



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

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

B E S C H L U S S

Bestätigt durch Entscheidung OLG-Naumburg 7 Verg 1/22 vom 03.06.2022

Az.: 2 VK LSA 10/21

Halle (Saale), den 24.02.2022

§§ 97 ff., 108 Abs. 1 - 6 und 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB

- Zulässiger und begründeter Nachprüfungsantrag
- Vertrag von Anfang an unwirksam
- Unzulässige De-Facto-Vergabe
- Unzulässige horizontale Inhouse-Vergabe

Der geschlossene Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen ist von Anfang an unwirksam. Der Antragsgegner hat den betreffenden Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben. Dies war nicht aufgrund Gesetzes gestattet.

Die Direktvergabe führt dazu, dass sich die Antragstellerin nicht mit einem Angebot an einem Vergabewettbewerb beteiligen kann und somit auch keine Chance auf Erhalt eines öffentlichen Auftrages hat

Der Antragsgegner hat in unzulässiger Weise eine horizontale Inhouse-Vergabe vorgenommen. Eine zulässige horizontale Inhouse-Vergabe bei alleiniger Kontrolle liegt vor, wenn zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kein Kontrollverhältnis besteht, beide aber durch denselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden. Dies war vorliegend nicht gegeben. Die Stadt XXX hat mit ihren 50 %igen Stimmanteil in der Verbandsversammlung über den Antragsgegner keine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle. In Bezug auf eine horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle ist es nicht gerechtfertigt, den Geltungsbereich des § 108 Abs. 4 GWB über seinen Wortlaut hinaus auszudehnen.

In dem Nachprüfungsverfahren

.....
.....
.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....
.....

gegen

.....
.....
.....

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....
.....

unter Beiladung

.....
.....
.....

- Beigeladene -

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes bezüglich der behaupteten De-facto-Vergabe der kaufmännischen Betriebsführung des XXX hat die 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Herrn Regierungsdirektor XXX, die hauptamtliche Beisitzerin Frau XXX und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn XXX beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der am 09.09.2021 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die zu erbringende Leistung der kaufmännischen Betriebsführung von Anfang an unwirksam ist.

2. Soweit der Antragsgegner an seiner Beschaffungsabsicht festhält, wird ihm aufgegeben, die Leistung der kaufmännischen Betriebsführung im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens im Sinne der §§ 97 ff. GWB zu beschaffen.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens. Die Verfahrenskosten werden auf XXX Euro festgesetzt. Der Antragsgegner ist jedoch von der Entrichtung der Gebühren befreit.
4. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig.

Gründe

I.

Der Antragsgegner ist ein Abwasserzweckverband in der Form einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Sitz in der Stadt XXX. Verbandsmitglieder sind neben der Stadt XXX fünf weitere Städte und Gemeinden. Der Antragsgegner ist in seinem Zweckverbandsgebiet für die Schmutzwasser- und Niederschlagswasserbeseitigung zuständig.

Gemäß § 5 der Verbandssatzung sind die Verbandsversammlung und die Verbandsgeschäftsführerin die zentralen Organe des Antragsgegners. Die Verbandsversammlung ist nach § 6 der Verbandssatzung das Hauptorgan des Antragsgegners. Sie setzt sich aus den von den Verbandsmitgliedern gewählten Vertretern zusammen. Die Verbandsmitglieder erhalten je angefangene 5000 Einwohner eine Stimme. Entsprechend § 7 der Verbandssatzung legt die Verbandsversammlung die Grundsätze der Verwaltung fest. Sie ist insbesondere zuständig für die Beschlussfassung über wesentliche Entscheidungen (u. a. Finanzangelegenheiten, Wirtschaftsplan, Wahl und Abwahl der Verbandsgeschäftsführerin). Darüber hinaus kann sie jede Angelegenheit an sich ziehen. Die Verbandsversammlung ist Dienstvorgesetzter und höherer Dienstvorgesetzter und oberste Dienstaufsichtsbehörde der Geschäftsführerin. Beschlussfähig ist gemäß § 9 Abs. 1 der Verbandssatzung die Verbandsversammlung u. a., wenn mehr als die Hälfte der Verbandsmitglieder und mehr als die Hälfte der satzungsmäßigen Stimmen vertreten sind. Ist eine Angelegenheit wegen Beschlussunfähigkeit der Verbandsversammlung zurückgestellt worden und wird die Verbandsversammlung zur Verhandlung über den gleichen Gegenstand zum zweiten Mal einberufen, so ist sie ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Verbandsmitglieder und

Stimmen beschlussfähig, (§ 9 Abs. 2 Verbandssatzung). Gemäß § 10 Abs. 2 der Verbandssatzung werden Beschlüsse der Verbandsversammlung, soweit durch Gesetz oder die Satzung nichts anderes bestimmt ist, mit der einfachen Stimmenmehrheit gefasst, bei Stimmgleichheit gilt der Antrag als abgelehnt. Über die Abwahl der Verbandsgeschäftsführerin, die Aufnahme neuer Verbandsmitglieder, den Austritt und Ausschluss von Verbandsmitgliedern sowie die Auflösung des Zweckverbandes und Aufteilung des Zweckverbandsvermögens bedarf es gemäß § 10 Abs. 3 der Verbandssatzung einer Mehrheit von zwei Dritteln der satzungsmäßigen Stimmzahl. Nach § 16 Abs. 2 Verbandssatzung vertritt die Verbandsgeschäftsführerin den Zweckverband gerichtlich und außergerichtlich. Die Verbandsgeschäftsführerin leitet die Verwaltung des Zweckverbandes, erledigt in eigener Verantwortung die Geschäfte der laufenden Verwaltung und entscheidet in Angelegenheiten, die ihr in der Verbandssatzung oder durch Beschluss der Verbandsversammlung zugewiesen sind. Die Verbandsgeschäftsführerin ist an die Beschlüsse der Verbandsversammlung gebunden.

Zum Zeitpunkt der streitbefangenen Vergabeentscheidung verfügen alle Verbandsmitglieder zusammen über 16 Stimmen. Hiervon entfällt ein Stimmanteil von 50 % auf die Stadt XXX.

Die Beigeladene ist ein 100 %-iges Tochterunternehmen der Stadt XXX. Gegenstand des Unternehmens ist nach § 2 des Gesellschaftsvertrages i. d. F. v. 29.10.2019 der Betrieb und die Verwaltung des Familien- und Freizeitbades „XXX“ im Ortsteil XXX und des Sportbades „XXX“ im Ortsteil XXX. Um die Interessen der Stadt und ihrer Bürger und Bürgerinnen im Rahmen einer angemessenen Daseinsvorsorge nachhaltig wahrzunehmen, ist auch die Wahrnehmung von Aufgaben und die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Strom-, Gas- Wärmeversorgung sowie der Wasserversorgung Gegenstand des Unternehmens.

Im Jahr 2014 schloss der Antragsgegner mit der Antragstellerin einen Vertrag und beauftragte diese mit der technischen und kaufmännischen Betriebsführung. Der Vertrag endet am 31.12.2022. Einzelne Leistungen können im Verlauf des Jahres 2022 beendet werden. So endet u. a. die kaufmännische Betriebsführung zum 31.03.2022.

Gemäß dem Beschluss der Verbandsversammlung vom 03.08.2020 beabsichtigt der Antragsgegner nach Beendigung des Betriebsführungsvertrages im Rahmen der Umstrukturierung zu einem Regiebetrieb zurückzukehren und das Kerngeschäft teilweise wieder selbst zu erledigen. Für den Bereich der kaufmännischen Betriebsführung komme neben der öffentlichen Ausschreibung auch eine ausschreibungsfreie Vergabe an eine 100 %-ige kommunale Gesellschaft in Frage. Diesbezüglich sei die Stadt XXX als Verbandsmitglied an den Antragsgegner herangetreten, hierfür die Beigeladene als ihre

100 %-ige Tochter zu nutzen. Ein entsprechendes rechtliches Gutachten zur Untersuchung der Machbarkeit einer Zusammenarbeit liegt dem Antragsgegner vor.

Die XXX (hier Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners) als Verfasser des vorgenannten Gutachtens vom 02.06.2020 hatte insbesondere zu prüfen, ob vergaberechtlich eine Zusammenarbeit zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladene ohne Ausschreibung gestaltbar sei.

Der gutachterlichen Stellungnahme ist zu entnehmen, dass die Voraussetzungen einer klassischen vertikalen Inhouse-Vergabe i. S. d. § 108 Abs. 1 GWB nicht vorlägen. Der Antragsgegner sei nicht an der Beigeladenen beteiligt. Die Beigeladene sei eine 100 %-ige Tochter der Stadt XXX. Demzufolge übe der Antragsgegner über die Beigeladene keine Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle aus.

Es käme jedoch eine horizontale Inhouse-Vergabe gemäß § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB in Betracht. Die entsprechenden Voraussetzungen lägen vor. Dies wird damit begründet, dass die Stadt XXX als Verbandsmitglied des Antragsgegners sowohl diesen als Auftraggeber als auch die Beigeladene als Auftragnehmer kontrolliere. Antragsgegner und Beigeladene befänden sich rechtlich in einer „Schwester-Konstellation“. Sie seien zwar selbständige Rechtspersönlichkeiten, erschienen jedoch vergaberechtlich als Teile der sie beherrschenden gemeinsamen Mutter, der Stadt XXX.

Rechtlich eindeutig sei die alleinige Kontrolle der Stadt XXX über die Beigeladene, denn die Stadt sei zu 100 % Gesellschafterin der Beigeladenen.

Im Hinblick auf den Antragsgegner wird die Auffassung vertreten, dass die Stadt XXX ebenfalls die alleinige Kontrolle i. S. d. § 108 Abs. 1 und 2 GWB über diesen ausübe. Diesbezüglich sei ausdrücklich nicht die „gleiche“, sondern eine „ähnliche“ Kontrollintensität gefordert. Nach der europäischen Rechtsprechung sei das tatsächliche Ausüben der Kontrolle nicht erforderlich.

Die Stadt XXX könne in der Verbandsversammlung als Verbandsmitglied des Antragsgegners mit ihrem 50 %-igen Stimmanteil sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des Antragsgegners ausschlaggebenden Einfluss nehmen. Aufgrund der grundsätzlich ausreichenden einfachen Stimmmehrheit könnten in der Verbandsversammlung ohne die Stimmen der Stadt XXX keine Beschlüsse gefasst werden. Sämtliche Entscheidungen des Antragsgegners seien nur mit Zustimmung der Stadt möglich, so dass diese quasi de facto fast wie ein Allein- oder Mehrheitsgesellschafter die Entscheidungen des Antragsgegners beeinflussen bzw. bestimmen könne. Darüber hinaus sei der Antragsgegner gemäß der Verbandssatzung ohne die Stadt nicht einmal beschlussfähig.

Für die einfache Mehrheit sei zu berücksichtigen, dass in der Verbandsversammlung nur eins der fünf anderen Verbandsmitglieder mit der Stadt XXX stimmen müsse. Somit habe die Stadt XXX rein faktisch auf sämtliche strategischen Ziele und wichtige Entscheidungen des Antragsgegners eine Einflussnahme- und Kontrollmöglichkeit.

In ganz beschränkten Ausnahmefälle, in denen Beschlüsse einer Mehrheit von zwei Dritteln der satzungsmäßigen Stimmenzahl bedürften und ggf. mehr als ein weiteres Verbandsmitglied mitwirken müsse, sei aufgrund der entsprechenden Stimmverhältnisse eine Entscheidung ohne Mitwirkung der Stadt XXX bzw. gegen ihren Willen nicht möglich.

Die Möglichkeit, auf Entscheidungen des Antragsgegners einzuwirken und auf die strategischen Ziele und die wichtigen Entscheidungen Einfluss zu nehmen, sei nicht gleichzusetzen mit der Frage, ob die Stadt XXX jede Entscheidung des Antragsgegners „allein treffen kann“ oder über den Antragsgegner „eine alleinige Kontrolle“ ausübe. Das ergebe sich schon daraus, dass das Gesetz ausdrücklich auf „strategische Zielen und wichtige Entscheidungen“ abstelle, was indiziert, dass es auch „andere Entscheidungen“ gebe, die für die Beurteilung der Kontrolle unerheblich seien.

Unabhängig davon, ob die Stadt XXX über den Antragsgegner allein eine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle ausüben könne, sei auch eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe gemäß § 108 Abs. 4 und 5 GWB nach Auffassung der Verfasser möglich. Die Stadt XXX habe gemeinsam mit den anderen Verbandsmitgliedern eine allumfassende Kontrolle über den Antragsgegner, so dass die diesbezüglichen rechtlichen Voraussetzungen erfüllt seien.

Die Regelungen des § 108 Abs. 4 und 5 GWB fänden auch auf die horizontale Inhouse-Vergabe Anwendung. Der Wortlaut des § 108 Abs. 4 GWB beschränke sich ausdrücklich auf eine Alternative zur Kontrolle i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr.1 GWB und schließe damit nicht die übrigen Konstellationen der Inhouse-Vergabe aus. Dies ergebe sich auch aus der Gesetzesbegründung. Zwar sei hier die 2. Alternative des Abs. 3 nicht ausdrücklich aufgeführt. Daraus lasse sich jedoch nicht schließen, dass die Regelung trotz ihrer „*systematischen Stellung nach § 108 Abs. 3*“ zwar für die 1. Alternative des Abs. 3 gelte, nicht jedoch für die 2. Alternative des Abs. 3 gelten solle. Weder aus § 108 GWB noch aus der Richtlinie 2014/24/EU ergebe sich, dass bei einer horizontalen Inhouse-Vergabe Auftragnehmer und Auftraggeber beide der „alleinigen“ Kontrolle desselben Auftraggebers unterliegen müssten. Mangels vorliegender Rechtsprechung zur Frage der Beherrschung eines Zweckverbandes durch ein Mitglied verblieben allerdings letzte rechtliche Unsicherheiten.

Überdies seien vorliegend auch das Wesentlichkeits- und das Beteiligungskriterium erfüllt.

Unabhängig davon sei auch eine ausschreibungsfreie Beauftragung der Beigeladene durch den Antragsgegner (entweder unmittelbar als Dienstleister oder über die Stadt XXX als Unterauftragnehmer) im Wege einer interkommunalen Kooperation i. S. d. § 108 Abs. 6 GWB grundsätzlich möglich und gestaltbar.

Am 07.12.2020 informierte die Verbandsgeschäftsführerin auf der Verbandsversammlung, dass es kürzlich einen ersten Gesprächstermin mit der Beigeladenen zur Übernahme kaufmännischer Aufgaben gegeben habe. Hierbei sei ein weiteres rechtliches und wirtschaftliches Gutachten mit dem Ergebnis vorgestellt worden, dass eine Inhouse-Vergabe grundsätzlich möglich sei und dadurch eindeutige wirtschaftliche Vorteile bestünden.

In dem entsprechenden Gutachten der XXX vom 02.12.2020 wird die Auffassung vertreten, dass die Stadt XXX im Hinblick auf beide Tochtergesellschaften (Antragsgegner und Beigeladene) das Kontrollkriterium erfülle. Dies ergebe sich bereits dadurch, dass die Stadt XXX zu 100 % Gesellschafterin der Beigeladene sei, 50 % der Stimmrechte in der Verbandsversammlung des Antragsgegners besäße und gemeinsam mit den anderen Verbandsmitgliedern als öffentlicher Auftraggeber den Antragsgegner beherrsche. Ergänzend zum Gutachten vom 02.06.2020 wurde aufgeführt, dass es sich bei der Beauftragung der Beigeladene nicht um eine klassische Inhouse-Schwestern-Vergabe gemäß § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB handele. Antragsgegner und Beigeladene seien „Halbschwestern“. Es sei gemäß § 108 GWB nicht erforderlich, dass bei einer Beauftragung von Schwestern die Mütter in jedem Fall deckungsgleich seien. Für eine Zulässigkeit der ausschreibungsfreien Vergabe auch von Halbschwestern, spreche entschieden, dass dieses Ziel durch eine unstreitig zulässige „Beauftragung über Eck“ erreicht werden könne. Der Antragsgegner könne nach § 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB die Stadt XXX beauftragen. Die so zulässigerweise beauftragte Mutter könne dann den Auftrag im Wege der „klassischen Inhouse-Vergabe“ an ihre andere Tochter, die Beigeladene, weitergeben. Auf diesem Wege erhalte ebenfalls die Halbschwester den Auftrag und es bestünden deshalb keine Bedenken, dass unter diesen Voraussetzungen auch eine direkte Beauftragung der Halbschwester im Wege der Inhouse-Vergabe zulässig sei.

Ferner sei das Beteiligungskriterium erfüllt; weder an dem Antragsgegner noch an der Beigeladene sei privates Kapital beteiligt. Zur Prüfung des Wesentlichkeitskriteriums fehle es an notwendigen Informationen. Im Ergebnis sei eine Beauftragung im Wege der horizontalen Inhouse-Vergabe gemäß § 108 Abs. 1 und Abs. 3 Alt. 2 GWB zwischen den „Halbschwestern“ Antragsgegner und Beigeladene vergaberechtlich zulässig und könne als Alternative zur Ausschreibung realisiert werden, soweit bei der Beigeladenen im relevanten Zeitraum das Wesentlichkeitskriterium eingehalten worden sei.

Darüber hinaus lägen entgegen der im Gutachten vom 02.06.2020 vertretenen Auffassung die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie interkommunale Kooperation i. S. d. § 108 Abs. 6 GWB nicht vor. Dies Bewertung sei durch das jüngst ergangene Urteil des EuGHs überholt.

Am 12.07.2021 beschloss die Verbandsversammlung, einen kaufmännischen Betriebsführungsvertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zu schließen. Der tatsächliche Vertragsschluss erfolgte am 09.09.2021. Dem Vertrag ist zu entnehmen, dass die Aufgaben der kaufmännischen Betriebsführung im Wege der horizontalen Inhouse-Vergabe gemäß § 108 Abs. 3 GWB auf die Beigeladene übertragen werden. Er tritt zum 01.04.2022 in Kraft. Über die Unterzeichnung des kaufmännischen Betriebsführungsvertrages mit der Beigeladenen informierte der Antragsgegner die Öffentlichkeit auf einer Internetseite am 10.09.2021.

Mit Fax vom 08.10.2021 stellte die Antragstellerin mittels anwaltlichen Schriftsatzes den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der zuständigen Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass der Antragsgegner ohne Vergabeverfahren einen Vertrag mit der Beigeladene abgeschlossen habe, ohne dazu berechtigt zu sein. Die Voraussetzungen für ein Inhouse-Vergabe gemäß § 108 GWB lägen nicht vor. Der Vertrag sei daher von Anfang an unwirksam.

Soweit der Antragsgegner davon ausgehe, dass die Voraussetzungen einer horizontalen Inhouse-Vergabe von Schwestergesellschaft zu Schwestergesellschaft gemäß § 108 Abs. 3 GWB vorlägen, könne dem nicht gefolgt werden. Dafür müsse der Antragsgegner nämlich, ebenso wie die Beigeladene, von der Stadt XXX kontrolliert werden. Der Antragsgegner werde aber nicht von der Stadt XXX in dem Maße kontrolliert, dass sie einen solchen ausschlaggebenden Einfluss ausübe, um die maßgeblichen Weichenstellungen für den Antragsgegner zu bestimmen. Die Stadt XXX verfüge in der Verbandsversammlung des Antragsgegners nur über die Hälfte der Stimmen, wobei bei Stimmengleichheit der Antrag als abgelehnt gelte. Sie könne vielmehr in allen Entscheidungen, die den Antragsgegner betreffen, überstimmt bzw. jedenfalls blockiert werden. Dies gelte umso mehr für Beschlüsse, die nach der Verbandssatzung einer Zweidrittelmehrheit bedürften. Das schließe eine Kontrolle über den Antragsgegner i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB aus.

Insoweit sich der Antragsgegner ferner darauf beziehe, dass ebenso die Voraussetzungen einer horizontalen Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle vorlägen, könne dem nicht gefolgt werden. Diesbezüglich sei im Gutachten vom 02.06.2020 selbst geäußert worden, dass „rechtliche Unsicherheiten“ verblieben.

Denn eine solche horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle sehe das Gesetz nicht vor. Dies folge bereits aus dem Wortlaut und der Systematik des § 108 Abs. 3 GWB. Dieser verweise ausdrücklich nur auf die vertikale Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB. Demgegenüber enthalte § 108 Abs. 4 GWB einen eigenständigen Ausnahmetatbestand, der an keiner Stelle auf die vorangegangenen Absätze des § 108 GWB aufbaue. Eine erweiternde Auslegung scheidet aus, weil der § 108 Abs. 3 GWB wörtlich dem Art. 12 Abs. 2 der europäischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU entspreche, dessen Umsetzung er diene. Es gebe keinerlei Anzeichen dafür, dass der europäische Gesetzgeber die hier in Rede stehende Konstellation zulassen wollte. Ohnehin käme eine Ausdehnung eines Ausnahmetatbestandes nicht in Betracht, da Ausnahmetatbestände immer eng auszulegen seien und keiner Analogie zugänglich seien. Die im Gutachten vom 02.12.2020 vertretene Auffassung, dass der Sinn und Zweck der Vorschrift für eine Inhouse-Vergabe „über Eck“ spreche, sei zudem unzutreffend.

Die Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB solle einen klaren Organisationsrahmen schaffen, innerhalb dessen Aufträge ohne Ausschreibung vergeben werden können. Eine Ausweitung auf eine horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle würde diese (eng umgrenzten Möglichkeiten) aber vollkommen entgrenzen. Von der überwiegenden Meinung in der vergaberechtlichen Literatur werde daher auch die horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle abgelehnt. Teilweise werde aber auch dafür argumentiert. Im Zentrum dieser Auffassung stehe dabei eine Passage in der Gesetzesbegründung, nach der die inverse Inhouse-Vergabe (also von Tochter an kontrollierende Mutter) auch im Falle der gemeinsamen Kontrolle zulässig sein solle. Dieses Argument sei aber für die hier entscheidende Frage unergiebig, denn der Gesetzgeber habe sich gerade nicht zur horizontalen Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle geäußert, sondern lediglich zur inversen Inhouse-Vergabe. Zudem habe sich diese – der Richtlinie widersprechende – Auffassung nicht im Wortlaut des Gesetzes niedergeschlagen, weshalb sie unbeachtlich sei und keiner abschließenden Klärung bedürfe. Denn selbst diejenigen Stimmen in der Literatur, die (unrichtigerweise) davon ausgingen, eine horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle sei zulässig, beschränkten dies auf gemeinsame Tochterunternehmen mit denselben kontrollierenden Muttergesellschaften. Diese Voraussetzungen seien jedoch nicht gegeben.

Hinsichtlich des Wesentlichkeitskriteriums führte die Antragstellerin aus, dass die Darlegungs- und Beweislast beim Antragsgegner läge. Die Antragstellerin geht davon aus, dass weit über 20 % der Umsätze der Beigeladenen wettbewerbliche Fremddumsätze seien.

Bezüglich der Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe auf dem Weg einer interkommunalen Kooperation, seien, wie zutreffend im Gutachten vom 02.12.2020 ausgeführt, die Voraussetzungen nicht erfüllt.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen am 09.09.2021 unterzeichnete Dienstleistungsvertrag über die kaufmännische Betriebsführung des Antragsgegners von Anfang an unwirksam ist.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. den Feststellungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner ergänzt und vertieft das Vorbringen aus den Gutachten vom 02.06.2020 und 02.12.2020.

Er führt insbesondere aus, dass das Tatbestandsmerkmal der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ein unbestimmter Rechtsbegriff sei, der für eine rechtssichere Anwendung in der Praxis der Konkretisierung bedürfe. Zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer müsse ein Kontrollverhältnis bestehen, das die Auftragsausführung bei funktionaler Betrachtungsweise als staatliche Selbstaussführung erscheinen lasse. Das Kontrollkriterium sei daher funktional zu verstehen. Der öffentliche Auftraggeber müsse in der Lage sein, eine strukturelle und funktionelle Kontrolle über die Einrichtung auszuüben. Dabei müssten die Einflussmöglichkeiten grundsätzlicher Art sein und dürften sich nicht lediglich auf einzelne strategische Ziele und wesentliche Entscheidungen in bestimmten Tätigkeitsbereichen beschränken. Ob diese Voraussetzungen erfüllt seien, sei im konkreten Einzelfall unter verständiger Würdigung aller relevanten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte vorzunehmen.

Der nach der Rechtsprechung des EuGHs erforderliche ausschlaggebende Einfluss grundsätzlicher Art ergebe sich vorliegend bereits aus den Regelungen der Verbandssatzung zur Beschlussfähigkeit (§ 9) und zur Beschlussfassung (§ 10) der Verbandsversammlung als Hauptorgan des Antragsgegners. Aufgrund der ausreichenden einfachen Stimmmehrheit hinsichtlich der Fassung von Beschlüssen gemäß § 10 der Verbandssatzung könne die Stadt XXX mit ihrem Stimmanteil von 50 % allein jede wichtige Entscheidung blockieren und umgekehrt könne kein anderes Mitglied des Antragsgegners allein mit seinem Stimmanteil wichtige Entscheidungen herbeiführen oder blockieren. Ohne den Stimmanteil der Stadt XXX sei die Verbandsversammlung gemäß § 9 der Verbandssatzung nicht beschlussfähig. Dass die Stadt XXX neben dem ausschlaggebenden Einfluss grundsätzlicher Natur ausdrücklich

auch den erforderlichen ausschlaggebenden Einfluss für alle einzelnen strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen des Antragsgegners ausübe, ergebe sich auch aus § 7 der Verbandssatzung.

Mithin habe die Stadt XXX die Möglichkeit der Kontrolle und Einflussnahme auf alle wichtigen strategischen Entscheidungen des Antragsgegners.

Ferner werde der antragstellerseitigen Rechtsauffassung ausdrücklich widersprochen, dass im Anwendungsbereich von § 108 Abs. 4 GWB nur die gemeinsame Kontrolle und im Anwendungsbereich von § 108 Abs. 1 GWB nur die alleinige Kontrolle maßgeblich sei. Es lasse sich aus dem Wortlaut von § 108 Abs. 4 GWB nicht schließen, dass eine gemeinsame und eine alleinige Kontrolle sich gegenseitig ausschließen würden. Tatsächlich fänden die Regelungen des § 108 Abs. 4 und 5 GWB auch auf eine horizontale Inhouse-Vergabe Anwendung. Die dort genannten Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt.

Entsprechend § 108 Abs. 5 GWB setze sich die Verbandsversammlung als Hauptorgan des Antragsgegners aus Vertretern aller Teilnehmer zusammen. Gemeinsam mit den anderen Verbandsmitgliedern könne die Stadt XXX einen ausschlaggebenden Einfluss ausüben. Ebenso verfolge die Beigeladene keine Interessen, welche denen des Antragsgegners widersprechen.

Darüber hinaus sei, entgegen der antragstellerseitigen Auffassung, das Wesentlichkeitskriterium erfüllt.

Mit Schriftsatz vom 02.12.2021 hat die Vergabekammer den Antragsgegner angehört. Sie hat ausgeführt, dass von einem zulässigen und begründeten Nachprüfungsantrag auszugehen sei. Der geschlossene Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen dürfte i. S. d. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam sein. Der Antragsgegner könne sich auf keine der in § 108 GWB aufgeführten Ausnahmetatbestände berufen. Diese Vorschrift fände in ihrer Gesamtheit auf den vorliegenden Beschaffungsvorgang keine Anwendung. Insbesondere übe die Stadt XXX über den Antragsgegner keine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle aus (§ 108 Abs. 3 S. 1 2. Halbsatz GWB). Darüber hinaus sehe § 108 Abs. 4 GWB eine horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle nicht vor. Die Vergabekammer hat angeregt, dass der Antragsgegner mit der Beigeladene vereinbaren solle, den Vertrag vom 09.09.2021 aufzuheben.

Hierzu hat der Antragsgegner umfassend Stellung bezogen. Er hat an seiner Auffassung festgehalten. Insbesondere lasse sich weder aus dem Gesetz noch aus der einschlägigen Rechtsprechung die Anforderung entnehmen, dass die „ähnliche Kontrolle“ bzw. der „ausschlaggebende Einfluss“ voraussetzen würde, dass die kontrollierende juristische Person

jeden Beschluss allein mit ihrem eigenen Stimmanteil durchsetzen könne. Eine identische Kontrolle, wie sie ein Verwaltungsträger über seine unselbständigen Verwaltungseinheiten ausübe, sei von vornherein nicht gefordert. Notwendig sei nur ein vergleichbares Niveau der Steuerungsfähigkeit. Es bestehe auch dann ein ausschlaggebender Einfluss, wenn die kontrollierende juristische Person jeden Beschluss allein mit ihren Stimmen verhindern könnte. Bereits diese Möglichkeit ausreichen zu lassen, sei sachgerecht. Die Stadt XXX übe allein aufgrund ihres Stimmanteils einen ausschlaggebenden Einfluss in der Verbandsversammlung aus. Sie habe es in der Hand, ob der Antragsgegner überhaupt Beschlüsse fassen könne. Dass ein Antrag bei Stimmgleichheit als abgelehnt gelte, sei entgegen der Darstellung der Antragstellerin zugunsten der Kontrolldichte des Antragsgegners auszulegen. Auch der Umstand, dass bestimmte Entscheidungen der Verbandsversammlung einer Stimmenmehrheit von zwei Dritteln bedürften, stehe der Annahme der „ähnlichen Kontrolle“ nicht entgegen. Überdies handele es sich um konstituierende Entscheidungen, die zwar unstreitig wichtig seien, aber keine strategischen Entscheidungen im operativen Sinne darstellten. Auch könne die Verbandsversammlung entsprechend der Verbandssatzung jede Angelegenheit an sich ziehen, was wiederum für den ausschlaggebenden Einfluss der Stadt XXX über den Antragsgegner sprechen würde. Die Annahme, dass angesichts der Stimmverhältnisse die Stadt XXX lediglich über eine Art Sperrminorität verfüge, entspreche nicht ihrem Stimmengewicht und dem tatsächlichen Einfluss auf den Antragsgegner. Einschlägige Rechtsprechung, die in einer solchen Konstellation den ausschlaggebende Einfluss ablehne, sei nicht bekannt. Vielmehr beherrsche jedes Verbandsmitglied unabhängig von seiner Beteiligung den Antragsgegner.

Ferner finde nach der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur § 108 Abs. 4 GWB über den reinen Wortlaut hinaus auch auf eine horizontale Inhouse-Vergabe Anwendung. Eine „restriktive“ Auslegung sei nicht geboten und würde dem Gesetzeszweck widersprechen. Die Vergabekammer Rheinland (Beschluss vom 20.02.2019, Az.: VK 52/2018) habe in einer mit dem streitgegenständlichen Sachverhalt vergleichbaren Konstellation ausdrücklich die Rechtmäßigkeit der horizontalen Inhouse-Vergabe zwischen Tochtergesellschaften gemäß § 108 Abs. 4 GWB bestätigt. Es handele sich jeweils um einen interkommunalen Beschaffungsvorgang, bei dem die Leistungsbeziehungen innerhalb der Verbandsstruktur verblieben.

Die Antragstellerin hat zu diesen Ausführungen Stellung bezogen. Der Antragsgegner trage auch weiterhin nichts vor, was die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe belegen würden. Es sei unzutreffend, dass in dem vom Antragsgegner aufgeführten Beschluss der VK Rheinland über eine mit dem streitgegenständlichen Sachverhalt vergleichbare Konstellation entschieden worden sei.

Mittels Beschluss vom 02.12.2021 hat die Vergabekammer die XXX als Verfahrensbeteiligte beigeladen. Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt und keine Stellungnahme abgegeben.

Auf entsprechende Anfrage der Vergabekammer haben die Beteiligten am 02.02.2022, 03.02.2022 und 07.02.2022 einer Entscheidung ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung zugestimmt.

Der Vorsitzende hat die Frist zur Entscheidung der Vergabekammer letztmalig bis zum 25.02.2022 verlängert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Nachprüfungsverfahrens wird auf die eingereichten Schriftsätze und die Verfahrensakte verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

1.1 Zuständigkeit

Gemäß §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i. V. m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt und der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalt ist die 2. Vergabekammer für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens sachlich und örtlich zuständig.

Der maßgebliche Schwellenwert für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist überschritten. Der Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 3 GWB.

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat an dem Auftrag

zur Erbringung der streitgegenständlichen Leistung ihr Interesse bekundet. Allein die Tatsache, dass sie dieses Nachprüfungsverfahren betreibt, erfüllt unter den gegebenen Umständen die Voraussetzungen der vorgenannten Norm. Insoweit reicht die Darlegung, dass ihr durch die Missachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit genommen wurde, ein Angebot abzugeben und den Zuschlag zu erhalten (OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, Az.: 13 Verg 9/21).

1.3 Rüge

Eine Rügeobliegenheit entsprechend § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB bestand nicht. Der Antragsgegner hat den betreffenden Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union mit Abschluss des Vertrages am 09.09.2021 vergeben. Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB gilt Satz 1 dieser Vorschrift nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

1.4 Kenntnis der Antragstellerin über den Vertrag

Die Antragstellerin hat i. S. d. § 135 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GWB fristgemäß die Unwirksamkeit des Vertrages geltend gemacht.

Es kann dabei offenbleiben, ob der Antragsgegner durch die Mitteilung vom 10.09.2021 auf einer Internetseite über den Abschluss des Vertrages gemäß der vorgenannten Vorschrift informiert hat. Jedenfalls hat die Antragstellerin innerhalb von 30 Kalendertagen (am 08.10.2021) nach der o. g. Mitteilung und somit rechtzeitig das Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Sie hat auch die Frist von sechs Monaten gemäß § 135 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GWB eingehalten.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Der am 09.09.2021 geschlossene Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam. Der Antragsgegner hat den betreffenden Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben. Dies war nicht aufgrund Gesetzes gestattet. Insoweit kann er sich auf keine der in § 108 GWB aufgeführten

Ausnahmetatbestände berufen. Diese Vorschrift findet in ihrer Gesamtheit auf den vorliegenden Beschaffungsvorgang keine Anwendung.

Hierzu im Einzelnen:

2.1 Vertikale Inhouse-Vergabe bei alleiniger Kontrolle - § 108 Abs. 1 GWB

Die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind nicht gegeben. Der Antragsgegner übt über die Beigeladene keine ähnliche Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle aus. Er ist an der Beigeladenen nicht beteiligt. Die Beigeladene ist eine 100 %-ige Tochter des Verbandsmitgliedes Stadt XXX. Infolgedessen übt der Antragsgegner über die Beigeladene keine ähnliche Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle aus, so dass das Kontrollkriterium nicht erfüllt ist. Dies ist in dem Gutachten vom 02.06.2020 mit zutreffender Begründung herausgearbeitet worden.

2.2 Horizontale Inhouse-Vergabe bei alleiniger Kontrolle - § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB

Der Antragsgegner hat in unzulässiger Weise eine horizontale Inhouse-Vergabe i. S. d. § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB vorgenommen.

Nach dieser Vorschrift sind die Regelungen des Vergaberechts nicht auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen anzuwenden, die von einer kontrollierten juristischen Person an den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder an eine von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierte andere juristische Person vergeben werden (sog. inverse oder horizontale Inhouse-Vergabe bei alleiniger Kontrolle). Eine zulässige horizontale Inhouse-Vergabe liegt danach vor, wenn zwar zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kein Kontrollverhältnis besteht, beide aber durch den selben öffentliche Auftraggeber kontrolliert werden (sog. Schwester an Schwester Vergabe / Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, GWB § 108 Rn. 59). Demnach müsste die Stadt XXX sowohl den Antragsgegner als Auftraggeber als auch die Beigeladene als Auftragnehmerin beherrschen.

Dies ist jedoch nicht gegeben. Die Stadt XXX übt keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen des Antragsgegners i. S. d. § 108 Abs. 2 S. 1 GWB aus. Sie ist nicht als kontrollierender öffentlichen Auftraggeber im Sinne der o. g. Vorschrift zu qualifizieren. Mit ihrem 50 %-igen Stimmanteil in der

Verbandsversammlung hat sie über den Antragsgegner keine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle (§ 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB).

Die Verbandsversammlung bestimmt im Wesentlichen entsprechend der Regelungen der Verbandssatzung über die satzungsmäßige Aufgabenerfüllung durch den Antragsgegner. Nach § 6 Abs. 1 der Verbandssatzung ist die Verbandsversammlung das Hauptorgan des Antragsgegners. Ihr obliegt gemäß § 7 die Beschlussfassung im Hinblick auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen (§ 108 Abs. 2 GWB), die in § 7 Abs. 2 aufgeführt sind (u. a. Finanzangelegenheiten, Wirtschaftsplan, Wahl und Abwahl der Verbandsgeschäftsführerin). Sie ist gemäß § 7 Abs. 4 Dienstvorgesetzter und höherer Dienstvorgesetzter und oberste Dienstaufsichtsbehörde der Geschäftsführerin. Auch ist die Verbandsgeschäftsführerin nach § 16 Abs. 2 an die Beschlüsse der Verbandsversammlung gebunden. Darüber hinaus kann gemäß § 7 Abs. 3 die Verbandsversammlung jede Angelegenheit, die durch die Satzung dem Ausschuss und/oder der Verbandsgeschäftsführerin als Aufgabe übertragen ist, an sich ziehen.

Die Stadt XXX ist nach den Regelungen der Verbandssatzung allein aufgrund ihrer Stimmanteile von 50 % in der Verbandsversammlung nicht in der Lage, die maßgeblichen Weichenstellungen für den Antragsgegner zu bestimmen.

Es trifft zwar zu, dass in der Verbandsversammlung gegen den Willen der Stadt XXX kein Beschluss gefasst werden kann. Vielmehr gilt der Antrag bei Stimmgleichheit als abgelehnt (§ 10 Abs. 2 S. 2 Verbandssatzung). Anders als der Antragsgegner meint, ist dies jedoch nicht ausreichend. Eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB stellt keine identische Kontrolle dar. Sie erfordert aber eine Kontrollintensität, welche dem in der Verwaltungshierarchie bestehenden Über- und Unterordnungsverhältnis nahekommt (Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 108, Rn. 40). Notwendig ist ein vergleichbares Niveau der Steuerungsfähigkeit, über die ein Verwaltungsträger gegenüber seinen unselbständigen Verwaltungseinheiten verfügt. Typischerweise steht dem Verwaltungsträger hierbei ein umfassendes Weisungsrecht zu. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber Entscheidungen der von ihm kontrollierten juristischen Person nicht nur verhindern, sondern auch durchsetzen kann (vgl. ebenso BayObLG, Beschluss vom 22.01.2002, Az.: Verg 18/01, Rn. 33). Eine entsprechende Möglichkeit hat die Stadt XXX gegenüber dem Antragsgegner ohne eine weitere Stimme eines anderen Verbandsmitgliedes allerdings nicht. Angesichts der Stimmverhältnisse verfügt sie lediglich über eine Art von Sperrminorität. Dies gilt umso mehr, als dass nach § 10 Abs. 3 der Verbandssatzung bei bestimmten Entscheidungen (wie die Abwahl der Verbandsgeschäftsführerin, die Aufnahme neuer Verbandsmitglieder, der Austritt und Ausschluss von Verbandsmitgliedern sowie der Auflösung des Zweckverbandes und

Aufteilung des Zweckverbandsvermögens) Beschlüsse und Wahlen einer Mehrheit von zwei Dritteln der satzungsmäßigen Stimmzahl bedürfen. Solche Beschlüsse können somit nur gefasst werden, wenn sich bei den o. g. Entscheidungen außer der Stadt XXX mindestens noch drei weitere Stimmen der anderen Verbandsmitglieder dafür aussprechen.

Nach dem Vorgenannten fällt auch nicht entscheidend ins Gewicht, dass nach § 9 Abs. 1 Verbandssatzung die Verbandsversammlung nur mit den Stimmen der Stadt XXX beschlussfähig ist. Nach § 9 Abs. 2 der Verbandssatzung kann die entsprechende Angelegenheit wegen Beschlussunfähigkeit zurückgestellt werden und die Verbandsversammlung zum zweiten Mal einberufen werden. In diesem Fall ist sie ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Verbandsmitglieder und Stimmen beschlussfähig. Darüber hinaus könnte die Stadt XXX auch im Fall der Beschlussunfähigkeit der Verbandsversammlung durch ihre Abwesenheit Entscheidungen nur verhindern.

Soweit der Antragsgegner meint, dass alle Verbandsmitglieder unabhängig von ihrer Beteiligung „herrschen“ würden, kann dies eine alleinige Kontrolle der Stadt XXX über den Antragsgegner i. S. d. § 108 Abs. 1 GWB nicht begründen. Vielmehr fehlt es an einer Weisungsgebundenheit des Antragsgegners gegenüber der Stadt XXX, die mit derjenigen wie über eine eigene Dienststelle vergleichbar wäre (vgl. BayObLG, Beschluss vom 22.01.2002, Az.: Verg 18/01, Rn. 32).

In dem Gutachten vom 02.12.2020 wird die Auffassung vertreten, dass in einem ersten Schritt die Stadt XXX von dem Antragsgegner ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragt werden könne und anschließend die Stadt XXX den Auftrag an die Beigeladene weitergeben könne (Vergabe „über Eck“). Dies ist jedoch unzutreffend. Dem nicht allein von der Stadt XXX kontrollierten Antragsgegner ist es nicht möglich, dieser im Rahmen einer zulässigen Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB den Auftrag direkt zu erteilen. Nach § 108 Abs. 3 GWB ist nicht vorgesehen, dass die entsprechende Kontrolle über den Antragsgegner durch mehrere öffentlichen Auftraggeber gemeinsam erfolgen kann. Der Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich den Singular gewählt. Eine entsprechende Schlussfolgerung ergibt sich noch deutlicher aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Danach liegen die Voraussetzungen vor, „... wenn eine kontrollierte juristische Person ... einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person vergibt, ...“.

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben ob die Voraussetzungen des § 108 Abs. 3 i. V. m. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB (Wesentlichkeitskriterium) erfüllt sind.

2.3 Horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle - § 108 Abs. 4 GWB

Die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 4 GWB sind ebenfalls nicht gegeben.

Eine derartige Vergabe ist nach dem Wortlaut nur dann zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber (hier der Antragsgegner) eine Kontrolle über den Auftragnehmer (hier die Beigeladene) nicht allein i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB, sondern gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern ausübt.

Dies ist vorliegend nicht gegeben. Der Antragsgegner verfügt über keinerlei Kontrollbefugnisse gegenüber der Beigeladenen. Die Vorschrift bezieht sich ausdrücklich nur auf eine gemeinsame Kontrolle mehrerer öffentlichen Auftraggeber über den Auftragnehmer (i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB) und somit auf ein gemeinsames vertikales Inhouse-Geschäft.

Vom Gesetzeswortlaut wird eine horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle nicht umfasst. Die Regelung findet entgegen der Auffassung des Antragsgegners auf eine derartige Sonderform der Vergabe keine Anwendung. Eine andere Interpretation ergibt sich auch nicht aus der systematischen Stellung des Abs. 4 zu Abs. 3. Der Gesetzgeber hat vielmehr § 108 Abs. 4 GWB als eigenständigen Ausnahmetatbestand konzipiert. Die Norm weist keinen sprachlichen Zusammenhang zu den Regelungen der horizontalen Inhouse-Vergabe bei alleiniger Kontrolle des § 108 Abs. 3 GWB auf. Auch die einleitende Formulierung: *„Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf ...“* macht dies deutlich (u. a. BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 10. Edition Stand: 31.01.2017, § 108 GWB Rn. 60).

Wiederum nimmt § 108 Abs. 3 GWB nach seinem Wortlaut ausschließlich Bezug auf § 108 Abs. 1 GWB und damit auf eine vertikale Inhouse-Vergabe im klassischen Sinne. Eine Verbindung zu § 108 Abs. 4 GWB wird nicht hergestellt. Entsprechendes ist auch denen der Vorschriften zugrundeliegenden Abs. 2 und 3 des Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU zu entnehmen.

Schließlich folgt auch aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, 81) nichts Anderes. Zwar werden hiernach durch die Vorschrift auch öffentliche Aufträge erfasst, die von einer kontrollierten juristischen Person an einen von mehreren sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergeben werden (sog. inverse Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle). Es kann jedoch offenbleiben, ob der insoweit vom Wortlaut des Gesetzes abweichende Wille des Gesetzgebers beachtlich ist. Diese Gesetzesbegründung enthält jedenfalls im Hinblick auf die horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle keine Ausführungen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dies auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhte,

nachdem er sich eingehend mit der Frage der Anwendbarkeit der Vorschrift auf eine inverse Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle befasst hatte.

Aufgrund dieser Umstände ist es in Bezug auf diese Sonderform der Vergabe (horizontale Inhouse-Vergabe bei gemeinsamer Kontrolle) nicht gerechtfertigt, den Geltungsbereich des Abs. 4 über seinen Wortlaut hinaus auszudehnen. Angesichts der elementaren Bedeutung des Wettbewerbsgebots i. S. d. § 97 Abs. 1 GWB sind die Ausnahmetatbestände des § 108 GWB eng auszulegen (u. a. EuGH, Urteil vom 08.05.2014, Az.: Rs.C-15/13, Rn. 23). Es ist daher sachlich geboten, eine derartige Konstellation von der Inhousefähigkeit auszuschließen (a. A. Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, GWB § 108 Rn. 71; VK Rheinland, Beschluss vom 20.02.2019, Az.: VK 52/2018, Rn. 91). Die Normgeber haben mit den Regelungen des Art. 12 Richtlinie 2014/24/EU und des § 108 GWB vorgesehen, dass nur in eng umgrenzten Sonderfällen das Vergaberecht nicht anzuwenden ist. Es sollte Rechtssicherheit für Organisationsformen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit geschaffen werden (Erwägungsgrund 31 zur Richtlinie 2014/24/EU). Dies würde bei einer erweiterten Auslegung der Vorschrift unterlaufen. Es kann somit nicht geschlussfolgert werden, dass bei gemeinsamer Kontrolle auch horizontale Inhouse-Geschäfte vergaberechtsfrei gestellt und damit den Wettbewerb entzogen werden sollten.

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob vorliegend, wie vom Antragsgegner geltend gemacht, die Leistungsbeziehungen innerhalb der Verbandsstruktur verbleiben.

2.4. Interkommunale Kooperation - § 108 Abs. 6 GWB

Auch sind die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien interkommunalen Kooperation nach § 108 Abs. 6 GWB nicht gegeben. Eine Zusammenarbeit im Sinne dieser Norm beruht auf einer gemeinsamen Strategie der Vertragspartner und setzt voraus, dass diese ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln (siehe auch Gutachten der XXX vom 02.12.2020). Es müssten nach einem kooperativen Konzept ineinandergreifende Leistungshandlungen vorgenommen werden (EuGH, Urteil vom 04.06.2020, Az.: C-429/19). Dies ist jedoch nach den Regelungen des Vertrages vom 09.09.2021 nicht der Fall. Vielmehr hat der Antragsgegner nach § 1 des Vertrages die an sich ihm obliegende Aufgabe der kaufmännischen Betriebsführung im Wesentlichen der Beigeladenen übertragen. Er ist nach § 7 Abs. 1 des Vertrages berechtigt, die Erfüllung der Leistungspflichten zu überwachen und zu kontrollieren. Weiterhin ist er gemäß Abs. 3 befugt, der Beigeladenen Weisungen zu erteilen, soweit diese ihre Verpflichtungen nach dem Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt. Auch dies spricht entscheidend gegen ein kooperatives Konzept und damit eine interkommunale Zusammenarbeit. Eine horizontale Zusammenarbeit auf

Augenhöhe zur Erfüllung einer allen Beteiligten gemeinsam obliegenden Gemeinwohlaufgabe liegt somit nicht vor (OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017, Az.: 7 Verg 8/16). Der Umstand, dass der Antragsgegner der Beigeladenen ein Entgelt für ihre Leistungen zahlt (§ 9 Abs.1), ist vor diesem Hintergrund nicht ausreichend (vgl. EuGH a. a. O.).

2.5 Maßnahmen der Vergabekammer

Die Antragstellerin ist gemäß § 168 Abs. 1 GWB in ihren Rechten i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB verletzt, weil die Direktvergabe dazu führt, dass sie sich nicht mit einem Angebot an einem Vergabewettbewerb beteiligen kann und somit auch keine Chance auf Erhalt eines öffentlichen Auftrages hat.

Gemäß § 168 Abs. 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Es wird festgestellt, dass der am 09.09.2021 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Betriebsführungsvertrag das Ergebnis einer unzulässigen De-Facto-Vergabe nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB war. Aus diesem Grund ist der Vertrag nach § 135 Abs. 1 GWB von Anfang an unwirksam. Sofern der Antragsgegner an seiner Beschaffungsabsicht festhält, ist er verpflichtet, die streitgegenständliche Leistung im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens im Sinne der §§ 97 ff. GWB zu beschaffen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist der Antragsgegner als Unterlegener anzusehen, da die Antragstellerin mit ihrem Begehren durchgedrungen ist. Die Vergabekammer hat festgestellt, dass der am 09.09.2021 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag von Anfang an unwirksam ist.

Der Antragsgegner ist jedoch von der Pflicht zur Entrichtung der Gebühren gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welcher der Antrag bei der Vergabekammer verursacht hat und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens. Ausgehend von der Gebührenformel der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalt richtet sich vorliegend die Höhe der Verfahrensgebühr (§ 182 Abs. 2 S. 1 GWB) nach dem im Vertrag vom 09.09.2021 zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen über die Vertragslaufzeit vereinbarten Bruttoentgelt. Unter Zugrundelegung dessen ergibt sich eine Gebühr in Höhe von XXX Euro.

Die Beigeladene hat vorliegend keine Anträge gestellt. Sie war daher nicht anteilig an den Kosten zu beteiligen.

Gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat der Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der Antragstellerin entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen, weil er im Nachprüfungsverfahren unterlegen ist. Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 5 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

IV.

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

V.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ist gemäß § 171 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 172 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten, § 172 Abs. 2 GWB.

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

XXX

XXX