

OLG Düsseldorf (Vergabesenat), Beschluss vom 17.08.2022 – VII-Verg 50/21**Titel:**

Beschwerde, Versorgung, Vergabekammer, Ausschreibung, Dienstleistungen, Auslegung, Vergabeverfahren, Zustellung, Vergabe, Rechtsverfolgung, Auftragswert, Aufwendungen, Verfahren, Schwellenwert, sofortige Beschwerde, Kosten des Beschwerdeverfahrens, notwendigen Aufwendungen

Rechtsgebiete:

Öffentliches Wirtschaftsrecht, Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Beschwerde, Versorgung, Vergabekammer, Ausschreibung, Dienstleistungen, Auslegung, Vergabeverfahren, Zustellung, Vergabe, Rechtsverfolgung, Auftragswert, Aufwendungen, Verfahren, Schwellenwert, sofortige Beschwerde, Kosten des Beschwerdeverfahrens, notwendigen Aufwendungen

vorgehend:

VK Westfalen, Beschluss vom 21.10.2021 - VK 2-41/21 (Rechtskraft: unbekannt)

Fundstellen:

ZfBR 2022, 822

ECLI:

ECLI:DE:OLGD:2022:0817.VIIVERG50.21.0A

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer Westfalen vom 21. Oktober 2021 (VK 2-41/21) aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 13. August 2021 als unzulässig verworfen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der jeweiligen notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin werden der Antragstellerin auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig zu erklärt.
4. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 19.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragsgegnerin ist ein Versorgungsunternehmen im Bereich Wasser- und Energieversorgung, das über zwischengeschaltete Gesellschaften mittelbar überwiegend im

Anteilseigentum der Städte ... und ... steht. Ihren Postverkehr mit Lieferanten und Kunden wickelte sie in der Vergangenheit jedenfalls auch über die Antragstellerin ab.

- 2** Am 16. Juni 2021 fragte die Antragsgegnerin unter anderem bei der Antragstellerin unter Beifügung eines Leistungsverzeichnisses ein Angebot für einen einjährigen Rahmenvertrag ab dem 1. August 2021 über die Erbringung von Postdienstleistungen an den Standorten ... und ... ab. Von einer EU-weiten Ausschreibung hatte die Antragsgegnerin trotz eines geschätzten Auftragswerts von 280.060,00 Euro netto abgesehen, da sie die Postdienstleistungen als Teil ihrer Sektorentätigkeit betrachtet und der von ihr ermittelte Auftragswert unter dem insoweit maßgeblichen Schwellenwert von 428.000,00 Euro lag. Neben der Antragstellerin gab auch die Beigeladene ein Angebot ab. Am 29. Juli 2021 beauftragte die Antragsgegnerin die Beigeladene mit den angefragten Postdienstleistungen, eine Vorabinformation der Antragstellerin war nicht erfolgt.
- 3** Mit Schriftsatz vom 13. August 2021 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines unter anderem auf Feststellung der Unwirksamkeit des vorgenannten Vertrages gerichteten Nachprüfungsverfahrens. Zu dessen Begründung trug sie vor, die Vergabe sei ohne die vorgeschriebene EU-weite Ausschreibung erfolgt. Es handele sich bei den vergebenen Postdienstleistungen nicht um eine Sektorentätigkeit. Die Versorgung der Allgemeinheit mit Energie und Trinkwasser werde durch den Versand von Briefen weder ermöglicht noch gefördert, gesichert oder erleichtert. Zudem stelle die Vergabe für lediglich zwölf Monate eine unzulässige Umgehung des Vergaberechts dar.
- 4** Die Antragstellerin hat beantragt,
 1. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen abgeschlossene Vertrag über „Postdienstleistung, Abholung und Zustellung von Briefpost regional und national, Ausschreibungsnummer ... unwirksam ist;
 2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Vorschriften des Kartellvergaberechts und der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Postdienstleistungen (Abholung und Zustellung von Briefpost regional und national) in einem wettbewerblichen Verfahren zu beschaffen und eine Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen;
 3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen und
 4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.
- 5** Die Antragsgegnerin hat beantragt,
 1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin insgesamt zurückzuweisen;
 2. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen;
 3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.
- 6** Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, der Auftragswert liege weit unterhalb des für Sektorenauftraggeber maßgeblichen Schwellenwerts. Sie sei auch nicht gehalten gewesen, einen Rahmenvertrag mit längerer Laufzeit auszuschreiben. Wegen der von ihr geplanten Digitalisierung ihrer Kommunikation sei sie nicht in der Lage gewesen, ihren verbleibenden Bedarf an analoger Postkommunikation seriös für einen längeren Zeitraum als zwölf Monate zu kalkulieren.
- 7** Die Vergabekammer hat den an die Beigeladene vergebenen Auftrag für unwirksam erklärt und die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zur Fortsetzung der

Vergabe unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung verpflichtet. Die Antragsgegnerin habe die Postdienstleistungen nicht als Sektorenauftraggeberin vergeben und sei daher als öffentliche Auftraggeberin dem allgemeinen Vergaberecht unterworfen. Es genüge nicht, dass eine Tätigkeit einen positiven Beitrag zur Sektorentätigkeit leiste. Im Interesse größtmöglichen Wettbewerbs müsse die „Janusköpfigkeit“ der §§ 100 ff GWB berücksichtigt werden. Während die Sektorentätigkeit einen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterworfenen privaten Auftraggeber zur Ausschreibung verpflichte, schaffe sie für die Sektorentätigkeit der öffentlichen Hand erhebliche vergaberechtliche Erleichterungen. Letzterer dürfe nur ausnahmsweise die Privilegierung einer Sektorenvergabe genießen. Vor diesem Hintergrund seien die streitgegenständlichen Postdienstleistungen keine Sektorenhilfstätigkeit mehr, für die Bereitstellung und den Betrieb eines Wassemetzes seien sie nicht zwingend erforderlich. Im Übrigen begegne allerdings auch die Vergabe für lediglich ein Jahr und die damit verbundene Kostenschätzung als Umgehung im Sinne des § 3 Abs. 2 VgV Bedenken, es seien in Bezug auf die digitale Kommunikation erst Pilotprojekte geplant gewesen.

8 Gegen diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Sie trägt vor, der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei bereits unzulässig, da der Schwellenwert nicht erreicht sei. Bei den vergebenen Postdienstleistungen handele es sich um eine Sektorenhilfstätigkeit. Für eine restriktive Auslegung des § 102 GWB bestehe keine Veranlassung, da die Regelung - anders als die Bereichsausnahme des § 100 Abs. 2 lit. d GWB a.F. - nicht völlig aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts hinausführe, sondern lediglich ein besonderes Vergaberechtsregime eröffne. Gerade vor dem Hintergrund der Einbeziehung auch privater Sektorenauftraggeber sei ein restriktives Verständnis der Sektorenhilfstätigkeit nicht veranlasst. Eine mit der „Janusköpfigkeit“ des § 102 GWB begründete unterschiedliche Auslegung ein und desselben Begriffs - weit bei privaten Sektorenauftraggebern und restriktiv bei öffentlichen Sektorenauftraggebern - finde in der Norm keine Stütze. Der Europäische Gerichtshof stelle darauf ab, ob der Beschaffungsgegenstand die Sektorentätigkeit unter üblichen Bedingungen ermögliche und nicht lediglich einen positiven Beitrag leiste. Ihre Postdienstleistungen, die weit überwiegend der Kommunikation mit ihren Kunden und Lieferanten diene, ermögliche aber erst ihre Sektorentätigkeit. Diese seien an ihrem operativen Geschäft viel näher dran als die vom Europäischen Gerichtshof für umfasst erachteten Hausmeister-, Empfangs- oder Zugangskontrolldienste an der Sektorentätigkeit Postdienste. Ohne Kommunikation mit ihren Kunden und Lieferanten könne sie ihre Versorgungsleistungen schlechterdings nicht erbringen. So käme die Instandhaltung ihrer Netze zum Erliegen, weil sie dann keine Liefer-, Bau- und Dienstleistungen abwickeln könne. Ohne Kundenkommunikation käme die Versorgung der Kunden zum Erliegen, dieser bedürfe es zur Abstimmung und Abrechnung. Weshalb eine Ausschreibung für ein Jahr vergaberechtswidrig sei und welcher Zeitraum stattdessen zugrunde zu legen sei, begründe die Vergabekammer nicht. Zudem habe es vorliegend gute Gründe für eine einjährige Dauer gegeben, da das Volumen ihrer Postdienstleistungen durch ihre digitale Transformation in nicht abschätzbarer Weise beeinflusst werde.

9 Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Westfalen vom 21. Oktober 2021 (Az.: VK 2 - 41/21) aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 13. August 2021 zurückzuweisen;

2. hilfsweise, die Vergabekammer Westfalen zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden;

3. die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Nachprüfungsverfahrens (Az.: VK2 - 41/21) einschließlich der jeweiligen notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin der Antragstellerin und aufzuerlegen;

4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin insgesamt für notwendig zu erklären.

- 10** Die Antragstellerin beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 11** Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Die restriktive Betrachtung des Sektorenvergaberichts als Sondervergabericht entspreche der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Anders als Sicherheits-, Ingenieur- und Reparaturdienstleistungen seien Postdienstleistungen für die Sektorendienstleistung Wasserversorgung nicht notwendig, da ein Wassernetz auch ohne diese bereitgestellt werden könne. Auch wenn der Antragsgegnerin zuzugestehen sei, dass eine vorgelagerte Kommunikation erforderlich sei, um die vorgenannten Sektorenhilfstätigkeiten zu beauftragen und abzuwickeln, sei der Zusammenhang aber nur noch ein höchst mittelbarer. Die Conditio-sine-qua-Formel sei zur Abgrenzung ungeeignet, da sie zu einer uferlosen Ausdehnung führe. Im Übrigen überschreite der von der Antragsgegnerin selbst für ein Jahr geschätzte Wert von 280.060 Euro bei Zugrundelegung der üblichen Laufzeit selbst den Schwellenwert für Sektorenauftraggeber. Üblich seien zwei Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption. Es handele sich vorliegend nicht um eine Modell- oder Testphase, sondern um einen in einer frühen Planungsphase befindlichen digitalen Transformationsprozess. Das dieser vorgeschoben worden sei, zeige auch die nunmehr laufende Ausschreibung vom 19. April 2022 für einen Zeitraum von bis zu 48 Monaten.

II.

- 12** Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.
- 13** 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Antragsgegnerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer zu ihrem Nachteil entschieden hat.
- 14** 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist bereits unzulässig, weil der bei Einleitung des Vergabeverfahrens maßgebende Auftrags-Schwellenwert von 428.000 Euro nicht erreicht ist. Die Vergabe unterliegt infolgedessen keiner Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen.
- 15** Das Vergaberechtsregime einschließlich des Nachprüfungsverfahrens ist gemäß § 106 Abs. 1 GWB nur eröffnet, wenn die zu schätzenden Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind (Senatsbeschluss vom 30. Juli 2003, VII-Verg 5/03, BeckRS 2003, 17897). Ist der maßgebende Auftrags-Schwellenwert nicht erreicht, unterliegt die Ausschreibung infolgedessen keiner Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen (Senatsbeschluss vom 2. November 2016, VII-Verg 21/16, BeckRS 2016, 119581 Rn. 11).
- 16** Maßgeblich ist gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB der Schwellenwert für öffentliche Aufträge, die von Sektorenauftraggebern zum Zwecke der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben werden, Artikel 15 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU. Diese Regelung sah in Abs. 1 lit. a der vorliegend maßgeblichen, bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung ein Vergabeverfahren nur für Liefer- und Dienstleistungsaufträgen vor, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 428.000 Euro nicht unterschreitet.
- 17** a) Bei der streitgegenständlichen Vergabe von Postdienstleistungen an die Beigeladene handelt es sich um einen Auftrag, der von einem Sektorenauftraggeber zum Zwecke der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben worden ist.
- 18** aa) Die Antragsgegnerin ist als Betreiberin von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser Sektorenauftraggeberin gemäß §§ 100 Abs. 1 Nr. 1, 102 Abs. 1 Nr. 1 GWB.
- 19** bb) Die streitgegenständliche Vergabe der Postdienstleistungen ist von ihr zum Zwecke der Ausübung dieser Sektorentätigkeit vergeben worden.

- 20** Nach § 136 GWB sind die Regelungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber auf alle Aufträge anzuwenden, die zum Zwecke der Ausübung der Sektorentätigkeit vergeben werden.
- 21** Insoweit hat der Europäische Gerichtshof bereits zur Richtlinie 2004/17/EG, der Vorläuferrichtlinie zur Sektorenrichtlinie 2014/25/EU, entschieden, dass diese nicht nur auf Aufträge anwendbar war, die im Bereich einer der genannten Sektorentätigkeiten vergeben wurden, sondern auch auf Aufträge, die, obwohl sie anderer Art waren und damit als solche eigentlich in den Anwendungsbereich der allgemeinen Vergaberichtlinie fallen konnten, der Ausübung der Sektorentätigkeiten dienten. Ausreichend war ein Zusammenhang mit der ausgeübten Sektorentätigkeit in dem Sinn, dass dieser Auftrag im Zusammenhang mit und für die Ausübung von Tätigkeiten in diesem Sektor vergeben wird (EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 37 - Pegaso, u. Verw. a. EuGH, Urteil vom 10. April 2008, C-393/06, NZBau 2008, 393 Rn. 31, 56 ff - Fernwärme Wien).
- 22** Daran hat sich mit Inkrafttreten der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU nichts geändert. Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie darf nicht enger ausgelegt werden als jener der Richtlinie 2004/17/EG und kann daher nicht nur auf die Tätigkeiten der Erbringung der Sektorentätigkeit als solche beschränkt werden, sondern schließt zudem Tätigkeiten ein, die mit der Erbringung solcher Dienste im Zusammenhang stehen (EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 39 - Pegaso).
- 23** Allerdings kann der Zusammenhang zwischen dem fraglichen Auftrag und diesem Sektor nicht beliebiger Art sein, da sonst der Sinn von Art. 19 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie verkannt würde. Um feststellen zu können, dass zwischen diesem Auftrag und der Tätigkeit im Sektor ein Zusammenhang im Sinn der Richtlinie besteht, genügt es daher nicht, dass die Dienstleistungen, die Gegenstand dieses Auftrags sind, einen positiven Beitrag zu den Tätigkeiten des Auftraggebers leisten und deren Rentabilität erhöhen (EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 42 - Pegaso). Die Auftragsstätigkeiten müssen der Ausübung der Tätigkeit im Sektor tatsächlich dienen, indem sie es ermöglichen, diese Tätigkeit im Hinblick auf ihre üblichen Ausübungsbedingungen angemessen zu bewerkstelligen (EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 43 - Pegaso).
- 24** So hat der Europäische Gerichtshof in der Vergabe von Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldienste für die Räumlichkeiten eines mit der Erbringung der Sektorentätigkeit Postdienstleistungen befassten Auftraggebers derartige der Ausübung der Tätigkeit im Sektor dienende, sogenannte Sektorenhilfstätigkeiten gesehen, weil schwer vorstellbar sei, dass Postdienste ohne Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldienste für die Räumlichkeiten des betreffenden Anbieters angemessen erbracht werden können. Dabei hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass dies nicht nur für die Räumlichkeiten gilt, die den Empfängern der Postdienste offenstehen und damit der Öffentlichkeit zugänglich sind, sondern gerade auch für die Räumlichkeiten, die für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben verwendet werden (EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 45 - Pegaso).
- 25** Der Senat hat noch unter Geltung der Richtlinie 2004/17/EG, deren Anwendungsbereich allerdings - wie vorstehend ausgeführt - insoweit durch die Sektorenrichtlinie 2014/25/EU gerade keine Einengung erfahren hat, entschieden, dass ein Auftrag zur Errichtung eines Verwaltungsgebäudes für die eigenen Mitarbeiter durch einen Sektorenauftraggeber noch als Auftrag „zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit“ anzusehen ist (Senatsbeschluss vom 21. Mai 2008, Verg 19/08, NZBau 2009, 67, 68 - Energieversorgungsunternehmen). Dem hat sich der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München mit der Begründung angeschlossen, hierfür spreche insbesondere die Klarheit und Praktikabilität. Eine Differenzierung danach, welche Aufträge „unmittelbar“ der Sektorentätigkeit dienten und welche nur noch als mittelbare Förderung der Sektorentätigkeit zu werten seien, führe in

der Praxis zu kaum lösbaren Abgrenzungsproblemen. So könne ein Energieversorgungsunternehmen ohne eine Verwaltungsabteilung seine Leistungen ebenso wenig erbringen wie ohne Techniker. Weder der Wortlaut des § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB noch die Gesetzesbegründung lasse erkennen, dass ausschließlich Aufträge umfasst sein sollen, die rein unmittelbar der Sektorentätigkeit dienen und nur für eine solche denkbar seien. Die Gesetzesbegründung spreche vielmehr für eine umfassende Auslegung. Danach seien die Vorschriften der SektVO einzuhalten bei der „Vergabe öffentlicher Aufträge zum Zwecke einer Sektorentätigkeit bzw. die einer Sektorentätigkeit dient“ (OLG München, Beschluss vom 13. März 2017, Verg 15/16, NZBau 2017, 371 Rn. 23 u. Verw. a. BT-Drs. 18/7318, 208 zu § 1 SektVO).

- 26** Hiervon abzugehen, besteht in Anbetracht der vorzitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs keine Veranlassung. Der Europäische Gerichtshof hat klargestellt, dass Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldienste auch dann der Ausübung der Tätigkeit im Sektor dienen, wenn sie für Räumlichkeiten erbracht werden, die für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben verwendet werden (EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 45 - Pegaso). Damit hat er einem Unmittelbarkeitserfordernis eine Absage erteilt. Auch mittelbar der Sektorentätigkeit dienende Dienstleistungen sind folglich dem Sektorenvergaberecht unterfallende Sektorenhilfstätigkeiten, wenn sie es ermöglichen, diese Tätigkeit im Hinblick auf ihre üblichen Ausübungsbedingungen angemessen zu bewerkstelligen (EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 43 - Pegaso).
- 27** Vor diesem Hintergrund sind die streitgegenständlichen Postdienstleistungen Tätigkeiten zum Zwecke der Ausübung der Sektorentätigkeit Trinkwasserversorgung. Ohne postalische Kommunikation mit Lieferanten und Kunden ist der Betrieb eines Trinkwasserversorgungsnetzes nicht angemessen zu bewerkstelligen. Die Erteilung und Abwicklung von Instandhaltungs- und Instandsetzungsaufträgen erfolgt zumindest derzeit noch im erheblichen Umfang in analoger Form schriftlich per Brief. Dies gilt erst recht für die Kundenkommunikation zum Zwecke der Vertragsanbahnung, - auflösung und - abrechnung, die in aller Regel noch brieflich erfolgt. Ohne eine solche Kommunikation ist von daher auch die Finanzierung und damit der Betrieb der Trinkwasserversorgung rein tatsächlich nicht möglich, weshalb es die streitgegenständlichen Postdienstleistungen erst ermöglichen, diese Tätigkeit im Hinblick auf ihre üblichen Ausübungsbedingungen angemessen zu bewerkstelligen.
- 28** b) Der für Sektorentätigkeiten gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. a der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung maßgebliche, geschätzte Schwellenwert von 428.000 Euro war nicht erreicht.
- 29** Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SektVO ist bei der Schätzung des Auftragswerts vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Vorliegend hat die Antragsgegnerin den Wert der zu vergebenden und später dann an die Beigeladene tatsächlich vergebenen Postdienstleistungen auf 280.060 Euro netto geschätzt. Diese Schätzung begegnet keinen Bedenken und wird als solche auch von der Antragstellerin nicht in Zweifel gezogen.
- 30** Die Antragstellerin wendet sich insoweit allein gegen die Zugrundelegung eines Vertragszeitraums von einem Jahr, die sie für unüblich kurz erachtet und in der sie eine Umgehung im Sinne des § 2 Abs. 2 SektVO sieht.
- 31** Nach § 2 Abs. 2 SektVO darf die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser

Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.

- 32** aa) Für die Bejahung einer solchen Umgehung reicht es jedoch nicht aus, wenn ein Auftraggeber vom Üblichen abweicht. Im Grundsatz ist der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitestgehend frei (Senatsbeschluss vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15, NZBau 2016, 656 Rn. 18, 19 - VoIP-Telefone). Dies gilt auch für den Zeitraum, für den er Rahmenverträge vergibt. Vergaberechtliche Grenzen, denen er im Interesse einer Öffnung des Beschaffungsmarkts der öffentlichen Hand für den Wettbewerb unterliegt, bestehen nur im Hinblick auf die Höchstdauer. So darf deren Laufzeit nach § 19 Abs. 3 SektVO mit Ausnahme angemessen begründeter Sonderfälle, in denen dies insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden kann, maximal acht Jahre betragen. Eine entsprechende Regelung enthält auch § 21 Abs. 6 VgV mit dem Unterschied, dass dort eine maximale Laufzeit von vier Jahren vorgesehen ist. Eine Untergrenze ist weder in der SektVO noch in der VgV festgelegt. Lediglich der Auftragswertschätzung ist nach § 2 Abs. 10 Nr. 2 SektVO der Gesamtwert von zwölf Monaten zugrunde zu legen. Die Wahl einer Vertragsdauer, die sich in diesem Rahmen hält, bedarf von daher im Grundsatz auch keiner Begründung; diese ist nur für die Überschreitung der Regelhöchstdauer vorgesehen, wie sich aus § 19 Abs. 3 SektVO im Umkehrschluss ergibt.
- 33** Eine für die Ermittlung des Schwellenwerts nicht mehr maßgebliche Umgehung im Sinne des § 2 Abs. 2 SektVO kann folglich erst dann angenommen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber die Vertragslaufzeit nur deshalb auf den gewählten Zeitraum begrenzt hat, um die Auftragsvergabe den Vergaberechtsbestimmungen zu entziehen (Senatsbeschluss vom 25. März 2002, VII-Verg 5/02, ZfBR 2002, 514, 515). Für das Vorliegen dieser Voraussetzung ist der Antragsteller darlegungs- und beweispflichtig (Kau in Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 3 Rn. 33), weil er darzutun hat, dass und in welchem den maßgebenden Schwellenwert erreichenden Umfang der öffentliche Auftraggeber einen der Nachprüfung nach dem GWB zu unterziehenden Auftrag erteilt hat (Senatsbeschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 15/14, BeckRS 2014, 19273 Rn. 14). Es obliegt allein ihm, darzulegen und zu beweisen, dass der öffentliche Auftraggeber gegen das Umgehungsverbot verstoßen hat (OLG Koblenz, Beschluss vom 24. März 2015, Verg 1/15, NZBau 2015, 386 Rn. 20).
- 34** Ein solcher Nachweis kann sich etwa daraus ergeben, dass der öffentliche Auftraggeber ursprünglich nicht nur eine längere, eine EU-weite Ausschreibung erfordernde Vertragslaufzeit vorgesehen, sondern diese auch als mit Rücksicht auf die zur Vertragsdurchführung erforderliche Investitionen der Auftragnehmer sachlich geboten begründet hat (vgl. Senatsbeschluss vom 25. März 2002, VII-Verg 5/02, ZfBR 2002, 514, 515).
- 35** bb) Vorliegend kann eine solche Umgehungsabsicht nicht festgestellt werden, dass zur Vertragsdurchführung besondere Investitionen der Auftragnehmer erforderlich wären, deren Amortisation eine längere Vertragslaufzeit gebietet, behauptet die Antragstellerin nicht. Ihr Vortrag beschränkt sich auf die Behauptung der Unüblichkeit von Rahmenverträgen über Postdienstleistungen, diese betrage zumindest zwei Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption. Allein die Unüblichkeit lediglich einjähriger Rahmenverträge über Postdienstleistungen rechtfertigt aber nicht den Rückschluss, es sei der Antragsgegnerin bei dieser Begrenzung der Vertragsdauer gerade darauf angekommen, die Auftragsvergabe den Vergaberechtsbestimmungen zu entziehen. Die von ihr für die kurze Vertragslaufzeit gegebene Begründung, der künftige Bedarf sei wegen der laufenden Projekte zur Digitalisierung der Kommunikation nicht hinreichend zuverlässig zu prognostizieren, hat

jedenfalls hinreichend Gehalt, um der Feststellung einer Missbrauchsabsicht entgegenzustehen.

- 36** So hat die Antragsgegnerin in dem als Anlage ... vorgelegten Vermerk zur Auftragswertschätzung festgehalten, die in Umsetzung befindlichen Digitalisierungsprojekte hätten disruptive Auswirkungen auf die zukünftigen Bedarfe erwarten lassen, die eine valide Schätzung für einen längeren Zeitraum nicht erlaube. Sowohl die Kunden- als auch die Lieferantenkommunikation solle sukzessive auf Onlinekanäle umgestellt werden, entsprechende Planungen seit Ende 2019 würden ab Mitte 2021 umgesetzt. Die Corona-Pandemie habe hier unerwartet eine gesteigerte Bereitschaft zur digitalen Kommunikation geschaffen. Zudem lasse die laufende Zusammenführung aller ihrer Vertriebsaktivitäten in einer Gesellschaft Synergieeffekte auch bei der Kommunikation erwarten.
- 37** Zwar ist der Antragstellerin zuzugeben, dass es sich bei diesen Ausführungen eher um eine hinsichtlich der in Zukunft zu erwartenden Mengen wenig konkrete Absichtserklärung handelt. Konkrete Prognosen zum Umfang der Reduktion der postalischen Kommunikation sind bei derartigen Digitalisierungsprojekten allerdings kaum möglich, da gerade die Bereitschaft der Kunden, mit ihrem Versorger nur noch online zu korrespondieren, trotz des mit der Corona-Pandemie einhergehenden Digitalisierungsschubs nur schwer vorherzusehen ist. Gleichwohl kann die Entscheidung der Antragsgegnerin, im Rahmen ihrer grundsätzlichen Beschaffungsfreiheit diesen Digitalisierungsprojekten nicht durch eine flexiblere Gestaltung eines mehrjährigen Rahmenvertrages, sondern durch die einmalige Vergabe eines einjährigen Vertrages für den Übergangszeitraum Rechnung zu tragen, nicht als allein von der Absicht, die Auftragsvergabe den Vergaberechtsbestimmungen zu entziehen, getragenen Missbrauch ihrer Gestaltungsmacht gewertet werden. Dass andere Gestaltungen denkbar gewesen wären und die Antragsgegnerin das in ihren Digitalisierungsprojekten liegende Einsparpotential möglicherweise überschätzt hat, rechtfertigt den Rückschluss auf eine Missbrauchsabsicht nicht, jedenfalls nicht mit der für eine richterliche Überzeugungsbildung erforderlichen Sicherheit.

III.

- 38** Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3, Abs. 4, § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Die Antragsgegnerin hat ihr Verfahrensziel erreicht (Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, NZBau 2016, 235 Rn. 178).
- 39** Dabei sind gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG auch die Gebühren und Auslagen ihres Verfahrensbevollmächtigten erstattungsfähig, da dessen Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer in Anbetracht der Schwierigkeiten des Sachverhalts notwendig war.
- 40** Über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge; Senatsbeschlüsse vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34 und vom 15. Mai 2018, VII-Verg 58/17; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Hierzu ist die Frage zu beantworten, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen und hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder - Verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen, wobei neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmend sein können (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge). Anerkannt ist darüber hinaus, dass der Gesichtspunkt der so genannten prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung einfließen

kann (Senatsbeschluss vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199; OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2008 Verg 6/08, ZfBR 2008, 724, 725).

- 41** Die streitgegenständliche Problematik, wo die Grenzen privilegierter Sektorenhilfstätigkeit zu ziehen sind, warf schwierige und im Einzelnen umstrittene Rechtsfragen auf, wie vorliegend auch die abweichende Auffassung der Vergabekammer zeigt, die auch ein am Markt tätiges Versorgungsunternehmen nicht ohne Weiteres selbst beantworten und für das Nachprüfungsverfahren aufbereiten kann. Die Antragsgegnerin durfte daher, ebenso wie die Antragstellerin, die Inanspruchnahme rechtsanwaltlicher Begleitung für erforderlich erachten.
- 42** Eine Entscheidung über die notwendigen Auslagen der Beigeladenen ist nicht veranlasst. Ein Beigeladener ist nur dann kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt, indem er sich an diesem Verfahren beteiligt. Hierfür bedarf es einer sachlichen Stellungnahme zur sofortigen Beschwerde (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63).
- 43** Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts, den die Antragsgegnerin auf 280.060,00 Euro netto geschätzt hat, woraus sich ein Bruttowert von 333.271,40 Euro errechnet.

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Beschl. v. 17.8.2022 – VII-Verg 50/21, BeckRS 2022, 22941