

Vergabekammer Sachsen, Beschluss vom 12.04.2017 - 1/SVK/003-17

Sachverhalt:

I. Mit Vergabebekanntmachung vom XXXXX veröffentlichte die Auftraggeberin die beabsichtigte Vergabe des Auftrags: *„Durchführung eines wettbewerblichen, gestuften Auswahlverfahrens zur Ermittlung des künftigen Konzessionsnehmers für die Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung in der Stadt XXX.“*

Ausweislich der Vergabeunterlagen soll der künftige Konzessionsnehmer dazu ab dem 01. Januar 2019 für 20 Jahre bis zum 31. Dezember 2038 Leistungen der öffentlichen Trinkwasserversorgung sowie Leistungen der Abwasserbeseitigung in der Stadt XXX im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber Kunden, jedoch nach Weisungen der Auftraggeberin, erbringen. Das Betriebsrisiko soll der Konzessionsnehmer tragen. Gegen ein gesondertes Entgelt soll der Konzessionsnehmer zudem zusätzlich die Aufgaben der Löschwasservorhaltung und -bereitstellung sowie die Straßenentwässerung wahrnehmen.

Unter Ziffer 11.1.4) der Vergabebekanntmachung heißt es unter **„Kurze Beschreibung“**:

„Das Konzessionsvergabeverfahren unterfällt nach Art. 12 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates nicht dem förmlichen Vergaberecht. Diese freiwillige Bekanntmachung im EU-Amtsblatt soll daher lediglich dazu dienen, das Interesse möglichst vieler Bewerber zu wecken.“

Als Schlusstermin für die Einreichung der Bewerbungen oder den Eingang der Angebote war der 31. XXX 20XX, 12. 00 Uhr vorgesehen. In den Bewerbungsbedingungen zum Auswahlverfahren heißt es zudem u.a.:

Zur Ermittlung eines geeigneten künftigen Konzessionsnehmers und zur Sicherstellung der möglichst wirtschaftlichen Erbringung dieser Leistungen führt die Stadt ein europaweit bekanntgemachtes, wettbewerbliches, gestuftes Auswahlverfahren (vergleichbar einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb) durch. Die Konzessionsvergabeverordnung findet unmittelbar keine Anwendung, da die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in den ausgeschriebenen Bereichen Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung nach § 149 Nr. 9 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) von der Anwendung des geltenden Vergaberechts ausgenommen ist. Die hier verwendeten Begriffe (Bewerbungsbedingungen u. a.) und die Darstellung des Verfahrens sind den gesetzlichen Regelungen des GWB und der Vergabe- und Konzessionsverordnungen daher nur entlehnt, jedoch nach den hiesigen Erläuterungen zu verstehen.

Mit dem Schreiben vom 6. Januar 2017 rügte die Antragstellerin gegenüber der Auftraggeberin dezidiert mit unterschiedlichsten rechtlichen Aspekten das geplante freiwillige Auswahlverfahren als vergaberechtswidrig, so insbesondere mit dem Argument, dass bei dem Beschaffungsvorhaben die Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu berücksichtigen seien. Zudem sei den Bewerbungsbedingungen zu entnehmen, dass sich der Konzessionsnehmer als Wasserversorger mit der Angebotsabgabe im zweiten Verfahrensschritt bereit erklären müsse, mit den Aufgaben der Löschwasservorhaltung und -bereitstellung beauftragt zu werden. Ebenso müsse er in ähnlicher Weise als Abwasserentsorger als Auftragnehmer der Stadt auch die Aufgabe der Straßenentwässerung übernehmen. Die Übertragung sowohl der einen als auch der anderen Aufgabe sei vergaberechtswidrig.

Mit dem Schreiben vom 10. Januar 2017 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass sie der Rüge

nicht abhelfen werde. Am 24. Januar 2017 stellte die Antragstellerin daraufhin bei der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen einen Antrag auf Vergabenachprüfung. Hierzu beantragte sie u.a.:

1. ein Nachprüfungsverfahren gem. § 160 Abs. 1 GWB bezüglich des Vergabeverfahrens „Vergabe der Dienstleistungskonzession der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung in der Stadt XXX“, EU-Bekanntmachung 2016/S X- XXX vom XXXXX, einzuleiten;

2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der Antragstellerin zu verhindern;

Die Antragstellerin trägt zur Begründung des Vergabenachprüfungsantrages vor, dass die Auftraggeberin verpflichtet sei, ihren gegenständlichen Beschaffungsbedarf nach den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge zu decken, da sich der Beschaffungsgegenstand aus unterschiedlichen Beschaffungskomponenten zusammensetze, die zum einen in den Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie (RL 2014/23/EU) zum anderen in den der der allgemeinen Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU).

Den Hauptteil des Beschaffungsgegenstands stellten die Konzessionen für die öffentliche Trinkwasserversorgung und die Abwasserbeseitigung gem. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar, welche den Vorschriften über die Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU) unterfielen. Der Beschaffungsvorgang umfasse jedoch auch Komponenten öffentlicher Aufträge gem. § 103 Abs. 1 GWB.

Die Auftraggeberin beschränke sich mit dem streitgegenständlichen Beschaffungsvorgang nicht darauf, einen Konzessionsnehmer für die öffentliche Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung in der Stadt XXX zu ermitteln, sondern nutze das Auswahlverfahren dazu, den späteren Konzessionsnehmer bereits jetzt zu der Erbringung von Zusatzleistungen **der Löschwasservorhaltung** und der **Beseitigung von Niederschlagswasser von angeschlossenen Grundstücken zu verpflichten**. Die Auftraggeberin meine, diese öffentlichen Aufträge ohne ein förmliches Vergabeverfahren vergeben zu können. Diese ergänzenden Anschlussbeauftragungen seien ihrerseits aber ausschreibungspflichtig und müssten in einem förmlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden.

Eine Berufung auf § 14 Abs. Absatz 4 Nr. 2 lit. b) VgV scheide in diesem Zusammenhang jedoch aus. Zwar sei nicht auszuschließen, dass es zu Situationen kommen könne, in denen Löschwasservorhaltung und -bereitstellung bzw. Straßenentwässerung tatsächlich aus technischen Gründen nur vom Konzessionsnehmer der Trinkwasserversorgung resp. Abwasserbeseitigung erbracht werden könne. Vorliegend habe die Auftraggeberin aber die Vertragskonstruktion bewusst so konzipiert, um sich anschließend auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV berufen zu können. Ein solches Vorgehen verstoße aber gegen die Neuregelung des § 14 Abs. 6 VgV, die gerade solche Konstruktionen verhindern wolle. § 14 Abs. 6 VgV bzw. Art. 32 Abs. 2 lit. b) RL 2014/24/EU schränke die gezielte Herbeiführung von Ausnahmetatbeständen aufgrund technischer Hintergründe wie im vorliegenden Fall jedoch bewusst ein. Die Auftraggeberin könne sich nicht auf einen Ausnahmetatbestand berufen, dessen Eintreten sie zuvor selbst hätte verhindern können.

Für Beschaffungsvorhaben, die Komponenten unterschiedlicher Regelungen aufweisen, sei § 111 GWB einschlägig. Aus diesem ergebe sich, dass der Auftraggeber einer gemischten Konzession bei objektiver Trennbarkeit die Wahl habe, getrennte Aufträge oder einen Gesamtauftrag zu vergeben.

Falls ein Auftraggeber seinen Ermessensspielraum dahingehend ausübe, dass er sich gegen einen Gesamtauftrag entscheide, so werde gemäß § 111 Abs. 2 GWB jedes einzelne Rechtsgeschäft vergaberechtlich nach den Vorschriften behandelt, die auf seine Merkmale anzuwenden seien.

Entscheide er sich für einen Gesamtauftrag, in welchem die einzelnen Beschaffungskomponenten gemeinsam ausgeschrieben würden, regle § 111 Abs. 3 Nr. 4 GWB das anzuwendende Regelungsregime wie folgt:

*„Sind die verschiedenen Teile eines öffentlichen Auftrags, die jeweils unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen, **objektiv trennbar**, so dürfen getrennte Aufträge für jeden Teil oder darf ein Gesamtauftrag vergeben werden.“*

Entscheidend sei also, ob die einzelnen Beschaffungskomponenten objektiv trennbar seien.

Bei der Beurteilung, ob eine objektive Trennbarkeit der Auftragsteile gegeben sei, sei darauf abzustellen, ob diese selbständig bestehen könnten oder aber Kraft Sachzusammenhang als untrennbares Ganzes anzusehen seien. Vorliegend sei eine objektive Trennbarkeit gegeben. Die Leistungen der ergänzenden Anschlussbeauftragung, also die Löschwasservorhaltung und -bereitstellung sowie die Straßenentwässerung, könnten auch selbständig von den Konzessionen erbracht werden, denn sie stellten kein unteilbares Ganzes mit den Leistungen, die mit den Konzessionen verbunden seien, dar. Vorliegend sei zudem davon auszugehen, dass die Anschlussbeauftragungen „Straßenentwässerung“ und „Löschwasservorhaltung“ als öffentliche Aufträge den Schwellenwert überschritten, da diese Leistungen für einen Zeitraum von 20 Jahren erbracht werden sollten. Eine Nichtanwendung der Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen könne auch nicht mit der Begründung angenommen werden, dass die Konzessionskomponenten innerhalb der gemischten Konzession den Schwerpunkt bildeten.

§ 111 Abs. 3 Nr. 4 GWB lasse die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen unabhängig vom konkreten Schwerpunkt zur Anwendung kommen. Dies führe zu der Rechtsfolge, dass gem. § 111 Abs. 3 Nr. 4 GWB der Gesamtauftrag nach den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge hätte vergeben werden müssen. Insoweit liege in der Absicht der Auftraggeberin, lediglich ein freiwilliges Auswahlverfahren außerhalb des Vergaberechtes durchführen zu wollen, ein Vergaberechtsverstoß, der die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletze. Gleichzeitig sei § 111 Abs. 5 GWB verletzt, da die Entscheidung der Auftraggeberin zugunsten eines Gesamtauftrages bezwecke, die Auftragsvergabe aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechtes herauszuziehen.

Daraus folge weiter, dass die Auftraggeberin verpflichtet sei, den Beschaffungsgegenstand in **Fachlose** aufzuteilen. Vorliegend habe sich eine Aufteilung des Beschaffungsvorhabens in die **Fachlose** „öffentliche Trinkwasserversorgung“ und „Abwasserbeseitigung“ geradezu aufgedrängt. Für beide Fälle hätte sich jeweils ein eigener Markt mit jeweils spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet, was ein deutliches Anzeichen für eine tatsächliche Möglichkeit zur Losaufteilung darstelle. Ein Verzicht auf eine Fachlosaufteilung sei nur zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erforderten. Derartige Gründe lägen tatsächlich aber nicht vor. Das Trinkwassernetz und das Abwassernetz hätten sowohl baulich-technisch als auch regulatorisch keinerlei Berührungspunkte und müssten strikt voneinander getrennt betrachtet werden. Die von der Auftraggeberin abstrakt ins Feld geführten Synergieeffekte und im Einzelnen bezifferten Minderkosten für Verbraucher allein reichten nicht aus, um eine derart atypische Entscheidung entgegen den Gepflogenheiten des Marktes zu legitimieren.

In der unterbliebenen Losaufteilung liege zugleich ein Verstoß gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Auftragsvergabe gemäß § 97 Abs. 1 GWB. Dieses grundlegende Prinzip sei immer dann verletzt,

wenn der Auftraggeber nicht die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den aufzuwendenden Mitteln anstrebe. Die zusammengefasste Vergabe der Konzession zur Trinkwasserversorgung und der Konzession zur Abwasserversorgung sei überdies auch kartellrechtswidrig, da die Auftraggeberin unnötig monopolistisch geprägte Strukturen für die Zukunft schaffe, indem sie ohne Veranlassung zwei isolierte, nicht zusammengehörige Leistungen an nur einen Bieter zu vergeben versuche.

Hilfsweise trug die Antragstellerin zur Anwendung des Konzessionsvergaberechtes vor, selbst wenn man der zuvor dargelegten Rechtsauffassung nicht folgen wolle, wäre in jedem Falle die Regelung des Konzessionsvergaberechtes anwendbar. Hiervon scheine selbst die Auftraggeberin auszugehen.

Keinesfalls führe jedoch eine Anwendung des Konzessionsvergaberechtes dazu, dass die Auftraggeberin den Beschaffungsgegenstand im Rahmen **eines freiwilligen Auswahlverfahrens beschaffen dürfe**. Dieses Ergebnis könne auch nicht durch die Ausnahmebestimmung des § 149 Nr. 9 GWB erzielt werden. Diese Norm vermöge den Beschaffungsgegenstand im Ergebnis nicht vom Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechtes zu befreien.

Unstreitig decke diese Ausnahmeregelung die Trinkwasserkomponente der Konzession ab. Derartige Konzessionen könnten dann außerhalb des Vergaberegimes vergeben werden.

Die Auftraggeberin übersehe jedoch, dass sie hier gerade keine **reine** Trinkwasserkonzession vergeben wolle, sondern zeitgleich auch eine Konzession zur Abwasserbeseitigung.

Der Bereich der Abwasserbeseitigung und oder -behandlung werde jedoch im einschlägigen Ausnahmetatbestand überhaupt nicht behandelt. Die netzgebundene Abwasserbeseitigung oder -behandlung sei von dieser Ausnahme vielmehr nur dann erfasst, wenn sie „**mit der netzgebundenen Trinkwasserversorgung in Zusammenhang stehe**“. Diese Voraussetzungen seien auch ausweislich der Vergabebedingungen der Auftraggeberin jedoch nicht gegeben. Für die Stadt XXX würden die Netzgegebenheiten so skizziert, dass lediglich Berührungspunkte der beiden Tätigkeiten **bei der Verwaltung und einem gemeinsamen Labor erkennbar seien**. Die Auftraggeberin formuliere auf Seite 5 der Bewerbungsbedingungen zum Auswahlverfahren der Stadt XXX wie folgt:

„Die Stadt erachtet insoweit die gemeinsame Vergabe beider Konzessionen an einen Konzessionsnehmer für erforderlich, um den Aufbau doppelter Verwaltungsstrukturen und damit verbundenen Mehraufwand zulasten der Nutzer zu vermeiden sowie Synergieeffekte im Interesse der Nutzer zu erzielen (z.B. gemeinsames Labor).“

Die erforderliche bautechnische Abhängigkeit der beiden Netze gehe aus diesen Ausführungen jedoch gerade nicht hervor, sondern ließen vielmehr den Schluss zu, dass das Abwassernetz technisch problemlos isoliert betrieben werden könne. Die Auftraggeberin führe anstelle von bautechnischen Gründen lediglich Opportunitätsgründe ins Feld, die vorwiegend wirtschaftlicher Natur seien. Solche Argumente reichten aber nicht aus, um das Tatbestandsmerkmal „**im Zusammenhang stehen**“ zu erfüllen. Ein solches Verständnis bzw. eine solche Auslegung von § 149 Nr. 9 GWB wäre weder mit der Systematik der Norm noch mit dem Telos oder der Historie der Norm vereinbar. Systematisch sei zu berücksichtigen, dass es sich bei § 149 Nr. 9 GWB um eine Ausnahmegesetzgebung handle, die restriktiv ausgelegt werden müsse. Eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals „**im Zusammenhang stehend**“ dahingehend, dass auch selbständig betreibbare Abwassernetze privilegiert seien, sobald eine **wirtschaftliche Wechselwirkung** zum Trinkwassernetz bestehe, wäre systemwidrig, weil zu extensiv und daher mit einem Ausnahmetatbestand unvereinbar. Auch Normgenese und Telos der Norm sprächen für diese Rechtsauffassung.

Im Ergebnis werde die Antragstellerin durch die vorbenannten Vergaberechtsverstöße in ihren subjektiven Bieterrechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt, weshalb wie beantragt zu entscheiden sei.

Mit Schreiben vom 3. Februar 2017 beantragte die Auftraggeberin u.a. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie vertrat zunächst die Auffassung, dass die Antragstellerin bereits aufgrund des § 107 GO NRW nicht antragsbefugt sei, da sie ihre Berechtigung zur Teilnahme am Auswahlverfahren unter Berücksichtigung des § 107 Abs. 4 GO NRW (bisher) nicht dargelegt habe.

Sie habe nachzuweisen, dass die Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz Nr. 1 und Nr. 2 GO NRW erfülle.

Sodann legte sie dar, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, da der Rechtsweg zur Vergabekammer nach § 155 ff. GWB nicht eröffnet sei, denn die ausgeschriebenen Leistungen unterlägen nicht der vergaberechtlichen Nachprüfung nach Maßgabe des GWB.

Die ausgeschriebene Dienstleistungskonzession der Trinkwasserversorgung und der Abwasserbeseitigung unterfielen vorliegend den Bereichsausnahmen des § 149 Nr. 9 Buchstabe a) und b), bb) GWB, so dass der Rechtsweg zu der Vergabekammer nicht eröffnet sei.

Unstreitig könne auch nach Auffassung der Antragstellerin ein Verfahren zur Vergabe einer Trinkwasserkonzession als Dienstleistungskonzession nach § 149 Nr. 9 Buchstabe a) GWB außerhalb des förmlichen Konzessionsvergaberechtes durchgeführt werden. Die Vorschriften des GWB einschließlich derer zum Nachprüfungsverfahren fänden daher auf das hier vorliegende Verfahren zur Vergabe einer Trinkwasserkonzession keine Anwendung, so dass es der Überprüfung der Vergabekammer entzogen sei. Dies gelte auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Trinkwasserkonzession hier zusammen mit der Konzession für die Abwasserbeseitigung erteilt werden solle, denn auch die Erteilung von Abwasserkonzessionen sei in einer Fallkonstellation wie der hier vorliegenden nach § 149 Buchstabe b), bb) GWB vom Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechtes ausgenommen.

Die Antragstellerin verkenne insoweit, dass zwischen der Konzession zur öffentlichen Trinkwasserversorgung und der Konzession zur Abwasserbeseitigung sehr wohl Zusammenhänge i. S. der Bestimmung bestünden.

Für den erforderlichen Zusammenhang im Sinne dieser Vorschrift **reiche jede Form der Verbindung bzw. des Zusammenhangs** aus, der auch organisatorischer Natur sein könne. Weder die Systematik der Norm noch ihr Regelungsziel oder ihre Entstehungsgeschichte würden für ein engeres Verständnis des „Zusammenhangs“ sprechen. Vorliegend würden die beiden Leistungsbereiche in der Stadt XXX miteinander insbesondere in organisatorischem Zusammenhang stehen. Sie seien seit Jahrzehnten, u.a. historisch bedingt durch die ursprüngliche Organisationsstruktur des Volkseigenen Betriebs Wasserversorgung und Abwasserbehandlung (WAB), in einer einheitlichen Betriebsorganisation zusammengefasst. Im Rahmen der Auflösung der Wasserversorgung und Abwasserbehandlung XXX XX und der Entflechtung des Betriebsvermögens habe die Stadt XXX der Stadtwerke XXX AG die Erfüllung der Aufgaben als eigenständigem „Betreiber“ in einer Hand übertragen. Die Leistungen würden seither in einer einheitlichen unternehmerischen Organisation und zugunsten nahezu derselben Nutzer erbracht werden. Das vorhandene Labor werde ebenfalls für beide Leistungsbereiche genutzt. Baumaßnahmen für den einen Leistungsbereich würden unter Berücksichtigung von Maßnahmen im anderen Leistungsbereich geplant und koordiniert. Personal werde zum Teil für beide Leistungsbereiche eingesetzt. Aufgrund der einheitlichen

Organisationsform betreffen viele geschlossene Verträge der Antragsgegnerin mit dem jetzigen Betreiber beide Leistungsbereiche. Dies gelte zum Beispiel für Pachtverträge.

Der hier im Ergebnis festzustellende organisatorische Zusammenhang genüge auch für die Begründung der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme nach §149 Nr. 9 b) bb) GWB. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin lasse sich weder aus Wortlaut noch aus Systematik oder Ziel und Zweck der Norm oder ihrer Entstehungsgeschichte ein engeres Verständnis des „Zusammenhanges“ im Sinne von „baulich-technischen Berührungspunkten“ ableiten.

Aus dem Begriff des „Zusammenhang“ i.S.d. § 149 Nr. 9 GWB ergäben sich gerade keine spezifischen Anforderungen. Insbesondere würde der Begriff ohne zusätzliches Adjektiv angeführt. Es fehle also gerade an einschränkenden Merkmalen.

Ein baulich-technischer Zusammenhang könne nach dem Regelungszusammenhang auch nicht gemeint sein, da anderenfalls § 149 Nr. 9 lit. a) Doppelbuchstabe aa) GWB obsolet sei. Nach diesem würden Konzessionen über „Wasserbau-, Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben“, die mit einer Tätigkeit der Trinkwasserversorgung in Zusammenhang stehen, vom Vergaberecht ausgenommen, wenn sie zusätzlich die Anforderung erfüllten, dass die dabei zur Wasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 % der Gesamtwassermenge ausmache.

Im Übrigen spreche gegen das Erfordernis eines baulich-technischen Zusammenhangs der Umstand, dass in der EU keine Kommune bekannt sei, die über ein Trink- oder Abwassersystem verfüge, welches technisch miteinander verbunden wäre. Zudem ergebe ein Vergleich zu § 102 Abs. 1 GWB, dass nicht nur Abwasserbehandlungsleistungen im Zusammenhang mit der Trinkwasserversorgung von den Regelungen des Vierten Teils des GWB ausgenommen seien, sondern dass auch Konzessionen mit dem Schwerpunkt der Abwasserbeseitigung vollständig von der Anwendung des formalen Vergaberechts ausgenommen sein könnten, sofern sie einen Zusammenhang mit Tätigkeiten der Trinkwasserversorgung aufweisen würden.

Eine engere Auslegung des Begriffs sei auch mit der Entstehungsgeschichte unvereinbar. Zunächst sei im europäischen Gesetzgebungsverfahren keine bereichsspezifische Ausnahme für den Bereich „Wasser“ vorgesehen gewesen. Art. 12 der RL 2014/23/EU sei vielmehr erst aufgrund einer Bürgerinitiative und Kritik vor allem seitens der Kommunen hinzugefügt worden. Auch dies spräche dafür, den geforderten Zusammenhang in organisatorischer und institutioneller Hinsicht zu begreifen.

Bedenken gegen den ersten Richtlinienvorschlag seien seinerzeit im Wesentlichen seitens der kommunalen Wasserbranche in Deutschland vorgebracht worden. Diese hätten befürchtet, die etablierten Organisationsstrukturen angesichts der Neuregelung nicht fortführen zu können und langfristig zu Privatisierungen gezwungen zu sein. Die Kommission hätte hierzu im Weiteren einen Kompromiss vorgelegt, der den diesbezüglichen Sorgen der Kommunen entgegengekommen wäre und insbesondere die Vergabe an kommunale Mehrspartenstadtwerke unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt hätte. Dieser Kompromiss sei dann von der Kommission aufgegeben worden zugunsten einer noch weitreichenderen Ausnahme von der Anwendung der Richtlinie für Konzessionen im Bereich Wasser. Insoweit habe es keine systematischen oder aus der Rechtsprechung des EuGH ableitbaren Argumente dafür gegeben, eine Ausnahmebestimmung aufzunehmen.

Schließlich sei darauf zu verweisen, dass Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2014/23/EU anführe, dass die Tätigkeiten der Abwasserbeseitigung und diejenigen der Trinkwasserversorgung lediglich miteinander in Verbindung stehen müssen, von bautechnischen Berührungspunkten sei in den Erwägungsgründen gerade

nicht die Rede.

Entsprechend den vorgenannten Ausführungen liege der Vorschrift des § 149 Nr. 9 GWB insgesamt bzw. dem Artikel 12 der Richtlinie 2014/23/EU der Gedanke zugrunde, dass die Bereitstellung bzw. Lieferung von Trinkwasser als öffentliches Gut stets außerhalb des qualifizierten Rechtes vergeben werden könne. Diese beabsichtigte umfassende Freistellung der Trinkwasserversorgung könne als Ziel der Regelung nur erreicht werden, wenn der Konzessionsgeber eine Trinkwasserkonzession auch dann außerhalb dieser Regeln vergeben könne, wenn er sie aus sachlich-wirtschaftlichen und organisatorischen Erwägungen mit einer Abwasserkonzession verbinde. Selbst wenn Abwasserbeseitigungsleitungen in Form einer Dienstleistungskonzession vergeben würden, sollten sie zum Erhalt der Vergabefreiheit der damit verbundenen Trinkwasserversorgungsleistungen vom förmlichen Vergaberecht ausgenommen sein.

Dementsprechend müsse die Freistellung der Erteilung einer Abwasserkonzession nach § 149 Nr. 9 Buchstabe b), bb) GWB auch bereits bei sachlich begründeten Verbindungen, z. B. organisatorischer Art, mit der Trinkwasserversorgung greifen, wolle man die Ausnahme der Trinkwasserkonzession nicht konterkarieren. Damit sei die Anwendung des vierten Teils des GWB hiermit insgesamt ausgeschlossen.

Auch das förmliche Auftragsvergaberecht einschließlich der Zuständigkeit für die Vergabekammern komme nicht deshalb zur Anwendung, weil mit den dargestellten Dienstleistungskonzessionen jeweils vereinzelte Elemente eines Dienstleistungsauftrages, wie der Löschwasserversorgung und -vorhaltung oder der Straßenentwässerung, verbunden sind.

Beide Elemente wiesen Merkmale öffentlicher Aufträge aus, denn für die Übertragung dieser Leistungen im Wege der Konzession bestünde jeweils **keine rechtliche Grundlage**, weder im SächsBRKG für die Löschwasserversorgung noch im Sächsischen Straßengesetz (SächsStrG) für die Straßenentwässerung. Daher könne die Organisationsform der Konzession nicht auf diese beiden Leistungsteile erstreckt werden. Der Konzessionsnehmer könne sich insoweit auch nicht über im eigenen Namen erhobene Entgelte refinanzieren, daher werde ihm für diese Leistung seitens des Auftraggebers ein Leistungsentgelt gezahlt. Die Einbeziehung dieser Leistungsaufträge in die Vergabe der Dienstleistungskonzession führe jedoch nicht zur Anwendung des Auftragsvergaberichtes.

Sofern für die Vergabe eines gemischten Auftrages aus privilegierten Konzessionen und Auftrags-elementen auf die Grundsätze des § 111 GWB zurückgegriffen werde, komme es hier gem. § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB auf den **Hauptgegenstand des Vertrages** an. Maßgeblicher Beurteilungsmaßstab sei also gerade nicht der von der Antragstellerin angeführte Absatz 3 des § 111 GWB, sondern dessen Abs. 4.

In Gegensatz zu Abs. 3, der objektiv trennbare einzelne Teile betreffe, betreffe § 111 Abs. 4 Verträge, wie die vorliegenden, bei denen sich **die Teile als untrennbar erwiesen**. Bei diesen untrennbar gemischten Verträgen sei dann zur Beurteilung des einschlägig anwendbaren Verfahrensrechtes in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH auf den Hauptgegenstand abzustellen. Entscheidend für die Frage der Trennbarkeit sei, ob die entsprechenden Teile **selbständig bestehen könnten oder kraft Sachzusammenhang oder als untrennbares Ganzes anzusehen seien**.

Untrennbarkeit liege in den Fällen vor, in denen die Auftragsvergabe aufgrund der Natur des Ausschreibungsgegenstandes nur an einen Auftragnehmer erfolgen könne. Eine solche Untrennbarkeit bestehe sowohl bei der Löschwasserversorgung im Verhältnis zur Trinkwasserversorgung als auch bei der Straßenentwässerung im Verhältnis zur Abwasserbeseitigung. Für die Untrennbarkeit der Löschwasservorhaltung von der Trinkwasserversorgung spreche, dass die Löschwasserversorgung

leitungsgebunden sei und daher kraft Natur der Sache nur von demjenigen Betreiber erbracht werden könne, der das Wasser gewinne, in das Netz einspeise und im Netz verteile.

Auch die Straßenentwässerung sei von der Abwasserbeseitigung untrennbar. Die Straßenentwässerung umfasse das Abführen von Niederschlagswasser von den versiegelten Verkehrsflächen in der Stadt. Diese spezifische Abwasserbeseitigungspflicht gehöre **nicht** zur allgemeinen Abwasserbeseitigungspflicht nach § 48 SächsWG und könne daher nicht als Teil der Konzession betrachtet werden, für die sich der Konzessionsnehmer über Entgelt refinanzieren könne.

In technischer Hinsicht sei die Straßenentwässerung in der Stadt XXX derzeit nicht möglich, ohne dafür die für die Abwasserbeseitigung errichteten Anlagen zum Abführen des Niederschlagswassers zu nutzen, also insbesondere die Regenwasserkanäle und Mischwasserkanäle. Insoweit sei hier von einer objektiven Untrennbarkeit beider Leistungsteile auszugehen.

Bei objektiver Untrennbarkeit der Leistungsteile bestimme sich nach § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB das anzuwendende Vergaberechtsregime grundsätzlich nach dem Hauptgegenstand des Vertrages. Der Schwerpunkt der ausgeschriebenen Leistungen und Verträge liege danach ganz eindeutig bei den Dienstleistungskonzessionen. Da jedoch einzelne Elemente nicht als Konzession erteilt werden könnten, müssten diese völlig unterzuordnenden Anhängsel im Interesse des Konzessionsnehmers diesem gesondert vergütet werden.

Hinzu komme, dass die mit den Leitungsanteilen der Löschwasserversorgung und Straßenentwässerung verbundenen wirtschaftlichen Werte als gering zu betrachten seien. Die Wassermenge für die Löschwasserversorgung belaufe sich auf nicht einmal 0,004 %. Sie trete also völlig hinter der Konzession zurück. Der Anteil der Straßenentwässerung am Umsatz der Abwasserbeseitigung wiederum belaufe sich in den vergangenen Jahren auf nur ca. 10 bis 12 % im Durchschnitt.

Anschließend führte die Auftraggeberin zu der ihres Erachtens nicht bestehenden Pflicht aus, den Auftrag in Lose gem. § 97 Abs. 4 GWB aufzuteilen. Die Beschaffung unterfalle schon nicht dem vierten Teil des GWB, so dass § 97 Abs. 4 GWB insoweit bereits keine Anwendung finde. Konzessionen seien insoweit vom Gebot der Losbildung nicht erfasst. Schließlich liege auch kein Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB vor, da auch dieser Grundsatz hier nicht anwendbar sei, wenngleich die Auftraggeberin diesen Grundsatz beachtet habe. Die von der Antragstellerin befürchtete Problematik einer Mischkalkulation stelle sich nicht. Die Auftraggeberin werde Vorgaben zur transparenten Entgeltkalkulation für jeden Leistungsbereich machen.

Schließlich sei auch eine Beeinträchtigung der Bewerberchancen der Antragstellerin nicht gegeben, allein dadurch, dass die Auftraggeberin das Verfahren nur freiwillig, nicht aber nach den Vorschriften des Konzessionsvergaberechtes bekannt gegeben habe. Denn für die Verfahrensgestaltung als solche ergebe sich daraus kein Unterschied. Selbst wenn das Verfahren nach dem Konzessionsvergaberecht durchzuführen gewesen wäre, hätte die Auftraggeberin nicht mehr tun können, als eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen und transparente Verfahrensunterlagen auszureichen. Eine spezifische Verfahrensform sei nach § 12 Abs. 1 Satz 1 KonzVGV nicht vorgegeben. Das hier gewählte mehrstufige Verfahren sei auch nach § 12 Abs. 2 der KonzVGV möglich. Auch alle erforderlichen Verfahrensgarantien und Anforderungen seien beachtet worden. Eine Pflicht zur Losbildung bestünde beim Konzessionsvergaberecht ohnedies nicht. Da sich die Rahmenbedingungen der Ausschreibung und insbesondere die Bewerberauswahl hier im Ergebnis nicht von denen nach der KonzVGV unterscheiden, könne sicher ausgeschlossen werden, dass die behaupteten Vergaberechtsverstöße die Bewerberchancen der Antragstellerin beeinträchtigten. In einem solchen Fall sei ein Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet (OLG Düsseldorf, B. v. 25. April 2012,

VII-Verg. 107/11; B. v. 25. April 2012, VII-Verg. 100/11).

Selbst wenn also das förmliche Konzessionsvergaberecht Anwendung fände, ergäbe sich daraus keine Änderung für die Gestaltung des streitgegenständlichen Verfahrens.

Am 15. Februar 2017 erwiderte die Antragstellerin auf den Antragsabweisungsschriftsatz der Auftraggeberin und nahm zunächst zu der Antragsbefugnis Stellung.

Sie legte dar, dass die kommunalwirtschaftsrechtlichen Schranken des § 107 GO NRW für die Antragstellerin nicht gelten, da die Antragstellerin weder unselbständiger Eigenbetrieb sei noch zu 100 % im Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft in der Rechtsform einer GmbH stehe. Sodann wiederholte, ergänzte und vertiefte sie dezidiert jede einzelne bisher dargelegte Rechtsauffassung. Auf den diesbezüglichen Schriftsatz wird verwiesen.

Am 15. März 2017 reagierte die Auftraggeberin auf diesen abermaligen Schriftsatz der Antragstellerin und wiederholte, ergänzte und vertiefte ebenfalls dezidiert jede einzelne bisher dargelegte Rechtsauffassung umfangreich, teilweise unter Vorlage von Leistungsschaubildern und Ausführungen zu Mengenansätzen der einzelnen Beschaffungskomponenten. Auch auf den diesbezüglichen Schriftsatz wird verwiesen. Beide letztgenannten Schriftsätze sind vollumfänglich einer Würdigung durch die Vergabekammer zugeführt worden, worauf in der Begründetheit eingegangen wird.

In der mündlichen Verhandlung am 21. März 2017 hatten die Beteiligten jeweils Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Vergabeunterlagen waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung wird verwiesen.

Die Antragstellerin stellte ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantragsschriftsatz vom 24. Januar 2017, Seite 2.

Die Auftraggeberin stellte ihre Anträge aus dem Antragsabweisungsschriftsatz vom 3. Februar 2017.

Den Verfahrensbeteiligten wurde eine abschließende Schriftsatzfrist zur Stellungnahme zu den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung bis zum 27. März 2017 gewährt. Die Antragstellerin nahm mit Schriftsatz vom 27. März 2017 nochmals dezidiert Stellung.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze der Beteiligten verwiesen, ebenso auf die Vergabeunterlagen und die Angebote der Bieter, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt haben.

Gründe:

II.

Der Vergabenachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Vergabekammer ist gem. § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaates Sachsen (SächsVgKVO) für die Entscheidung über die Frage, **ob** die Auftraggeberin vorliegend verpflichtet gewesen wäre, ihren streitgegenständlichen Beschaffungsbedarf nach den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge zu decken, also für die Frage, ob ein förmliches Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB hätte durchgeführt werden müssen, zuständig. Denn mit ihrem Angriff, die Wahl eines dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht unterliegenden Vertragsgestaltung sei nicht statthaft, macht die Antragstellerin der Sache nach die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren geltend. Dafür ist die Zuständigkeit der Vergabekammern gegeben (vgl. BGH, B. v. 18.06.2012 - X ZB 9/11).

Die streitgegenständliche Ausschreibung unterliegt nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer nicht einem von der Vergabekammer zu überprüfenden Vergaberechtsschutz, da es sich bei der angegriffenen Vergabe **zum einen um eine Konzession im Bereich der Trinkwasserversorgung handelt (2.1.)** und zum anderen um eine mit einer Tätigkeit der Bereitstellung oder des Betriebes fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser im Zusammenhang stehende Konzession zur **Abwasserbeseitigung oder -behandlung (2.2.)**.

Auch die mit den genannten Konzessionen verbundene beabsichtigte Beschaffung der Leistungen der Löschwasservorhaltung **(2.3.1.)** und der Straßenentwässerung **(2.3.2)** führen nicht dazu, dass letztgenannte Beschaffungselemente entweder selbständig einem von der Vergabekammer zu überprüfenden Vergaberechtsschutz unterworfen wären, oder gar dazu dass das Beschaffungsvorhaben insgesamt in das Vergaberechtsregime hineingezogen würde.

Darüber, ob die Antragstellerin überhaupt antragsbefugter „Wirtschaftsteilnehmer“ resp. antragsbefugtes Unternehmen i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB ist, ist daher folgerichtig nicht zu entscheiden, wobei sich für die Antragstellerin nach überschlägiger Prüfung der Vergabekammer jedenfalls aus § 107 GO NRW ohnehin kein Beteiligungsverbot für das streitgegenständliche Vergabeverfahren ergeben würde, da diese zwar als eine von der öffentlichen Hand beherrschte und zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge, eingesetzte juristische Person des Privatrechts anzusehen ist (vgl. BGH, Ur. v. 16. März 2017 - I ZR 13/16), aber aufgrund ihrer Aktionärs- und Beteiligungsstruktur dennoch nicht in den unmittelbaren Geltungsbereich des § 107 Abs. 1 GO NRW einzubeziehen wäre.

(2.1.) Bewertung der Konzession im Bereich der Trinkwasserversorgung

Ausweislich der Bewerbungsbedingungen zum Auswahlverfahren der Stadt XXX beabsichtigt die Auftraggeberin für die Zeit ab voraussichtlich dem 1. Januar 2019 einen neuen Konzessionsnehmer vertraglich zu binden, der die Aufgaben sowohl der **Wasserversorgung** als auch der **Abwasserbeseitigung** für die Stadt auf der Grundlage von Dienstleistungskonzessionen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber den Kunden, jedoch nach Weisungen der Stadt und näheren vertraglichen Vorgaben, erfüllt. Der Konzessionsnehmer soll zudem das für die Aufgabenerfüllung erforderliche und betriebsnotwendige Anlagevermögen vom bisherigen Eigentümer, dem derzeitigen Konzessionsnehmer, erwerben.

Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist zunächst unstrittig, dass sowohl die Aufgaben der **Wasserversorgung** als auch der **Abwasserbeseitigung** als Konzessionen und nicht etwa als Dienstleistungsvertrag ausgestaltet sind. Eine Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht. Diese Voraussetzung ist wie im vorliegenden Fall erfüllt, wenn der Auftragnehmer von dem öffentlichen Auftraggeber kein Entgelt für seine Dienstleistungen erhält, sondern ihm lediglich das Recht eingeräumt wird, Entgelte von den Nutzern zu erheben. Auch ein Anschluss- und Benutzungszwang, wie er bspw. bei der

Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung besteht, steht einer solchen Dienstleistungskonzession nicht entgegen, denn dieser mindert zwar das Risiko des Konzessionsnehmers, Abnehmer für seine Dienstleistungen zu finden, das Risiko der Beitreibung seiner Entgeltansprüche liegt dennoch alleine beim Konzessionsnehmer (EuGH, Urt. v. 10.09.2009 - Rs. C-206/08; OLG Düsseldorf, B. v. 19.10.2011 - Verg 51/11).

Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist weiterhin unstreitig, dass auf die ausgeschriebene Konzession im Bereich der Trinkwasserversorgung gem. § 149 Abs. 9 GWB der 4. Teil des GWB nicht anzuwenden ist. § 149 Nr. 9 GWB enthält für verschiedene Tätigkeiten im Bereich der Wasserwirtschaft Ausnahmen von den Vergabevorschriften. Die Ausnahme umfasst zum einen die Bereitstellung und das Betreiben von festen Netzen, welche in einem Zusammenhang mit der Trinkwassergewinnung, -verteilung und -einspeisung stehen, § 149 Nr. 9 a) GWB. Durch diese Ausnahme vom Vergaberecht wird die Vorgabe des Art. 12 RL 2014/23/EU inhaltsgleich umgesetzt.

Mithin war unproblematisch festzustellen, dass die angestrebte Konzession im Bereich der Trinkwasserversorgung durch die Auftraggeberin außerhalb des Vergaberechts vergeben werden kann. Soweit nach dem Willen des Gesetzgebers auch in Fällen wie vorliegend, in denen ein Ausnahmefall greift, weiterhin die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens gelten sollen, so scheint, ohne dass die Vergabekammer hierüber zu befinden hätte, das von der Auftraggeber angestrebte besondere wettbewerbliche, an den Grundsätzen der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung ausgerichtete zweistufige Auswahlverfahren diesen Anforderungen zu genügen.

(2.2.) Bewertung der Konzession im Bereich der Abwasserversorgung

Gleichzeitig mit der vergaberechtsfreien Trinkwasserkonzession beabsichtigt die Auftraggeberin auch eine Konzession zur Abwasserbeseitigung auf den zukünftigen Konzessionsnehmer zu übertragen.

§ 149 Nr. 9 lit. b) bb) GWB normiert diesbezüglich, dass der vierte Teil des GWB auf die Vergabe von Konzessionen im Bereich Wasser, die mit einer Tätigkeit der Bereitstellung oder des Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser im Zusammenhang stehen und eine Abwasserbeseitigung oder -behandlung zum Gegenstand haben, nicht anzuwenden ist.

Die Verfahrensbeteiligten vertreten dazu, was unter dem Tatbestandsmerkmal des „**mit Tätigkeiten der Trinkwasserversorgung im Zusammenhang stehen**“ zu verstehen ist unterschiedliche Rechtsauffassungen. Während die Antragstellerin u.a. unter Berufung auf den Erwägungsgrund 40 der RL 2014/23/EU sowie einen Vergleich zu § 102 Abs. 1 Satz 2 GWB der Auffassung ist, dieser setze eine baulich-technische Abhängigkeit der Trink- und Abwassernetze voneinander voraus, ist die Auftraggeberin der Meinung, für den erforderlichen Zusammenhang im Sinne dieser Vorschrift reiche jede Form des Zusammenhangs, der auch organisatorischer Natur sein könne, da weder die Systematik der Norm, noch ihr Regelungsziel oder ihre Entstehungsgeschichte für ein engeres Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Zusammenhangs“ sprechen würden.

Eine **baulich-technische Abhängigkeit** der Trink- und Abwassernetze voneinander ist vorliegend nicht gegeben, wohl aber, historisch bedingt, ein unternehmerischer und verwaltungstechnischer Zusammenhang weshalb es auf die aufgeworfene Rechtsfrage entscheidungserheblich ankommt.

Nach Überzeugung der erkennenden Vergabekammer gibt es keinen ersichtlichen Grund, der dafür sprechen würde, dass der Ausnahmetatbestand des § 149 Nr. 9 lit. b) Doppelbuchstabe bb) GWB einzig greifen würde, sofern ein **baulich-technischer Zusammenhang** zwischen der Tätigkeit der Abwasserbeseitigung oder

-behandlung und einer Tätigkeit der Bereitstellung oder des Betriebens fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser bestehen würde.

§ 149 Nr. 9 GWB selbst enthält zunächst keine nähere Umschreibung des streitgegenständlichen Begriffes „**im Zusammenhang stehen**“, der bei einer Auslegung heranzuziehen wäre. Insoweit war als Auslegungshilfe die Richtlinie, deren Umsetzung § 149 Nr. 9 GWB dient, heranzuziehen.

§ 149 Nr. 9 GWB entspricht Art. 12 RL 2014/23/EU und wurde nahezu wortgleich vom deutschen Gesetzgeber übernommen. Konkret heißt es in Art. 12 Abs. 2 b **RL 2014/23/EU**: „Diese Richtlinie gilt außerdem nicht für Konzessionen, die einen oder beide der nachfolgend aufgeführten Gegenstände haben und die mit einer Tätigkeit nach Absatz 1 in Zusammenhang stehen: b) Abwasserbeseitigung oder -behandlung.“ Die Formulierung „in Zusammenhang stehen“ wurde unverändert übernommen, was darin begründet ist, dass der deutsche Gesetzgeber bei Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht dem Grundsatz einer „**Eins-zu-eins-Umsetzung**“ gefolgt ist. Auch die Richtlinie verwendet kein, den Begriff des Zusammenhanges näher definierendes Adjektiv.

Nur nebenbei sei erwähnt, dass sowohl die englische als auch die französische Version des Art. 12 jeweils den Begriff des Zusammenhanges verwenden, ohne diesen mit weiteren Adjektiven zu umschreiben.

Es lässt sich mithin schlicht feststellen, dass der europäische Richtlinienggeber den Begriff des Zusammenhanges nicht näher ausgestaltet hat und in Art. 12 keine Auslegungshinweise für den Begriff aufgenommen hat.

Insoweit waren zunächst die in der Richtlinie niedergelegten Erwägungsgründe für die Auslegung der Norm heranzuziehen, da sie für das Verständnis der Richtlinien und die teleologische Auslegung von Bedeutung sind, denn ihnen sind in der Regel die Beweggründe und Ziele der jeweiligen Richtlinie zu entnehmen. Zudem geben sie nicht nur die Zielrichtung der Richtlinie vor sondern können darüber hinaus Aufschluss über zu im Erlasszeitpunkt bereits vorhersehbaren Auslegungsschwierigkeiten äußern.

Im Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2014/23/EU heißt es zu den richtlinienspezifischen Ausschlüssen aus dem Anwendungsbereich bezogen auf die hier einschlägige Fragestellung:

*„Konzessionen in der Wasserwirtschaft unterliegen häufig spezifischen und komplexen Regelungen, die besonderer Aufmerksamkeit bedürfen, da Wasser als öffentliches Gut für alle Bürger der Union von grundlegendem Wert ist. Die besonderen Merkmale dieser Regelungen rechtfertigen **im Bereich der Wasserwirtschaft Ausschlüsse** aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie. Diese Ausschlüsse betreffen Bau- und Dienstleistungskonzessionen für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder der Einspeisung von Trinkwasser in solche Netze. **Konzessionen für die Abwasserbeseitigung oder -behandlung und für Wasserbauvorhaben so wie Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben [...] sollten ebenfalls ausgeschlossen werden, sofern sie mit einer ausgeschlossenen Tätigkeit in Verbindung stehen.**“* (Hervorhebungen durch die Vergabekammer).

Der dem Artikel 12 zu entnehmende Begriff „in Zusammenhang stehen „ wird hier nur durch Verwendung des Synonyms des *mit einer ausgeschlossenen Tätigkeit in Verbindung stehen*“ ausgetauscht, ohne dass dieses durch Verwendung ergänzender Adjektive näher erläutert oder eingeschränkt wird.

Richtig ist nach Auffassung der Vergabekammer, dass die Formulierung: „**Konzessionen für die Abwasserbeseitigung oder -behandlung [...] sollten ebenfalls ausgeschlossen werden, sofern sie mit einer ausgeschlossenen Tätigkeit in Verbindung stehen**“ lediglich nachgeordnet auf einen Ausschluss von Konzessionen für die Abwasserbeseitigung oder -behandlung eingeht. Sie formuliert ungeachtet dessen aber bewusst eine Ausschlussmöglichkeit für Konzessionen für die Abwasserbeseitigung oder -behandlung, die „... mit einer ausgeschlossenen Tätigkeit in Verbindung stehen“. Daraus, dass der Richtliniengeber den Begriff des „Zusammenhangs“ oder der „Verbindung“ nicht näher erläutert oder einschränkt, lässt sich nach Auffassung der Vergabekammer ableiten, dass er den Begriffen keine einengende Bedeutung oder lenkende Funktion bei der Auslegung beimisst. Unzweifelhaft finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenhang zwingend **baulich-technischer Natur sein muss**.

Der Antragstellerin ist durchaus dahingehend beizupflichten, dass Ausnahmetatbestände, die es erlauben, von einer Vergabe nach dem Wettbewerbsprinzip abzusehen stets eng, das heißt so auszulegen sind, dass ihre Anwendung auch tatsächlich die Ausnahme bleibt (OLG Koblenz, B. v. 15.09.2010 - 1 Verg 7/10, EuGH, Urt. v. 14.09.2004 - C-385/02). Allein aus einer grundsätzlich restriktiven Auslegung eines Wortes kann jedoch **nach Auffassung der Vergabekammer nicht darauf geschlossen werden**, dass eine nicht mehr vom Wortlaut und gesetzgeberischer Zielrichtung gedeckte, noch restriktivere Möglichkeit der Auslegung Anwendung finden muss.

Der Grundsatz der restriktiven Auslegung von Ausnahmetatbeständen gebietet es gerade nicht, die restriktivste Möglichkeit als einzig in Betracht zu ziehende zu wählen. Gerade dann nicht, wenn andere bei der Auslegung ebenfalls zu beachtende Aspekte, wie hier, dagegen sprechen.

Zudem ist bei der Auslegung des Art. 12 RL 2014/23/EU und des auf ihm basierenden § 149 Nr. 9 GWB die historische Entwicklung zu berücksichtigen (siehe dazu ausführlich: Sudbrock in Müller Wrede, GWB-Kommentar 2016, Rz. 98 ff zu § 149).

Die Ausnahme für Wasserkonzessionen war im Abstimmungsprozess über die Konzessionsvergaberichtlinie äußerst umstritten. Ausweislich des ursprünglichen Richtlinienvorschlages (siehe COM(2011) 897 final; Ratsdok. 18960/11 Rz. 20 und 21 des Richtlinienvorschlages v. 21. Dezember 2011) sollten zunächst eine Reihe von Dienstleistungen (wie z. B. Catering- und Wasserversorgungsdienste), die nach Auffassung der Kommission Potenzial für den grenzübergreifenden Handel aufwiesen, nicht von der vollständigen Anwendung der Konzessionsrichtlinie ausgenommen sein. Lediglich diejenigen Dienstleistungen, die nach Einschätzung der Kommission von begrenztem grenzübergreifender Interesse waren, nämlich die sogenannten personenbezogenen Dienstleistungen z. B. im Sozial-, Gesundheits- oder Bildungsbereich, sollten zunächst vom Anwendungsbereich ausgenommen werden.

Hiergegen hatte sich u.a. der Deutsche Bundesrat in der 895. Sitzung am 30. März 2012 explizit ausgesprochen (siehe Drucksache 874/2/11 Rnr. 14):

„Der Bundesrat spricht sich gegen jede Einbeziehung von Sektoren aus, die bereits durch bereichsspezifische Regelungen des Unionsrechts erfasst werden oder auf Grund von Entscheidungen des Unionsgesetzgebers bewusst nicht geregelt worden sind. Neben dem öffentlichen Personenverkehr betrifft dies vor allem den Energiesektor sowie die Abwasserentsorgung, die Wasserversorgung [...].“

Auch die Initiative *Right2Water* forderte „die Europäische Kommission zur Vorlage eines Gesetzesvorschlages auf, „der das Menschenrecht auf Wasser und **sanitäre Grundversorgung** entsprechend der Resolution der Vereinten Nationen durchsetzt und eine funktionierende Wasser- und Abwasserwirtschaft als

existenzsichernde öffentliche Dienstleistung für alle Menschen fördert".

Nach intensiven Debatten und insbesondere auf Druck dieser ersten europäischen „Bürgerinitiative Right2Water" sowie der deutschen Kommunen bot die Kommission als Kompromiss zunächst eine Regelung an, nach der die Vergabe von Wasserkonzessionen an mehrheitlich kommunale **Mehrspartenstadtwerke** unter bestimmten Voraussetzungen nicht unter die Richtlinie fallen sollte. Diese Ausnahmeregelung, die im Grunde ein „erweitertes In-House- Geschäft für den Wasserbereich" darstellte, lehnte sich an die Ausnahme für verbundene Unternehmen in Art. 13 RL 2014/23/EU an. Bei der Bewertung der Umsätze zwischen den verbundenen Unternehmen sollten nur die Umsätze im Bereich der Wasserwirtschaft betrachtet werden, nicht aber weitere Umsätze aus anderen, insbesondere wettbewerblich geprägten Bereichen. Um die sich hinziehenden Trilog-Gespräche noch vor dem anstehenden Wechsel der Ratspräsidentschaft zum Abschluss zu bringen, machte die Kommission am 21.6.2013 schließlich den weiter gehenden Vorschlag, Konzessionen im Bereich Wasser insgesamt aus dem Anwendungsbereich der RL 2014/23/EU herauszunehmen (siehe: Sudbrock in Müller Wrede, *GWB-Kommentar* 2016, Rz. 103 ff. zu § 149, m. Verw. a. die Presseerklärung v. EU-Kommissar Michel Barnier <http://www.presseportal.de/pm/35368/2498658>).

Nach Einschätzung der erkennenden Kammer wurde also die Ausnahme des Abwasserbereiches vom Anwendungsbereich der Richtlinie keineswegs lediglich als „unvermeidbares Annex zur Trinkwasserversorgung" betrachtet sondern stand gleichermaßen als ebenbürtige Forderung im Raum.

Schließlich ergibt sich auch aus einem **Vergleich mit § 102 Abs. 1 GWB keine** Forderung nach einer **baulich-technischen Abhängigkeit** der Netze von Trink- und Abwasser. Hierzu hatte die Antragstellerin wiederholt vorgetragen, dass jedenfalls für die Auslegung des **§ 102 Abs. 1 GWB** anerkannt sei, dass Maßnahmen zur Ableitung und Klärung von Abwässern nur dann als Sektorentätigkeit gelten würden, wenn zwischen den Maßnahmen der Abwasserentsorgung und der Trinkwasserversorgung ein **hinreichender bautechnisch-struktureller** Zusammenhang oder zumindest ein **unternehmerischer Zusammenhang** bestehe.

Auch dieser antragstellerseits vertretenen These vermag sich die Vergabekammer nicht anzuschließen. Richtig ist, dass zahlreiche namhafte Kommentatoren, wie z.B. Opitz (in Kularz / Kus / Porz / Prieß, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, Rz.17 zu § 102 GWB) oder Rübke (in Müller-Wrede, *GWB-Kommentar* 2016, Rz. 15 ff zu § 102) schlussfolgern, dass der erforderliche Zusammenhang „*unternehmerischer oder technischer Natur*" oder „*baulichstruktureller Natur*" sein müsse. Gabriel (*Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Bd.3; 2011 Anl. Zu § 98 Nr. 4 GWB Rnr. 3) hingegen spricht von einer notwendigen „*bautechnischen oder unternehmerischen Verbundenheit*".

Woher die jeweilige Schlussfolgerung, d.h. das jeweilige Tandem von Adjektiven stammt, bleibt, wenn man die Zitate nachverfolgt, im Unklaren. Die Annahmen ergeben sich jedenfalls nicht aus dem Wortlaut des Art. 10 der Richtlinie 2014/25/EU, der insoweit ebenfalls ohne nähere Untersetzung den Begriff „*im Zusammenhang stehen*" verwendet. Der Terminus des Zusammenhangs von Tätigkeiten der Trinkwasserversorgung mit Tätigkeiten der Abwasserbeseitigung oder -behandlung ist aus der Definition der Sektorentätigkeiten übernommen worden, die jetzt in § 102 Abs. 1 GWB geregelt sind. Der Anlass für die Erweiterung der Definition der Trinkwasserversorgung auf bestimmte Tätigkeiten der Abwasserversorgung findet sich in Erwägungsgrund 24 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU. Dort heißt es explizit:

„Auftraggeber im Trinkwassersektor können auch andere wasserwirtschaftliche Tätigkeiten in den Bereichen Wasservorhaben, Bewässerung, Entwässerung, Ableitung sowie Klärung von Abwässern ausüben. In derartigen Fällen sollten Auftraggeber in der Lage sein, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vergabeverfahren bei all ihren wasserwirtschaftlichen Tätigkeiten anzuwenden, unabhängig davon, um welchen Teil des „Wasserzyklus“ es geht. ...“

Auch die Untersuchung des letzten Argumentes der Verfahrensbeteiligten spricht nach Auffassung der Vergabekammer dafür, dass jeder plausible, nicht diskriminierende Zusammenhang sei er unternehmerischer, wirtschaftlicher oder historischer oder durchaus auch bautechnischer Natur, ausreicht, um einen Zusammenhang zwischen Tätigkeiten der Trinkwasserversorgung und Tätigkeiten der Abwasserbeseitigung oder -behandlung darzustellen und für eine **Herausnahme aus dem Geltungsbereich der Konzessionsrichtlinie** oder einen **Einbezug in die Sektorenrichtlinie** genügen zu lassen.

Vor diesem Hintergrund waren die Argumente der Auftraggeberin, die in der Vergabeakte niedergelegt waren, zu bewerten.

Dort war dargelegt, dass die Auftraggeberin seit 1990 die ihr obliegende öffentliche Pflichtaufgabe der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung durch Einbindung eines privatrechtlich organisierten Unternehmens erfülle, welcher die Arbeitsstrukturen des ehemaligen VEB XXX (XXX) übernommen habe. Entsprechend der bisherigen Organisationsstruktur sollten Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung auch künftig in einer Hand bleiben um unnötige, kostenverursachende doppelte Strukturen der Verwaltung zu vermeiden. So würde eine Trennung der Leistungen nach Darlegung der Auftraggeberin für die Nutzer zu deutlich höheren Kosten führen, da dann gerade für den Bereich der eigenständigen Refinanzierung durch Erhebung von Entgelten von den Nutzern doppelte Strukturen aufgebaut werden müssten, z.B. für die Verwaltung /Overhead.

Bisher liege die kaufmännische und technische Verwaltung in einer Hand so dass Investitionsplanungen und Instandhaltungsaufgaben einheitlich unter Einsatz des gleichen fachtechnischen Personals betreut und koordiniert werden könnten. Überdies würde es einen unverhältnismäßig großen Aufwand darstellen, sämtliche Fördermittel- oder Pachtverträge welche überwiegend sowohl die Wasserversorgung als auch die Abwasserbeseitigung gleichzeitig betreffen in getrennte Leistungsbereiche aufzuteilen und neu zu fassen. Schließlich würden auch gesonderte technische Einheiten, wie z.B. gemeinsam genutzte Untersuchungslabore Synergieeffekte begründen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung führte die Auftraggeberin ergänzend auf Befragung der Vergabekammer aus, dass die Wartung der Trinkwasser- und Abwasserleitungen insbesondere was beispielsweise die Vornahme von Spülungen oder Zählerablesungen und den Zähleraustausch angehe derzeit insgesamt in den Händen ein und desselben Dienstleistungserbringer liege. Auch die Abrechnung von Trinkwasser und Abwasser erfolge in der Regel aus einer Hand.

Die dargelegten Argumente sind nach Auffassung der Vergabekammer als vernünftige, diskriminierungsfreie organisatorische und unternehmerische Gründe zu bewerten, die den Schluss zulassen, dass die Abwasserbeseitigung tatsächlich in Zusammenhang mit der Trinkwasserversorgung steht.

Aufgrund der dargestellten Umstände ist nach Auffassung der Vergabekammer das Vorliegen **von organisatorischen und unternehmerischen Zusammenhängen** zwischen der Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser und der Abwasserbeseitigung oder -behandlung **zu bejahen**. Die für einen i. S. d. § 149 GWB ausreichenden Zusammenhang dargelegte Argumente waren insgesamt als **nachvollziehbar, objektiv und willkürfrei** zu bewerten, so dass sie in vergaberechtlicher Hinsicht ausreichen um neben der Trinkwasserkonzession auch die Konzession zu Abwasserbeseitigung vom Vergaberecht auszunehmen.

Dem steht nach Überzeugung der Vergabekammer schließlich auch nicht das im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgetragene Argument der Antragstellerin entgegen, dass mit Argumenten aus der Vergangenheit eine Ausnahme der Abwasserkonzession aus dem Vergaberecht für die Zukunft begründet würde. Der Gedanke, dass vorhandene Strukturen eine fortgesetzte Beschaffung in gleichen Strukturen rechtfertigen kann, ist dem Vergaberecht nicht fremd. So ist bspw. bei der Beurteilung produktspezifischer

Ausschreibungen anerkannt, dass ein öffentlicher Auftraggeber bspw. einen prognostizierten erheblichen finanziellen und personellen Mehraufwand für die Umstellung vorhandener Produkte auf neue nicht akzeptieren muss, um dem Gebot der Produktneutralität zu entsprechen. Vielmehr darf ein Auftraggeber im Interesse der Systemsicherheit und Funktionsfähigkeit seiner Arbeitsabläufe jedwedes Risikopotential ausschließen und im Beschaffungsprozess den zuverlässigsten Weg wählen (OLG Düsseldorf, B. v. 13.04.2016, Verg 47/15), weshalb es bspw. keine sachfremde Erwägung darstellt, einen Beschaffungsgegenstand anhand einer bereits vorhandenen Technologie auszurichten (OLG Karlsruhe, B. v. 15.11.2013 - 15 Verg 5/13).

Im Ergebnis der Untersuchungen ist also nach Überzeugung der Vergabekammer neben der Trinkwasserkonzession auch die damit im Zusammenhang stehende Abwasserkonzession gem. § 149 GWB vom Vergaberecht ausgenommen.

Der diesbezügliche Beschaffungsvorgang unterfällt nicht dem Vergaberecht. Eine Zuständigkeit der Vergabekammer hierfür ist nicht gegeben.

(2.3.) Einbezug der Vertragselemente der Löschwasservorhaltung- und Lieferung und Straßentwässerung in das privilegierte Rechtsregime des Konzessionsvergaberichtes?

Zu prüfen war schließlich noch, ob dadurch, dass die Erbringung von Zusatzleistungen der Löschwasservorhaltung und der Beseitigung von Niederschlagswassers von angeschlossenen Grundstücken mit den Konzessionen der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung verknüpft worden sind, diese Zusatzleistungen nach den Vorschriften der Konzessionsrecht zu vergeben sind oder nach den Vorschriften des Auftragsvergaberichts.

Zunächst war, was dem Grunde nach zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig war, klarzustellen, dass die Zusatzleistungen der Löschwasservorhaltung- und Lieferung und der Beseitigung von Niederschlagswassers von angeschlossenen Grundstücken als Dienstleistungsverträge ausgestaltet werden sollen. Für beide Leistungen werden eigenständige Verträge abgeschlossen, der zukünftige Vertragspartner wird Entgelte der Auftraggeberin erhalten und muss insoweit kein Betriebsrisiko übernehmen.

Im Bereich der Abwasserbeseitigung hat die Auftraggeberin dargelegt, dass die Leistung der Straßentwässerung (Abführung des Niederschlagswassers von Verkehrsflächen) deswegen vom Konzessionsnehmer erbracht werden müsse, da diese Leistung nicht zur Erfüllung der allgemeinen Abwasserbeseitigungspflicht gehöre. Dem zukünftigen Vertragspartner soll als Gegenleistung für die Leistungserbringung ein gesondertes Entgelt gezahlt werden, welches dem abzuziehenden sog. Allgemeinanteil (Straßentwässerungskostenanteil) bei der Berechnung der Abwasserentgelte entspricht. Auch für die Löschwasservorhaltung und -lieferung soll seitens der Stadt ein gesondertes Entgelt gezahlt werden.

Besteht ein öffentlicher Auftrag aus verschiedenen Teilen, auf die unterschiedliche Richtlinien anwendbar sind oder die mit einem Teil keiner Richtlinie unterfallen so regelt § 111 GWB, welche Vorschriften anwendbar sind. § 111 GWB verfolgt den Zweck, Klarheit über das anwendbare Verfahrensrecht zu schaffen. Was unter dem Begriff der „verschiedenen Teile“ eines Auftrags zu verstehen ist, wird weder in den EU-Richtlinien noch im deutschen Vergaberecht definiert. Vor diesem Hintergrund dürfte es richtig sein, auf tatsächliche Umstände, Gegebenheiten und Merkmale des Auftrags abzustellen, um zu ermitteln, ob ein Auftrag aus „verschiedenen Teilen“ besteht. Dazu können räumliche Abgrenzungen, technische, organisatorische und logistische Merkmale zählen, aber auch unterscheidbare Angebotsmärkte (so Jahn in:

Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 111 GWB Rz. 10). Vorliegend lassen sich die einzelnen Auftragskomponenten Löschwasservorhaltung- und Lieferung, Straßenentwässerung, Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung unproblematisch als eigenständige Leistungen voneinander abgrenzen, so dass von verschiedenen Teilen eines Auftrages i.S.d. § 111 GWB auszugehen ist.

Sind die verschiedenen Teile eines öffentlichen Auftrags, die jeweils unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen, objektiv nicht trennbar, wird der Auftrag gem. § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB nach den Vorschriften vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist. Sind die verschiedenen Teile eines öffentlichen Auftrags jedoch voneinander trennbar, statuiert § 111 Abs. 1 GWB ein Wahlrecht des Auftraggebers, der selbst entscheiden kann, ob er getrennte Aufträge für jeden Teil oder einen Gesamtauftrag vergibt.

Vorliegend haben die Parteien darum gestritten, ob die einzelnen Auftragskomponente der Löschwasservorhaltung- und Lieferung mit der Trinkwasserversorgung und die Straßenentwässerung mit der Abwasserentsorgung objektiv trennbar oder untrennbar miteinander verbunden sind.

Bei der Beurteilung, ob eine objektiv Trennbarkeit der einzelnen Auftragskomponente vorliegt, ist darauf abzustellen, ob diese selbständig bestehen können oder aber kraft Zusammenhangs als ein untrennbares Ganzes anzusehen sind (Csaki in Müller Wrede, GWB- Kommentar 2016, Rz. 5 ff zu § 111 GWB, m. Verw. a. EuGH, Urt. v. 29. 10.2009 - Rs. C- 536/07, Rn. 28 (Messe Köln)). Ebenso liegt eine Untrennbarkeit in den Fällen vor, in denen die Auftragsvergabe aufgrund der Natur des Ausschreibungsgegenstandes nur an einen einzigen Auftragnehmer erfolgen kann (Csaki a.a.O. m. Verw. a. EuGH, Urt. v. 6. 5.2010 - Rs. C-145/08).

(2.3.1.) Objektive Untrennbarkeit der Löschwasservorhaltung und -lieferung von der Trinkwasserversorgung

Die Vergabekammer vermag sich der Auffassung der Antragstellerin, die Löschwasservorhaltung- und Lieferung bilden mit der Trinkwasserversorgung kein unteilbares Ganzes weshalb der Dienstleistungsauftrag Löschwasservorhaltung von der Konzession zur Trinkwasserversorgung hätte abgekoppelt werden müssen nicht anzuschließen. Diese Feststellung einer objektiven Untrennbarkeit hat auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung zu erfolgen. Bei dieser reicht es nicht aus, dass die Absicht des öffentlichen Auftraggebers, die verschiedenen Teile eines gemischten Auftrags als untrennbar zu betrachten, zum Ausdruck gebracht wird; diese Absicht muss sich vielmehr auf objektive Gesichtspunkte stützen, die die Untrennbarkeit rechtfertigen und die Notwendigkeit begründen können, einen einzigen Auftrag zu vergeben (vgl. Erwägungsgrund 11 zu RL 2014/24/EU).

Für die streitgegenständliche Löschwasservorhaltung und Lieferung werden die vorhandenen Leitungen der Trinkwasserversorgung genutzt. Zur Löschwasserentnahme werden im Trinkwassersystem 150 Oberflurhydranten und 1488 Unterflurhydranten eingebunden, über die die Löschwasserversorgung erfolgt. Nach Überzeugung der Vergabekammer könnte eine geschuldete Leistung der „Löschwasservorhaltung“ nicht von der geschuldeten Leistung der „Trinkwasserversorgung“ getrennt werden, da beide Leistungen einheitlich erfolgen. Eine Wasserführung getrennt nach „Zwecken“ erfolgt innerhalb des Trinkwassernetzes denklogisch nicht, vielmehr erfolgt eine Bereitstellung aus einer Hand. Weiter wies die Auftraggeberin im Rahmen der mündlichen Verhandlung darauf hin, dass in XXX ein geschlossenes Trinkwassernetz zur Verfügung stünde und sofern hier beispielsweise Löschwasser durchgeleitet werden sollte, dies dann auch den Anforderungen des Trinkwassers entsprechen und mit entsprechenden Genehmigungen ausgestattet sein müsste.

Vor dem Hintergrund dieser Argumente ist nach Überzeugung der Vergabekammer von einem Zusammenhang kraft Natur der Sache auszugehen. Die Löschwasservorhaltung- und Lieferung ist von der Trinkwasserversorgung objektiv untrennbar i. S. d. § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB.

(2.3.2.) Objektive Untrennbarkeit der Straßenentwässerung von der Abwasserentsorgung

Ebenso ist nach Überzeugung der Vergabekammer die Straßenentwässerung mit der Abwasserentsorgung objektiv untrennbar verbunden. **Die Antragstellerin hatte hierzu schriftsätzlich vorgetragen**, die Straßenentwässerung und die **Konzession zur Abwasserbeseitigung** seien objektiv trennbar im Sinne des § 111 Abs. 1, 4 Nr. 4 GWB. Deshalb wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, die Konzession Straßenentwässerung von der Konzession zur Abwasserbeseitigung abzukoppeln und getrennt nach dem Auftragsvergaberecht zu vergeben. Der Schwellenwert für eine Ausschreibung der Straßenbewässerung dürfte unproblematisch überschritten sein, denn diese mache 10 - 12% des Umsatzes der jährlichen Abwasserbeseitigung aus, welche bei durchschnittlich 4,7 Mio. EUR netto läge. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hatte die Antragstellerin ergänzend vorgetragen, die Straßenentwässerung sei schon allein deshalb von der Abwasserentsorgung objektiv trennbar, weil hierüber ein eigenständiger Vertrag geschlossen werden könnte was bereits Indiz für eine Trennbarkeit der Leistungen darstelle.

Dieser Rechtsauffassung vermag sich die Vergabekammer nicht anzuschließen. Allein die rechtliche Trennbarkeit der streitgegenständlichen Leistungen kann nicht entscheidend sein. Vielmehr ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Straßenentwässerung dem Träger der Straßenbaulast obliegt, bei städtischen Straßen mithin der Stadt XXX, während hingegen dem Träger der Abwasserentsorgung die schadhafte Abführung des Straßenoberflächenwassers obliegt. Eine objektive Trennbarkeit der Straßenentwässerung von der Abwasserentsorgung ist nicht gegeben.

Zunächst ist zu vergegenwärtigen, dass die Abwasserbeseitigung die Entsorgung des durch häuslichen, gewerblichen, landwirtschaftlichen oder sonstigen Gebrauch entstandenen Schmutzwassers umfasst, als auch das von Niederschlägen aus dem Bereich von bebauten oder befestigten Flächen gesammelt abfließende Niederschlagswasser.

Weiter ist zu vergegenwärtigen, dass die Straßenentwässerung in der Stadt XXX in technischer Hinsicht die Nutzung der zur Abwasserbeseitigung errichteten Anlagen voraussetzt. Konkret dienen von Schmutzwasserkanälen getrennten Regenwasserkanäle der Niederschlagswasserbeseitigung der angeschlossenen Grundstücke. Ein getrenntes Netzsystem zur eigenständigen Straßenentwässerung existiert nicht. Vielmehr werden in technischer Hinsicht die Anlagen der Abwasserbeseitigung (konkret die Regenwasserkanäle) auch für die Straßenentwässerung genutzt.

Insoweit könnte eine geschuldete Leistung der „Straßenentwässerung“ nicht von der geschuldeten Leistung der „Abwasserbeseitigung“ getrennt werden, da beide Leistungen einheitlich erfolgen. Eine Wasserführung getrennt nach „Zwecken“ erfolgt auch innerhalb des Abwassersystems nicht, auch hier erfolgt eine Bereitstellung aus einer Hand.

Vor dem Hintergrund dieser Argumente ist auch bezogen auf die Straßenentwässerung und die Abwasserbeseitigung von einem Zusammenhang kraft Natur der Sache auszugehen. Beide Leistungen sind objektiv untrennbar i. S. d. § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB.

Als weiteres Zwischenergebnis war mithin festzuhalten, dass sowohl die Löschwasservorhaltung und -lieferung von der Trinkwasserversorgung, als auch die Straßenentwässerung von der Abwasserentsorgung

als objektiv untrennbar einzuschätzen war.

Können aber verschiedenen Teile eines Auftrages nicht voneinander getrennt werden, bestimmen sich die anwendbaren Vorschriften nach dem Hauptgegenstand des Auftrags. Für die Bestimmung des Hauptgegenstandes ist nicht allein auf den Wert der einzelnen Auftragsteile abzustellen, entscheidend ist vielmehr, wo bei einer wertenden Gesamtbetrachtung nach dem Willen der Vertragsparteien der rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt des Vertrages liegen soll, bzw. welche Inhalte den Charakter des Vertrages im Wesentlichen prägen.

Gemessen daran war sowohl für die Löschwasservorhaltung und -lieferung im Verhältnis zur Trinkwasserversorgung, als auch für die Straßenentwässerung im Verhältnis zur Abwasserentsorgung jeweils die Dienstleistungskonzession als Hauptgegenstand des Auftrags anzusehen.

Bei der Löschwasservorhaltung und -lieferung ist der Anteil an der Trinkwasserversorgung schon hinsichtlich der davon betroffenen Wassermengen als verschwindend gering einzustufen. Ausweislich des Vergabevermerkes machen die Löschwassermengen einen Anteil am Gesamtwasserverbrauch von unter 0,003 % / a aus. Hier stellt unzweifelhaft die Trinkwasserversorgung den Hauptgegenstand des Auftrages dar. Etwas anders verhält es sich bei der Straßenentwässerung. Diese macht einen geschätzten Anteil von ca. 10 % des Umsatzes der jährlichen Abwasserbeseitigung aus, der rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt des Vertrages liegt aber dennoch bei der Abwasserbeseitigung, diese prägt im Wesentlichen den Charakter des Vertrages.

Insoweit war festzustellen, dass durch die Verbundenheit der Löschwasservorhaltung und -lieferung mit der Trinkwasserversorgung, als durch die Verbundenheit der Straßenentwässerung mit der Abwasserentsorgung die Auftrags Elemente Löschwasservorhaltung und -lieferung und Straßenentwässerung dem Auftragsvergaberecht entzogen sind und gem. §111 Abs. 4 S. 1 GWB nach den Vorschriften zu vergeben, nach denen der jeweilige Hauptgegenstand des Auftrags zu vergeben ist. Dieser war jeweils, wie zuvor dargelegt von den Bestimmungen des Vergaberechts ausgenommen, weshalb auch diese Nebenleistungen vom Vergaberecht ausgenommen waren.

Damit unterliegt, wie ausführlich dargelegt, nach Auffassung der Vergabekammer der Beschaffungsauftrag in Gänze nicht dem Vergaberecht, weshalb die Vergabekammer für das streitgegenständliche Beschaffungsvorhaben unzuständig ist.

Weitere Überlegungen waren durch die Vergabekammer mithin nicht anzustrengen. So waren, entgegen der Auffassung der Antragstellerin insbesondere auch keine tiefgreifenden kartellrechtlichen Überlegungen anzustellen, da schon allein aus rechtsstaatlichen Überlegungen heraus die Feststellung eines Missbrauchs oder gar Verstoßes gegen das Kartellverbot in einem rein "summarischen" Nachprüfungsverfahren nach Auffassung der Vergabekammer als höchst problematisch einzuordnen ist (siehe dazu ausführlich VK Bund, Beschluss vom 21.09.2016 - VK 2-87/16; VK Bund, Beschluss vom 27.07.2016 - VK 2-63/16) Hierfür sind die Vergabekammer nach überwiegender Rechtsprechung nicht zuständig.

Damit war der Antrag der Antragstellerin insgesamt als unzulässig abzuweisen.

III.

1. Die Antragstellerin hat als Unterliegende die Kosten (Gebühren und Auslagen) des

Nachprüfungsverfahrens gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB zu tragen. Die Höhe der Gebühr wird gemäß 182 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB in stetiger Spruchpraxis der Kammer unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erarbeiteten Gebührenstaffel in der Regel anhand des Angebotspreises festgesetzt. Die Gebühr beträgt dabei mindestens 2.500 EUR und soll den Betrag von 50.000 EUR nicht überschreiten (§182 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB).

Da die Antragstellerin mit diesem Antrag beantragt hat, dass die Auftraggeberin die streitgegenständlichen Leistungen überhaupt erst in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben soll und sie auf die vorhandene „freiwillige Bekanntmachung“ noch kein Angebot abgegeben hat, lässt sich der voraussichtliche Auftragsumfang nur anhand der weiteren Indizien der Vergabeunterlagen ermitteln. Dabei sieht die Vergabekammer, dass hier eine Laufzeit von 20 Jahren angesetzt wurde, und ggf. ein jährlicher Auftragswert von mindestens XXX EUR anzusetzen wäre. Dies entspräche einem Gesamtauftragswert von XX X EUR, wonach eine Gebühr in Höhe von zunächst XXX EUR anzusetzen wäre.

Dieser Betrag kann entsprechend § 182 Abs. 2 Satz 1, 2. HS GWB ermäßigt werden, ggf. bis auf ein Zehntel. Als Gründe einer Ermäßigung sind dabei nur solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung sowie dem erforderlichen Verwaltungsaufwand stehen.

Die Vergabekammer berücksichtigt zu Gunsten der Antragstellerin, dass der erforderlichen Verwaltungsaufwand des anhängigen Vergabenachprüfungsverfahrens als unterdurchschnittlich einzustufen war. Der Vergabenachprüfungsantrag wurde in einem sehr frühen Verfahrensstadium eingelegt, in dem noch keine zu wertenden Angebote eingegangen waren. Durch die Vergabekammer war insoweit kein komplizierter Wertungsvorgang zu bewerten, ebenso war kein Zuschlagsbieter beizuladen, was gewöhnlich zu einer deutlichen Verkomplizierung des Verfahrens beiträgt. Auch der Austausch der Schriftsätze hat sich von Anzahl und Umfang her in einem eher unterdurchschnittlichen Rahmen bewegt. Die Rechtsmaterie selbst war allerdings insgesamt als schwierig einzuschätzen.

Insoweit bestimmt die Vergabekammer in Abwägung aller Argumente die Höhe der Gebühr auf XXX EUR.

Den Betrag (XXX EUR) hat die Antragstellerin binnen zweier Wochen nach Bestandskraft dieser Entscheidung unter Angabe des Buchungskennzeichens XXX.XXX.XXX bei der Hauptkasse Sachsen, Außenstelle Chemnitz, auf das Konto bei der XXXXX, BIC OSDD DE 81XXXXX einzuzahlen. Dazu kann das beiliegende Zahlungsformular genutzt werden.

2. Die Entscheidung zur Erstattung der Aufwendungen der Auftraggeberin beruht auf § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

Die **Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Auftraggeberin** war gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG **notwendig**. Beim Vergaberecht handelt es sich auch aufgrund vielfältiger europarechtlicher Überlagerung um eine wenig übersichtliche und zudem stetigen Veränderungen unterworfenen Rechtsmaterie, die wegen des gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahrens bei der Vergabekammer bereits prozessrechtliche Kenntnisse verlangt. Vorliegend betrat der Auftraggeber mit der streitgegenständlichen Ausschreibung insgesamt „rechtliches Neuland“, die Bewältigung des Vergabenachprüfungsverfahrens ohne rechtlichen Beistand war ihr mithin nicht zuzumuten.