach der bisherigen als auch der zukünftigen Rechtslage im Rahmen der Vergaberechtsnovellierung liege kein vergaberechtfreies Geschäft vor. Weder seien die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe noch für eine interkommunale Zusammenarbeit erfüllt.

Insbesondere im Hinblick auf eine interkommunale Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB n.F. sei die Bedingung einer gemeinsamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistung nicht erfüllt. Nach dieser Vorschrift müsse die interkommunale Zusammenarbeit in Form einer Kooperation erfolgen. Die Aufgabe der Abwasserbeseitigung auf dem Verbandsgebiet des AZV obliege jedoch satzungsgemäß allein dem AZV. Hingegen sei die Aufgabenwahrnehmung durch die Beigeladene nach § 1 Abs. 1 ihrer Betriebssatzung auf den Bereich der ..... begrenzt. Dieser Bereich umfasse nicht das Verbandsgebiet des AZV.

Die nur einseitige Verpflichtung zur Leistungserbringung gegen Entgelt erfülle im vorliegenden Fall nicht die Voraussetzung einer horizontalen Zusammenarbeit. Vielmehr liege ein vertikales Austauschverhältnis vor, welches nicht von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sei.

Des Weiteren handele es sich bei der beabsichtigten Beschaffung um eine marktgängige Leistung, da auch Dritte diese anbieten würden. Somit trete der Entwässerungsbetrieb in Konkurrenz zu privaten Leistungserbringern, was gegen das Bestehen des erforderlichen öffentlichen Interesses bei entsprechender Beauftragung spreche.

Zudem habe der Antragsgegner seine vergaberechtlichen Informationspflichten nicht erfüllt, obwohl bekannt sei, dass auch die Antragstellerin an der zukünftigen Betriebsführung interessiert sei.

Noch vor der Absichtserklärung des Antragsgegners unterbreitete die Antragstellerin dem Antragsgegner im Hinblick auf den in Kürze auslaufenden Betriebsführungsvertrag das Angebot, bei Kündigungsrücknahme durch den Antragsgegner, die Betriebsführung unter Gewährung eines Nachlasses auf die fixen und variablen Betriebsführungsentgelte in Höhe von 3 % ab dem 01.01.2017 bis zum 31.12.2018 fortführen zu wollen.

Mit Schreiben vom 29.03.2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin seine Nichtabhilfeentscheidung mit. Er verwies darauf, dass im Hinblick auf die erwartete Umsetzung der EU-Richtlinien und der damit verbundenen Normierung von Ausnahmen zum Vergaberecht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit gemäß § 108 GWB n.F., die Möglichkeit einer ausschreibungsfreien interkommunalen Kooperation geprüft und genutzt werden sollte. Mit der Absichtserklärung vom 16.03.2016 sei die konkrete Ausgestaltung der kommunalen Zusammenarbeit noch gar nicht festgelegt worden. Mit dem Beschluss würde lediglich die Geschäftsführung beauftragt, konkrete Gespräche zur Regelung von Detailfragen aufzunehmen. Zudem werde es keine entgeltliche Beauftragung der Beigeladenen geben. Vielmehr sei es beabsichtigt, die zulässigen Formen der kommunalen Zusammenarbeit gemäß § 2 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Sachsen-Anhalt (GKG-LSA) mit den eröffneten Ausnahmen des Vergaberechts zu nutzen. Mangels Anwendbarkeit des Vergaberechts bestehe vorliegend auch keine Informationspflicht nach § 101a GWB a. F. Ferner sei durch das entscheidende Gremium die angebotene Fortführung der technischen Betriebsführung über den Kündigungszeitraum hinaus abgelehnt worden.

Ergänzend dazu gab der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 05.04.2016 den Wortlaut des Beschlusses der Verbandsversammlung V-06/2016 vom 16.03.2016 bekannt.

Im Gegenzug erneuerte die Antragstellerin mit Schreiben vom 07.04.2016 ihre Bedenken bezüglich der Nichtbeachtung vergaberechtlicher Vorschriften bei der Beauftragung der Beigeladenen.

Am 28.04.2016 erfolgte dann die Beschlussfassung der Verbandsversammlung, einen Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zwischen dem AZV und der Beigeladenen zu schließen. Der tatsächliche Vertragsschluss erfolgte am gleichen Tage. Am selbigen Tage wurden der Antragstellerin per Mail diverse Unterlagen bezüglich eines anstehenden Betriebsüberganges zugesandt.

Nunmehr anwaltlich vertreten rügte die Antragstellerin per Fax am 29.04.2016 erneut die Übertragung der technischen Betriebsführung auf den Entwässerungsbetrieb zum Stichtag 01.06.2016. Trotz vorläufiger Befristung bis zum 31.12.2016, werde eine längerfristige Zusammenarbeit von mindestens 12 Jahren angestrebt. Ferner erfolge ein Betriebsübergang nach § 613a BGB. Die ausdrückliche Bezeichnung des Vertrages als Betriebsführungsvertrag und der angestrebte Betriebsübergang offenbare, dass die Beigeladene umfassend in die Stellung der bisherigen Leistungserbringerin einrücke.

Bereits im Vorfeld der Beschlussfassung zur Gründung der ARGE habe die Antragstellerin mehrfach ihre Bedenken gegen das Vorgehen des Antragsgegners vorgebracht und auf die Vergabeverstöße hingewiesen. Diesbezüglich werde auf den Vortrag im Schreiben vom 24.03.2016 Bezug genommen.

Die Direktvergabe an die Beigeladene ohne vorherige Bekanntmachung stelle eine vergaberechtlich unzulässige de-facto-Vergabe dar, die die Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehe.

Per Fax vom 11.05.2016 ließ die Antragstellerin mittels anwaltlichen Schriftsatzes bei der erkennenden Kammer einen Nachprüfungsantrag stellen. Dieser Antrag ist dem Antragsgegner am folgenden Tage verbunden mit der Aufforderung zur Vorlage der Vergabeunterlagen und einer Stellungnahme per Fax zugesandt worden.

Die der Kammer vorgelegten Unterlagen umfassen auch den Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zwischen dem AZV und der Beigeladenen. Hinsichtlich der Vergütungsregelung wird unter § 6 Nr. 1 ausgeführt, dass der AZV der Stadt alle zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen anfallenden Kosten als Betriebsführungsentgelt erstattet. Das Entgelt wird auf Basis der Selbstkosten ermittelt. Abrechnungsjahr ist das Kalenderjahr. Im Übrigen finden die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund der Selbstkosten (LSP) (Anlage zur VO PR 30/53) Anwendung.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen,

dass sich der Nachprüfungsantrag voll umfänglich auf die Rügevorträge stütze.

Das Vergabeverfahren, welches zu der beanstandeten Vergabe geführt habe, habe spätestens mit der Beschlussfassung am 16.03.2016 begonnen. Zu diesem Zeitpunkt sei der innere Entschluss gefasst worden, mit der Beigeladenen zusammenarbeiten zu wollen. Zu diesem Zweck seien auch Gespräche zu Details der Umsetzung geführt worden. Ab diesem Zeitpunkt habe eine nach außen gerichtete Umsetzungshandlung vorgelegen, so dass das Vergabeverfahren im materiellen Sinne begonnen habe. Vor diesem Hintergrund müsse für das streitgegenständliche Verfahren das noch vor dem 18.04.2016 geltende Recht angewendet werden. Die de-facto-Vergabe ohne Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens aber auch die unterlassene Vorabinformation führten jeweils zur Unwirksamkeit des Vertrages.

Der antragsgegnerseitigen Behauptung, dass der maßgebliche Schwellenwert nicht überschritten werde, könne nicht gefolgt werden. Der streitgegenständliche Vertrag enthalte eine Verlängerungsoption auf unbestimmte Zeit, falls sich die Parteien nicht bis zum Ablauf des 31.12.2016 auf eine langfristige Anschlussvereinbarung einigten.

Ebenso müsse dem Vortrag des Antragsgegners entgegengetreten werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Verhalten gegen Treu und Glauben verstoßen habe. Zunächst sei es richtig, dass die Bereitschaft zur Fortsetzung des Betriebsführungsvertrages erklärt worden sei. Jedoch sei bereits mit Schreiben vom 10.12.2015 darauf verwiesen worden, dass nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen eine Kündigung allerdings innerhalb der Kündigungsfrist unproblematisch im gegenseitigen Einvernehmen zurückgenommen werden könne. Für den in Rede stehenden Betriebsführungsvertrag würde dies bedeuten, dass die einvernehmliche Kündigungsrücknahme bis zum 31.05.2016 möglich wäre. Unter dem Aspekt des Zeitgewinns wäre der Antragsgegner in die Lage versetzt worden, die erforderlichen künftigen Strukturen vorzubereiten und entsprechende Entscheidungen treffen zu können. Damit hätte der Antragsgegner die nunmehr im Streit stehende unzulässige Vergabe an die Beigeladene vermieden. Ob die verlängerte Zusammenarbeit im Rahmen einer Interimslösung hätte erfolgen können, wäre Gegenstand der sich anschließenden Überlegungen gewesen. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben sei jedenfalls in diesem Schreiben nicht zu sehen. Insbesondere habe es keine unzulässige Druckausübung auf den Antragsgegner gegeben.

Auch lägen die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit nicht vor. Im vorliegenden Fall hätten sich mehrere Gebietskörperschaften zur Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe Abwasserentsorgung zum AZV zusammengeschlossen. Nunmehr werde die Beigeladene mit der Erbringung von Dienstleistungen für die Gebietskörperschaften des AZV gegen Entgelt beauftragt. Dabei erfolge keine Übertragung der Aufgaben an die Beigeladene im Sinne einer Zusammenarbeit. Der Antragsgegner bediene sich laut Vertrag nur der Beigeladenen zur teilweisen Erbringung von Aufgaben. Dies sei ein typisches Beispiel eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses und werde auch durch die Tatsache belegt, dass keine bloße Kostenerstattung erfolge. Die vertraglich vereinbarte Vergütung zu Selbstkosten nach der VO PR 30/53 beinhalte auch einen kalkulatorischen Gewinnanteil. Damit werde der Entwässerungsbetrieb wie ein normaler Auftragnehmer für seine Dienstleistungen vergütet.

Auch könne es sich nicht um eine spezifische öffentliche Aufgabe handeln, wenn diese Leistung zu dem Leistungsportfolio privater Dritter gehöre. Zwar sei es den öffentlichen Auftraggebern nicht verwehrt, eine interkommunale Zusammenarbeit zu begründen, jedoch müsse diese dann gestuft vereinbart werden. Im vorliegenden Fall seien allerdings sowohl die Kooperation als auch die tatsächliche Aufgabenausführung in einem Vertrag vereinbart worden. Zudem sei die technische Betriebsführung lediglich eine Hilfsleistung, die der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe Abwasserbeseitigung diene.

Dies führe auch dazu, dass eine wettbewerbliche Benachteiligung privater Dritter entstehe. Sofern, wie im vorliegenden Fall eine Möglichkeit des Rückgriffs auf Dritte gegeben sei, verneine der EuGH in seiner Rechtsprechung die Vergaberechtsfreiheit. Sie stelle im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit eine Abschottung gegenüber privaten Leistungserbringern dar und schaffe einen eigenen Markt. Damit würden die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs und der Nichtdiskriminierung unterlaufen werden. Diesem möglichen Missbrauch werde mit den Bestimmungen bezüglich des Wesentlichkeitskriteriums Einhaltung geboten.

Das der Ausschreibungsfreiheit Zweifel entgegengebracht worden seien, ergebe sich auch aus der Niederschrift zur Sitzung der Verbandsversammlung am 28.04.2016. Danach hätte der Vertreter des rechtsaufsichtsführenden Landkreises vor Beschlussfassung um eine kurze Unterbrechung zur Klärung interner Fragen gebeten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Vergabe der Leistungen zur technischen Betriebsführung bezüglich der Abwasserbeseitigung für den Antragsgegner für den Zeitraum ab dem 01.06.2016 an die Beigeladene unwirksam ist,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren gemäß § 97 ff. GWB unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt:

1. den Nachprüfungsantrag zu verwerfen,
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbeteiligten auf Seiten des Antragsgegners für notwendig zu erklären und
3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Der Antragsgegner lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei. Für das Vergabeverfahren sei das zum 18.04.2016 in Kraft getretene Vergaberecht anzuwenden. Danach beginne ein Vergabeverfahren, wenn kumulativ zwei Elemente erfüllt seien. Es müsse ein interner Beschaffungsbeschluss und die externe Umsetzung, durch bestimmte äußerlich wahrnehmbare Handlungen gegeben sein. Eine Beschlussfassung innerhalb eines verbandsinternen Gremiums, die eine

Absichtserklärung zum Inhalt habe, entfalte keinerlei externe Wirkung. Die Erklärung vom 16.03.2016 sei deshalb auch nicht der Beginn des Vergabeverfahrens. Begonnen habe es zum Zeitpunkt der Beschlussfassung am 28.04.2016 zum Abschluss des ARGE-Vertrages. Darüber hinaus entfalte die Richtlinie 2014/24/EU Vorwirkung für den Zeitraum vor dem 18.04.2016. So sei die europarechtliche Norm so auszulegen, dass sie der nationalen Rechtsprechung nicht entgegenstehe.

Ferner werde bestritten, dass der maßgebliche Schwellenwert überschritten werde. Vorliegend strebten die Vertragspartner zwar eine längerfristige Zusammenarbeit an, jedoch sei der vorliegende Vertrag bis zum Ablauf des 31.12.2016 begrenzt. Der Vertrag selbst beinhalte keine Verlängerungsoption. Der Auftragswert für die zu bewertende Vertragslaufzeit von sechs Monaten überschreite nicht den maßgeblichen Schwellenwert.

Im Übrigen sei der Antrag auch deshalb unzulässig, da die Antragstellerin gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB verstoßen habe. Im Vorfeld des Nachprüfungsantrages habe die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner auf eine vergaberechtswidrige Direktvergabe hingewirkt. Nunmehr werfe sie dem Antragsgegner selbst eine vermeintliche de-facto-Vergabe vor. Das im Gebot aus Treu und Glauben verankerte Verbot des widersprüchlichen Verhaltens finde auch im Vergaberecht Anwendung. Vom Zeitpunkt der Kündigung des Betriebsführungsvertrages an, regte sie mehrfach die Rücknahme der Kündigung an. Zuletzt mit Schreiben vom 09.03.2016 habe sie dieses Vorbringen erneuert und bot außerdem die Fortsetzung der technischen Betriebsführung unter Gewährung eines Nachlasses an. Mit dieser Handlungsweise habe sie auf die Aufhebung der Kündigung hingewirkt und die Vertragsbedingungen modifiziert. Es sei nicht hinnehmbar, dass ein Marktteilnehmer einen Auftraggeber zu einem vergaberechtswidrigen Verhalten dränge, um dann eine vermeintliche de-facto-Vergabe zu rügen.

Zudem liege keine unzulässige de-facto-Vergabe vor. Der streitgegenständliche Vertrag erfülle die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit. Der im deutschen Recht bis zur Vergaberechtsmodernisierung nicht verankerte Ausnahmetatbestand der interkommunalen Zusammenarbeit, sei in wesentlichen Zügen durch die Rechtsprechung des EuGHs geprägt worden. Ihr lag die Erwägung zugrunde, dass es öffentlichen Auftraggebern möglich sein muss, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben sowohl mit eigenen Mitteln als auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen ausführen zu können. Im vorliegenden Fall seien die vom EuGH nachstehend genannten vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt.

1. gemeinsame öffentliche Aufgabenwahrnehmung,
2. Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse,
3. Zusammenarbeit auf vertraglicher Grundlage und
4. keine Beteiligung und Besserstellung Privater.

Die öffentliche Aufgabe der Abwasserentsorgung obliege allen am AZV beteiligten Mitgliedern gemeinsam. Die entsprechende öffentliche Verpflichtung dazu ergebe sich aus den einschlägigen Normen des öffentlichen Rechts. Das Wassergesetz Sachsen-Anhalt in Verbindung mit dem GKG-LSA gestatte ausdrücklich die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung und setze den rechtlichen Rahmen für die interkommunale Kooperation in diesem Bereich. Nach der Rechtsprechung des EuGHs sei dies für die Feststellung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe ausreichend. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei eine gemeinsame örtliche Zuständigkeit aller Kooperationspartner im verwaltungsrechtlichen Sinne nicht erforderlich. Unschädlich sei deshalb, dass die Satzung der Beigeladenen nicht das Verbandsgebiet des AZV einschließe. Vielmehr reiche es aus, dass die im AZV zusammengeschlossenen Gemeinden sachlich zuständig seien.

Im Übrigen sei die Behauptung der Antragstellerin, dass eine Mehrkostenerstattung innerhalb eines Vertragsverhältnisses, ein vertikales Verhältnis nach sich ziehe, unzutreffend. Eine interkommunale Kooperation sei auch dann gegeben, wenn ein Beteiligter den überwiegenden Anteil der Leistung erbringe und als Gegenleistung ein Entgelt erhalte. Eine Vorwirkung der

Richtlinie 24/2014/EU unterstellend, ergebe sich dies aus dem Erwägungsgrund 33. Nach deren Wortlaut werde zwar ein kooperatives Konzept erwähnt, jedoch auch betont, dass Finanztransfers zulässig seien. Aus dem Umstand, dass eine Entgeltvereinbarung getroffen worden sei, könne daher nicht geschlussfolgert werden, dass kein Kooperationsverhältnis vorliege. Im Gegenteil, Gegenstand des streitbefangenen Vertrages sei die technische Betriebsführung für die Abwasserentsorgung des AZV, die die Beigeladene übernehme. Der AZV jedoch bleibe Eigentümer der Anlagen zur Schmutz- und Niederschlagwasserbeseitigung. Im Rahmen der kooperativen Zusammenarbeit stelle der Entwässerungsbetrieb seine personellen Ressourcen und der AZV die vorhandenen technischen Anlagen bereit. Beim AZV verblieben auch alle hoheitlichen Rechte und administrativen Aufgaben im Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung. Überdies erstatte der AZV vertragsgemäß der Stadt die tatsächlich anfallenden Kosten. Eine darüberhinausgehende Zahlung finde nicht statt. Ein kalkulatorischer Gewinnanteil sei darin nicht enthalten.

Ausweislich der Leitsätze für die Preisbildung (LSP) hätte für den kalkulatorischen Gewinn ein fester Prozentsatz vereinbart werden müssen. Fehle es an einer solchen Festlegung, könne das allgemeine Unternehmenswagnis nicht ermittelt und in Rechnung gestellt werden. Dieser Ansatz sei von den Parteien auch nicht gewollt gewesen.

Soweit antragstellerseitig ausgeführt werde, dass ein öffentliches Interesse an der Zusammenarbeit abzulehnen wäre, wenn private Dritte ebenfalls die Leistung ausführen könnten, sei dem nicht zu folgen. Der europäische Richtliniengeber habe ebenfalls im Erwägungsgrund 33 herausgestellt, dass es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht werden soll, öffentliche Dienstleistungen gemeinsam und ohne Einschaltung von Privaten zu erbringen. Das öffentliche Interesse sei zudem im Vertrag verankert. So werde beabsichtigt, die Abwassergebühren im Bereich des AZV stabil zu halten und eine Verteuerung, die durch die demografische Entwicklung im Gebiet des AZV drohe, möglichst zu vermeiden.

Im Übrigen erfolge die Kooperation ohne Beteiligung Dritter. Der AZV bestehe ausschließlich aus Gebietskörperschaften. Auch würde kein privater Dienstleister bessergestellt werden als seine Konkurrenten. Eine solche Besserstellung könne nur vorliegen, wenn die interkommunale Zusammenarbeit laut Vertrag einen Rückgriff auf Dritte gestatten würde. Dies sei aber vorliegend nicht vorgesehen und vertraglich nicht so angelegt.

Eine mögliche Benachteiligung der Antragstellerin selbst liege ebenfalls nicht vor. Einer vermeintlichen Chance auf Zuschlagserteilung ihres Angebotes stehe entgegen, dass in der vergangenen Zeit Mängel in der Leistungserbringung hätten festgestellt werden müssen, so dass ihre Eignung fraglich sei.

Bezüglich der Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums nach § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB n.F. sei auszuführen, dass diese Vorschrift allein auf die Fälle anzuwenden sei, in denen die interkommunale Zusammenarbeit in einem entwickelten liberalisierten Marktumfeld stattfindet und damit die Möglichkeit einer Wettbewerbsverzerrung gegeben sein könnte. Hinzu komme, dass es sich um einen derart gesetzlich regulierten Markt handle, der keinen Raum für den Einsatz Dritter zulasse. Vielmehr werde der Markt durch das Gebiet begrenzt, auf dem die Gemeinde – einzeln oder in Kooperation mit anderen – zuständig sei. Damit sei das Wesentlichkeitskriterium kein konstitutives Tatbestandsmerkmal, da kein relativer Drittmarkt bestehe. Dies zeige auch der Vergleich zu den Vorschriften der Inhouse-Vergabe, die bezüglich des Wesentlichkeitskriteriums auf die interkommunale Zusammenarbeit übertragen werden könnten. Zielsetzung der Vorschrift sei, eine Inhouse-Vergabe auch dann zu ermöglichen, wenn das von öffentlichen Auftraggebern kontrollierte Unternehmen auch auf dem freien Markt tätig sei und mit privaten Dritten in den Wettbewerb trete. Da dies im Rahmen der Abwasserbeseitigung als Aufgabe der Daseinsvorsorge nicht der Fall sei, entfalle dieses Tatbestandsmerkmal folglich. Aus den Jahresabschlussunterlagen der letzten drei Jahre ließen sich Umsatzanteile bezogen auf den Gesamtumsatz bestimmen. Danach würden sich nachstehende prozentuale Anteile ergeben:

	2013	2014	2015
Umsatzanteil der Leistungen für Dritte am Gesamtumsatz	0,02%	0,01%	0,01%

Damit erbringe der Antragsgegner weniger als 20% der Tätigkeiten, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind, im Sinne des § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB n.F.

Die Beigeladene stellt keine eigenen Anträge.

Sie führt anwaltlich vertreten aus, das sie auf Nachfrage der erkennenden Kammer ausdrücklich die Rechtsauffassung des Antragsgegners bezüglich des Wesentlichkeitskriteriums teile. Es stehe der Zulässigkeit einer interkommunalen Zusammenarbeit im vorliegenden Fall nichts entgegen.

Die Umsätze aus der Abwasserentsorgung für Dritte stellten sich wie folgt dar:

	2013	2014	2015
Umsatzanteil der Leistungen für Dritte am Gesamtumsatz	8,81%	8,06%	7,76%

Die vorstehend genannten Umsatzdaten seien den geprüften Jahresabschlüssen entnommen worden bzw. stellten Teilsummen der Finanzbuchhaltungskonten dar. Mithin seien die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB n.F. erfüllt.

Ausweislich des Kammerbeschlusses vom 27.10.2016 ist der Antragstellerin Einsicht in die Akten des Antragsgegners gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich nicht auf Unterlagen, die sich lediglich auf interne organisatorische Überlegungen im Vorfeld der Beschaffung beziehen. Ebenfalls nicht zugänglich gemacht wurden die Vorlagen und Niederschriften der nichtöffentlichen Sitzungsprotokolle der Verbandsversammlungen sowie der Schriftverkehr mit der übergeordneten Behörde.

Mittels Beschluss vom 01.11.2016 wurde die ....., vertreten durch den ..... als Verfahrensbeteiligten beigeladen.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen. Wegen der weiteren Einzelheiten werden auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung sowie die Beteiligtschriftsätze verwiesen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB in der Fassung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750), geändert durch Art. 258 V vom 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt - vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03.

Auf das streitbefangene Vergabeverfahren ist das GWB in der oben bezeichneten Fassung anzuwenden, da nach Auffassung der erkennenden Kammer das Vergabeverfahren bereits vor dem 18.04.2016 begonnen hat.

Ein formelles Vergabeverfahren beginnt nach der Rechtsprechung erst dann, wenn die Vergabestelle nach außen erkennbar den ersten Schritt zur Durchführung desjenigen Verfahrens in die Wege leitet, welches zu einem konkreten Vertragsabschluss führen soll. Dennoch ist die Möglichkeit vergaberechtlichen Rechtsschutzes gleichwohl nicht auf förmliche Vergabeverfahren i.S. des § 101 GWB beschränkt. Auch in Fällen, in denen ein Auftraggeber zu Unrecht kein Vergabeverfahren durchführt, ist gem. § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB ein Nachprüfungsverfahren zulässig. Dies ist immer dann der Fall, wenn eine unzulässige Direktvergabe/de-facto-Vergabe erfolgt ist oder eingeleitet wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 01.02.2005 - X ZB 27/04). Jede andere Sichtweise würde den vergaberechtlichen Rechtsschutz unzulässig aushöhlen. Die Rechtsprechung hat es deshalb als ausreichend angesehen, dass ein Vergabeverfahren in einem "materiellen" Sinn stattgefunden hat. Für den Beginn eines materiellen Vergabeverfahrens soll es daher ausreichend sein, dass sich der öffentliche Auftraggeber zur Deckung eines bestimmten Bedarfs entschlossen und mit dem Ziel eines Vertragsschlusses mit organisatorischen oder planerischen Schritten zur Durchführung des Beschaffungsvorganges begonnen

hat. Dies ist der Fall, wenn ein Auftraggeber z. B. Angebote eingeholt, Bietergespräche geführt oder sogar bereits gewertet und sich für ein Angebot entschieden hat. Voraussetzung für den Beginn eines - der Nachprüfung unterliegenden - Vergabeverfahrens ist jedoch, dass der Auftraggeber über das Stadium bloßer Vorstudien des Marktes oder sonstiger rein vorbereitender Handlungen hinausgelangt ist. (vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005 - Rs. C-26/03; BGH, Urteil vom 01.02.2005 - X ZB 27/04). Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes hat vorliegend ein materielles Vergabeverfahren spätestens mit der Absichtserklärung in der öffentlichen Verbandsversammlung am 16.03.2016 zum Abschluss einer Zweckvereinbarung/eines ARGE-Vertrages mit der Beigeladenen bezüglich der technischen Betriebsführung begonnen.

Bereits mit der Kündigung des bestehenden Betriebsführungsvertrages am 10.11.2014 hatte der Antragsgegner zu entscheiden, in welcher Form die im Streit stehende technische Betriebsführung mit Ablauf der Kündigungsfrist zum 31.05.2016 fortgeführt werden sollte. Der Dokumentation ist zu entnehmen, dass im Vorfeld der antragsgegnerseitigen Absichtserklärung Varianten einer Verbändefusion, einer öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit, einer europaweiten Ausschreibung<sup>1</sup> aber auch eine Fortsetzung des bereits gekündigten Betriebsführungsvertrages<sup>2</sup> Gegenstand der Betrachtungen waren. Zudem lässt sich der antragsgegnerseitige Wille bereits aus dem Schlusssatz der Beschlussvorlage V-06/2016 entnehmen. Darin führt er aus, dass eine europaweite Neuausschreibung der Betriebsführungsleistung mit erheblichen Kosten verbunden wäre und nach aktuellem Kenntnisstand auch zu höheren Betriebsführungskosten führen würde.<sup>3</sup>

Weiterhin wurden vor der Absichtserklärung vom 16.03.2016 bereits im Juni 2015 die Beigeladene und ein weiterer Bieter aufgefordert, Angebote für die technische Betriebsführung entsprechend des Leistungskataloges der Antragstellerin abzugeben. Darüber hinaus wurde in Abstimmung mit der Antragstellerin den potentiellen neuen Vertragspartnern vor Angebotsabgabe ein Termin zur Anlagebesichtigung eingeräumt, zu dem die Antragstellerin geeignetes Personal zur Beantwortung von Fragen abgestellt hatte. Der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes kamen die Beigeladene und ein weiterer Bieter nach. Das Angebot der Beigeladenen vom 28.08.2015 ging dem Antragsgegner am 31.08.2015 zu.

Der Anwendungsbereich des vierten Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt A § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 17.04.2013, MBl. LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 3 GWB.

Die erkennende Kammer ist der Auffassung, dass der streitgegenständliche Vertrag entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerseite den hier relevanten Schwellenwert deutlich überschreitet. Der Schwellenwert bemisst sich nach den Bestimmungen der EU-Verordnung 1336/2013 für Dienstleistungs-/Lieferaufträge und beträgt 207.000,- Euro. Der Vertrag enthält trotz vorläufiger Befristung bis zum 31.12.2016 die Aussage, dass eine längerfristige Anschlussvereinbarung von mindestens 12 Jahren angestrebt wird. Sollte diese nicht bis zum 31.12.2016 geschlossen worden sein, verlängere sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit. Danach ist für die Schätzung des Auftragswertes gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in ihrer Fassung vom 11.02.2003, zuletzt geändert durch Art. 1 G vom 15.10.2013 von einer Laufzeit von 48 Monaten auszugehen. Auf Grundlage dieser Bestimmung überschreitet das Angebot der Beigeladenen den maßgeblichen Schwellenwert.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, soweit sie geltend macht, durch die unterlassene Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt zu sein. Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers nach den §§ 97 Abs. 1 und 7 GWB öffentlich zum Wettbewerb aufzurufen, hat bieterschützenden Charakter. Aufgrund des im Schriftverkehr dargelegten möglichen Schadens ist zur Gewährleistung eines effektiven

---

<sup>1</sup> Beschlussvorlage V-06/2016 vom 23.02.2016 – Anlage 11, Seite 1 – 1. Absatz Begründung

<sup>2</sup> Beschlussvorlage V-02/2016 vom 29.12.2016 – Anlage 10, Seite 3 - Beschlussantrag

<sup>3</sup> Beschlussvorlage V-06/2016 vom 23.02.2016 – Anlage 11, Seite 3 – Schlusssatz

Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB auszugehen.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Der Vortrag der Antragstellerin, durch die Nichtdurchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens die Chance auf eine Zuschlagserteilung eingebüßt zu haben, reicht für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis aus.

Eine Verpflichtung zur Rüge entfällt im Falle eines eventuell als de facto-Vergabe zu subsumierenden Vertragsschlusses. Ungeachtet dessen hat die Antragstellerin mehrfach auf die vermeintliche Vergaberechtswidrigkeit des Auftraggeberverhaltens hingewiesen.

Der Zulässigkeit des Antrages steht auch die Wirksamkeit des zwischen dem Antragsgegner und dem Beigeladenen geschlossenen Vertrages im Sinne des § 114 Abs. 2 GWB nicht entgegen. Dieser ist gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Die Frist des § 101b Abs. 2 GWB ist vorliegend eingehalten.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners handelt es sich bei dem streitbefangenen Vertrag um einen öffentlichen Auftrag, der auch unter dem Gesichtspunkt einer eventuellen Vorwirkung der Richtlinie 2014/24/EU (ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit) keiner Privilegierung unterfällt und insoweit dem allgemeinen Ausschreibungserfordernis unterliegt.

Zwar ist Artikel 12 der Richtlinie aufgrund des fehlenden gesetzgeberischen Ermessens bei der Umsetzung in nationales Recht grundsätzlich geeignet, eine Vorwirkung zu entfalten, vorliegend sind jedoch nicht alle eine Privilegierung rechtfertigenden Bedingungen erfüllt. Unter Absatz 2 des Erwägungsgrundes 33 der Richtlinie 2014/24/EU wird dazu ausgeführt: „Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen, vorausgesetzt sie werden ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen, die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt und kein privater Dienstleister erhält einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern“.

Der EuGH hat mit seiner bisherigen Rechtsprechung die Vergaberechtsfreiheit der Kooperation maßgeblich damit begründet, dass die zur Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben geschlossenen Verträge zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern – das gleiche gilt für ihre Eigengesellschaften – allein öffentliche Interessen berühren. Maßgeblich für die Ausschreibungsfreiheit derartiger Kooperationen war und ist daher, dass kein privates Unternehmen besser oder schlechter gestellt wird als seine Wettbewerber. Insoweit erfolgt die Aufgabenerledigung bei derartigen öffentlich-öffentlichen Kooperationen durch Eigenmittel der Verwaltung. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn eine juristische Person ihre Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auch anderen juristischen Personen, die inhaltlich dieselbe öffentliche Aufgabe zu erfüllen haben, gegen eine reine Kostenerstattung zur Verfügung stellt. (Kulartz/Kus/Portz/Pries, GWB § 108 Abs. 6 GWB RdNr. 209, n.F.) Weder aus Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2004/24/EU noch aus § 108 Abs. 6 GWB n.F. geht hervor, dass die Zahlung eines Geldbetrages durch einen öffentlichen Auftraggeber ohne eigentliche Beteiligung an der tatsächlich zu erbringenden Leistung unter die Ausschreibungsfreiheit einer kommunalen Zusammenarbeit fällt. Daher können die Ausführungen des Erwägungsgrundes 33 der EU-Richtlinie lediglich als Interpretationshilfe verstanden werden, denn die strengere Auslegung des Erwägungsgrundes kann die Wertigkeit der Richtlinie bzw. der gesetzlichen Regelung nicht unterlaufen. Auch ist zu berücksichtigen, dass in den maßgeblichen Entscheidungsgründen des EuGH als Voraussetzung einer angenommenen vergaberechtsfreien horizontalen Zusammenarbeit wechselseitige Beiträge der beteiligten Gebietskörperschaften gerade nicht gefordert waren. Auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie, bei der das Merkmal der echten und damit wechselseitigen Zusammenarbeit entfallen ist, kann geschlussfolgert werden, dass die Leistung nur durch einen kooperierenden Vertragspartner erbracht werden kann, während der andere Kooperationspartner allein einen fi-

nanziellen Beitrag zahlt. Eine ausschreibungsfreie horizontale Zusammenarbeit kann zumindest dann anzunehmen sein, wenn es sich bei dem Finanztransfer um eine bloße Kostenerstattung handelt. (Kulartz/Kus/Portz/Pries, GWB § 108 Abs. 6 GWB RdNr. 243, n.F.)

Als weitere Voraussetzung einer ausschreibungsfreien horizontalen Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber ist gefordert, dass die Durchführung der Aufgabe ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein muss. In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass dies insbesondere auch für etwaige Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern gilt (Kulartz/Kus/Portz/Pries, GWB § 108 Abs. 6 GWB RdNr. 251, n.F.). Mit dieser Begründung wird auf die Grundsatzentscheidung des EuGHs im Fall „Stadtreinigung Hamburg“ zurückgegriffen. Aus dem diesem Sachverhalt zugrundeliegenden Vertrag ergibt sich, dass bei einer über die vereinbarten Kosten hinausgehenden Erstattung grundsätzlich nicht von Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse ausgegangen werden kann. (Kulartz/Kus/Portz/Pries, GWB § 108 Abs. 6 GWB RdNr. 253, n.F.) In diesem Zusammenhang steht daher § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB n.F. im Focus der kammerseitigen Betrachtung. Nach dieser Bestimmung muss die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen des öffentlichen Interesses bestimmt sein. Dies ist vorliegend zu verneinen.

Als alleinige Leistungserbringerin der technischen Betriebsführung erhält die Beigeladene als Gegenleistung ein Betriebsführungsentgelt, welches über eine bloße Kostenerstattung hinausgeht. Der Vertrag enthält im § 6 Nr. 1 die Festlegung, dass der AZV der Stadt alle zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen anfallenden Kosten als Betriebsführungsentgelt erstattet. Das Entgelt wird auf Basis der Selbstkosten ermittelt. Abrechnungsjahr ist das Kalenderjahr. Im Übrigen finden die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund der Selbstkosten (LSP) (Anlage zur VO PR 30/53) Anwendung.

Nach dem Wortlaut dieser Vertragsvereinbarung gemäß § 6 Nr. 1 gilt die LSP ohne Einschränkungen. Die LSP gehören als Anlage zu der 1953 erlassenen Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VPöA). Beide bilden sachlich eine Einheit und werden deshalb zusammen betrachtet. Selbstkostenerstattungspreise werden aufgrund der tatsächlich angefallenen Selbstkosten gemäß einer Nachkalkulation ermittelt. Sie dürfen nur vereinbart werden, wenn keine andere Preisermittlung möglich ist. Bei diesem Preistyp werden dem Auftragnehmer die bei der Leistungserstellung entstandenen Kosten vom Auftraggeber erstattet, wobei die Höhe der erstattungsfähigen Kosten ganz oder teilweise durch Vereinbarung begrenzt werden kann. Vorliegend wurde von einer Begrenzung kein Gebrauch gemacht.

Der Selbstkostenpreis ergibt sich aus den Fertigungsstoffkosten, Fertigungskosten, Entwicklungs- und Entwurfskosten, Verwaltungskosten, Vertriebskosten und einem zusätzlichen kalkulatorischen Gewinnbetrag. Der kalkulatorische Gewinn ist der nach den LSP ermittelte Gewinn, der das allgemeine Unternehmerwagnis (kalkulatorische Wagnisse) abgeltet und eine besondere unternehmerische Leistung nach vorheriger Vereinbarung honorieren soll. Ein Leistungsgewinn darf allerdings nur angesetzt werden, wenn er zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart wurde. Eine Gewinnvereinbarung wurde im vorliegenden Vertrag nicht getroffen. Als Folge dieser fehlenden Festlegung kann der preisrechtlich zulässige Höchstpreis nicht ermittelt werden. In einem solchen Fall muss die zuständige Preisbehörde den kalkulatorischen Gewinn festlegen. Dabei wird in die Selbstkostenpreiskalkulation der Gewinn eingesetzt, der unter entsprechenden Verhältnissen entweder vom Auftraggeber oder Auftragnehmer üblicherweise als Gewinn vereinbart wird. Auch die Ermittlung des betriebsüblichen Gewinns kann in besonderen Ausnahmefällen als Beurteilungskriterium für die Gewinnhöhe herangezogen werden. So vermag der Antragsgegner auch nicht mit seinem Argument zu überzeugen, dass eine fehlende Vereinbarung für eine nicht gewollte Gewinnvereinbarung stehe. Der Ausschluss eines Gewinnanteils hätte einer Festlegung im Vertrag bedurft und wäre gleichfalls für die sogenannten kalkulatorischen Kosten, wie kalkulatorischer Unternehmerlohn, kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Wagniskosten und kalkulatorische Zinsen zu regeln gewesen. Ohne entsprechende Festlegungen sind diese nach den Vorschriften der LSP anzusetzen.

Eine davon abweichende Verfahrensweise wäre vergleichsweise in der Anwendung der VO PR 30/53 im Rahmen gewährter Zuwendungen durch die öffentliche Hand zu sehen. Zur Ermittlung der zuwendungsfähigen Kosten werden die LSP in modifizierter Form herangezogen,

die ihren Niederschlag in den Zuwendungsbedingungen finden. Eine solche Vereinbarung liegt im vorliegenden Fall nicht vor.

Zudem ist in § 6 Nr. 2 des Vertrages geregelt, dass lediglich die tatsächlichen Mengenverbräuche eines jeden Kalenderjahres zur Abrechnung kommen. Die Bewertung der Mengen erfolgt dann zu den Einheitspreisen und Stundenverrechnungssätzen laut Angebot vom 28.08.2015, welches als Anlage 2 Bestandteil des Vertrages ist. Spätestens an dieser Stelle kann der Antragsgegner nicht mehr von einer bloßen Kostenerstattung ausgehen, da die Angebotserstellung durch die Beigeladene frei von Vorgaben des Antragsgegners im Jahr 2015 erfolgte. Außerdem wurden die vorkalkulatorisch ermittelten Einheitspreise und Stundenverrechnungssätze keiner preisrechtlichen Überprüfung unterzogen. Mithin kann antragsgegnerseitig nicht geschlussfolgert werden, dass diese Preise weder kalkulatorische Kostenanteile, Wagnis- und Gewinnzuschläge beinhalten.

Bezüglich der Kostenproblematik muss auch Erwähnung finden, dass die beschaffte Leistung der technischen Betriebsführung auch auf dem freien Markt angeboten wird. Im Fall der bisherigen Leistungserbringerin wurde die Dienstleistung dem Antragsgegner zu einem Preis berechnet, der unterhalb der Angebotssummen der beiden angefragten Bieter liegt. Mit dem antragstellerseitig angebotenen Nachlass in Höhe von 3% auf das Entgelt ihres gekündigten Betriebsführungsvertrages kann davon ausgegangen werden, dass bei einer wettbewerblichen Vergabe dem Auftraggeber möglicherweise geringere Kosten entstanden wären. Die Ausrichtung der Überlegungen, dass die Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse erfolgen soll, wäre bei marktgängigen Leistungen auch am Marktpreis auszurichten. Dies hat der Antragsgegner ebenfalls verabsäumt.

Mangels Nichtabhilfeentscheidung des Antragsgegners ist ein Scheitern des Nachprüfungsantrages an § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB ebenfalls ausgeschlossen. Dieser ist mit anwaltlichem Schriftsatz vom 11.05.2016 bei der erkennenden Kammer eingegangen

Zudem erfüllt der Vortrag der Antragstellerin die Voraussetzungen an einen ausreichend substantiierten Vortrag im Sinne des § 108 GWB.

Letztlich steht dem Erfolg des Nachprüfungsantrages auch nicht das auf den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beruhende Verbot unzulässiger Rechtsausübung in der Form widersprüchlichen Verhaltens entgegen, welches die Befugnis zur Einlegung und Durchführung von Rechtsbehelfen beschränken könnte.

In diesem Zusammenhang sei die Bemerkung erlaubt, dass die erkennende Kammer die Antragsgegnerseite ausweislich der vorangegangenen Ausführungen in dieser speziellen Hinsicht nicht für schutzwürdig hält. Weiterführende Überlegungen rechtfertigen sich in dieser Sache daher ausschließlich daraus, dass der Gesetzgeber durch die Einführung der vergaberechtlichen Nachprüfung nicht die Rechtsordnung, sondern den unter bestimmten Voraussetzungen schutzwürdigen Leistungsanbieter zu schützen suchte. Es ist daher denkbar, dass diese Schutzwürdigkeit unter bestimmten Bedingungen auch entfallen kann.

Ein solcher Fall könnte allenfalls dann vorliegen, wenn sich die Antragstellerin im Bewusstsein der Vergaberechtswidrigkeit auf mit der Rechtsordnung eindeutig nicht im Einklang stehende Verhandlungen mit der Antragsgegnerseite eingelassen hätte. Daran fehlt es jedoch hier. Zum einen muss man der Antragstellerseite aufgrund unwiderlegbaren Vortrages zugestehen, dass die Verhandlungsversuche in dem Bewusstsein erfolgten, eine Einigung über die Rücknahme einer ausgesprochenen Kündigung vor Wirksamwerden derselben entspreche den vergaberechtlichen Regelungen. Zum anderen hat die Vergabekammer des Bundes in ihrer Entscheidung vom 26.02.2010 (VK 1-7/10) eben diese Auffassung vertreten, so dass es ungeachtet des Umstandes, dass die erkennende Kammer diese Ansicht ausdrücklich nicht teilt, an der Eindeutigkeit der fehlenden Vereinbarkeit mit den Regelungen des Vergaberechts fehlen dürfte.

Soweit die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 09.03.2016 bei Fortführung des Betriebsführungsvertrages für den Zeitraum vom 01.01.2017 bis zum 31.12.2018 eine Modifizierung der vertraglichen Regelungen durch das Anbieten eines Nachlasses in Höhe von 3 % offerierte, hält die erkennende Kammer einen im obigen Sinne eindeutigen Verstoß gegen das

geltende Vergaberecht für gegeben. Ebenfalls dürfte das Bewusstsein der Vergaberechtlidrigkeit antragstellerseitig unterstellt werden. Dennoch ist der vergaberechtliche Unwertgehalt dieses Tuns alleine nicht geeignet, den vergaberechtlichen Rechtsschutz wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben zu versagen. Das Angebot der Antragstellerin war als zeitlich befristetes Angebot darauf gerichtet, eine möglicherweise unbefristete und auch nach Ansicht der erkennenden Kammer vergaberechtlidrige de facto-Vergabe und somit jedwede Form von Wettbewerb auf unbestimmte Zeit zu verhindern. Dass dies – wie zu vermuten ist - aus ausschließlich eigennützligen Motiven erfolgte, ist ohne rechtlichen Belang.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist der Antragsgegner als Unterlegener anzusehen, da er mit seinem Vorbringen nicht durchgedrungen ist.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welcher der Antrag bei der Kammer verursacht hat und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Verfahrens. Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt richtet sich die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) nach der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin. Da sich die Antragstellerin jedoch nicht aktiv am Wettbewerb mit einem eigenen Angebot beteiligen konnte, wird das Angebot der Beigeladenen vom 28.08.2015 der Berechnung der Verfahrensgebühr zugrunde gelegt. Der Vertragsschluss erfolgte zunächst für sieben Monate und beinhaltet die Absicht einer langfristigen Anschlussvereinbarung von 12 Jahren. Weiter enthält der Vertrag die Option, dass sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn die Anschlussvereinbarung nicht bis zum 31.12.2016 getroffen wurde. Nach dieser Regelung ist für die Ermittlung des Auftragswertes eine Laufzeit von 48 Monaten zugrunde zu legen. Die Gebühr beläuft sich somit auf ..... Euro.

Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen nach § 128 GWB i.V.m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG-LSA) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

gemäß § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses sind durch den Antragsgegner .....Euro zu zahlen.

Für die Akteneinsicht hat die Antragstellerin ..... Euro zu entrichten. Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,- Euro sind der Antragstellerin nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses ..... Euro zu erstatten.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht erstattungsfähig, da diese keine eigenen Anträge gestellt und diese begründet hat. Sie hat auch ansonsten das Verfahren nicht wesentlich gefördert.

### IV.

#### **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 Beschwerdebeurteilung 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.

## V.

Die ehrenamtliche Beisitzerin hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterschreiben. Ihr lag der Beschluss hierzu vor.

.....

.....