

Leitsätze Vergabekammer Hessen:

Spruchkörper: 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

Aktenzeichen: 69 d – VK 47/ 2010

Entscheidungsdatum: 28.02.2011

Sofortige Beschwerde zum OLG Frankfurt (Vergabesenat): Ja !

Entscheidung OLG Frankfurt: Zurückweisung der sofortigen Beschwerde (Beschluss vom 30.08.2011 – 11 Verg 3/11)

Gegenstand der Vergabe: Technische, verwaltungsmäßige und kaufmännische Betriebsführung der städtischen Wasserversorgung

Art des Vergabeverfahrens: „De-facto“- Vergabe (Dienstleistungsauftrag)

Stichworte: Gemischter Vertrag; „De-facto“-Vergabe; „In-house“-Geschäft; Konzernprivileg; Sektorenauftraggeber; verbundene Unternehmen; Rekommunalisierung; Änderung eines öffentlichen Auftrags während dessen Laufzeit; drohender Schaden

Entscheidungserhebliche Normen:

GWB: §§ 36 Abs.2; 98 Nr.4 und Anlage Nr.1 zu § 98 Nr.4; 99 Abs.4; 100 Abs.2 lit.h), lit. o); 107 Abs.2 S.2, Abs.3 Nr.1;

Sektorenrichtlinie – SKR – (RL 2004/17/EG): Art.2 Abs.2

Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR - (RL 2004/18/EG)

Aktiengesetz (AktG): §§ 17 Abs.2; 18

Hessisches Wassergesetz (HWG): § 39 (§ 30 HWG 2010)

Leitsätze:

1. Die Geltendmachung eines Vergaberechtsverstoßes im Nachprüfungsverfahren wegen einer „De-facto“-Vergabe setzt keine vorherige Rüge voraus (Hinweis auf Rspg. OLG Brandenburg und OLG Düsseldorf).
2. Der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs.2 lit.h) GWB ist nicht erfüllt, wenn die Parteien einen gemischten Vertrag abschließen, der neben einem vergabefreien Inhalt auch Dienstleistungen zum Gegenstand hat (hier: Pachtvertrag bzgl. wassertechnischer Einrichtungen und Betriebsführungsvertrag bzgl. der städtischen Wasserversorgung).
3. Das Merkmal des „privaten Rechts“ in § 98 Nr.4 GWB stellt kein Ausschlusskriterium für öffentliche Auftraggeber dar (Hinweis auf Art.2 Abs.2 SKR).
4. Eine Sektorentätigkeit ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Sektorenauftraggeber nicht Eigentümer, sondern (nur) Pächter der Wasserversorgungseinrichtungen ist. Entscheidend ist vielmehr, ob er unbeschränkt über die Einrichtungen verfügen kann.
5. Bei der Prüfung, ob der 80%-Wert des § 100 Abs.2 lit.o) GWB erreicht wird, ist auf den Umsatz in dem spezifischen Sektor (hier Trinkwasserversorgung) für den verbundenen Auftraggeber abzustellen. Unbeachtlich ist, ob das verbundene Unternehmen auch Dienstleistungen in anderen Sektoren im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern erbringt (a.A. tendenziell OLG Frankfurt im nachfolgenden Verfahren über die sof. Beschwerde).
6. § 100 Abs.2 lit.o) GWB ist auch anwendbar, wenn die Umsätze der letzten 3 Jahre mit der Belieferung *privater* Abnehmer erzielt wurden, sofern diese Leistungen des verbundenen Unternehmens in unmittelbarer Erfüllung des gesetzlichen Auftrags des öffentlichen Auftraggebers erfolgten.

69 d · VK - 47/2010

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

der _____ GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer

- Antragstellerin -

_____ Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

den Magistrat der Stadt XX vertreten durch den Oberbürgermeister
XX

- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwaltsgesellschaft

Weitere Beteiligte:

Bgl. _____ mbh, _____ XX

- Beigeladene -

Wegen

(De-Facto) Vergabe der Betriebsführung der Wasserversorgungsanlagen in XX

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, die hauptamtliche Beisitzerin ROR' in Dr. Lausen und die ehrenamtliche Beisitzerin TAR' in Denz-Kinzel nach mündlicher Verhandlung vom 17. Februar 2011 am 28. Februar 2011 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zu zweckentsprechenden Rechtsverteidigung des Antragsgegners und der Beigeladenen notwendigen Auslagen trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 8.875,00 Euro festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

I.

Sachverhalt

Die Trinkwasserversorgung, für die den Antragsgegner als Gebietskörperschaft zuständig ist, wurde bis zum Jahr 2010 in privatrechtlicher Form durch die Beigeladene, einer GmbH, organisiert. Am 7. Mai 2010 beschloss die Stadtverordnetenversammlung, die Trinkwasserversorgung für das Stadtgebiet wieder in öffentlich-rechtlicher Form auszugestalten und hierzu den kommunalen Eigenbetrieb „Wasserversorgung XX zu errichten. Weiterhin wurde beschlossen, dass der Eigenbetrieb zur Erfüllung seiner Aufgaben die im Eigentum der Beigeladenen stehenden Wasserversorgungsanlagen und das Wasserversorgungsnetz pachten solle. Darüber hinaus sollten die bei der Beigeladenen bereits vorhandenen Personal- und Sachmittel durch einen Betriebsführungsvertrag für den Eigenbetrieb nutzbar gemacht werden.

Am 15. Dezember 1994 schloss die Beigeladene, damals noch als Stadtwerke XX GmbH, einen bis zum 14. Dezember 2014 gültigen Konzessionsvertrag mit dem Antragsgegner. Hierin ist bestimmt, dass die jetzt Beigeladene die Wasserversorgung für die Stadt XX vornimmt, also die Kunden im Stadtgebiet auf eigene Rechnung

mit Wasser beliefert. Gegen Entrichtung einer Konzessionsabgabe wird der Beigeladenen in dem Vertrag das ausschließliche Recht eingeräumt, städtische Straßen und Wege für die Verlegung und den Betrieb von Wasserversorgungsleitungen zu nutzen.

Die Beigeladene ist auf den Gebieten der Gas-, Strom- und Wasserversorgung tätig. Gesellschafter sind der Antragsgegner mit 50,1% und die A Aktiengesellschaft mit 49,9%. Gesellschafter der A sind mehrheitlich kommunale Energieversorger.

Am 9. Mai 2007 wurden die von der Beigeladenen für die Lieferung von Trinkwasser veranschlagten Preise durch eine Untersagungsverfügung der Landeskartellbehörde Hessen für missbräuchlich überhöht und unzulässig erklärt. Das OLG Frankfurt a.M. und der BGH (BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08) bestätigten die Entscheidung. Am 4. Oktober 2010 hatte die Kartellbehörde Hessen die Beigeladene erneut abgemahnt.

Am 6. Oktober 2010 verabschiedete die Stadtverordnetenversammlung des Antragsgegners entsprechend ihrem Beschluss vom 7. Mai 2010 eine Satzung für den Eigenbetrieb „Wasserversorgung XX und eine Wasserversorgungssatzung.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2010 rügte die Antragsstellerin die beabsichtigte Beauftragung der Beigeladenen mit der Betriebsführung als vergaberechtswidrige de-facto-Vergabe. Sie führte aus, dass eine Rekommunalisierung der Wasserversorgung nicht dazu führe, dass der Antragsgegner die Beigeladene ausschreibungsfrei mit der Betriebsführung beauftragen dürfe. Vielmehr seien diese Leistungen in einem Vergabeverfahren gem. §§ 97 ff. GWB auszuschreiben.

Am 9. Dezember 2010 wurde zwischen der Beigeladenen und dem Eigenbetrieb ein Pacht- und Betriebsführungsvertrag geschlossen. Der Vertrag bestimmt, dass die Beschaffung, Verteilung und Bereitstellung von Trinkwasser Aufgabe des Eigenbetriebs sein soll. Die Wassergewinnung verbleibt im bisherigen Umfang bei der Beigeladenen. Darüber hinaus steht die Verpachtung des Wasserversorgungsnetzes und der Wasserversorgungsanlagen an den Eigenbetrieb unter der Bedingung, dass der Beigeladenen zugleich die Betriebsführung über den städtischen Wasserversorgungsbetrieb übertragen wird. Pacht- und Betriebsführungsvertrag sollen nach dem Willen der Vertragsparteien integrale, nicht voneinander trennbare Bestandteile der Vereinbarung sein.

Außerdem wurden am 9. Dezember 2010 ein Wasserlieferungsvertrag zwischen der Beigeladenen und dem Eigenbetrieb geschlossen, in dem die Beigeladene sich verpflichtet, dem Eigenbetrieb die benötigte Wassermenge für das Stadtgebiet zu liefern. Zusätzlich wurde eine Vereinbarung zur Änderung des Konzessionsvertrages vom 15. Dezember 1994 zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen abgeschlossen. Hierin wird bestimmt, den Konzessionsvertrag soweit wie notwendig der neu organisierten Wasserversorgungsstruktur in der Stadt XX anzupassen, im Übrigen aber aufrechtzuerhalten. Im Einzelnen sollen alle Bestimmungen des Vertrags, die die Wasserversorgung durch die Beigeladene betrafen, aufgehoben werden. Die Einräumung von Benutzungsrechten innerhalb des Stadtgebietes des Antragsgegners an die Beigeladene zum Zwecke der Verlegung des Betriebes und der Unterhaltung von Versorgungsleitungen und der dazu erforderlichen Anlagen soll weiter Bestand haben. Die Beigeladene hat Änderungen an den Anlagen, deren Eigentümerin sie ist, bei entsprechendem Beschluss des Eigenbetriebes oder der Stadt XX auszuführen. Die Deckung der hierbei entstehenden Kosten soll über den Pachtvertrag erfolgen.

Die Beigeladene zahlt weiterhin die höchstzulässigen Konzessionsabgaben an die Stadt XX nach § 2 KAE („Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände“ vom 4. März 1941, zuletzt geändert durch Verordnung vom 7. März 1975). Die Abgaben sind anteilig zu entrichten, sowohl für Entgelte aus Trinkwasserlieferungen des Eigenbetriebs an Endverbraucher zu Sonderpreisen (1,5 %) als auch für allgemeine Tarifpreise (12%).

Darüber hinaus bestimmt der Änderungsvertrag, dass die Stadt nach Ablauf des Konzessionsvertrags berechtigt ist, die der Wasserversorgung dienenden Anlagen im Stadtgebiet zu kaufen. Kündigt sie den Vertrag vorzeitig, ist sie hierzu verpflichtet.

Der Antragsgegner erklärte mit Schreiben vom 13. Dezember 2010, der Rüge der Antragsstellerin nicht abhelfen zu wollen mit der Begründung, dass es sich bei Aufträgen an die Beigeladene stets um In-house-Geschäfte handele. Ergänzend verwies der Antragsgegner auf das „Konzernprivileg“ gem. § 100 Abs. 2 lit. o) GWB und den Ausnahmetatbestand für Pachtverträge gem. § 100 Abs. lit. h) GWB.

Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2010 stellte die Antragsstellerin einen Nachprüfungsantrag, der am 27. Dezember 2010 bei der Vergabekammer einging.

Die Antragstellerin hält den Nachprüfungsantrag für zulässig. Sie führt zur Begründung aus, dass der Auftrag zur Betriebsführung der Wasserversorgungsanlagen in XX eine vergaberechtswidrige de-facto-Vergabe sei.

Weiter trägt der Antragsgegner vor, dass kein vergaberechtsfreies In-house-Geschäft vorläge. Voraussetzung hierfür sei, dass der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe. Eine derartige Kontrolle sei nach der Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen, sobald neben dem öffentlichen Auftraggeber auch private Investoren an der entsprechenden Unternehmung beteiligt seien. Vorliegend sei über die Beteiligung der „B“ an der A Aktiengesellschaft mittelbar privates Kapital an der Bgl. beteiligt, so dass ein In-house-Geschäft ausscheide.

Das Konzernprivileg gemäß § 100 Abs. 2 lit. o) GWB sei vorliegend nicht einschlägig. Zunächst sei der Eigenbetrieb kein Sektorenauftraggeber auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung, da er keine eigene Sektorentätigkeit, wie sie in § 98 Nr. 4 GWB näher bestimmt werde, ausübe. Alle für die Trinkwasserversorgung erforderlichen Anlagen befänden sich im Eigentum der Beigeladenen und sollten auch weiterhin von dieser bereitgestellt und betrieben werden. Der Eigenbetrieb werde in tatsächlicher Hinsicht überhaupt gar nicht tätig, allenfalls als Abrechnungsstelle. Er übe demnach keine Sektorentätigkeit aus. Das Nicht-Vorliegen einer Sektorentätigkeit würde der Privilegierung des öffentlich rechtlichen Auftraggebers entgegenstehen. Das gelte auch für das Konzernprivileg. Die Sektorenrichtlinie (2004/17/EG) erfasse in Art. 4 Abs. 1 Tätigkeiten wie die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit. der Antragsgegner übe eine solche Tätigkeit nicht aus.

Darüber hinaus werde selbst für den Fall, dass der Antragsgegner eine Sektorentätigkeit ausübe, das Konzernprivileg nicht greifen, da die Voraussetzung des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB nicht erfüllt sei. Nach dieser Regelung setze der Ausnahmetatbestand des Konzernprivilegs voraus, dass der Auftrag an ein mit dem

Auftraggeber verbundenes Unternehmen erteilt würde, das mindestens 80% seines während der letzten drei Jahre erzielten Umsatzes im entsprechenden Sektor mit der Erbringung dieser Leistung für den mit ihm verbundenen Auftraggeber erwirtschaftet hätte.

Ob der Antragsgegner und die Beigeladene als verbundene Unternehmen im Sinne der Norm anzusehen seien, könne hier dahinstehen. Entscheidend sei, dass die Beigeladene nicht mindestens 80% ihres Umsatzes in den letzten drei Jahren mit Leistungen für den Antragsgegner erbracht habe. Die Beigeladene sei nicht konzernintern tätig geworden, sondern auf dem von ihr beherrschten Trinkwassermarkt im Stadtgebiet des Antragsgegners, habe den Umsatz also ganz überwiegend mit der Belieferung privater Abnehmer erwirtschaftet. Ihre Gewinne auf diesem Gebiet basierten also auf schuldrechtlich abgeschlossenen Wasserlieferungsverträgen mit den jeweiligen Kunden, so dass die Umsatzerzielung im „Konzern“ nicht gegeben sei. Folglich fände das Konzernprivileg keine Anwendung.

Unabhängig davon sei entscheidende Vergleichsgröße zur Berechnung des Umsatzes der Gesamtumsatz des Unternehmens, was sich aus der europarechtskonformen Auslegung des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB ergebe. Die Trinkwasserversorgung mache aber nicht einmal 10% des Gesamtumsatzes der Beigeladenen aus.

Im Übrigen liege keine Freistellung nach § 100 Abs. 2 lit. h) GWB vor, da der Pachtvertrag hier Teil eines einheitlichen Vorgangs sei, der einen ausschreibungspflichtigen Teil in Form des Betriebsführungsvertrags enthalte.

Die **Antragsstellerin** beantragt,

1. gemäß § 101b GWB festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen am 9. Dezember 2010 geschlossene Pacht- und Betriebsführungsvertrag bezüglich der Trinkwasserversorgung in XX unwirksam ist;
2. den Antragsgegner zu verpflichten, den Vertrag über die Betriebsführung der Wasserversorgungsanlagen in XX nicht ohne die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens nach §§ 97 ff. GWB abzuschließen, hilfsweise für den Fall, dass der Vertrag bereits abgeschlossen wurde,

3. gemäß § 101b GWB festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Bgl. mbH geschlossene Vertrag über die Betriebsführung und Wasserversorgungsanlagen in XX unwirksam ist,
4. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Antragsstellerin aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsstellerin gemäß § 128 IV GWB für notwendig zu erklären

der Antragsgegner beantragt:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen,
2. die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners notwendigen außergerichtlichen Kosten sind von der Antragsstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt

der Antragsgegner ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei bereits im Hinblick auf das Rechtsschutzbedürfnis der Antragsstellerin unzulässig. Würde die Antragsstellerin obsiegen, würde, bedingt durch die vertragliche Ausgestaltung des Pacht- und Betriebsführungsvertrags, die Unwirksamkeit des Betriebsführungsvertrags ebenfalls die Unwirksamkeit des Pachtvertrags bedingen, so dass die Grundlage für ein Vergabeverfahren entfielen. Folglich läge ein realer oder drohender Schaden der Antragsstellerin im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht vor.

Weiterhin handele es sich um ein In-house-Geschäft. Die kommunale Beteiligungshöhe an der Beigeladenen betrage mehr als 98%. Private Splitterbeteiligungen fänden sich erst auf vierter mittelbarer Beteiligungsebene in Form von Kommanditanteilen an der B GmbH & Co.KG. Auf jeden Fall sei eine derart geringe private Beteiligung nicht geeignet, die Beherrschung der Beigeladenen wie eine eigene Dienststelle durch die beteiligten Kommunen in Zweifel zu ziehen.

Auch falls die Einordnung des Vertrages als In-house-Geschäft scheitern würde, wäre das Konzernprivileg nach § 100 Abs. lit. o) GWB einschlägig. Nach dieser Vorschrift

würden sich zwei Wasserversorgungsunternehmen gegenseitig vergaberechtsfrei beauftragen, sofern der Auftragnehmer 80% seines Auftragsvolumens mit verbundenen Unternehmen bestreite. Die Beigeladene sei zweifelsohne ein Unternehmen, das auf dem Gebiet der Wasserversorgung tätig sei.

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin sei der Eigenbetrieb ein Wasserversorgungsunternehmen und Auftraggeber im Sinne der Regelung. Durch den Anschluss- und Benutzungszwang in der Wasserversorgungssatzung des Antragsgegners würden alle Grundstückseigentümer im Stadtgebiet Wasser von dem Eigenbetrieb beziehen. Ein Wasserversorgungsunternehmen sei, wer Wasser erwirbt und gegen Entgelt an den Endverbraucher weiterreicht. Dies ergebe sich aus § 98 Nr. 4 GWB. der Antragsgegner sei darüber hinaus Betreiberin des von ihr gepachteten Wassernetzes. Sie stelle auch die Trinkwasserversorgung sicher.

Es sei verfehlt, wenn die Antragstellerin ausführe, der Antragsgegner übe die Wasserversorgung nicht selbst aus. Der Eigenbetrieb sei zwar nur Besitzer des Wasserversorgungsnetzes. Aber die Beigeladene erbringe die notwendigen operativen Leistungen, was nach § 9 Abs. 5 des Pacht- und Betriebsdurchführungsvertrags unter Aufsicht und nach Weisung des Antragsgegners geschehe. Darüber hinaus seien die wesentlichen Einrichtungen zur öffentlichen Wasserversorgung im Gebiet des Antragsgegners öffentlich-rechtlich gewidmet, wodurch sie ein unmittelbares Durchgriffsrecht auf diese Anlagen habe. Demnach sei der Antragsgegner also voll verantwortliche Wasserversorgerin im Stadtgebiet.

Auch die 80%-Grenze sei deutlich überschritten, da die Beigeladene weit mehr als 80% ihres Umsatzes im Bereich der Wasserversorgung mit dem Antragsgegner oder in Erfüllung öffentlicher Aufgaben mache. In den Jahren 2006 bis 2007 hätte sie im Bereich der Trinkwasserversorgung jeweils einen Umsatzanteil gegenüber dem Antragsgegner von über 99,5%. Selbst wenn ihr Gesamtumsatz in allen Geschäftssparten zusammengenommen würde, betrügen die Umsatzerlöse mit der Antragstellerin deutlich mehr als 80%.

Wenn die Antragstellerin zur Berechnung der 80%-Grenze auf den Gesamtumsatz der Beigeladenen abstellen wolle, geschehe dies entgegen dem Wortlaut des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB. Die Norm stelle auf die sektorenspezifische Umsätze ab.

Schließlich sei auch der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. lit h) GWB einschlägig. Hauptregelungsgegenstand des Pacht- und Betriebsführungsvertrages sei der Teil über die Nutzung von unbeweglichem Vermögen in Form von Einrichtungen der öffentlichen Wasserversorgung. Im Gesamtwerk des Vertrages sei dieser Teil der wirtschaftliche Schwerpunkt, wohingegen die Betriebsführungsleistungen von untergeordneter Natur seien.

Die **Beigeladene** schließt sich im Wesentlichen dem Vortrag des Antragsgegners an. Sie beantragt,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Am 17. Februar 2011 fand die mündliche Verhandlung statt, in welcher die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

II.

Gründe

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Antrag ist zulässig.

1.1 Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB. Der zu vergebende Auftrag stellt einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB dar. Die Vergabekammer ist für das Verfahren unter Berücksichtigung des Auftragswertes sachlich sowie auch örtlich zuständig.

1.2 Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat dargelegt, dass sie sachlich in der Lage ist, die kaufmännischen Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Betriebsführung der Wasserversorgung im Stadtgebiet des Antragsgegners auszuführen und darüber hinaus ein Interesse an einem

diesbezüglichen Auftrag hat. Unterstellt, die Rechtsausführungen der Antragstellerin treffen zu, wonach zumindest die Betriebsführungsaufgaben im Rahmen eines ordnungsgemäßen EU-weiten Vergabeverfahrens hätten ausgeschrieben werden müssen und sie sich an dem Vergabeverfahren beteiligt hätte, hätte sie zumindest die Chance gehabt, den Zuschlag auf ihr Angebot zu erhalten. Damit hat die die Verletzung in eigenen subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit § 97 Abs. 1 GWB und einen drohenden finanziellen Schaden durch die Nichterteilung des Zuschlags in ausreichender Weise dargelegt.

1.3 Auf die Feststellung, dass die Antragstellerin den Vergaberechtsverstoß unverzüglich gerügt hat (§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB), kommt es nicht an. Bei einer sog. de-facto-Vergabe im Sinn des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB wie sie hier durch den Vertragsschluss ohne vorangegangenes Ausschreibungsverfahren vorliegen soll, ist eine Rüge nicht erforderlich, weil sie den Zweck hat, den Auftraggeber im Rahmen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses die Möglichkeit zur Korrektur eines Verfahrensfehlers zu geben (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.04.2010, Verg W 5/10, Juris, Rn. 35). Bei direkt abgeschlossenen Verträgen entstehen indes ein solches vorvertragliches Schuldverhältnis und die aus der Verpflichtung zur Rücksichtnahme resultierende Rügeobliegenheit nicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, Verg 37/07, Juris, Rn. 53 mit weiteren Nachweisen).

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin allerdings eine Rüge ausgesprochen. Einerseits ist deren Unverzüglichkeit im Sinn des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Andererseits ist diese Rüge - auch bei grundsätzlicher Nichterforderlichkeit - unschädlich.

1.4 Die Frist des § 101 b Abs. 2 GWB, die einzuhalten ist, wenn die Unwirksamkeit eines Vertrages geltend gemacht wird, ist gewahrt. Der hier streitgegenständliche Vertrag wurde am 09.12.2010 geschlossen; die Rüge wurde drei Tage vorher erhoben. Somit kann von der Kenntnis der Antragstellerin jedenfalls ab dem Datum des Vertragsschlusses ausgegangen werden. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der Frist von 30 Kalendertagen ab dem Zeitpunkt dieser Kenntnis eingereicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten gemäß §§ 97 Abs. 7 in Verbindung mit Abs. 1 GWB verletzt, weil der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen abgeschlossene Pacht- und Durchführungsvertrag mangels Zugrundelegung des Vergaberechtsregimes nicht unwirksam ist.

Bei dem kombinierten Pacht- und Betriebsführungsvertrag handelt es sich zwar um einen Dienstleistungsvertrag im Sinn des § 99 Abs. 4 GWB. Er ist aber gemäß § 100 Abs. 2 GWB von der Anwendung des Vergaberechtsregimes der §§ 97 ff. GWB freigestellt.

2.1 Die Geltung des Vierten Teils des GWB entfällt nicht aufgrund des Ausnahmetatbestandes des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB. Zwar erstreckt sich der Anwendungsbereich dieser Ausnahmegvorschrift auf Pachtverträge von Grundstücken. Die von der Beigeladenen an den Antragsgegner verpachteten Einrichtungen der öffentlichen Wasserversorgung sind gemäß § 2 Abs. 1 des Vertrages Grundstücke und Bauwerke sowie Leitungsanlagen und wassertechnische Einrichtungen. Bei den Leitungsanlagen und wassertechnischen Einrichtungen ist davon auszugehen, dass sie - jedenfalls zum größten Teil - nach § 94 Abs. 1 BGB fest mit dem Grund und Boden verbunden, so dass es sich bei dem zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen abgeschlossenen Pachtvertrag um einen Pachtvertrag über Grundstücke und Gebäude handelt. Dieser wäre allerdings nur von § 100 Abs. 2 lit. h) GWB erfasst, wenn es sich um einen reinen Pachtvertrag handeln würde. Der vorliegende Vertrag ist jedoch ein gemischter Vertrag, weil er neben dem Pachtelement auch die Übertragung von Dienstleistungen, nämlich die Betriebsführung des städtischen Wasserversorgungsbetriebs gemäß § 9 beinhaltet. Nach den EU-Vergaberechtsrichtlinien (Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2004/18/EG und Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2004/17/EG) weisen Verträge über Rechte an Grundstücken Merkmale auf, die die Anwendung der Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unangemessen erscheinen lassen. Gemeint ist damit, dass eine an Wirtschaftlichkeitskriterien orientierte Austauschbarkeit des Beschaffungsgegenstandes im Vergleich zu Waren und Dienstleistungen, die

üblicherweise am Markt beschafft werden, nicht gegeben ist (*Dreher*, in *Dreher/Stockmann*, Kartellvergaberecht, 4. Auflage, 2008, § 100 Rn. 55). Diese Gründe treffen aber nicht auf die mit dem Vertrag ebenfalls übertragenen Dienstleistungen zu. Sie können sich nur dann auf den Dienstleistungsteil des Vertrags erstrecken, wenn die Pflicht zu den Dienstleistungen völlig untergeordneter Natur ist und es deshalb ausgeschlossen erscheint, dass auch ihretwegen der Vertrag abgeschlossen worden ist (BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04, Juris Rn. 28). Das ist hier nicht der Fall. Die Betriebsführung ist, wie sich aus dem Vertrag ergibt, im Vergleich zu der Verpachtung kein untergeordnetes Element. Vielmehr ist sie „integraler Bestandteil“ des Vertrags (§§ 1 Abs. 2 und 9 Abs. 1) und beide Vertragsteile sind untrennbar miteinander verbunden (§ 1 Abs. 2), indem die Verpachtung unter der Bedingung der Betriebsführung des Wasserversorgungsbetriebes durch die Beigeladene steht (Vorbemerkung). Aufgrund dieser vertraglichen Konstellation sind die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 100 Abs. 2 lit. h) nicht erfüllt.

2.2 Die Voraussetzungen für die Ausnahmeregelung des § 100 Abs. 2 lit. o) aa) GWB sind hingegen erfüllt. der Antragsgegner wird als Sektorenauftraggeberin tätig und der Vertrag ist, soweit er die Betriebsführung und damit auch Dienstleistungen außerhalb der Verpachtung regelt, als ein Auftrag an ein konzernverbundenes Unternehmen zu werten.

Bezüglich des hier vorliegenden Auftrags ist der Antragsgegner Sektorenauftraggeber auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung. Zwar muss es sich nach dem Wortlaut des § 98 Nr. 4 GWB bei einem Sektorenauftraggeber um eine natürliche oder juristische Person des privaten Rechts handeln. Damit stellt das Merkmal des „privaten Rechts“ aber kein Ausschlusskriterium dar (vgl. *Eschenbruch*, in: *Kulartz/Kus/Portz* (Hrsg.), *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 2. Auflage, 2009, § 98 Rn. 267). Vielmehr ist unter Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 der EU-Sektorenrichtlinie klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber gleichermaßen als Sektorenauftraggeber qualifiziert werden können (vgl. *Eschenbruch*, in: *Kulartz/Kus/Portz* (Hrsg.), *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 2. Auflage, 2009, § 98 Rn. 266). Das ergibt sich im Übrigen auch aus der Differenzierung in Nr. 1 der Anlage zu § 98 zum GWB, wonach bei Auftraggebern nach § 98 Nr. 4 GWB ausdrückliche Kriterien festgelegt sind, die gegen eine Tätigkeit im Bereich der Trinkwasserversorgung sprechen. Dadurch wird

klargestellt, dass die sog. klassischen Auftraggeber ebenfalls als Sektorenauftraggeber eingeordnet werden können, wenn die dafür erforderlichen Bedingungen gegeben sind.

Die Voraussetzungen der Anlage zu dem GWB bezüglich der Definition der Sektorentätigkeiten sind insoweit erfüllt, als dass der Antragsgegner auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung tätig wird. Eine Tätigkeit im Bereich der Trinkwasserversorgung wird nach Nr. 1 der Anlage zu § 98 GWB als das Bereitstellen und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder Verteilung von Trinkwasser sowie die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser definiert. der Antragsgegner stellt das Trinkwasserversorgungsnetz in ihrem Stadtgebiet bereit und betreibt es. Unabhängig davon, dass sich dies bereits aus § 39 HWG ergibt, wonach Gebietskörperschaften unter den dort genannten Voraussetzungen eine Versorgungspflicht mit Trinkwasser in ihrem Gebiet haben, folgt aus der von dem Antragsgegner gewählten rechtlichen Konstruktion, dass sie selbst die erforderlichen Netze bereitstellt und betreibt. Die Sicherung der Wasserversorgung ist so ausgestaltet worden, dass der neu gegründete Eigenbetrieb „Wasserversorgung“ die Pflichtaufgaben nach § 39 HWG übernimmt; gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern der Stadt tritt der Eigenbetrieb als Ansprechpartner, insbesondere auch als der Gebührengläubiger auf.

Die tatsächlichen Verhältnisse und vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen bezüglich der Wasserversorgungs-einrichtungen ändern daran nichts. Es ist für die Beurteilung, ob eine Sektorentätigkeit im Bereich der Trinkwasserversorgung vorliegt nicht maßgeblich, dass der Antragsgegner die Wasserversorgungsanlagen von der Beigeladenen gepachtet hat, also selbst nicht Eigentümerin ist. Weder aus der die Definition der Sektorentätigkeit noch aus sonstigen - auch öffentlich-rechtlichen - Normen lässt sich ableiten, dass ein Sektorenauftraggeber die Stellung eines Eigentümers in Bezug auf die betriebenen Netze, Leitungen und Anlagen haben muss. Entscheidend ist vielmehr, ob er die tatsächliche Sachherrschaft in der Weise hat, dass er gemäß dem Versorgungsauftrag unbeschränkt darüber verfügen und damit verfahren kann. Das ist hier der Fall. Die

Anlagen sind über die Wasserversorgungssatzung des Antragsgegners formal öffentlich-rechtlich gewidmet worden. Darüber hinaus hat der Antragsgegner gemäß den Regelungen in dem Pacht- und Betriebsführungsvertrag Aufsichts- und Weisungsbefugnisse. Das bedeutet, dass die Bereitstellung und das Betreiben der Trinkwasserversorgungsanlagen in der Hand des Antragsgegners liegt; sie kann insoweit frei disponieren. Die Beigeladene kann dagegen, obwohl sie Eigentümerin der Anlagen ist, nicht selbständig die Versorgung der Bevölkerung im Stadtgebiet des Antragsgegners mit Trinkwasser vornehmen. Sie kann darüber hinaus mangels vertraglicher oder gesetzlicher Befugnisse nicht die Rechtsfolgen gegenüber dem versorgten Personenkreis herleiten.

Darüber hinaus sind der Antragsgegner und die Beigeladene verbundene Unternehmen im Sinne des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB. Für die Bestimmung, nach welchen Kriterien sich bestimmt, ob verbundene Unternehmen gegeben sind, verweist § 100 Abs. 2 lit. o) GWB auf § 36 Abs. 2 und 3 GWB. Nach § 36 Abs. 2 GWB werden verbundene Unternehmen als einheitliche Unternehmen angesehen, wenn ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinn des § 17 AktG oder ein Konzernunternehmen im Sinn des § 18 AktG ist. Hier handelt es sich bei der Beigeladenen um ein gegenüber des Antragsgegners abhängiges Unternehmen nach § 36 Abs. 2 GWB, § 17 Abs. 2 AktG.

Die sog. Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB ist nur erfüllt, wenn die Beherrschung gesellschaftsrechtlich bedingt oder vermittelt ist (vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold, GWB, Kommentar*, 6. Auflage, 2010, § 36 Rn. 40). Für eine solche gesellschaftsrechtliche Beherrschung besteht gemäß § 17 Abs. 2 AktG eine rechtliche Vermutung; konkret wird davon ausgegangen, dass ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist, wobei es sich sowohl um die Kapital- als auch um die Stimmenmehrheit handeln kann (vgl. *Hüffer, Aktiengesetz*, 8. Auflage, 2008, § 17 Rn. 17).

So verhält es sich im vorliegenden Fall. Ausweislich des Pacht- und Betriebsführungsvertrags hält der Antragsgegner 50,1 % der Anteile an der Beigeladenen, einer GmbH. Damit hat sie die Kapitalmehrheit an der juristischen

Person inne. Mit der Abhängigkeitsvermutung nach § 17 Abs. 2 Akt wird die Beigeladene im Verhältnis zum Antragsgegner als verbundenes Unternehmen im Sinn des § 100 Abs. 2 lit. o) in Verbindung mit § 36 Abs. 2 GWB klassifiziert.

Die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG ist allerdings widerlegbar (vgl. *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Auflage, 2008, § 17 Rn. 19 ff.). Tatsachen, aus denen sich im vorliegenden Fall die tatsächliche Widerlegung ergibt, sind aber weder vorgetragen worden noch sind sie ersichtlich. Daher bleibt die Beigeladene verbundenes Unternehmen in Bezug auf den Antragsgegner.

Die Beigeladene hat schließlich mindestens 80 Prozent des während der letzten drei Jahre in der Europäischen Union erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Trinkwassersektor für die mit ihr verbundenen Antragsgegner erbracht. Zunächst ist als Bezugsgröße für die Ermittlung des Umsatzes auf die Leistungen der Beigeladenen im Trinkwassersektor abzustellen. Dafür spricht zum einen der Wortlaut des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB, wonach es auf den „entsprechenden Liefer- oder Bau- oder Dienstleistungssektor“ ankommt. Diese ausdrückliche Differenzierung lässt deutlich erkennen, dass nur eine sektorspezifische Anwendung des Ausnahmetatbestandes in Betracht kommt. Zum anderen ergibt sich dies auch aus dem Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung. Sie stellt eine Privilegierung für Sektorenauftraggeber dar (vgl. *Röwekamp*, in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, 2009, § 100 Rn. 74). Nach den gesetzlichen Definitionen und Voraussetzungen genügt für die Tätigkeit eines Sektorenauftraggebers und die Einordnung eines Auftrags als Sektorenauftrag das Tätigwerden in einem der in der Anlage zu § 98 aufgeführten Bereiche. Daher kann es für die Zugrundelegung des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB nicht entscheidend sein, ob die davon erfassten Unternehmen grundsätzlich nur in einem Sektorenbereich oder in mehreren tätig sind. Somit ist lediglich der spezifische Sektor relevant, dem der Auftrag zuzurechnen ist (*Diehr*, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage, 2011, § 100 Rn. 95). Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um den Trinkwassersektor. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Beigeladene innerhalb ihres allgemeinen Tätigkeitsfeldes auch Dienstleistungen im Bereich der Gas- und Stromversorgung im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern erbringt.

Mehr als 80 Prozent des von dem während der letzten drei Jahre erzielten Umsatzes der Beigeladenen im Trinkwassersektor stammt aus Dienstleistungen für den Antragsgegner. Diese hat unter Bezugnahme auf die Geschäftsberichte der Beigeladenen dargelegt, dass der Umsatzanteil gegenüber der Stadt - ausschließlich im Bereich der Trinkwasserversorgung - im Jahr 2007 einen Anteil von 99,54 %, im Jahr 2008 einen Anteil von 99,51 % und im Jahr 2009 einen Anteil von 99,53 % hatte.

Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, dass diese Erlöse aus den drei Vorjahren aus der Belieferung privater Abnehmer erwirtschaftet wurden und somit nicht die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB erfüllt seien, greift dieser Einwand nicht durch. Maßgebend ist in diesem Zusammenhang, dass die Gemeinden nach § 39 Abs. 1 HWG öffentlich-rechtlich zu der Versorgung der Bevölkerung in ihrem Gemeindegebiet mit Trinkwasser verpflichtet sind. § 39 Abs. 2 HWG lässt die Übertragung der Aufgabe auf andere öffentlich-rechtliche Körperschaften oder private Dritte zu. Insoweit hatte der Antragsgegner die Beigeladene, wie sich u. a. aus der Präambel des Pacht- und Betriebsführungsvertrags ergibt, in den Vorjahren mit der Aufgabe der Wasserversorgung im Stadtgebiet betraut. Maßgebend für die Beurteilung des Ausnahmetatbestandes des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB sind nicht die daraus resultierenden Rechtsbeziehungen der Beigeladenen mit den Wasserabnehmern. Entscheidend ist vielmehr, dass die Tätigkeit der Beigeladenen im Trinkwassersektor insoweit für den Antragsgegner erfolgte, als dass die Beigeladene deren gesetzlich zugewiesene Aufgabe übernahm. Die von ihr erzielten Umsätze waren insoweit eine unmittelbare Folge aus ihren Dienstleistungen für den Antragsgegner als Auftraggeber. Ein direktes Austauschverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem verbundenen Unternehmen ist nicht erforderlich. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Bezahlung der Leistung durch Dritte, die Kunden, vorgenommen wurde.

Die Antragstellerin kann sich somit nicht auf eine Rechtsverletzung nach § 97 Abs. 1 und Abs. 7 GWB stützen, denn der streitgegenständliche Vertrag ist gemäß § 100 Abs. 2 lit. o) GWB der Anwendung des Vierten Teils des GWB entzogen.

III.

Kostenentscheidung

- A. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:
 - I. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.
 - II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus dem Auftragswert (§ 12 (8) Pacht- und Betriebsführungsvertrag) ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 8.875,00 Euro.
 - III. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen (§ 128 Abs. Satz 2 GWB).
 - IV. Die Antragstellerin hat auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Beigeladenen, welche Anträge gestellt und sich am Verfahren aktiv beteiligt hat, zu tragen.
 - V. Die Zuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des Antragsgegners war im Hinblick auf die rechtlichen Schwierigkeiten des streitgegenständlichen Falls notwendig (§ 128 Abs. 4 GWB, § 80 HVwVfG).

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Jung
(Vorsitzender)

Dr. Lausen
(Hauptamtliche Beisitzerin)