



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

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

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LSA 44/17**

**Halle, 29.06.2018**

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 108 Abs. 6 GWB, § 3 Abs. 2 S. 2 GKG – LSA

- Die Voraussetzungen einer vergabefreien interkommunalen Zusammenarbeit liegen mit der Neufassung der Zweckvereinbarung vor, da ein kooperatives Konzept vorliegt und die Zusammenarbeit auf die Wahrnehmung einer allen Kooperationspartnern gleichermaßen obliegenden Aufgabe gegeben ist.
- Die öffentlichen Auftraggeber sind frei in ihrer Entscheidung, ihre öffentlichen Dienstleistungen im Wege einer Zusammenarbeit gemeinschaftlich zu erbringen.

.....  
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte  
.....  
.....

gegen

.....  
.....

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte  
.....  
.....

wegen

des vergaberechtswidrigen Abschlusses einer Vereinbarung zur Neufassung der Zweckvereinbarung vom 22.04.1998/22.09.1998 zwischen dem Antragsgegner und der ..... hat die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen- Anhalt im schriftlichen Verfahren unter Vorsitz des Leitenden Regierungsdirektors ..... sowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin ..... und dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn ..... beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen auferlegt.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.
4. Die Hinzuziehung des anwaltlichen Vertreters des Antragsgegners wird für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Im Streit steht die Vereinbarung zur Neufassung der Zweckvereinbarung vom 22.04.1998/22.09.1998 zwischen dem Antragsgegner und der ..... Dem hier anhängigen Verfahren gingen bezüglich der Erbringung des Leistungsanteils der technischen Betriebsführung bereits zwei Nachprüfungsverfahren voraus.

Am 20.11.2017 rügte die Antragstellerin anwaltlich vertreten, dass sie ausgehend von einer Information der Kammer vom 10.11.2017 in dem Nachprüfungsverfahren 1 VK LSA 27/17 und auf Grundlage eigener Nachforschungen auf dem Informationsportal des ..... Kenntnis über den Inhalt der Neufassung der Zweckvereinbarung erhalten habe. Nach Durchsicht der Zweckvereinbarung sei festzustellen, dass diese nicht die Erfordernisse der interkommunalen Zusammenarbeit im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB und auch keiner sonstigen Form der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit erfülle. Insbesondere seien die im Einzelnen genannten Anforderungen einer interkommunalen Zusammenarbeit des Beschlusses des OLG Naumburg vom 17.03.2017, Az.: 7 Verg 8/16 nicht umgesetzt worden. Die nunmehr vorgenommene Verbindung der ursprünglichen mit der überarbeiteten Zweckvereinbarung führe nicht dazu, dass die Übernahme der technischen Betriebsführung der zentralen Abwasserbeseitigungsanlagen durch die ..... nunmehr für den Antragsgegner ausschreibungsfrei sei.

- So handele es sich gemäß § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB um keinen Vertrag über eine Zusammenarbeit ausschließlich bei der Wahrnehmung einer beiden Vertragspartnern obliegenden öffentlichen Aufgabe. Bei der Übertragung der technischen Betriebsführung bediene sich der Antragsgegner der ....., um eine ihm allein obliegende Aufgabe zu erfüllen. Die öffentliche Aufgabe der Abwasserentsorgung für das Verbandsgebiet obliege allein dem Antragsgegner und nicht der ..... Der Vertrag sehe auch keine bloße Kostenerstattung vor. Es sei davon auszugehen, dass der Vertragspartner tatsächlich ein Betriebsführungsentgelt erhebe, welches einen Gewinnanteil beinhalte. Zudem enthalte der Vertrag in Bezug auf die technische Betriebsführung ein klassisches Über-/Unterordnungsverhältnis und keine horizontale Zusammenarbeit. Ebenso sei ein kooperatives Konzept nicht erkennbar.

- Auch begründe die Zweckvereinbarung keine Zusammenarbeit im Sinne des § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB, die durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt seien, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhänge. Die technische Betriebsführung sei lediglich eine Hilfsleistung, derer sich der Antragsgegner bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe Abwasserentsorgung bediene. Dies werde ausdrücklich unter Ziffer 1.1 der Zweckvereinbarung klargestellt. Der Vertrag habe damit eine marktgängige Leistung zum Gegenstand, die zudem gegen Zahlung eines überhöhten Preises beschafft werde. Ebenso lasse die Zweckvereinbarung einen Rückgriff auf Dritte zu, der die Gefahr der Benachteiligung privater Unternehmen mit sich bringe.
- Letztendlich werde zudem das Wesentlichkeitskriterium gemäß § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB nicht erfüllt.

Aus vorgenannten Gründen folge, dass es sich bei dem Abschluss der Zweckvereinbarung um eine de-facto-Vergabe handle, die gemäß § 135 Abs. 1 GWB deren Unwirksamkeit nach sich ziehe. Ein weiterer Vergabeverstoß liege in der fehlenden Vorabinformation gemäß § 134 Abs. 1 GWB. Diese führe auch zur Unwirksamkeit des Vertrages.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 06.12.2017 hat die Antragstellerin den hier zu entscheidenden Antrag auf Nachprüfung stellen lassen. Dieser ist dem Antragsgegner am Folgetag mit dem Hinweis der Überprüfung der Wirksamkeit der geschlossenen Zweckvereinbarung übersandt worden. Zugleich erging die Aufforderung zur Vorlage einer Stellungnahme und der Vergabeunterlagen.

Ausweislich der der erkennenden Kammer vorliegenden Unterlagen wurden durch den Stadtrat der ..... in seiner Sitzung am 25.10.2017 mit Beschluss Nr.: ..... und durch die Verbandsversammlung des Antragsgegners in ihrer Sitzung am 27.10.2017 mit Beschluss Nr.: ..... die Neufassung der Zweckvereinbarung vom 22.04.1998/23.09.1998 beschlossen. Die Genehmigung durch den ..... erfolgte am 04.12.2017. Dieser Genehmigungsbescheid beinhaltete eine Rechtsbehelfsbelehrung, nach der die Möglichkeit bestand, innerhalb eines Monats Widerspruch einzulegen. Die Neufassung der Zweckvereinbarung wurde im Amtsblatt der ..... am 13.12.2017 und im Amtsblatt des ..... am 23.12.2017 bekanntgemacht.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass sie sich inhaltlich auf den Rügevortrag stütze. Konkretisierend werde ausgeführt, dass es bei einer de-facto-Vergabe keiner Rüge bedürfe. Unabhängig hiervon sei aufgrund eigener Recherchen am 20.11.2017 vorsorglich gerügt worden. Der Nachprüfungsantrag sei auch in der Frist des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB gestellt worden. Die de-facto-Vergabe sei frühestens nach dem Stadtratsbeschluss der ..... am 25.10.2017 erfolgt.

Auch für den Fall, dass die Zweckvereinbarung noch nicht abgeschlossen wäre, wäre der Nachprüfungsantrag zulässig, da spätestens mit den Beschlüssen der Gremien des Antragsgegners und der ..... hinreichend konkrete Schritte für den Abschluss der Zweckvereinbarung vorlägen.

Soweit der Antragsgegner die Eignung der Antragstellerin in Frage stelle, so müsse sich die Antragstellerin dem entgegenstellen. Sollten Funktionsstörungen in der Vergangenheit im Verantwortungsbereich der Antragstellerin bestanden haben, so seien diese behoben worden bzw. hätten diese im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners selbst gelegen. Insgesamt seien die Behauptungen unwahr. Die Antragstellerin habe ihre Betriebsführungsleistungen stets ordnungsgemäß erbracht.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die zwischen dem Antragsgegner und der ..... geschlossene Zweckvereinbarung unwirksam ist,  
Hilfsweise,

dem Antragsgegner zu untersagen, sofern die Zweckvereinbarung noch nicht abgeschlossen ist, den Abschluss der Zweckvereinbarung mit der ..... zu untersagen.

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 gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin 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 des Antragsgegners aufzuerlegen.

Der Antragsgegner lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, da die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen präkludiert sei. Der Antragsgegner habe bereits im Vorverfahren 1 VK LSA 27/17 mit Schriftsatz vom 29.08.2017 die Antragstellerin über die ausgearbeitete Vereinbarung der interkommunalen Zusammenarbeit zwischen dem Antragsgegner und der ..... in Kenntnis gesetzt, die nur noch der Zustimmung der zuständigen Organe bedurft habe. Nach ständiger Rechtsprechung ent falle auch bei de-facto-Vergaben die Rügeobliegenheit nicht, wenn der Bieter Kenntnis von der Vergabeabsicht habe. Eine entsprechende Rüge der Antragstellerin am 20.11.2017 sei verspätet.

Zudem fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis. Die Antragstellerin wäre wegen vorangegangener Schlechtleistungen vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen, so dass sie keine Aussicht auf eine Zuschlagserteilung gehabt hätte. Bei der Ausführung der technischen Betriebsführung seien erhebliche Mängel der Antragstellerin zuzuordnen, die u.a. in Vorbereitung der Übergabe der technischen Betriebsführung festgestellt worden seien. Trotz Abmahnung und verlangter Mängelbeseitigung sei keine Abhilfe geschaffen worden.

Auch sei der Antragsgegner im vorliegenden Fall nicht an eine Ausschreibung in einem förmlichen Verfahren gebunden gewesen, da ein Ausnahmetatbestand nach § 108 Abs. 6 GWB vorliege. Der Antragsgegner und die ..... hätten eine Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung einer ihnen beiden übertragenen öffentlichen Aufgabe getroffen. So nehme der Antragsgegner für seine Mitglieder satzungsgemäß die Aufgabe der Abwasserbeseitigung wahr. Die ..... erfülle diese Aufgabe für das Gebiet der ..... mit Ausnahme der Ortsteile ..... und ..... Dem Antragsgegner und der ..... obliege damit gleichermaßen die konkrete Aufgabe der Abwasserbeseitigung im jeweiligen Zuständigkeitsgebiet gemäß § 78 Abs.1 Wassergesetz Sachsen-Anhalt. Bereits am 22.04.1998 sei mittels einer Zweckvereinbarung die Reinigung von Abwässern des Antragsgegners in den Anlagen der ..... vereinbart worden. Mit der neu gefassten Zweckvereinbarung werde nunmehr entschieden, die Kooperation weiter zu vertiefen und die gemeinsame Aufgabe der Abwasserbeseitigung im Rahmen eines kooperativen Konzeptes gemeinschaftlich zu erbringen. Die Neufassung der Zweckvereinbarung schließe die wechselseitige Aufgabenerfüllung der Kooperationspartner auf dem Gebiet der ..... als auch

auf dem Gebiet des Antragsgegners ein. Dabei gehe die Antragstellerin fehl in ihrer Annahme, dass eine interkommunale Kooperation auch eine Kompetenzübertragung voraussetze. Auf eine Zuständigkeitsübertragung komme es gerade nicht an. Wesentlich sei, dass die konkrete Aufgabe den Kooperationspartnern obliege und deren Wahrnehmung gemeinsam erfolge. Soweit die Antragstellerin behaupte, dass der Antragsgegner im Verhältnis zur Lutherstadt Wittenberg gemäß Ziffer 3 der Zweckvereinbarung nur geringfügige Scheinplichten erbringe, verkenne sie, dass im Falle eines kooperativen Konzeptes ein arbeitsteiliges Zusammenwirken bei der Erfüllung der Hauptleistung ausreichend sei. Gemäß Erwägungsgrund 33 zur VRL werde lediglich gefordert, dass sich die Vertragspartner überhaupt zu einer gemeinsamen Ausführung verpflichten. Nach Ansicht des EuGHs sowie der herrschenden Lehre sei es sogar zulässig, dass sich der Beitrag eines Kooperationspartners auf eine Kostenerstattung beschränke. Vorliegend beruhe die Zusammenarbeit auf einem echten kooperativen Konzept, das über eine reine Kostenerstattung hinausgehe. Die ..... übernehme die technische Betreuung der Anlagen des Antragsgegners zur zentralen Schmutzwasserbeseitigung. Im Gegenzug werde durch den Antragsgegner der Betrieb der öffentlichen Einrichtungen der ..... zur dezentralen Abwasserbeseitigung wahrgenommen. Zusätzlich werde durch den Antragsgegner die gesamte Kommunikation mit den Einleitern und Betreibern übernommen. Zur Sicherstellung dieser Aufgabe sei durch den Antragsgegner eine Stelle ausgeschrieben worden, um die ihm obliegende Aufgabe der dezentralen Abwasserbeseitigung auf dem Gebiet der ..... effektiv und mit eigenen Mitteln erbringen zu können.

Die Zusammenarbeit liege auch im öffentlichen Interesse. Bezüglich des vereinbarten Entgelts seien die Ausführungen der Antragstellerin spekulativ. Aus Ziffer 5.2 der Zweckvereinbarung gehe eindeutig hervor, dass keine Aufschläge für Gewinn oder Wagnis berücksichtigt werden. Es erfolge keine Zahlung über eine bloße Kostenerstattung hinaus.

Das öffentliche Interesse ergebe sich zudem unmittelbar aus dem Leistungsgegenstand selbst (EuGH Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“). Die öffentliche Pflicht der Abfallentsorgung sei in der Richtlinie 75/442/EWG vom 15.07.1975 und hinsichtlich der Abwasserbeseitigung in der Richtlinie 91/271/EWG vom 21.05.1991 geregelt worden. Es handele sich auch nicht um eine bloße Hilfstätigkeit im Falle der technischen Betriebsführung. Diesbezüglich stelle der Erwägungsgrund 33 der VRL klar, dass öffentliche Dienstleistungen alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistung sind. Die technische Betriebsführung stehe unmittelbar in Verbindung mit der Aufgabe der Entsorgung von Schmutz- und Abwasser. Sie sei ursächlich für das Funktionieren der Abwasserbeseitigungsanlagen und damit der öffentlichen Aufgabe selbst.

Auch entfalle das öffentliche Interesse nicht, wenn es sich bei der technischen Betriebsführung um eine marktgängige Leistung handele. Die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit beschränke sich nicht auf Aufgaben, die nicht am Markt angeboten würden. Dies werde durch den Richtliniengeber nicht vorgegeben. Es bestehe in den Bereichen des staatlichen Handelns eine Wahlfreiheit, wie die öffentlichen Aufgaben zu erbringen seien. So treffe die antragstellerseitige Behauptung nicht zu, dass die öffentliche Zusammenarbeit ausschreibungspflichtig sei, wenn die betreffende Leistung auch von anderen Marktteilnehmern erbracht werden könnte. Vielmehr werde in dem antragstellerseitig zitierten Kommentar Ziekow/Völlink, 2. Auflage, § 99 GWB unter Randnummer 144 klargestellt, dass soweit Aufgaben an öffentliche Unternehmen übertragen werden sollen, die in Konkurrenz zu privaten Unternehmen auf einem über das Kooperationsgebiet hinausgehenden, entwickelten Markt tätig sind, eine Ausschreibungspflicht bestehen soll. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Weder der Antragsgegner noch die ..... seien in einem entwickelten Marktumfeld außerhalb ihrer Zuständigkeiten in Konkurrenz zu Privaten tätig.

Durch die Vereinbarung würden keine privaten Dritten benachteiligt. Die Schlussfolgerung der Antragstellerin, dass ein Rückgriff auf private Dritte nicht ausgeschlossen sei, stütze die Neufassung der Zweckvereinbarung nicht.

Vorliegend sei auch das Wesentlichkeitskriterium als weitere Voraussetzung erfüllt. Soweit eine Aufgabe der Daseinsvorsorge vorliege, gebe es keinen liberalisierten Markt, der eine Wettbewerbsverzerrung bewirken könne. Da der Fremdotsatz der jeweiligen Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren außerhalb der Kooperationsvereinbarung vernachlässigbare Umsätze in einer Größenordnung von 0,2% für das Jahr 2015 ausweise, seien weniger

als 20% auf dem offenen Markt erbracht worden und damit könne das Wesentlichkeitskriterium als erfüllt betrachtet werden.

Mit Schreiben vom 09.05.2018 und 28.05.2018 ist den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt worden, dass die erkennende Kammer gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 2. Alternative im schriftlichen Verfahren entscheiden wird.

Mittels Schreiben vom 09.05.2018 hat die Kammer die Antragstellerin informiert, dass beabsichtigt sei, den Nachprüfungsantrag wegen Unzuständigkeit zu verwerfen.

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

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zu verwerfen.

Die erkennende Kammer ist mit dem Vorliegen eines normierten Ausnahmetatbestandes nach § 108 GWB, neugefasst durch Bekanntmachung v. 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245); zuletzt geändert durch Artikel 10 Abs. 9 G. v. 30.10.2017 (BGBl. I S. 3618) an einer Entscheidung in der Sache gehindert. Ausweislich § 108 GWB sind bei Vorliegen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern die Regelungen des Vierten Teils des GWB nicht anzuwenden.

In dem Vorverfahren 1 VK LSA 25/16 und der sich anschließenden Beschwerdeentscheidung des OLG Naumburg vom 17.03.2017, 7 Verg 8/16 wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen einer interkommunalen Zusammenarbeit nicht gegeben waren. Hier liegt der zu beurteilende Fall anders.

Soweit der damalige streitbefangene ARGE-Vertrag, die Erbringung der technischen Betriebsführung als Hauptleistung in dem Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners durch den Eigenbetrieb der ..... zum Gegenstand hatte, steht nunmehr die Neufassung der Zweckvereinbarung, die eine wechselseitige Aufgabenwahrnehmung in den Zuständigkeitsbereichen beider öffentlichen Auftraggeber vorsieht zur Bewertung an. Weiterhin ist beachtlich, dass der ARGE-Vertrag nach dem GWB in seiner Fassung vom 26.06.2013 zu beurteilen war. In vorliegendem Fall ist für die Entscheidung das GWB in seiner Fassung von 17.02.2016 anzuwenden.

Nach Auffassung der Kammer ist die vorliegende Neufassung der Zweckvereinbarung vom 22.04.1998/22.09.1998 (Bekanntmachung im Amtsblatt der ..... am 13.12.2017 und im Amtsblatt des ..... am 23.12.2017) gemäß § 108 Abs. 6 GWB von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen. Dabei ließ sich die Kammer bei der Beurteilung des Sachverhaltes von den Grundsätzen leiten, dass die Zusammenarbeit ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen, die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt und kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhalten darf. Im Ergebnis der Überprüfung war zu bejahen, dass die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 Nr. 1 bis 3 gegeben sind.

### a) Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB

Danach sind die öffentlichen Auftraggeber frei in ihrer Entscheidung, ihre öffentlichen Dienstleistungen im Wege einer Zusammenarbeit gemeinschaftlich zu erbringen. Im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ist die Zusammenarbeit auf die Wahrnehmung einer allen öffentlichen Auftraggebern gleichermaßen obliegenden öffentlichen Aufgabe zu richten. Im vorliegenden Fall obliegen dem Antragsgegner und der ..... gleichermaßen die öffentlichen Pflichtaufgaben der Abwasserbeseitigung gemäß § 78 Abs. 1 Wassergesetz LSA (WG). Diese Aufgabe haben sowohl der Antragsgegner für das Gebiet seiner Verbandsmitglieder als auch die ..... für das Stadtgebiet ..... mit Ausnahme der Stadtteile .....

und ..... inne. Beide v.g. Stadteile sind wiederum Verbandsmitglieder des Antragsgegners. Entsprechend Ziffer 1.1 der Zweckvereinbarung haben die Kooperationspartner fixiert, neue Teilaufgaben wechselseitig für beide Hoheitsträger zu erbringen. Die Übertragung der Aufgaben erfolgt jeweils zur Besorgung im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 2 GKG – LSA. In der Neufassung der Zweckvereinbarung sind in den Anlagen 1 und 2 die jeweiligen wechselseitigen Aufgaben der zentralen und dezentralen Abwasserbeseitigung für die beiden Kooperationspartner festgelegt worden. Vor dem Hintergrund des Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24/EU ist dann ein kooperatives Konzept anzunehmen, wenn die Partner beiderseitige Austauschpflichten übernehmen. Dabei ist diese Zusammenarbeit nicht auf bestimmte Dienstleistungen beschränkt, sondern kann alle Arten von Tätigkeiten erfassen. Soweit die Antragstellerin davon ausgeht, dass es sich bei den Aufgaben des Antragsgegners nur um geringfügige Scheinplichten handele, stellt auch dies keinen absoluten Grund dar, die kooperative Zusammenarbeit zu verneinen. Laut der Entstehungsgeschichte des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU ist im Vergleich zur EuGH Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“ nunmehr ein geringerer Standard an die kooperative Zusammenarbeit anzulegen als bisher. Die Entscheidung des EuGHs bezog sich tatbestandlich auf den Entwurfstext der Vorgängerregelung des Art. 11 Abs. 4 lit. a), nach der eine echte Zusammenarbeit gefordert wurde. Diese Forderung ist in der endgültigen Fassung des Artikels 12 Abs. 4 entfallen, so dass von einer geringeren Anforderung an die Zusammenarbeit ausgegangen werden muss. Aus Sicht der Kammer steht dieser Auffassung zur Bewertung der Neufassung der Zweckvereinbarung auch nicht die Entscheidung des OLG Naumburg im Beschluss vom 11.03.2017, Az.: 7 Verg 8/16 entgegen. Im Unterschied zu dem hier vorliegenden Sachverhalt war in dem damaligen streitbefangenen ARGE-Vertrag allein die technische Betriebsführung für das Verbandsgebiet des Antragsgegners Gegenstand der Leistungserbringung durch die ..... Nunmehr ist festzustellen, dass sich die kooperative Zusammenarbeit wechselseitig auf das Gebiet der Verbandsgemeinde des Antragsgegners und der Stadt ..... bezieht. Für das Vorliegen eines kooperativen Konzeptes spricht zudem, dass sich laut Ziffer 6.4 der Vereinbarung die Beteiligten einander Beistand in Havarie und Notfällen leisten. Diese Beistandspflichten unterstreichen in Auslegung des Erwägungsgrundes 33 der Richtlinie 2014/24/EU und der Rechtsprechung des EuGHs das Vorhandensein eines kooperativen Konzeptes.

b) Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB

Die Zusammenarbeit liegt auch im öffentlichen Interesse. Nach Auffassung der Kammer ist eindeutig geregelt, dass die Erstattung der Aufwendungen eine reine Kostenerstattung nicht übersteigt. Laut Ziffer 5.1 der Neufassung der Zweckvereinbarung ist festgelegt, dass jedem Vertragspartner für die zugunsten des anderen Partners erbrachten Leistungen lediglich der Ersatz der tatsächlich entstandenen Kosten zusteht. Fortführend wird unter Ziffer 5.2. weiter ausgeführt, dass die Kostenpositionen transparent erfasst und dargestellt werden müssen. Die Erzielung von Gewinn und Wagniszuschlägen ist zudem ausdrücklich in der Zweckvereinbarung ausgeschlossen worden. Die Vermutungen der Antragstellerin, dass die tatsächliche Vergütung über eine reine Kostenerstattung hinausgeht, ist spekulativ und steht dem Wortlaut der Vereinbarung entgegen. So ist unter Ziffer 6.3 weiterhin geregelt, dass sich die Beteiligten wechselseitig Einblick in sämtliche die Aufgabenerledigung und die Berechnung der Kostenerstattung betreffende Unterlagen gewähren.

Das öffentliche Interesse ist auch im Hinblick auf die öffentliche Pflichtaufgabe der Abwasserbeseitigung zu bestätigen. Ausdruck findet dies auch in der Richtlinie 91/271/EWG, die den Gemeinden die spezifische öffentliche Pflicht der Abwasserbeseitigung zuweist. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass es sich bei der technischen Betriebsführung der Abwasserentsorgungsanlagen um eine bloße Hilfstätigkeit handelt, schließt sich die Kammer der Auffassung des Antragsgegners an, dass die technische Betriebsführung ein wesentlicher Bestandteil für das Funktionieren der Abwasserbeseitigungsanlagen ist. Somit ist die technische Betriebsführung untrennbar mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Abwasserentsorgung verbunden. Ergänzend dazu hat der Ordnungsgeber selbst Hilfsgeschäfte im Rahmen öffentlicher Aufgaben bei Vorliegen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen.

Dem steht auch damit nicht entgegen, dass die Leistung der technischen Betriebsführung auch auf dem freien Markt angeboten wird. Wie bereits unter Punkt a) aufgeführt, besteht eine Wahl-

freiheit der öffentlichen Auftraggeber, sich zu entscheiden, die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Abwasserbeseitigung mit eigenen Mitteln zu erbringen. Eine damit verbundene mögliche Benachteiligung Dritter ist dann gegeben, wenn die Beteiligten der kooperativen Zusammenarbeit über das Gebiet ihrer Zuständigkeiten hinaus auf einem entwickelten Markt in Konkurrenz zu privaten Dritten tätig werden würden.

c) Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB

Diese Bestimmung besagt, dass durch die Beteiligten nicht mehr als 20% der durch die Zusammenarbeit erfasste Tätigkeit auf einem liberalisierten Markt erbracht werden darf. Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist für den Zeitraum der letzten drei Jahre vor Beginn der Zusammenarbeit zu prüfen. Bereits mit Beschluss 1 VK LSA 25/16 vom 16.12.2016 wurde durch die erkennende Kammer festgestellt, dass diese Voraussetzung zum damaligen Stichtag bei beiden Beteiligten erfüllt war. Auf Grundlage der durch den Antragsgegner vorgelegten Jahresabschlussunterlagen ist festzustellen, dass auch die Wirtschaftsjahre 2016 und 2017 das Wesentlichkeitskriterium erfüllen.

Dem Antrag auf Akteneinsicht konnte aus den oben dargestellten Erwägungen heraus nicht entsprochen werden.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 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 die Antragstellerin als Unterlegene anzusehen, da sie mit ihrem 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 (§ 182 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 der Gebührenermittlung der Wert zugrunde gelegt, den sie selbst als ehemalige Leistungserbringerin gegenüber der Vergabekammer in ihrem Nachprüfungsantrag benannt hat. Da die Zweckvereinbarung auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde, ist für die Ermittlung des Auftragswertes eine Laufzeit von 48 Monaten anzusetzen. Die Gebühr beläuft sich somit auf ..... Euro.

Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

gemäß § 182 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig. Die Entscheidung beruht auf § 182 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.



#### **IV.**

##### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 171 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 172 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, § 172 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 172 Abs. 3 GWB.

#### **V.**

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

.....

.....