

## Update Vergaberecht

### Der Begriff der Sektorentätigkeit ist weit zu fassen

#### OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.08.2022– Verg 50/21

Auftraggeber A ist ein Versorgungsunternehmen im Bereich Wasser- und Energieversorgung, das über zwischengeschaltete Gesellschaften mittelbar überwiegend im Anteilseigentum von Kommunen steht. A beauftragte das Unternehmen U ohne Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens mit der Erbringung von Postdienstleistungen. Dagegen wandte sich ein Konkurrent. Die Vergabekammer Westfalen erklärte den an U vergebenen Auftrag für unwirksam und verpflichtete A bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zur Fortsetzung der Vergabe unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung. A habe die Leistungen nicht in seiner Funktion als Sektorenauftraggeber vergeben dürfen und sei daher in diesem Fall als öffentlicher Auftraggeber dem allgemeinen Vergaberecht unterworfen. Infolgedessen gelte der niedrigere Schwellenwert. Gegen die Entscheidung wendete sich wiederum A mit der sofortigen Beschwerde.

Mit Erfolg! Das OLG Düsseldorf hob den Beschluss der Vergabekammer auf und verwarf den Nachprüfungsantrag als unzulässig, da der maßgebende Auftragschwellenwert für Sektorenauftraggeber nicht erreicht sei. Der Auftrag zur Erbringung der Postdienstleistungen sei von einem Sektorenauftraggeber zum Zwecke der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben worden. Nach § 136 GWB seien die Regelungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber auf alle Aufträge anzuwenden, die zum Zwecke der Ausübung der Sektorentätigkeit vergeben werden. Es genüge dabei zwar nicht, dass der Auftrag einen positiven Beitrag zu den Tätigkeiten des Auftraggebers leiste und dessen Rentabilität erhöhe. Die Auftragsleistungen müssen der Ausübung der Tätigkeit im Sektor tatsächlich dienen, indem sie es ermöglichen, diese Tätigkeit im Hinblick auf ihre üblichen Ausübungsbedingungen angemessen zu bewerkstelligen. Auch mittelbar der Sektorentätigkeit dienende Dienstleistungen seien davon umfasst. Postdienstleistungen seien Tätigkeiten zum Zwecke der Ausübung der Sektorentätigkeit Trinkwasserversorgung, da ohne postalische Kommunikation mit Lieferanten und Kunden der Betrieb eines Trinkwasserversorgungsnetzes nicht angemessen zu bewerkstelligen sei.

#### Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung knüpft u. a. an eine Entscheidung des EuGH an. Dieser legte bereits ein weites Verständnis des Begriffs der Sektorentätigkeit zu Grunde. So können auch Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldienste oder ein Auftrag zur Errichtung eines Verwaltungsgebäudes dem Sektorenvergaberecht unterfallen. Insofern dürfte regelmäßig ein weiter Spielraum zur Anwendung des Sektorenvergaberechts bestehen. Allerdings ist jeweils eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. Soweit eine Anwendbarkeit des Sektorenvergaberechts bejaht werden kann, stehen dem Auftraggeber Verfahrenserleichterungen zur Verfügung.