

Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsname:	Abwasserbeseitigung
Entscheidungsdatum:	17.03.2017
Aktenzeichen:	7 Verg 8/16
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 99 GWB, § 101b Abs 1 aF GWB, § 102 aF GWB, §§ 102ff aF GWB, § 108 Abs 6 nF GWB ... mehr

Vergabenachprüfungsverfahren: Beginn eines Vergabeverfahrens; Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit

Orientierungssatz

1. Ein Vergabeverfahren beginnt mit der ersten nach außen getretenen Handlung der Vergabestelle, mit der der Auftraggeber – über das Stadium des bloßen Vorstudiums des Marktes hinaus oder sonstiger rein vorbereitender Handlungen – bestimmte organisatorische oder planerische Maßnahmen ergreift, um einen Auftragnehmer zu ermitteln.(Rn.45)
2. Mit der Einholung der Angebote potenzieller Bieter verlässt der Auftraggeber das interne Stadium, weil er damit Maßnahmen ergreift, die über eine rein vorbereitende Marktsondierung und Machbarkeitsstudie im Vorfeld eines Verfahrens hinausgehen. Indem er mehreren Unternehmen Gelegenheit zur Abgabe von Angeboten gibt, eröffnet er den Wettbewerb zwischen mehreren Wirtschaftsteilnehmern und ist dadurch nach außen wahrnehmbar aufgetreten, um einen Wirtschaftsteilnehmer für den Vertragsschluss auszuwählen (vergleiche BGH, 1. Februar 2005, X ZB 27/04, OLG Rostock, 20. November 2013, 17 Verg 7/13).(Rn.48)
3. Nach der Rechtsprechung des EuGH (vergleiche EuGH, 9. Juni 2009, C 480/06, EuGH, 13. Juni 2013, C-386/11, EuGH, 19. Dezember 2012, C-159/11) resultiert die Ausschreibungsfreiheit im Falle einer horizontalen Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften aus den kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen:
 - (1) Mit dem maßgeblichen Vertrag wird eine Zusammenarbeit ausschließlich zwischen den öffentlichen Einrichtungen (Gebietskörperschaften) bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart.
 - (2) Die Zusammenarbeit und ihre Umsetzung werden nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.
 - (3) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessen muss gewährleistet sein, so dass kein privates Unternehmen einem Wettbewerbsverstoß ausgesetzt ist.(Rn.70)
4. Die Voraussetzungen für eine solche ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit sind nicht erfüllt bei einem „Kooperationsvertrag“ zwischen einem Abwasserzweckverband und einem Verbandsmitglied über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft, in dem das Mit-

glied die Aufgabe der technischen Betriebsführung der im Eigentum des Zweckverbandes stehenden Anlagenteile und technischen Einrichtungen übernimmt.(Rn.79)

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt 1. Vergabekammer, 16. Dezember 2016, 1 VK LSA 25/16, Beschluss

Tenor

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 16. Dezember 2016 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt, hat der Antragsgegner zu tragen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 108.815,61 Euro festgesetzt.

Gründe

A.

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob der Antragsgegner, ein Abwasserzweckverband, am 28. April 2016 mit der Beigeladenen, einem Verbandsmitglied, ohne vorheriges förmliches Vergabeverfahren einen Vertrag über die technische Betriebsführung der Abwasserbeseitigungsanlagen des Antragsgegners abschließen durfte. Die Antragstellerin begehrt insofern nach § 101b Abs. 1 GWB a.F. die Feststellung der Unwirksamkeit des zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen de facto zustande gekommenen „Kooperationsvertrages“ über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft, in dem die Beigeladene die Aufgabe der technischen Betriebsführung der im Eigentum des Antragsgegners stehenden Anlagenteile und technischen Einrichtungen übernommen hatte.
- 2 Der Antragsgegner ist ein Zweckverband, der für seine Mitglieder die Aufgabe der Abwasserbeseitigung für deren Hoheitsgebiet übernommen hat. Zu den Verbandsmitgliedern gehört unter anderem die Beigeladene für ihre Ortsteile P. und S. .
- 3 In der Vergangenheit hatte der Antragsgegner die Antragstellerin mit der technischen Betriebsleitung der Abwasserbeseitigungsanlagen auf der Grundlage eines Betriebsführungsvertrages gegen ein Entgelt betraut. Den Betriebsführungsvertrag mit der Antragstellerin vom 01. Juni 2005 kündigte der Antragsgegner jedoch mit Schreiben vom 10. November 2014 fristgemäß zum 31. Mai 2016 und prüfte im Folgenden die Möglichkeit

einer langfristigen interkommunalen Kooperation im Sinne des Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (GKG-LSA) mit dem Ziel einer effizienteren Aufgabenerledigung. In diesem Zusammenhang holte er Angebote der Beigeladenen und des WAZV J. über die technische Betriebsführung ein. Die Beigeladene unterbreitete dem Antragsgegner auf der Grundlage der übersandten Unterlagen ihr Angebot zur technischen Betriebsführung unter dem 28. August 2015 (Blatt 312, 1 VK LSA 25/16). Die Antragstellerin signalisierte gegenüber dem Antragsgegner hingegen wiederholt, an einer Fortsetzung des Betriebsführungsvertrages interessiert zu sein und auch nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für ihn die technische Betriebsleitung erbringen zu wollen. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2015 meldete sie Bedenken hinsichtlich der vergaberechtlichen Zulässigkeit der von Antragsgegnerseite erwogenen interkommunalen Zusammenarbeit an und schlug zugleich vor, die ordentliche Kündigung zurückzunehmen und den Betriebsführungsvertrag mit ihr unverändert fortzusetzen. Mit Schreiben vom 09. März 2016 bot sie erneut die Rücknahme der Kündigung und die Fortsetzung der technischen Betriebsführung bis zum 31. Dezember 2018 an, worauf der Antragsgegner jedoch nicht einging.

- 4 Die Verbandsversammlung des Antragsgegners beschloss in ihrer Sitzung vom 18. März 2016 eine „Absichtserklärung zum Abschluss einer Zweckvereinbarung/eines ARGE-Gründungsvertrages mit dem Entwässerungsbetrieb der W. (ELW) zur technischen Betriebsführung der schmutzwassertechnischen Anlagen des Verbandes ab 1. Juni 2016“. Die Antragstellerin beanstandete das beabsichtigte Vorhaben mit Schreiben vom 24. März 2016 gegenüber dem Antragsgegner und wies diesen darauf hin, dass eine entgeltliche Beauftragung des Entwässerungsbetriebes der W. ohne ein vorheriges Ausschreibungsverfahren gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße und daher rechtlich nicht zulässig sei, da die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB n.F. nicht vorliegen würden. Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin daraufhin mit Schreiben vom 29. März 2016 mit, dass es sich bei dem Beschluss der Verbandsversammlung lediglich um eine Absichtserklärung gehandelt habe und konkrete Gespräche zur Regelung von Detailfragen von den Beteiligten erst noch aufgenommen werden müssten. Sie beabsichtige allerdings weiterhin, die zulässigen Formen interkommunaler Zusammenarbeit gemäß § 2 GKG-LSA mit den Bereichsausnahmen zum Vergaberecht zu nutzen. Zudem übersandte sie der Antragstellerin die Beschlussvorlage zur Kenntnisnahme. Mit weiterem Schreiben vom 07. April 2016 verwies die Antragstellerin erneut auf ihre Bedenken aus dem Rügeschreiben vom 24. März 2016 und behielt sich die Durchführung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens vor.
- 5 Am 28. April 2016 fand eine weitere Verbandsversammlung des Antragsgegners statt, in deren Verlauf der Abschluss eines Vertrages über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft mit dem Verbandmitglied W. beschlossen wurde. Der Antragsgegner und die Beigeladene unterzeichneten daraufhin den zunächst bis zum 31. Dezember 2016 befristeten Vertrag. In der Präambel des Vertrages nahmen die Vertragspartner dabei auf die gemeinsame Zweckvereinbarung vom 22. April/01. Oktober 1998 Bezug, die die Überleitung und Behandlung von Abwasser aus dem Kanalsystem des Antragsgegners in die Kläranlage der Stadt W. regelte. Die Vertragsparteien hoben insoweit hervor, dass sie mit diesem Vertrag eine weitere langfristige Kooperation auf der Grundlage des GKG-LSA

anstreben, und vereinbarten hierzu, die Zusammenarbeit bei der Abwasserbeseitigung auf dem Gebiet des AZV dadurch zu intensivieren, dass die Beigeladene als Mitglied des AZV die technische Betriebsführung der im Eigentum des Antragsgegners stehenden Anlageanteile und technischen Einrichtungen übernehmen sollte (§ 1 des Vertrages). Unter § 2 der Vertragsurkunde legten die Vertragsparteien die Grundsätze für die Zusammenarbeit fest und bestimmten insoweit, dass der Abschluss des ARGE-Vertrages der gemeinsamen Wahrnehmung der im Gemeinwohlinteresse liegenden öffentlich-rechtlichen Pflichtaufgabe der Abwasserbeseitigung zu dienen bestimmt sei. § 2 lautet auszugsweise wie folgt:

- 6 „Der AZV beauftragt mit diesem Vertrag die Stadt als sein Mitglied mit der teilweisen Erbringung der dem AZV übertragenen Aufgaben. Die Stadt und der AZV schließen die Vereinbarung unter sich, d.h. ohne jegliche Beteiligung Dritter. Durch die Zusammenarbeit wird kein privates Unternehmen besser gestellt als seine Mitbewerber. Der Stadt steht es frei, sich ihrerseits bei der Erfüllung der mit diesem Vertrag übertragenen Aufgaben Dritter zu bedienen. Die Regelungen des Vergaberechts bleiben unberührt.
- 7 Mit dem Ausbau der Zusammenarbeit und der effektiven Nutzung der vorhandenen Ressourcen wollen die Vertragspartner:
- 8 - die Abwassergebühren im Bereich des AZV und der Stadt langfristig stabil halten,
- 9 - die technischen Anlagen des AZV einschließlich der Steuerungs- und der Überwachungsanlagen zeitgemäß und nachhaltig instand halten und betreiben,
- 10 - die Erschwerung und Verteuerung der Aufgabenerfüllung durch die demographische Entwicklung entgegenwirken,
- 11 - die kommunale Selbstverwaltung und kommunale Gemeinschaftsarbeit stärken und
- 12 - für die Einwohner im Gebiet des AZV und der Stadt ein hohes Maß an Kostentransparenz herstellen.
- 13 Die Risiken der Zusammenarbeit sollen dabei ausgewogen verteilt werden. Hoheitliche Befugnisse des AZV werden durch diese Vereinbarung nicht auf die Stadt übertragen. Die Parteien stimmen den technischen und wirtschaftlichen Aufwand der Betriebsführung miteinander ab.“
- 14 Unter § 3 waren die Rechte und Pflichten der Beigeladenen und unter § 4 die Rechte und Pflichten des Antragsgegners aus dem Vertrag aufgeführt. § 6 enthält eine Regelung zur Kostenerstattung mit im Wesentlichen folgendem Inhalt:

- 15 „1. Der AZV erstattet der Stadt alle zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen anfallenden Kosten als Betriebsführungsentgelt (im Folgenden **Entgelt**). Das Entgelt für die übernommenen Leistungen gemäß § 3 Nr. 1 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 RR 30/53) Anwendung.
- 16 2. Die Stadt rechnet zum Ende des Kalenderjahrs das Entgelt nach dem tatsächlich entstandenen Aufwand zu den laut Angebot vom 28. August 2015 geltenden Einheitspreisen und Stundensätzen ab ...“
- 17 In § 9 vereinbarten die Parteien eine Befristung des ARGE-Vertrages bis zum 31. Dezember 2016. Soweit sich die Parteien bis dahin nicht auf eine langfristige, über 12 Jahre laufende Anschlussvereinbarung einigen konnten, sollte sich der ARGE-Vertrag auf unbestimmte Zeit verlängern und mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Quartalsende ordentlich kündbar sein. In den Schlussbestimmungen bekräftigen die Vertragspartner unter § 11 Ziffer 2, dass sie sich einig darüber seien, dass die Zusammenarbeit im Rahmen des ARGE-Vertrages als Form der öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit von der Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften ausgenommen sei. Die Beigeladene sollte zur Vertragserfüllung auch dann einstweilen verpflichtet bleiben, wenn der streitgegenständliche Vertrag von der Vergabekammer oder dem Vergabesenat für unwirksam erklärt werde.
- 18 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertragsinhaltes nimmt der Senat auf die zur Akte gereichte Abschrift des Vertrages über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft vom 28. April 2016 – Anlage BSt 1, Band I Blatt 75 bis 86 d. A. – Bezug.
- 19 Der Antragsgegner übersandte der Antragstellerin mit E-Mail vom 28. April 2016 die Unterlagen für den anstehenden Betriebsübergang auf den Entwässerungsbetrieb der Beigeladenen mit einem Entwurf eines Personalüberleitungsvertrages nebst Anschreiben an die betroffenen Mitarbeiter. Mit anwaltlichem Schreiben vom 29. April 2016 rügte die Antragstellerin daraufhin, dass der Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen vom 28. April 2016 eine unzulässige De-facto-Vergabe darstelle. Die Antragstellerin legte in dem Rügeschreiben im Einzelnen dar, weshalb eine vergaberechtsfreie öffentlich-rechtliche Zusammenarbeit im Sinne des § 108 Abs. 6 GWB in der seit dem 18. April 2016 gültigen neuen Fassung (im Folgenden: n.F.) nicht angenommen werden könne. Da die dem Antragsgegner in dem Rügeschreiben gesetzte Frist zur Abhilfe ergebnislos verstrich, reichte die Antragstellerin unter dem 11. Mai 2016 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein mit dem Ziel, dem Antragsgegner den Abschluss eines Vertrages ohne ein vorheriges geregeltes Vergabeverfahren zu untersagen.
- 20 Die Antragstellerin hat die Ansicht vertreten, dass die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit des Antragsgegners mit der Beigelade-

nen bezüglich des Betriebsführungsvertrages vom 28. April 2016 nicht vorliegen würden, der dennoch ohne Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens vorgenommene Vertragsschluss stelle eine unzulässige De-facto-Vergabe dar, was zur Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 101b Abs. 1 GWB in der bis zum 17. April 2016 gültigen Fassung geführt habe. Das materielle Vergabeverfahren, das letztlich in die beanstandete De-facto-Vergabe vom 28. April 2016 gemündet sei, unterliege nach § 186 Abs. 2 GWB n.F. den bis zum 17. April 2016 gültigen vergaberechtlichen Bestimmungen, da es bereits mit Beschlussfassung der Verbandsversammlung vom 16. März 2016 und den sich unmittelbar anschließenden Vertragsgesprächen zur Umsetzung des Vorhabens begonnen habe. Die mit Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes am 18. April 2016 neu eingeführte Vorschrift über Bereichsausnahmen vom Vergaberecht nach § 108 Abs. 6 GWB n.F. würde danach keine Anwendung finden. Aber auch soweit bereits zuvor in der vergaberechtlichen Rechtsprechung die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine vergaberechtliche Privilegierung der interkommunalen Zusammenarbeit, die nunmehr in § 108 Abs. 6 GWB n.F. gesetzlich normiert seien, richterrechtlich anerkannt gewesen seien, könne sich der Antragsgegner hierauf nicht berufen. Denn es würde im Streitfall bereits an einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Auftraggeber fehlen. Nicht ausreichend sei, dass die jeweilige öffentliche Aufgabe nur einem Teil der Kooperationspartner obliege. Die Aufgabe der Abwasserbeseitigung sei gemäß § 2 der Verbandssatzung allein dem Antragsgegner zugewiesen, die Beigeladene sei dagegen lediglich für die Abwasserbeseitigung in ihrem kommunalen Bereich ohne die Ortsteile P. und S. zuständig geblieben, nicht aber für das Verbandgebiet. Außerdem betreffe der Betriebsführungsvertrag nicht unmittelbar die Pflichtaufgabe der Abwasserbeseitigung, sondern nur eine marktgängige technische Hilfsdienstleistung, die der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe lediglich dienen würde. Eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit setze zudem nach dem Erwägungsgrund Nr. 33 der europäischen Vergaberechtsrichtlinie 2014/24/EU voraus, dass diese auf einem kooperativen Konzept beruhen müsse. Die Beauftragung einer Dienstleistung gegen ein Entgelt, wie es der Betriebsführungsvertrag hier vorsehe, entspreche indessen nicht den Grundsätzen einer kooperativen, gleichberechtigten horizontalen Zusammenarbeit. Der Antragsgegner habe sich der Beigeladenen vielmehr lediglich zur Erfüllung einer ihm obliegenden eigenen Aufgaben bedient, wobei dem Vertrag ein typisches Über-/Unterordnungsverhältnis bzw. Auftraggeber-Auftragnehmer-Verhältnis zugrunde liege. Sie hat überdies behauptet, dass zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen keineswegs eine reine Selbstkostenerstattung stattfinde. In § 6 des Vertrages werde vielmehr auf die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund der Selbstkosten (- LSP -) Bezug genommen, was zur Folge habe, dass die Beigeladene mit dem Betriebsführungsentgelt einen kalkulatorischen Gewinn erhalte. Darüber hinaus dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch in zahlreichen weiteren Kalkulationsbestandteilen des Entgeltes versteckte Gewinnanteile enthalten seien. Außerdem bestehe für die von der Beigeladenen vertraglich übernommenen Betriebsführungsleistungen ein Markt, auf dem private Leistungserbringer – wie etwa auch die Antragstellerin – die Leistung gleichfalls anbieten würde. Trete der leistungserbringende öffentliche Auftraggeber aber in Konkurrenz mit privaten Unternehmen, zu deren Leistungsportfolio auch diese Aufgabe gehöre, könne bereits per definitionem eine spezifische, gemeinsame öffentliche Aufgabe nicht angenommen werden. Die Privilegierung der Vergaberechtsfreiheit müsse hier schließlich auch deshalb entfallen, weil der Kooperationsvertrag unter § 2 Satz 4 vorsehe, dass die Beigeladene bei der Erfüllung der ihr mit diesem Vertrag übertragenen Aufgabe auf Dritte zurückgreifen dür-

fe, was die Gefahr einer wettbewerblichen Benachteiligung privater Unternehmen in sich bergen würde.

21 Die Antragstellerin hat vor der Vergabekammer beantragt,

22 1. festzustellen, dass die Vergabe der Leistungen zur technischen Betriebsführung bezüglich der Abwasserbeseitigung für den Antragsgegner für den Zeitraum ab 1. Juni 2016 an die Beigeladene unwirksam sei;

23 2. den Antragsgegner zu verpflichten, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff GWB unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.

24 Der Antragsgegner hat beantragt,

25 den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu verwerfen.

26 Er hat bereits die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages gerügt und insoweit die Ansicht vertreten, dass die streitige De-facto-Vergabe schon den Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Höhe von 209.000,- Euro nicht überschreiten würde, weil der Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft gemäß dessen § 9 nur zeitlich befristet sei. Außerdem verstoße die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*). Die Antragstellerin habe nämlich im Vorfeld ihres Nachprüfungsantrages wiederholt selbst gegenüber dem Antragsgegner für eine vergaberechtswidrige Direktvergabe an sich selbst geworben und eine einvernehmliche Rücknahme der Kündigung und Fortsetzung des Betriebsführungsvertrages angeregt. Da sie für sich selbst eine De-facto-Vergabe in Anspruch genommen habe, sei es ihr aber nun unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung verwehrt, eine Direktvergabe an ein drittes Unternehmen zu rügen. In der Sache ist sie der Meinung gewesen, dass die Bereichsausnahme der vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit vorliege und der streitige Vertrag damit dem Vergaberechtsregime entzogen sei. Die gemeinsame öffentliche Aufgabe liege hier in der Abwasserentsorgung, die allen an dem Verband beteiligten Kommunen gemeinsam obliege. Dementsprechend sei hier nach § 83 Abs. 1 WG LSA der Zusammenschluss zu einem Zweckverband zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung der Abwasserbeseitigung gestattet. Eine gemeinsame örtliche Zuständigkeit aller Kooperationspartner im verwaltungsrechtlichen Sinne sei dagegen nicht erforderlich. Dem Tatbestandsmerkmal der kooperativen Zusammenarbeit stünde überdies nicht entgegen, dass ein Beteiligter den überwiegenden Hauptteil der Leistung erbringe und als Gegenleistung im Wesentlichen ein Entgelt empfangt. Entsprechend dem Erwägungsgrund Nr. 33 der Richtlinie 24/2014/EU sei nämlich bei der Durchführung der Zusammenarbeit durchaus auch ein Finanztransfer zulässig. Im Übrigen habe der Gesetzgeber bei der Umset-

zung des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU in nationales Recht bewusst auf ein „echtes“ Kooperationserfordernis verzichtet. Entscheidend sei hierbei, dass die Kosten-erstattung gemäß § 6 Abs. 1 des Vertrages ausschließlich auf Basis der Selbstkosten vor-genommen werde, eine darüber hinausgehende Entgeltzahlung, die zusätzlich eine Ge-winnmarge berücksichtige, finde hingegen nicht statt. Die interkommunale Kooperation werde schließlich allein durch Überlegungen im Zusammenhang mit den öffentlichen In-teressen bestimmt, wie sich auch schon aus § 2 des ARGE-Vertrages ergebe. Die techni-sche Betriebsführung diene zudem ausschließlich der Abwasserentsorgung, die aber ei-ne öffentliche Pflichtaufgabe zur Daseinsvorsorge darstelle. Der EuGH habe im Übrigen in den einschlägigen Entscheidungen wiederholt hervorgehoben, dass einer öffentlichen Stelle gestattet werden müsse, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Auftragge-bern erfüllen zu können, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wen-den, die nicht zu ihren Dienststellen gehörten. Es treffe schließlich auch nicht zu, dass durch den Vertrag ein privater Dienstleistungsanbieter besser gestellt werden könne. So-weit unter § 2 des Vertrages über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft die Möglich-keit eines Rückgriffs auf Dritte vertraglich geregelt worden sei, rechtfertige dies keine abweichende Beurteilung, da eine entsprechende Leistung des Dritten jedenfalls verga-berechtskonform ausgeschrieben werden müsste. Der Antragsgegner hat überdies be-hauptet, dass die erwirtschafteten Umsätze aus einer Fremdeinleitung nahezu zu ver-nachlässigen seien. Der Antragsgegner erbringe auf dem Markt zudem weit weniger als 20 % der Tätigkeit, die von der interkommunalen Zusammenarbeit erfasst werde. Ein öf-fentliches Interesse an der Aufgabenwahrnehmung sei schließlich auch nicht schon des-halb zu verneinen, weil für die hier in Rede stehende Dienstleistung ein freier Markt be-stünde. Vielmehr könnten auch solche Aufgaben Gegenstand einer interkommunalen Zu-sammenarbeit werden, die zum Leistungsportfolio von privaten Unternehmen gehörten.

- 27 Die Beigeladene hat vorgetragen, dass ihre Umsatzerlöse aus der Abwasserentsorgung für Dritte in den vergangenen Jahren maximal 8,81 % ihres Gesamtumsatzes ausge-macht hätten und deshalb nicht wesentlich seien.
- 28 Die erste Vergabekammer hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2016 festgestellt, dass der zwischen dem Antragsgegner und dem Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirk-sam sei und hat dem Antragsgegner aufgegeben, bei unverändert fortbestehender Ver-gabeabsicht ein förmliches Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff GWB durchzuführen. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass sich die streitbefangene Vergabe nach dem Vergaberecht in der bis zum 17. April 2016 gültigen alten Fassung des GWB beurteile. Denn für den Beginn des materiellen Vergabeverfahrens sei im Falle einer un-zulässigen Direktvergabe ausreichend, dass sich der öffentliche Auftraggeber zur De-ckung eines bestimmten Bedarfs entschlossen und mit dem Ziel eines Vertragsschlusses erste organisatorische und planerische Schritte zur Umsetzung des Beschaffungsvorgan-ges unternommen habe. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes habe im Streitfall ein materielles Vergabeverfahren aber spätestens mit der Absichtserklärung des Antrags-gegners in der öffentlichen Verbandsversammlung vom 16. März 2016 begonnen, zu-mal der Antragsgegner schon zuvor im Juni 2015 die Beigeladene sowie einen weiteren Bieter zur Abgabe eines Angebotes für die technische Betriebsführung aufgefordert ha-be. Außerdem habe er den potentiellen neuen Vertragspartnern in Abstimmung mit der

Antragstellerin vor der Angebotsabgabe einen Termin zur Anlagenbesichtigung ermöglicht. Der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sei die Beigeladene im Übrigen auch nachgekommen und habe ihr Angebot am 31. August 2015 vorgelegt.

- 29 Der streitgegenständliche Vertrag überschreite zudem den hier relevanten Schwellenwert, der sich nach den Bestimmungen der EU-VO 1336/2013 für Dienstleistungs- und Lieferaufträge auf 207.000 € belaufe. Denn der Vertrag habe trotz seiner vorläufigen Befristung bis zum 31. Dezember 2016 eine Verlängerungsoption auf unbestimmte Zeit gerade für den Fall enthalten, dass eine Anschlussvereinbarung nicht bis zum 31.12.2016 zustande kommen sollte. Danach aber sei für die Schätzung des Auftragswertes gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV von einer Laufzeit von 48 Monaten auszugehen gewesen.
- 30 Entgegen der Ansicht des Antragsgegners unterliege der streitbefangene ARGE-Vertrag dem allgemeinen Ausschreibungserfordernis. Die Privilegierung einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit greife dagegen – auch unter dem Gesichtspunkt einer Vorwirkung der Richtlinie 2014/24/EU – nicht durch. Maßgeblich für die Ausschreibungsfreiheit derartiger Kooperationen sei, dass kein privates Unternehmen besser oder schlechter gestellt werde als seine Wettbewerber. Hiervon sei dann auszugehen, wenn eine juristische Person ihre Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auch anderen juristischen Personen, die inhaltlich dieselbe öffentliche Aufgabe zu erfüllen hätten, gegen eine reine Kostenerstattung zur Verfügung stelle. Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte zu Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, bei der das Merkmal der echten wechselseitigen Zusammenarbeit entfallen sei, könne geschlussfolgert werden, dass die Leistung auch nur durch einen kooperierenden Vertragspartner erbracht werden könne, während der andere Teil allein einen finanziellen Beitrag hierzu leiste. Eine ausschreibungsfreie horizontale Zusammenarbeit komme dabei dann in Betracht, wenn es sich bei dem Finanztransfer um eine bloße Kostenerstattung handele. Diese Voraussetzung müsse hier allerdings verneint werden. Denn die Beigeladene erhalte als Gegenleistung für die vertraglich geschuldete technische Betriebsführung ein Betriebsführungsentgelt, welches über eine bloße Kostenerstattung hinausgehe. Gemäß § 6 Nr. 1 des Vertrages werde das Entgelt auf Basis der Selbstkosten nach den Leitsätzen für die Preismittlung aufgrund der Selbstkosten (LSP, Anlage zur VO PR 30/53) ermittelt. Nach diesen Leitsätzen enthalte der Selbstkostenpreis aber auch einen zusätzlichen kalkulatorischen Gewinnbetrag, der das allgemeine Unternehmerrisiko abdecken solle und – im Falle einer vorherigen Vereinbarung – eine besondere unternehmerische Leistung honoriere. Im vorliegenden Vertrag sei zwar eine Gewinnvereinbarung nicht getroffen worden. Dies führe aber nur dazu, dass die zuständige Preisbehörde den kalkulatorischen Gewinn festlegen müsse. Hätten die Vertragsparteien einen Gewinnanteil tatsächlich ausschließen wollen, hätten sie dies in dem Vertrag ausdrücklich festlegen müssen. Ohne eine entsprechende vertragliche Festlegung sei der Gewinnanteil nach den Vorschriften der LSP anzusetzen. Zudem sei in § 6 Nr. 2 des Vertrages geregelt, dass die tatsächlichen Mengenverbräuche nach dem in dem Angebot vom 28. August 2015 ausgewiesenen Einheitspreisen und Stundenverrechnungssätzen abgerechnet werden sollten. Da aber die Beigeladene ihr Angebot im Jahr 2015 frei von Vorgaben des Antragsgegners erstellt habe, könne von einer bloßen Kostenerstattung nicht ausgegangen werden, zumal die angebotenen Einheitspreise keiner preisrechtlichen Überprüfung unterzogen worden seien. Schließlich könne auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die beschaffte Leis-

tung, nämlich hier die technische Betriebsführung, auch auf dem freien Markt durch private Unternehmen zu einem Preis angeboten werde, der deutlich unterhalb der Angebotssummen der Beigeladenen liege. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages stünde darüber hinaus nicht der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB entgegen. Insbesondere könne die Vergabekammer nicht feststellen, dass sich die Antragstellerin im Bewusstsein der Vergaberechtswidrigkeit ihres Tuns auf eine mit der Rechtsordnung eindeutig nicht in Einklang stehende Verhandlung mit dem Antragsgegner eingelassen habe. Vielmehr sei zu Gunsten der Antragstellerin zu unterstellen, dass sie davon ausgegangen sei, dass eine Einigung über die Rücknahme der ordentlichen Kündigung vor deren Wirksamwerden den vergaberechtlichen Regelungen nicht widerstreiten würde. Auch wenn die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 09. März 2016, mit dem sie dem Antragsgegner einen Rabatt i.H.v. 3 % offeriert habe, eindeutig gegen das geltende Vergaberecht verstoßen habe, sei dieses Verhalten jedoch nicht geeignet gewesen, ihr jeglichen vergaberechtlichen Rechtsschutz unter dem Gesichtspunkt des Verbots der unzulässigen Rechtsausübung zu versagen.

- 31 Gegen diesen, dem Antragsgegner am 20. Dezember 2016 zugestellten Beschluss hat dieser mit einem am 22. Dezember 2016 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt.
- 32 Er meint, dass der Vertrag zwischen ihm und der Beigeladenen vom 28. April 2016 über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zur interkommunalen Zusammenarbeit dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts entzogen sei, da der Vertrag die Voraussetzungen der Bereichsausnahme aus § 108 Abs. 6 GWB in der seit dem 18. April 2016 gültigen Fassung erfüllen würde. Die Vergabekammer sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass auf das Verfahren der 4. Teil des GWB in der bis zum 18. April 2016 gültigen alten Fassung nach § 186 Abs. 2 GWB Anwendung finden müsse. Da hier von einer sog. De-facto-Vergabe auszugehen sei, weil er auf die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens verzichtet habe, ließe sich der Zeitpunkt des Beginns eines Vergabeverfahrens nicht mehr bestimmen. Vielmehr komme es in den Fällen der De-facto-Vergabe auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, der hier am 28. April 2016 gelegen habe. Dementsprechend gelte hier aber die mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, S. 203) neu eingeführte Privilegierung des § 108 Abs. 6 GWB in der seit dem 18.04.2016 gültigen aktuellen Fassung. Zu Unrecht habe die erste Vergabekammer den Beginn des materiellen Vergabeverfahrens dagegen an die Beschlussfassungen in der Verbandsversammlung geknüpft, denn hierbei habe es sich lediglich um einen internen Willensbildungsprozess gehandelt, bei dem die Chancen und Risiken einer neuen Ausschreibung der streitbefangenen Leistungen abgewogen worden seien. Die Einholung von Angeboten im Juni 2015 habe ebenfalls lediglich der Markterkundung gedient. Sämtliche im Vorfeld durchgeführten Maßnahmen und Beschlussfassungen hätten daher bloße Vorbereitungshandlungen dargestellt, die aber keineswegs den Beginn eines Vergabeverfahrens markieren könnten. Zu Unrecht habe die Vergabekammer die Voraussetzung des § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB n.F., wonach die Durchführung der Zusammenarbeit zweier öffentlicher Auftraggeber ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein müsse, verneint. Dass dem Vertragsabschluss seinerzeit ausschließlich Überlegungen im öffentlichen Interesse zugrunde gelegen hätten, gehe bereits aus den unter § 2 des Vertrages regel-

ten Grundsätzen für die Zusammenarbeit hervor. Hintergrund der Zusammenarbeit sei nämlich eine effektive und optimale Nutzung der vorhandenen Ressourcen im Interesse der Bürgerinnen und Bürger des Verbandsgebietes, um die Abwasserbeseitigung langfristig sicherzustellen und gleichzeitig die Abwassergebühren stabil und transparent zu halten. Das Landgericht habe überdies nicht berücksichtigt, dass der Antragsgegner und die Beigeladene bereits seit dem Jahr 1998 auf der Grundlage einer Zweckvereinbarung auf dem Gebiet der Abwasserbehandlung zusammen arbeiten würden, und zwar würden Abwässer aus dem Verbandsgebiet in die Kläranlage der Beigeladenen eingeleitet, um deren Kapazität auszuschöpfen. Diese Zweckvereinbarung bilde letztlich auch die Grundlage für den Vertragsschluss vom 28. April 2016. Nur durch den Abschluss des Vertrages sei es überdies gelungen, den im Raum stehenden Austritt der Beigeladenen aus dem Zweckverband zu verhindern. Die Vergabekammer habe sich hingegen ausschließlich darauf beschränkt, den Regelungsgehalt des § 6 Nr. 1 und Nr. 2 auszulegen, und hierbei verkannt, dass es nach dem gemeinschaftlichen Willen der Vertragspartner um eine reine Kostenerstattung ohne kalkulatorischen Gewinn gegangen sei. Zudem habe die Vergabekammer die in § 6 Nr. 1 des Vertrages in Bezug genommenen Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten fehlerhaft gewürdigt. Denn darin sei unter Nr. 52 festgelegt, dass ein Leistungsgewinn nur berechnet werden dürfe, wenn er zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ausdrücklich vereinbart werde. An einer solchen Vereinbarung fehle es hier jedoch. Soweit die Vergabekammer im Übrigen davon ausgegangen sei, dass die Preisbehörde den kalkulatorischen Gewinn festlege, gehe sie fehl. Im Falle einer interkommunalen Kooperation würde das öffentliche Preisrecht nämlich nicht gelten, so dass damit auch die Zuständigkeit der Preisbehörde nicht begründet sei. Durch die von den Vertragsparteien unter § 6 Nr. 1 getroffene Vereinbarung über die Heranziehung der preisrechtlichen Grundsätze habe eine Zuständigkeit der Preisprüfbehörde als solches auch nicht begründet werden können, zumal dies ersichtlich auch nicht dem Willen der Vertragsparteien entsprochen habe. Selbst wenn die Vertragsparteien im Rahmen der Kostenerstattung einen kalkulatorischen Gewinn vorgesehen hätten, würde dies einer Privilegierung aus § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB aber letztlich auch nicht entgegen stehen, da damit allenfalls die allgemeine Unternehmerwagnis abgegolten werden sollte. Ein solcher Wagnisaufschlag könne das öffentliche Interesse im Sinne des § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB aber keineswegs ausschließen. Schließlich könne es für die Privilegierung aus § 108 Abs. 6 GWB aber auch keine Rolle spielen, dass er die streitgegenständlichen Leistungen im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens auf dem freien Markt möglicherweise kostengünstiger erhalten würde. Auf reine Kostenerwägungen könne es indessen nicht ankommen, zumal eine öffentliche Stelle wie der Beschwerdeführer nach der Rechtsprechung des EuGH nicht gezwungen werden könne, sich zur Erfüllung seiner im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben an externe Einrichtungen zu wenden. In diesem Zusammenhang hat sie zudem behauptet, dass die Antragstellerin ihre Preise nur deshalb so niedrig habe kalkulieren können, weil sie die Anlagen bei der technischen Betriebsführung auf Verschleiß gewirtschaftet habe, was anhand von verschiedenen Mängeln bei Übergabe der Anlagen deutlich geworden sei. Er meint zudem weiterhin, dass § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB kein konstitutives Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen einer interkommunalen Zusammenarbeit begründe, sofern – wie hier – kein relevanter Drittmarkt bestehe. Außerdem ist er der Ansicht, dass es für das tatbestandliche Erfordernis der Zusammenarbeit völlig ausreichend sei, dass einer der Beteiligten die Hauptlast trage, während der andere nur einen finanziellen Beitrag leisten müsse. Ein bloßer Finanztransfer erfülle bereits das Tatbestandsmerkmal der Zusammenarbeit. Bei der Auslegung des § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB n.F. bzw. Art. 12 Abs. 4 der Vergaberechts-

richtlinie sei im Übrigen zu berücksichtigen, dass der europäische Richtliniengeber auf die Normierung eines „echten“ Kooperationserfordernisses seinerzeit bewusst im Ergebnis des Trilogverfahrens verzichtet habe. Da § 108 Abs. 6 GWB ausweislich der Gesetzesbegründung Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie in nationales Recht umsetze, gelte dies in gleicher Weise für den Tatbestand des § 108 Abs. 6 GWB. Er hält überdies an seiner Ansicht fest, dass der Nachprüfungsantrag schon deshalb unzulässig sei, weil sich die Antragstellerin nach Zugang der ordentlichen Kündigung ihres Betriebsführungsvertrages selbst im groben Maße widersprüchlich und treuwidrig verhalten habe. Darüber hinaus dürfe nicht übersehen werden, dass der Antragsgegner zwar bereits mit Schreiben vom 24. März 2016 die Beauftragung der Beigeladenen gerügt habe, der Nachprüfungsantrag datiere hingegen erst vom 11. Mai 2016. Die Antragstellerin habe insofern einige Wochen ungenutzt verstreichen lassen. Auch wenn die Präklusionsvorschrift des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB im Streitfall keine Anwendung finden könne, ändere dies jedoch nichts daran, dass der lange Zeitablauf zwischen der ersten Rüge und dem Anbringen des Nachprüfungsantrages eine unzulässige Rechtsausübung darstelle.

33 Der Antragsgegner beantragt,

34 1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 16.12.2016 aufzuheben;

35 2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners gemäß § 128 Abs. 4 GWB alte Fassung, § 182 Abs. 4 GWB neue Fassung für notwendig zu erklären.

36 Die Antragstellerin beantragt,

37 die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

38 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung der ersten Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens.

39 Ergänzend trägt sie vor, dass der Antragstellerin nicht der Vorwurf gemacht werden könne, dass sie den Nachprüfungsantrag entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben verspätet eingereicht habe. Denn sie habe erstmals in der Verbandsversammlung vom 28. April 2016 Kenntnis von dem Abschluss des ARGE-Vertrages erhalten und habe danach unverzüglich mit Schreiben vom 29. April 2016 das Vorgehen des Antragsgegners gerügt. Auch könne ihr nicht wegen angeblich widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB verwehrt werden die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen wegen der unzulässigen De-facto-Vergabe des Antragsgegners anzurufen. Eine Bereichsausnahme vom Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB a.F. liege nicht vor. Insbesondere seien die Voraussetzungen einer vergabefreien interkommunalen Zusammenarbeit nicht erfüllt. Sie bestreitet, dass es dem gemeinschaftlichen Willen der Vertragspartner des ARGE-Vertrages

entsprochen habe, eine reine Kostenerstattung zu vereinbaren. Die Beigeladene erhalte für ihre Dienste vielmehr ein Betriebsführungsentgelt einschließlich eines Gewinnanteils. In den in § 6 Nr. 1 des Vertrages in Bezug genommenen Leitsätzen für die Preisermittlung werde unter Nummer 10 Absatz 3 festgehalten, dass als Teil des Selbstkostenpreises auch ein Gewinn einzukalkulieren sei. Wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt habe, sei das allgemeine Unternehmerwagnis, sofern die Parteien hierüber keine konkrete Vereinbarung getroffen hätten, von der Preisbehörde festzulegen. Außerdem könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass hier zahlreiche weitere Kalkulationsbestandteile des Entgeltes zusätzliche Gewinnanteile enthalten würden. Die in dem Angebot der Beigeladenen vom 28. August 2015 ausgewiesenen Einheitspreise und Stundenverrechnungssätze seien im Übrigen nicht preisrechtlich überprüft worden. Da die in § 6 Nr. 1 und Nr. 2 des Vertrages getroffene Entgeltregelung über eine reine Kostenerstattung hinausginge, führe dies zugleich zum Wegfall des öffentlichen Interesses. Schließlich könne hier aber auch nicht von der Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe die Rede sein. Gegenstand der Beauftragung der Beigeladenen seien vielmehr lediglich marktgängige Hilfsdienstleistungen zur Erfüllung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung. Sie hält insoweit daran fest, dass technische Hilfsdienstleistungen, die auch in das Leistungsportfolio privater Unternehmen gehörten, keine spezifische öffentliche Aufgabe begründen könnten und deshalb auch nicht ausschließlich von Überlegungen im öffentlichen Interesse getragen würden. Aus der „Piepenbrock“-Entscheidung des EuGH gehe insoweit klar hervor, dass Verträge über bloße technische Hilfsdienstleistungen – wie hier – oder über andere Aufgaben, die nicht unmittelbar dem Gemeinwohl dienen, als ausschreibungspflichtiger öffentlicher Dienstleistungsvertrag zu werten seien. Auch das Wesentlichkeitskriterium in § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB sei im Streitfall nicht erfüllt. Da der Antragsgegner hierzu nichts dokumentiert habe, sei von dem Nichtvorliegen dieser Voraussetzung auszugehen. Von einer interkommunalen Zusammenarbeit könne schließlich auch deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe gerade nicht Gegenstand des Vertrages geworden sei. Es verhalte sich hier vielmehr so, dass sich mehrere Gebietskörperschaften ursprünglich zum Zwecke der Abwasserentsorgung zu einem Verband zusammengeschlossen hätten und dieser nun seinerseits eine Gebietskörperschaft hieraus mit der Erbringung von Dienstleistungen für die alle anderen Verbandsmitglieder gegen Zahlung eines Entgeltes beauftragt habe. Der Vertrag sei insofern auch nicht auf eine gleichberechtigte horizontale Zusammenarbeit der Vertragspartner „auf Augenhöhe“ ausgelegt, sondern entspreche einem auftragstypischen Über- und Unterordnungsverhältnis, was sich insbesondere aus einer Zusammenschau der §§ 3 und 4 des Vertrages herleiten lasse. Der Antragsgegner habe sich der Beigeladenen lediglich zur Erfüllung einer eigenen, ihm obliegenden öffentlichen Aufgabe bedient. Die öffentliche Aufgabe der Abwasserbeseitigung sei dagegen bei dem Antragsgegner für dessen Verbandsgebiet verblieben. Schließlich verkenne der Antragsgegner, dass der Vertrag die Gefahr einer wettbewerblichen Benachteiligung privater Drittunternehmen in sich berge, da er zur Erfüllung der vertraglich übernommenen Betriebsführungsaufgaben in § 2 Satz 4 den Rückgriff auf Dritte gestatte. Davon habe die Beigeladene letztlich auch Gebrauch gemacht und die Stadtwerke W. GmbH in die Leistungserbringung einbezogen. Sobald ein zwischen öffentlichen Körperschaften zustande gekommener Kooperationsvertrag einen Rückgriff auf private Dritte ermögliche, sei er aber nach der Rechtsprechung des EuGH auszuschreiben, wobei es nicht darauf ankomme, ob der Dritte bei Vertragsschluss schon feststünde.

- 40 Die Beigeladene, die keinen eigenen Sachantrag gestellt hat, unterstützt inhaltlich das Begehren des Antragsgegners.
- 41 Sie trägt vor, dass sie im Rahmen ihrer Entgeltkalkulation für den Vertrag weder Gewinn- noch Wagniszuschläge berücksichtigt habe. Fremdkosten hätten gesondert ausgewiesen werden müssen und die Kosten für das von ihr eingesetzte eigene Personal habe sie nach tatsächlichen Einsatzstunden unter Angabe des abgearbeiteten Auftrages abgerechnet.
- 42 Wegen des weitergehenden Sachvortrages der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

- 43 Die nach § 116 Abs. 1 S. 1 GWB in der bis zum 17. April 2016 gültigen alten Fassung (im Folgenden: a.F.) statthafte sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht innerhalb der Notfrist von zwei Wochen gemäß § 117 Abs. 1, Abs. 2 GWB a.F. eingelegt worden.

I.

- 44 Auf das anhängige Vergabeverfahren findet gemäß § 186 Abs. 2 GWB in der Fassung des am 18. April 2016 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG, BGBl. I, S. 203 ff) das bisherige Recht in der bis zum 17. April 2016 gültigen Fassung (im Folgenden: a.F.) weiterhin Anwendung, da es bereits vor dem Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes eingeleitet worden ist.
- 45 1. § 186 Abs. 2 GWB n.F. bestimmt, dass Vergabeverfahren, die vor dem 18. April 2016 begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie am 18. April 2016 anhängige Nachprüfungsverfahren nach dem Recht zu Ende geführt werden, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt. Nach dem insoweit zugrunde zu legenden materiellen Begriffsverständnis (vgl. OLG Celle NZBau 2014, 780; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juli 2013 VII Verg 10/13, juris Rdnr. 26; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012 Verg 8/12, juris Rdnr. 61; BayObLG, Beschluss vom 28. Mai 2003 Verg 7/03, juris Rdnr. 8) setzt der Beginn eines Vergabeverfahrens zum einen die interne Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers voraus, einen gegenwärtigen oder künftigen Bedarf durch eine Beschaffung von Lieferungen, Dienst- oder Bauleistungen auf dem (Binnen-) Markt (und nicht durch Eigenleistung) zu decken (inter-

ner Beschaffungsentschluss), und erfordert zum anderen eine nach außen hin (über interne Überlegungen und Vorbereitungen hinaus) zutage getretene Maßnahme, um den Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses zu ermitteln oder bereits zu bestimmen (externe Umsetzung). Zur Abgrenzung zwischen der – überwiegend intern vorgenommenen – Vorbereitung des Vergabeverfahrens und dem Beginn seiner Durchführung ist dementsprechend auf eine nach außen zutage getretene Verlautbarung durch Ergreifen einer Maßnahme abzustellen, die auf die Herbeiführung eines Vertragsschlusses gerichtet ist. Dies gilt in gleicher Weise für eine sog. De-facto-Vergabe ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens. Denn unabhängig von der Frage, ob der Auftraggeber zu dieser Vorgehensweise überhaupt berechtigt ist, stellt sich auch hier die Frage, nach welchem Zeitpunkt sich bestimmt, welche gesetzlichen Regelungen zur Bewertung einschlägig sind. Auch bei diesen Verfahren wird aber in der Regel nicht auf den Vertragsschluss abgestellt, sondern auf den Beginn des Verfahrens im materiellen Sinne (vgl. Fandrey in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rdn. 8 zu § 186 GWB). Ein Vergabeverfahren beginnt auch insoweit mit der ersten nach außen getretenen Handlung der Vergabestelle (vgl. OLG Düsseldorf VergabeR 2015, 242; OLG Düsseldorf VergabeR 2012, 846; OLG Celle NZBau 2014, 780 m.w.N.; Zeiss in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Rdn. 1 zu § 186 GB), mit der der Auftraggeber – über das Stadium des bloßen Vorstudiums des Marktes hinaus oder sonstiger rein vorbereitender Handlungen – bestimmte organisatorische oder planerische Maßnahmen ergreift, um einen Auftragnehmer zu ermitteln (vgl. OLG Celle NZBau 2014, 780; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juni 2013, a. a. O., juris Rdnr. 26; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, a. a. O., juris Rdnr. 61), also z. B. Angebote einholt, Bietergespräche führt oder sogar wertet und sich für ein Angebot entscheidet (EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005 C26/03, juris Rdnr. 35; BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005 X ZB 27/04, juris Rdnr. 15; Möllenkamp in Kulartz/Kus/Portz, a. a. O., § 107 Rdnr. 34). Während nach diesen Grundsätzen Machbarkeitsstudien oder vergleichende Wirtschaftlichkeitsberechnungen noch nicht ausreichen können (OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, a. a. O., juris Rdnr. 65), genügen aber in jedem Fall solche Maßnahmen des Auftraggebers, die nach außen wahrgenommen werden und geeignet sind, das leistende Unternehmen mit dem Ziel eines Vertragsschlusses zu ermitteln und auszuwählen (vgl. OLG Celle NZBau 2014, 78; OLG Rostock, Beschluss vom 20. November 2013, 17 Verg 7/13 zitiert nach juris; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, a. a. O.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Oktober 2008 VII Verg 35/08, juris Rdnr. 21; Fandrey in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rdn. 8 zu § 186 GWB).

- 46 2. Wie die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, hat der Antragsgegner bereits vor dem 18. April 2016 mit der externen Umsetzung des Beschaffungsvorganges begonnen. Maßgeblich ist bei der Bewertung der von dem Antragsgegner unternommenen Schritte dabei der objektive Empfängerhorizont eines potenziellen Bieters (vgl. OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, a. a. O., juris Rdnr. 67).
- 47 Der Antragsgegner hat bereits unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung gegenüber der Antragstellerin im Jahr 2015 intern Überlegungen angestellt, wie mit der technischen Betriebsführung nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31. Mai 2016 zukünf-

tig verfahren werden soll, wobei unterschiedliche Optionen erwogen wurden, so insbesondere eine interkommunale Zusammenarbeit, eine förmlich europaweite Ausschreibung sowie ferner eine Fortsetzung des gekündigten Betriebsführungsvertrages mit der Antragstellerin (Beschlussvorlage V-02/2016 vom 29. Dezember 2016). Diese Erwägungen mögen zwar zunächst nur der Vorbereitung der internen EntschlieÙung über die Neuorganisation der technischen Betriebsführung gedient haben und damit dem rein internen Bereich des Auftraggebers zuzuordnen sein. Allerdings hat der Antragsgegner mit der externen Umsetzung seiner Beschaffungsabsicht schon im Jahr 2015 dadurch begonnen, dass er mit Anfrage vom 30. Juni 2015 Kostenangebote sowohl der Beigeladenen als auch der WAZV L. -R. - J. eingeholt hat und diese einer Bewertung unterzog, wie sich aus der vorliegenden Dokumentation im Zusammenhang mit der Niederschrift der Sitzung der Verbandsversammlung vom 16. März 2016 (Anlage 11, Beschlussvorlage V-06/2016) ergibt. Mit Schreiben vom 21. Juli 2015 forderte er die Antragstellerin ferner auf, „potenziellen neuen Vertragspartnern“ die Besichtigung der Kläranlage M. und ggf. weiterer Anlagen zu ermöglichen. Der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots kamen die Beigeladene und der WAZV L. -R. -J. als weiterer Bieter nach. Das Angebot der Beigeladenen vom 28. August 2015 ging bei dem Antragsgegner am 31. August 2015 ein.

- 48 Mit der Einholung der Angebote potenzieller Bieter hat der Antragsgegner aber das interne Stadium verlassen, weil er damit Maßnahmen ergriffen hat, die über eine rein vorbereitende Marktsondierung und Machbarkeitsstudie im Vorfeld eines Verfahrens hinausgehen. Indem er mehreren Unternehmen Gelegenheit zur Abgabe von Angeboten gegeben hatte, hat er den Wettbewerb zwischen mehreren Wirtschaftsteilnehmern eröffnet und ist dadurch nach außen wahrnehmbar aufgetreten, um einen Wirtschaftsteilnehmer für den Vertragsschluss auszuwählen (vgl. BGHZ 162, 116; OLG Rostock, Beschluss vom 20. November 2013, 17 Verg 7/13 zitiert nach juris; Fandrey in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rdn. 8 zu § 186 GWB). Mit der Beigeladenen hatte der Antragsgegner über deren Angebot unstreitig verhandelt und dieser schließlich den Vorzug gegeben, was in der von der Verbandsversammlung am 18. März 2016 beschlossenen Absichtserklärung dokumentiert ist.

II.

- 49 Zu Unrecht meint der Antragsgegner, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Das Nachprüfungsverfahren ist insgesamt zulässig.
- 50 1. Der Schwellenwert gem. §§ 100 Abs. 1 Nr. 1, 127 Nr. 1 GWB in der hier bis zum 17. April 2016 gültigen alten Fassung i. V. mit § 2 Nr. 2 VgV nach Maßgabe des Art. 2 Nr. 1 b) der EU-Verordnung 1336/2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Höhe von 207.000 € netto ist hier überschritten. Zwar ist der angegriffene Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zunächst nur zeitlich befristet bis zum 31. Dezember 2016 abgeschlossen worden. Die Parteien haben indessen unter § 9 Nr. 1 des Vertrages eine Verlängerungsoption für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien nicht auf eine langfris-

tige Anschlussvereinbarung verständigen können. In diesem Fall soll der ARGE-Vertrag aber auf unbestimmte Zeit weiter laufen, so dass für die Bestimmung des Auftragswertes gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV a.F. auf den 48-fachen Monatswert abzustellen gewesen ist. Legt man das Kostenangebot der Beigeladenen vom 28. August 2015 zugrunde, so liegt der geschätzte Auftragswert deutlich oberhalb des Schwellenwertes.

- 51 2. Die Antragstellerin ist überdies nach § 107 Abs. 2 GWB a.F. antragsbefugt, denn sie hat ihr Interesse an dem Auftrag hinreichend belegt.
- 52 Gemäß § 107 Abs. 2 GWB a.F. muss der Antragsteller eines Nachprüfungsverfahrens ein Interesse am Auftrag haben, die Verletzung eigener Rechte gem. § 97 Abs. 7 GWB geltend machen und ihm muss durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften ein eigener Schaden drohen. Dies ist hier der Fall.
- 53 a) Bei einer De-facto-Vergabe, bei der eine Vergabestelle eine Auftragsvergabe ohne förmliches Vergabeverfahren beabsichtigt, obwohl ein Vergabeverfahren hätte durchgeführt werden müssen, sind an das Auftragsinteresse grundsätzlich keine hohen Anforderungen zu stellen. Insoweit reicht es aus, dass der Antragsteller darlegt, durch den behaupteten Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts an der Abgabe eines Angebots und der Erlangung des Auftrags gehindert gewesen zu sein (vgl. OLG Celle NZBau 2014, 780; OLG Frankfurt NZBau 2014, 386 m.w.N.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15. November 2013 15 Verg 5/13, juris Rdnr. 86; Summa in jurisPK-VergabeR, 4. Aufl., § 107 GWB Rdnr. 57). Ist das Unternehmen – wie hier die Antragstellerin – auf die Erbringung des Auftrages eingerichtet, folgt das Interesse am Auftrag schon daraus in Verbindung mit der Stellung des Nachprüfungsantrages (vgl. OLG Frankfurt NZBau 2014, 386). Die Antragstellerin hat als bisherige Leistungserbringerin überdies wiederholt, so mit Schreiben vom 10. Dezember 2015, ihr Interesse an einer Fortsetzung des zum 31. Mai 2016 gekündigten Betriebsführungsvertrages bekundet. Sie hat zudem dargelegt, dass und warum sie ein förmliches Verfahren für notwendig erachtet und dass ihr anderenfalls ein Schaden drohe. Denn durch die De-facto-Vergabe wird ihr die Möglichkeit zur Beteiligung am Verfahren mit dem Ziel einer Auftragsvergabe genommen; darin ist aber stets eine Verschlechterung der Zuschlagschancen zu sehen (vgl. OLG Celle NZBau 2014, 780; OLG Naumburg, Beschluss vom 22. Dezember 2011 2 Verg 10/11, juris Rdnr. 69, 70).
- 54 b) Aber auch der Einwand des Antragsgegners, er habe den Betriebsführungsvertrag mit der Antragstellerin deshalb gekündigt, weil er mit den Leistungen der Antragstellerin in der Vergangenheit nicht mehr zufrieden gewesen sei, rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Konkrete Tatsachen, die die Prognose einer Ungeeignetheit der Antragstellerin begründen oder zumindest als vertretbar erscheinen lassen könnten, hat der Antragsgegner nicht substantiiert dargetan. Das Vorbringen des Antragsgegners zur möglichen Unzuverlässigkeit der Antragstellerin sind vielmehr zu allgemein gehalten, als dass sie den Senat von einem berechtigten Ausschluss der Antragstellerin im Falle der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens überzeugen könnten. Die freihändige Vergabe an die Beigeladene lässt auch keine tragfähigen Schlussfolgerungen zu, welche

konkreten Anforderungen der Antragsgegner an die Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und technisches know-how im Falle der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens gestellt hätte oder stellen würde. Dass die Antragstellerin ordnungsgemäß festgelegte Eignungskriterien oder Mindestbedingungen nicht erfüllen könnte, lässt sich damit nicht prognostizieren.

- 55 3. Eine Präklusion nach § 107 Abs. 3 GWB a.F. scheidet ebenfalls von vorneherein aus, da bei einer De-facto-Vergabe im Grundsatz kein Rügerecht besteht. Da der Antragsgegner kein förmliches Vergabeverfahren eingeleitet hat, sondern den Kooperationsvertrag mit der Beigeladenen nur nach beschränkter Beteiligung anderer Unternehmen freihändig abschloss, sind die Rügeobliegenheit und die Fristen des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. vollständig von der vorrangigen Regelung in § 101 b Abs. 2 GWB a.F. verdrängt (vgl. OLG München NZBau 2013, 458; OLG Frankfurt NZBau 2014, 386; OLG Celle NZBau 2014, 780).
- 56 4. Der Nachprüfungsantrag ist des Weiteren aber auch nicht gemäß § 101 b Abs. 2 GWB verfristet. Nach § 101 b Abs. 2 GWB kann die Unwirksamkeit eines unter Verletzung des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB zustande gekommenen Vertrages nur innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes und nicht später als 6 Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht werden. Der streitgegenständliche Betriebsführungsvertrag ist am 28. April 2016 auf der Grundlage des Beschlusses der Verbandsversammlung vom gleichen Tage unterzeichnet worden. Ihren Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin am 12. Mai 2016 bei dem Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt eingereicht und damit die 30-Tagesfrist des § 101 b Abs. 2 GWB a.F. gewahrt.
- 57 5. Die Antragstellerin ist schließlich auch nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB gehindert gewesen, ihren Nachprüfungsantrag anzubringen.
- 58 a) Wie die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, stellt sich ihr Nachprüfungsgesuch insbesondere nicht als eine unzulässige Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens (Einwand des venire contra factum proprium) dar.
- 59 Die Antragstellerin mag zwar im Vorfeld nachhaltig um eine Fortsetzung des zum 31. Mai 2016 gekündigten Betriebsführungsvertrages geworben und dem Antragsgegner dabei eine Rücknahme der Kündigung vorgeschlagen haben. Ob die vorgeschlagene Vorgehensweise vergaberechtliche Vorschriften missachten würde, weil dadurch ebenfalls eine förmliche europaweite Ausschreibung unterbleiben sollte, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben. Denn der Antragstellerin kann die Rechtsschutzmöglichkeit nach §§ 102 ff GWB a.F. gegen vergaberechtliche Verstöße des Auftraggebers nicht schon mit der Begründung versagt werden, dass sie ihrerseits eine unzulässige De-facto-Vergabe zu ihren Gunsten angeregt habe. Der Senat vermag ein rechtsmissbräuchliches Verhalten je-

denfalls noch nicht darin zu erblicken, dass sie sich nunmehr gerichtlich gegen die vergaberechtswidrige Beauftragung der Beigeladenen wendet (vgl. ähnlich OLG München NzBau 2013, 458). Dabei ist zu beachten, dass die §§ 97 ff GWB a.F. in erster Linie die öffentlichen Auftraggeber verpflichten sollen. Die den Bietern in § 102 GWB a.F. eröffnete Rechtsschutzmöglichkeit, mit der das Verhalten der Vergabestelle im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge überprüft wird, kann aber nur ausnahmsweise unter besonderen Voraussetzungen nach § 242 BGB eingeschränkt werden.

- 60 Ein Unternehmen verhält sich dabei nicht schon dann treuwidrig, wenn es gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber ein Angebot abgibt, das eine Dienstleistung zum Gegenstand hat, ohne bereits hierbei auf die Notwendigkeit eines geregelten Vergabeverfahrens hinzuweisen. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kommt vielmehr allenfalls dann in Betracht, wenn das Unternehmen bereits zu diesem Zeitpunkt weiß oder – was regelmäßig positiver Kenntnis gleichsteht (vgl. z.B. BGHZ 133, 192, 198 f.; BGH NJW 2000, 953 m.w.N.) – sich aufdrängender Erkenntnis verschließt, dass der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne Einleitung und Durchführung eines notwendigen geregelten Vergabeverfahrens vergeben will (vgl. BGHZ 162, 116; OLG Brandenburg NJOZ 2004, 2759). Hierfür ist aber im Streitfall weder etwas dargetan noch ersichtlich. Die Vergabekammer hat zu Recht darauf verwiesen, dass in der vergaberechtlichen Praxis die Ansicht vertreten wird, dass die von der Antragstellerin vorgeschlagene einvernehmliche Rücknahme einer Kündigung innerhalb der laufenden Kündigungsfrist weder einen neuen Beschaffungsvorgang begründet, mit dem seinerseits gegen die Unterrichtungspflicht des § 101 a GWB a.F. verstoßen würde, noch die unmittelbare Erteilung eines Auftrages im Sinne des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB darstellt (vgl. BKartA Bonn, Beschluss vom 26. Februar 2010, VK 1 - 7/10 zitiert nach juris). Nach dieser Rechtsansicht einigen sich die Vertragsparteien vielmehr darauf, sich gegenseitig so behandeln zu wollen, als wenn die Kündigung von vorneherein nicht erfolgt wäre; der gekündigte Vertrag bliebe danach nach den bisherigen Bedingungen unverändert in Kraft und die einvernehmliche Rücknahme der Kündigung würde keinen neuen Vertrag darstellen (vgl. BKartA Bonn, Beschluss vom 26. Februar 2010, VK 1 - 7/10 zitiert nach juris). Auch wenn man diese Rechtsansicht nicht teilen will, kann man aber vor diesem Hintergrund das Ansinnen der Antragstellerin, die Kündigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist „zurückzunehmen“, nicht schon als derart treuwidrig werten, dass sie allein aufgrund dieses Verhaltens ihres eigenen Nachprüfungsrechtes aus § 102 GWB a.F. verlustig ginge.
- 61 b) Der Antragstellerin kann ferner nicht als unzulässige Rechtsausübung entgegengehalten werden, dass sie ihren Nachprüfungsantrag erst am 11. Mai 2016 angebracht hat, obwohl sie bereits mit Schreiben vom 24. März 2016 die beabsichtigte De-facto-Vergabe gegenüber dem Antragsgegner gerügt hatte und dieser der Rüge mit Schreiben vom 29. März 2016 nicht abhalf.
- 62 Dass die Antragstellerin das Vorgehen des Antragsgegners mit Schreiben vom 24. März 2016 vorsorglich beanstandet und Abhilfe gefordert hat, führt nicht dazu, dass die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. zumindest entsprechend heranzuziehen wäre. Es kann nämlich nicht angehen, dass in einem Fall, in dem der Auftraggeber kein regel-

tes Vergabeverfahren durchführt, der Antragstellerin eine Mitwirkungspflicht im Sinne der auf einer Vertrauensbasis beruhenden Präklusionsregel auferlegt wird. Hierfür fehlt es bereits an einer verfahrensmäßigen Grundlage. Eine aus § 242 BGB abgeleitete Obliegenheit zu Lasten desjenigen Bieters, der die Erforderlichkeit eines regulären Vergabeverfahrens gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat, einen Nachprüfungsantrag zeitnah nach Eingang der Mitteilung über die Nichtabhilfe anzubringen, ist zu verneinen. Dadurch würde nicht nur die Nichtanwendbarkeit des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a.F. auf De-facto-Vergaben unterlaufen (§ 107 Abs. 3 S. 2 GWB a.F.), sondern eine einseitige Belastung der Bieterseite bei gleichzeitiger Privilegierung des öffentlichen Auftraggebers bewirkt, die schon deswegen nicht gerechtfertigt ist, weil der öffentliche Auftraggeber und nicht der Bieter der verantwortliche Normadressat für die Beachtung des Vergaberechts ist (vgl. ebenso: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juli 2006, VII Verg 26/06 zitiert nach juris; OLG München NZBau 2013, 458). Stellt sich der öffentliche Auftraggeber aber – wie hier – auf den Standpunkt, zu einer Direktvergabe berechtigt gewesen zu sein, wäre es ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch, den Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf eine Beanstandungsobliegenheit als rechtsmissbräuchlich zurückzuweisen, während der öffentliche Auftraggeber sich gegen die Einhaltung der Vergabevorschriften entschieden hat und von dieser Entscheidung auch im Nachprüfungsverfahren nicht abbrückt, der Antragstellerin aber die Verletzung eigener Pflichten vorwirft (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juli 2006, VII Verg 26/06 zitiert nach juris).

III.

- 63 Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.
- 64 Der Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft vom 28. April 2016 unterfällt nicht der Bereichsausnahme einer interkommunalen Zusammenarbeit, sondern unterliegt dem Vergaberechtsregime der §§ 97 ff GWB a.F. (zu 1.).
- 65 Die Vergabekammer hat insoweit zu Recht angenommen, dass die Voraussetzungen für eine Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung und förmlicher, europaweiter Ausschreibung nicht vorlagen und festgestellt, dass die Auftragserteilung an die Beigeladene als De-facto-Vergabe gemäß § 101 b Abs. 1 GWB a.F. nichtig ist (zu 2.).
- 66 1. Der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen am 28. April 2016 zustande gekommene ARGE-Vertrag erfüllt die Tatbestandsmerkmale eines ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrages im Sinne des § 99 GWB a.F., denn ein öffentlicher Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 GWB a.F.) will hier eine ihm gesetzlich übertragene Aufgabe nicht selbst erfüllen, sondern von einer von ihm personenverschiedenen und unabhängigen juristischen Person erledigen lassen, die als Gegenleistung hierfür ein Betriebsführungsentgelt erhält. Der Annahme eines Auftrages im Sinne des § 99 GWB a.F. steht dabei nicht etwa entgegen, dass der Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft öffentlich-

rechtlicher Natur und der Ausführende seinerseits öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB a.F. ist. Auch ist nicht erheblich, ob die Gegenleistung des Auftraggebers kostendeckend oder gar gewinnbringend ist (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, C-159/11, Lecce, NZBau 2013, 114; OLG Koblenz VergabeR 2015, 192; OLG Düsseldorf VergabeR 2014, 169).

- 67 Ein Ausnahmefall, der die Auftragsvergabe bezüglich der technischen Betriebsführung dem Vergaberechtsregime entzieht, ist hingegen zu verneinen. Der Antragsgegner kann sich insbesondere nicht auf die Bereichsausnahme einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit berufen.
- 68 a) Da sich das Verfahren nach dem bis zum 17. April 2016 gültigen Vergaberecht (GWB a.F.) beurteilt, kann die in § 108 Abs. 6 GWB n.F. normierte Privilegierung der interkommunalen Zusammenarbeit keine unmittelbare Anwendung finden. Die Reichweite des im Ersten Abschnitt des Vierten Teils des gemäß § 186 Abs. 2 GWB anzuwendenden, bis zum 17. April 2016 gültigen GWB bestimmt sich vielmehr allein nach den hier anwendbaren §§ 99 ff GWB a.F. Das Vergaberecht enthielt allerdings in den §§ 99 ff GWB a.F. bislang keine – § 108 Abs. 6 GWB n.F. entsprechende – Regelung, die eine Vereinbarung, welche einerseits alle Merkmale eines öffentlichen Auftrages erfüllt, an denen andererseits aber nur öffentliche Auftraggeber beteiligt sind, von dem Anwendungsbereich des Ersten Abschnitts des Vierten Teils des GWB a.F. ausnimmt.
- 69 Die Voraussetzungen für eine Nichtanwendung des Vergaberechts bei öffentlich-rechtlicher Zusammenarbeit können indessen den maßgeblich von der Rechtsprechung des EuGH zu den unionsrechtlichen Vergabevorschriften entwickelten Grundsätzen sowie Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU entnommen werden.
- 70 aa) Nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH, Urteil vom 09. Juni 2009, C 480/06, „Stadtreinigung Hamburg“, NZBau 2009, 527; EuGH, Urteil vom 13. Juni 2013, C-386/11, „Piepenbrock“; EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, C-159/11, „Lecce“) resultiert die Ausschreibungsfreiheit im Falle einer horizontalen Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften aus folgenden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen:
- 71 (1) Mit dem maßgeblichen Vertrag wird eine Zusammenarbeit ausschließlich zwischen den öffentlichen Einrichtungen (Gebietskörperschaften) bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart.
- 72 (2) Die Zusammenarbeit und ihre Umsetzung werden nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

- 73 (3) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessen muss gewährleistet sein, so dass kein privates Unternehmen einem Wettbewerbsverstoß ausgesetzt ist.
- 74 Liegen diese Voraussetzungen bei einer Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen vor, sind die unionsrechtlichen Vergabevorschriften nicht anwendbar. Sachliche Rechtfertigung dieser Ausnahme ist die Überlegung, dass das Unionsrecht den öffentlichen Auftraggeber nicht zu einer Nachfrage auf dem freien Markt zwingt. Das Vergaberecht ist vielmehr dann nicht relevant, wenn sich Beschaffungsvorgänge rein im Binnenbereich von Hoheitsträgern vollziehen und damit der externe Markt und private Unternehmen gar nicht tangiert werden. Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofes hat in ihrer Grundsatzentscheidung vom 09. Juni 2009 („Stadtreinigung Hamburg“, C 480/06, NZBau 2009, 527) hierzu ausgeführt, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben entweder mit ihren eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen könne, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören würden. Zum einen schreibe das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vor. Zum anderen könne eine solche Zusammenarbeit öffentlicher Stellen das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt werde, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der in der Richtlinie 92/50 genannte Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet bleibe, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt werde als seine Wettbewerber.
- 75 In seinem Urteil vom 13. Juni 2013 („Piepenbrock“, C-386/11) hat der EuGH erneut bekräftigt, dass die unionsrechtlichen Vergabevorschriften nicht anwendbar sein sollen auf Verträge, mit denen eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe vereinbart werde, wenn diese ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen würden, kein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt werde als seine Wettbewerber und die darin vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt werde, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammen hingen.
- 76 Der Unionsgesetzgeber hat in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU die Unanwendbarkeit des Vergaberechts der Union auf bestimmte Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern auf Gemeinschaftsebene zwischenzeitlich kodifiziert. Diese Grundsätze sind nunmehr auch in § 108 Abs. 6 GWB in der ab dem 18. April 2016 gültigen Fassung in nationales Recht umgesetzt worden.

- 77 bb) Diese von dem EuGH für das Unionsrecht entwickelten und in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegten Grundsätze zur Vergaberechtsfreiheit bestimmter im öffentlichen Sektor geschlossener Verträge sind – zumindest im Wege einer teleologischen Reduktion des § 99 Abs. 1 GWB a.F. in Verbindung mit einer richtlinienfreundlichen Auslegung – auch heranzuziehen bei der Bestimmung der Reichweite des im Ersten Abschnitt des Vierten Teils des GWB a.F. geregelten Vergaberegimes (vgl. hierzu OLG Koblenz VergabeR 2015, 192; OLG München NZBau 2013, 458; KG Berlin NZBau 2014, 62; OLG Düsseldorf VergabeR 2014, 169; OLG Dresden VergabeR 2017, 58).
- 78 b) Wendet man die vom EuGH aufgezeigten und richterrechtlich allgemein anerkannten Kriterien im Wege der teleologischen Reduktion des § 99 Abs. 1 GWB a.F. in Verbindung mit einer richtlinienkonformen Auslegung auf den Kooperationsvertrag zwischen der Beigeladenen und dem Antragsgegner vom 28. April 2016 an, muss man hier indessen zu dem Ergebnis gelangen, dass die technische Betriebsführung im Rahmen der Erfüllung der Aufgabe „Abwasserbeseitigung“ nicht ohne ein förmliches Vergabeverfahren auf die Beigeladene als eine vom Auftraggeber unabhängige juristische Person übertragen werden durfte.
- 79 Die von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes entwickelten Voraussetzungen für eine solche ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit sind nicht erfüllt.
- 80 (1) Es fehlt bereits an dem Tatbestandsmerkmal der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Einrichtungen (Gebietskörperschaften) bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Gemeinwohlaufgabe.
- 81 (a) Die streitbefangene Vereinbarung vom 28. April 2016 wurde zwar ausschließlich zwischen öffentlichen Trägern ohne Beteiligung Dritter abgeschlossen.
- 82 Der Umstand, dass beide Vertragsparteien öffentliche Auftraggeber sind und daher eine Kooperationsvereinbarung allein zwischen Einrichtungen des öffentlichen Rechts abgeschlossen wurde, reicht für sich genommen aber noch nicht aus, um die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen. Es ist auch unerheblich, dass die Beigeladene nicht in erster Linie eine Gewinnerzielung anstrebt, weder unternehmerisch strukturiert noch ständig auf dem Markt werbend tätig ist. Gleichwohl kann von einem ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag ausgegangen werden. Der EuGH hat hierzu vielmehr festgestellt, dass es keine generelle vergaberechtliche Freistellung der Zusammenarbeit von Hoheitsträgern gibt. Vielmehr können ohne weiteres auch öffentliche Einrichtungen Wirtschaftsteilnehmer und damit Bieter und Bewerber im Vergabewettbewerb sein (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Januar 2005, C-84/03, „Spanien“, VergabeR 2005, 176; EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, C-159/11 zitiert nach juris; EuGH, Urteil vom 06.

Oktober 2015, C-203/14, EuZw 2015, 908 ff; OLG Koblenz VergabeR 2015, 192; Portz in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rdn. 7/8, Rdn. 202 zu § 108 GWB).

- 83 (b) Für die Annahme der Ausschreibungsfreiheit ist des Weiteren erforderlich, dass eine horizontale Zusammenarbeit auf Augenhöhe zur Erfüllung einer allen Beteiligten gemeinsam obliegenden Gemeinwohlaufgabe vorliegt.
- 84 Die vertragliche Zusammenarbeit der öffentlichen Auftraggeber soll sicherstellen, dass die von diesen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Das Kriterium der Zielidentität ist erfüllt, wenn sich die Zusammenarbeit auf die Wahrnehmung einer allen in einem Kooperationsvertrag verbundenen öffentlichen Auftraggebern gleichermaßen obliegenden öffentlichen Aufgabe bezieht. Das setzt nicht voraus, dass alle an der Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggeber in gleichem Umfang zur Erbringung der Dienstleistung beitragen müssten. Es reicht vielmehr im Allgemeinen aus, dass jeder Kooperationsbeteiligte überhaupt einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der Dienstleistung leistet. Notwendig ist insofern ein „kooperatives Konzept“ (vgl. Webeler in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, Rdn. 68 zu § 108 GWB n.F.)
- 85 (aa) Die Parteien haben mit dem streitbefangenen Vertrag die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft zur Wahrnehmung der Gemeinwohlaufgabe der Abwasserbeseitigung vereinbart. Die Abwasserbeseitigung stellt eine öffentlich-rechtliche Pflichtaufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge und damit zweifellos eine öffentliche Aufgabe dar.
- 86 (bb) Wie die Antragstellerin zu Recht einwendet, ist die Abwasserbeseitigung im Verbandsgebiet allerdings keine öffentliche Aufgabe, die sowohl dem Antragsgegner als auch der Beigeladenen gemeinsam obliegt. Insoweit unterscheidet sich der hier zur Entscheidung stehende Sachverhalt von der Grundsatzentscheidung des EuGH vom 09. Juni 2009 (C-480/06, Stadtreinigung Hamburg) und der darin zugrunde liegenden Fallkonstellation.
- 87 Ausweislich der Verbandssatzung des Antragsgegners hat sich die Beigeladene (ausschließlich) mit ihren Ortsteilen P. und S. gemeinsam mit der Stadt K. und der Stadt Sch. mit deren Ortsteilen zur Erfüllung der Aufgaben der Abwasserbeseitigung zu einem Zweckverband, dem Antragsgegner, nach § 83 Abs. 1 WG LSA zusammen geschlossen. Auf der Ebene des Zweckverbandes liegt eine horizontale kooperative Zusammenarbeit der beteiligten Kommunen bei der Wahrnehmung der ihnen allen obliegenden Gemeinschaftswohlaufgabe der Abwasserbeseitigung vor.

- 88 Der nach § 83 Abs. 1 WG LSA gebildete Zweckverband verfügt als Körperschaft des öffentlichen Rechts über eine eigene Rechtspersönlichkeit, auf die die ihm angehörenden Kommunen ihre Rechte und Pflichten übertragen haben. Die öffentliche Aufgabe der Abwasserbeseitigung ist mit Gründung des Zweckverbandes auf diesen gemäß § 83 Abs. 1 S. 3 WG LSA vollständig übergegangen und liegt damit – bezogen auf das Verbandsgebiet – ausschließlich bei dem Antragsgegner und nicht mehr bei den angeschlossenen Kommunen, die diese Aufgabe auf den Zweckverband delegiert haben.
- 89 Danach aber ist die Beigeladene nur noch für ihr eigenes Stadtgebiet weiterhin für die Abwasserbeseitigung zuständig geblieben, weil dies gemäß § 1 der Verbandssatzung nicht zu dem Verbandsgebiet gehört. Dieser Entsorgungsbereich wird aber von dem streitbefangenen Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft nicht betroffen, da dieser die technische Betriebsführung nur für das Verbandsgebiet zum Gegenstand hat. Die Zuständigkeit für die Abwasserbeseitigung im Hinblick auf die Ortsteile P. und S. der Beigeladenen ist dagegen komplett auf den Zweckverband übergegangen. Aus diesem ihm bezogen auf das Verbandsgebiet allein obliegenden Aufgabenspektrum hat der Antragsgegner nun wiederum die Beigeladene mit einer Dienstleistung beauftragt. Gegenstand des hier streitbefangenen Vertrages über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft ist gemäß § 1 Nr. 1 des Vertrages die technische Betriebsführung der im Eigentum des Antragsgegners stehenden Anlagenteile und technischen Einrichtungen für das Verbandsgebiet. Da die Zuständigkeit für die Abwasserbeseitigung bezogen auf das Verbandsgebiet aber bei dem Antragsgegner liegt (§ 83 Abs. 1 S. 3 WG LSA), kann im Hinblick auf diese allein das Verbandsgebiet betreffende Pflichtaufgabe nicht mehr von einer gemeinsamen Aufgabenerfüllung im Sinne einer horizontalen kommunalen Kooperation ausgegangen werden. Vielmehr verhält es sich hier so, dass sich der Antragsgegner in dem ARGE-Vertrag der Beigeladenen als Verbandsmitglied zur Erfüllung bestimmter, ihm zugewiesener technischer Dienstleistungen bedient hat.
- 90 (cc) Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang ferner darauf verwiesen hat, dass es sich bei der auf die Beigeladenen übertragenen Aufgabe der technischen Betriebsführung um eine bloße Hilfsdienstleistung handelt, die grundsätzlich auch zum Leistungsportfolio privater Unternehmen gehört, wie der zwischenzeitlich gekündigte Betriebsführungsvertrag mit der Antragstellerin beweist, kann der Senat im Ergebnis dahingestellt lassen, ob schon aus diesem Grunde eine spezifische, gemeinsame öffentliche Aufgabe verneint werden müsse (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, C-159/11, Secce, NZBau 2013, 114; Webeler in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, Rdn. 70 zu § 108 GWB n.F.). Denn jedenfalls fehlt es hier – wie dargelegt – an einer horizontalen Zusammenarbeit der Beigeladenen mit dem Antragsgegner bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe.
- 91 (dd) Darüber hinaus steht der Annahme einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit entgegen, dass der Vertrag ein kooperatives Konzept vermissen lässt. Dies setzt bereits begrifflich ein bewusstes und gleichberechtigtes, horizontales Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels voraus (vgl. OLG Koblenz VergabeR 2015, 192), was bereits aus dem Erwägungsgrund Nr. 33 der Richtlinie 2014/24/EU abzuleiten ist. Danach sollen öffentliche Auftraggeber

das Recht haben, ohne Anwendung des Vergaberechts „ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen“; ... Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen“. Es ist die Rede von einer Zusammenarbeit, die auf einem „kooperativen“ Konzept beruht und bei der jeder Beteiligte „einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“ erbringt.

- 92 Der hier streitbefangene Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft des Antragsgegners mit der Beigeladenen beschränkt sich dagegen im Wesentlichen auf einen Leistungsaustausch, nämlich die Erbringung einer marktfähigen Dienstleistung, hier die technische Betriebsführung, gegen Bezahlung eines Betriebsführungsentgeltes. Darüber hinausgehende kooperative Elemente sind in dem Vertrag indessen nicht enthalten. Die gegenseitigen Leistungspflichten zeigen kein kooperatives Miteinander auf.
- 93 In dem Erwägungsgrund Nr. 33 der Richtlinie 2014/24/EU wird zwar auch ausgeführt, dass die Zusammenarbeit nicht notwendig voraussetzt, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich überhaupt verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Für die Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern sollten im Übrigen ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein.
- 94 Inwiefern aus dem Umstand, dass in dem Erwägungsgrund Nr. 33 Abs. 3 S. 2 von einem Finanztransfer zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern die Rede ist, geschlossen werden kann, dass für eine – auch nach nationalem Recht – vergaberechtsfreien Kooperation bereits ausreicht, wenn sich der Beitrag eines Vertragspartners auf die bloße Zahlung eines Geldbetrages beschränkt, erscheint dabei allerdings zumindest zweifelhaft (vgl. ablehnend: OLG Koblenz VergabeR 2015, 192; bejahend dagegen: Portz in Kulartz/Kus/Portz, Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rdn. 243 zu § 108 GWB n.F.; offen lassend: Webeler in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 2016, Rdn. 68 zu § 108 GWB), braucht von dem Senat im Streitfall aber ebenfalls nicht entschieden zu werden. Denn dem streitbefangenen Vertrag fehlt es auch im Übrigen an Elementen einer Zusammenarbeit auf horizontaler Ebene und damit auf Augenhöhe. Einer solchen horizontalen Kooperation, die durch Gleichberechtigung aller Vertragspartner gekennzeichnet wird, ist – im Unterschied zu sog. Inhouse-Geschäften – ein Über-Unterordnungsverhältnis und eine damit verbundene Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer wesensfremd (vgl. Portz in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rdn. 189 zu § 108 GWB n.F.). Der streitbefangene Vertrag weist dagegen die typischen Merkmale eines Auftragsverhältnisses mit den Kontroll- und Weisungsrechten des Auftraggebers auf. So ist in § 3 Nr. 11 des Vertrages bestimmt, dass die Beigeladene an mündliche und schriftliche Weisungen des Antragsgegners gebunden ist und diese unverzüglich auszuführen hat. § 4 Nr. 6 des ARGE-Vertrages räumt dem Antragsgegner im Rahmen seiner Aufsichtspflicht ein umfassendes Kon-

troll- und Einsichtsrecht in sämtliche Dokumente der Abwasserbeseitigung sowie die derzeitige Berechtigung zur Überprüfung der Anlagen ein. Diese vertraglichen Regelungen sind kennzeichnend für ein Über- und Unterordnungsverhältnis und der damit verbundenen Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer im Sinne eines „normalen“ ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrages.

- 95 Soweit der Antragsgegner in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass bereits in der Präambel des ARGE-Vertrages auf die Zweckvereinbarung des Antragsgegners mit der Beigeladenen vom 22. April/01. Oktober 1998 Bezug genommen worden ist, die die Überleitung und Behandlung von Abwasser aus dem Kanalsystem des AZV in die Kläranlage der Beigeladenen regelt, lässt sich auch hieraus noch kein kooperatives Miteinander für die hier in Rede stehende technische Betriebsführung ableiten. Es ist jedenfalls nicht erkennbar, dass die in Bezug genommene Zweckvereinbarung Einfluss auf den Leistungsaustausch in dem hier streitbefangenen Vertrag über die technische Betriebsführung genommen haben könnte. Der Senat vermag insbesondere nicht festzustellen, dass die Zweckvereinbarung über die Einleitung von Abwässern in die Kläranlage der Beigeladenen zur Grundlage des streitgegenständlichen Vertrages über die technische Betriebsführung geworden sein könnte. Die Einleitung von Schmutzwasser in die Kläranlage der Beigeladenen zum Zwecke der Auslastung deren Kapazitäten berührt nicht ansatzweise die Leistungspflichten aus dem hier streitgegenständlichen ARGE-Vertrag über die technische Betriebsführung. Die Zweckvereinbarung steht jedenfalls in keinem erkennbaren sachlichen Zusammenhang mit den von der Beigeladenen übernommenen Aufgaben der technischen Betriebsführung. Der hier streitbefangene Betriebsführungsvertrag hat vielmehr einen gänzlich anderen Leistungsgegenstand, die Leistungspflichten der Zweckvereinbarung von 1998 einerseits und des Vertrages vom 28. April 2016 andererseits sind weder aufeinander bezogen noch miteinander verknüpft.
- 96 (2) Der streitbefangene Vertrag wird hier darüber hinaus nicht ausschließlich durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt, die mit der Versorgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.
- 97 (a) Ein wesentlicher Aspekt, den der Europäische Gerichtshof in diesem Zusammenhang wiederholt hervorgehoben hat, ist, dass der „Finanztransfer“ nicht über die reine Kostenerstattung der vertraglich vereinbarten Leistung hinausgehen darf. Immer dann, wenn das vereinbarte Entgelt über die reine Kostenerstattung hinausgeht, soll nicht davon ausgegangen werden können, dass die Zusammenarbeit nicht ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird (vgl. EuGH VergabeR 2009, 738 „Stadtreinigung Hamburg“; Portz in Kulartz/Kus/Portz/Preis, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rdn. 253 zu § 108 GWB n.F. m.w.N.). Eine Gewinnerzielungsabsicht schließt die Vergaberechtsfreiheit mithin generell aus (vgl. OLG München NZBau 2013, 458; Webeler in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, Rdn. 72 zu § 108 GWB n.F.).

- 98 Die Parteien haben unter § 6 des Vertrages eine Kostenerstattung vereinbart. Danach hat sich der Antragsgegner verpflichtet, der Stadt alle zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen anfallenden Kosten als Betriebsführungsentgelt zu ersetzen, das auf Basis der Selbstkosten der Beigeladenen ermittelt wird. Die Beigeladene hat ihre Kosten- und Preiskalkulation hierzu zudem im Einzelnen dargestellt.
- 99 Wie die erste Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, geht das unter § 6 des Vertrages vereinbarte Betriebsführungsentgelt über eine reine Selbstkostenerstattung hinaus, soweit damit zugleich auch das allgemeine Unternehmerwagnis abgedeckt wird.
- 100 Die Vertragsparteien haben in § 6 Nr. 1 des Vertrages zugleich auf die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund der Selbstkosten (LSP, Anlage zur VO Pr 30/53) verwiesen und diese damit zum Gegenstand ihrer vertraglichen Vereinbarung gemacht. In diesen Leitsätzen ist festgelegt, woraus sich der Selbstkostenpreis ergibt, nämlich aus den Fertigungsstoffkosten, den Fertigungskosten, den Entwicklungs- und Entwurfskosten, den Verwaltungskosten, den Vertriebskosten sowie ferner einem zusätzlichen kalkulatorischen Gewinnbetrag (Nr. 10 der Leitsätze). Gemäß § 51 der Leitsätze setzt sich der kalkulatorische Gewinnbetrag zusammen aus einem Betrag zur Abgeltung des allgemeinen Unternehmerwagnisses einerseits und des Leistungsgewinnes andererseits. Unter der laufenden Nummer 52 Absatz 2 der Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten ist zwar bestimmt, dass ein Leistungsgewinn nur berechnet werden darf, wenn er zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ausdrücklich vereinbart ist. Eine solche Gewinnvereinbarung haben die Vertragsparteien hier indessen nicht getroffen. Ein Leistungsgewinnanteil ist in die Preiskalkulation des Betriebsführungsentgeltes damit ersichtlich nicht eingeflossen.
- 101 Was den Anteil zur Abgeltung eines Unternehmerwagnisses anbelangt, behaupten der Antragsgegner und die Beigeladene zwar, dass auch ein solcher nicht berechnet worden sei. Die Antragstellerin ist dieser Behauptung indessen in prozessual beachtlicher Weise entgegengetreten. Sie trägt insoweit vor, dass der Vereinbarung von Einheitspreisen und Stundenverrechnungssätzen, die dem Angebot der Beigeladenen vom 2. August 2015 hier nach § 6 Nr. 2 des Vertrages zu entnehmen waren, die Zubilligung eines kalkulatorischen Gewinnanteils grundsätzlich immanent sei. Das allgemeine Unternehmerwagnis, das nach den Nrn. 48 Abs. 1, 51 Buchstabe a) der Leitsätze im kalkulatorischen Gewinn mit abgegolten wird, deckt dabei die Wagnisse ab, die das Unternehmen als Ganzes gefährden, die in seiner Eigenart, in den besonderen Bedingungen des Wirtschaftszweiges oder in wirtschaftlicher Tätigkeit schlechthin begründet sind (vgl. Nr. 47 Abs. 2 LSP). Der Ansatz für diese Position soll auf lange Sicht die Existenz des Unternehmens gegen die Gefahren und Risiken sichern, die mit der unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind. Zum allgemeinen Unternehmerwagnis gehören z.B. Wagnisse, die aus der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung entstehen, etwa Konjunkturrückgänge, plötzliche Nachfrageverschiebungen, Geldentwertungen, technische Fortschritte. Aus dem allgemeinen Unternehmerwagnis müssen im Übrigen die Aufwendungen gedeckt werden, die

nach den LSP nicht zu den Kosten gehören (vgl. OVG Münster, Urteil vom 24. Juni 2008, 9 A 373/06). Der Ansatz des kalkulatorischen Gewinns zur Abgeltung des Unternehmerwagnisses ist nach den Leitsätzen preisrechtlich ohne weiteres zulässig. Ist bei Beauftragung eines Eigenbetriebs ein Selbstkostenpreis als Betriebsführungsentgelt vereinbart, darf in ihm dementsprechend ein Zuschlag für das allgemeine Unternehmerwagnis enthalten sein, der den im Einzelfall bestehenden gesamtwirtschaftlichen Wagnissen entspricht (vgl. OVG Münster, Urteil vom 24. Juni 2008, 9 A 373/06 zitiert nach juris).

- 102 Inwieweit der Ansatz eines kalkulatorischen Gewinnanteils in Gestalt eines solchen Wagnisaufschlages der Verfolgung ausschließlich öffentlicher Interessen im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur interkommunalen Zusammenarbeit entgegenstehen könnte, so nach Ansicht der ersten Vergabekammer, braucht der Senat aber nicht abschließend zu beurteilen.
- 103 (b) Denn auch ungeachtet der zwischen den Parteien streitigen Tatsache einer reinen Selbstkostenerstattung nach § 6 des Vertrages kann der Senat nicht feststellen, dass die Zusammenarbeit des Antragsgegners und der Beigeladenen nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt worden ist, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.
- 104 Soweit der Antragsgegner in diesem Zusammenhang auf die unter § 2 des ARGE-Vertrages festgelegten Grundsätze für die Zusammenarbeit verweist und dabei insbesondere die darin vereinbarten gemeinsamen Zielsetzungen hervorhebt, und zwar die Abwassergebühren im Bereich des AZV und der Stadt langfristig stabil zu halten, die technischen Anlagen des AZV einschließlich der Steuerungs- und Überwachungsanlagen zeitgemäß und nachhaltig instand zu halten, der Erschwerung und Verteuerung der Aufgabenerfüllung durch die demographische Entwicklung entgegenzuwirken, die kommunale Selbstverwaltung und kommunale Gemeinschaftsarbeit zu stärken und für die Einwohner im Gebiet des AZV und der Stadt ein hohes Maß an Kostentransparenz zu gewährleisten, definieren diese abstrakten Zielsetzungen den Vertragsgegenstand selbst nicht unmittelbar, wie die Antragstellerin in ihrer Beschwerdeerwiderung zutreffend ausgeführt hat. Es ist überdies nicht erkennbar, inwiefern diese vertraglichen Ziele gerade eine vergabe-rechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen voraussetzen und auf diese zugeschnitten sind. In § 2 des Vertrages sind vielmehr ganz allgemein Zielvorgaben beschrieben worden, die ebenso gut und in gleicher Weise in einem Betriebsführungsvertrag mit einem privaten Dienstleistungsanbieter enthalten sein könnten.
- 105 Was den eigentlichen vertraglichen Leistungsgegenstand, nämlich die technische Betriebsführung, anbelangt, unterscheidet sich der streitbefangene Vertrag in Bezug auf die Leistungspflichten nicht wesentlich von dem zwischenzeitlich gekündigten Betriebsführungsvertrag, den der Antragsgegner vormals mit der Antragstellerin als privaten Dienstleistungsanbieter abgeschlossen hatte, was insbesondere auch die vorgelegten Vertragsunterlagen zum Betriebsübergang nach § 613 a BGB belegen. Der bisherige und

der neue Vertrag haben den technischen Betrieb der Abwasserbeseitigungsanlagen zum Gegenstand und damit eine ohne weiteres marktgängige Dienstleistung, die auch von privaten Drittunternehmen erbracht werden kann. Die einzige Besonderheit, die der Vertrag erkennen lässt, ist die Preisgestaltung, wobei die Vereinbarung einer Selbstkostenerstattung auch keineswegs zu einem preisgünstigeren Ansatz eines Betriebsführungsentgeltes geführt hat. Anhaltspunkte dafür, dass der ARGE-Vertrag ausschließlich den Zweck verfolgt, einen beiden öffentlichen Einrichtungen gemeinsam obliegende Aufgabe zu erfüllen, lässt der Vertragsinhalt indessen nicht erkennen. Der Antragsgegner hat vielmehr lediglich seinen bisherigen privaten Vertragspartner durch einen anderen Dienstleister ausgetauscht, weil er dessen Leistungen für qualitativ besser hält. Dies kann zur Begründung einer Ausschreibungsfreiheit indessen nicht genügen (vgl. ebenso: OLG München NZBau 2013, 458).

- 106 (3) Schließlich wäre für die Bejahung der Privilegierung einer interkommunalen Zusammenarbeit ferner erforderlich gewesen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessen gewährleistet wird und kein privates Unternehmen einem Wettbewerbsverstoß ausgesetzt ist. Das Vorliegen dieser Voraussetzung begegnet ebenfalls Bedenken.
- 107 Die Antragstellerin hat jedoch zu Recht darauf verwiesen, dass nach der vertraglichen Gestaltung des ARGE-Vertrages eine wettbewerbliche Benachteiligung privater Unternehmer nicht ausgeschlossen werden kann. Denn unter § 2 des Vertrages ist der Beigeladenen das Recht eingeräumt worden, sich ihrerseits bei der Erfüllung der mit diesem Vertrag übertragenen Aufgaben Dritter zu bedienen, wobei die Regelungen des Vergaberechts unberührt bleiben. Wie die von der Beigeladenen vorgelegten Rechnungsunterlagen belegen, macht sie hiervon auch Gebrauch und hat im Rahmen der technischen Betriebsführung wiederholt insbesondere die Stadtwerke W. GmbH sowie bezüglich der Schlamm Entsorgung die R. GmbH als private Drittunternehmen herangezogen.
- 108 Der EuGH hat in seinem Urteil vom 13. Juni 2013 (C-386/11, Piepenbrock) indessen ausgeführt, dass die vergaberechtfreie Bereichsausnahme der interkommunalen Zusammenarbeit nicht angenommen werden darf, wenn der Vertrag zur Erfüllung der damit übertragenen Aufgaben – wie aber hier – den Rückgriff auf Dritte gestattet, so dass dieser Dritte gegenüber den übrigen auf demselben Markt tätigen Unternehmen begünstigt werden könnte. Dies hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 2012 (C-159/11, Secce, NZBau 2013, 114) erneut bestätigt und insoweit hervorgehoben, dass die Hinzuziehung privater Dienstleistungserbringer zu einer unzulässigen Benachteiligung von Wettbewerbern führen kann.
- 109 Der abgeschlossene Vertrag zur Gründung einer Arbeitsgemeinschaft wird aus den dargelegten Gründen nach alledem den Anforderungen an eine vergaberechtfreie horizontale Zusammenarbeit zweier öffentlicher Träger nicht gerecht. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen vereinbarte Kooperation wirtschaftlich für beide Seiten vorteilhaft sein könnte. Dennoch hält der Senat auch

unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH die Kooperation nicht für vereinbar mit dem Unionsrecht.

- 110 2. Der Antragsgegner hätte den Vertrag über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft vom 28. April 2016 über die technische Betriebsführung danach mit der Beigeladenen nicht ohne vorangegangenes wettbewerbliches Verfahren hätte abschließen dürfen. Der Vertrag ist gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB nichtig, weil er dem Vergaberechtsregime nicht nach den Grundsätzen der interkommunalen Zusammenarbeit entzogen war. Dies war auf Antrag der Antragstellerin festzustellen, um deren Rechte aus § 97 Abs. 1, Abs. 7 GWB zu schützen.

IV.

- 111 Die Kostenentscheidung beruht auf § 120 Abs. 2 GWB a.F. in Verbindung mit § 78 S. 1 GWB. Die Beigeladene hat ihre Kosten im Beschwerdeverfahren insoweit selbst zu tragen (§ 162 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 101 ZPO) (vgl. KG, Beschluss vom 16. September 2013, Verg 4/13, NZBau 2014, 62).
- 112 Die Entscheidung über die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus §§ 50 Abs. 2, 42 Abs. 1 GKG. Danach beträgt der Streitwert 5 % des Bruttoauftragswerts, wobei hierfür grundsätzlich auf die Summe des Angebots abzustellen ist, das der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren eingereicht hat, weil er mit dem Nachprüfungsantrag seine Chance auf den Zuschlag wahren will (BGH, Beschluss vom 18.03.2014, Az.: X ZB 12/13, juris Rn. 7). Liegt ein Angebot des Antragstellers nicht vor, ist auf den objektiven Wert des Auftrages, dessen Vergabe beabsichtigt ist, abzustellen. Hierfür bieten insbesondere die Schätzungen des Auftraggebers im Hinblick auf eine etwaige Überschreitung bzw. Unterschreitung der Schwellenwerte einen hinreichenden Anhaltspunkt. Außerdem können auch die von anderen Bietern erklärten Angebotspreise einen gewichtigen Anhaltspunkt für den Wert des zu vergebenden Auftrages bieten (vgl. OLG Celle, ZfBR 2014, 820, juris Rn. 16 ff. m.w.Nachw.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2016, VII, Verg 12/16 zitiert nach juris). Ausweislich des Angebots der Beigeladenen vom 28. August 2016 hat diese mit einem jährlichen festen Betriebsführungsentgelt in Höhe von 544.078,05 Euro kalkuliert. Da der Antragsgegner und die Beigeladene bislang noch keine langfristige, auf 12 Jahre angelegte Anschlussvereinbarung abgeschlossen haben, wovon mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auszugehen ist, hat sich der streitbefangene ARGE-Vertrag vom 28. April 2016 auf unbestimmte Zeit verlängert. Im Hinblick darauf erachtet der Senat für die Bemessung des Streitwertes eine entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV angezeigt mit der Folge, dass eine Laufzeit des Vertrages von 48 Monaten zugrunde zu legen ist. Danach bemisst sich der Streitwert gemäß § 50 Abs. 2 GKG wie folgt: 5 % von 544.078,05 Euro x 4 Jahre, rechnerisch mithin: 108.815,61 Euro.