



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 17/13

Halle, 02.08.2013

§ 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA

- Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB

Wenn man sich rügelos am Vergabeverfahren beteiligt, obwohl bereits alle Umstände, aus denen sich mögliche Wettbewerbsverzerrungen ergaben, bekannt waren, ist dies im Sinne von „venire contra factum proprium“ zu werten.

Denn das Vergabeverfahren als vorvertragliches Schuldverhältnis ist von gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten geprägt. Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte unterliegen die Vergabeverfahren dem Beschleunigungsgebot, um notwendige Investitionen nicht unnötig zu verzögern.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH & Co. KG

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

..... Rechtsanwälte

.....

gegen die

..... mbH

.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung zur Baumaßnahme „Errichtung einer biologischen Grundwasserreinigungsanlage und Betrieb der Gesamtanlage Abstromsicherung am Standort“ hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf Euro.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung im Ausschreibungsblatt Sachsen-Anhalt am 30. März 2013 schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) die Vergabe zur Errichtung einer Anlage zur mikrobiologischen Reinigung von verunreinigten Grundwässern, Vergabe-Nr., am Standort aus. Die Submission war am 15. Mai 2013, 15.00 Uhr. Das Ende der Zuschlags- und Bindefrist ist auf den 31. Juli 2013 festgelegt.

Ausweislich Buchstabe A) des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes – FB 211 – wurden den Bietern die Bewerbungsbedingungen, FB 212, und weitere Bewerbungsbedingungen, FB 212a, sowie eine Ergänzung zum FB 211, Punkt 3.1 mit der Mitteilung, dass diese beim Bieter verbleiben und im Vergabeverfahren zu beachten sind, übergeben.

Nach Buchstabe B) des Aufforderungsschreibens wurden den Bietern außerdem folgende Unterlagen mit dem Hinweis, dass sie Vertragsbestandteil werden, zum Verbleib übergeben:

- Teile der Leistungsbeschreibung: Baubeschreibung, Pläne, sonstige Anlagen,
- FB 214, Besondere Vertragsbedingungen,
- FB 215 Zusätzliche Vertragsbedingungen (Stand März 2012),
- Anlagen der Technischen Vorbemerkungen
- Formblätter LVG LSA.

Unter Ziffer 1 der Bewerbungsbedingungen, FB 212, erfolgte der Hinweis, dass, wenn die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bewerbers Unklarheiten enthalten, er unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform darauf hinzuweisen habe. Zudem enthielt das FB 212a unter Ziffer 10 – Ortsbesichtigung – die Mitteilung, dass den Bietern die

Möglichkeit eingeräumt werde, nach telefonischer Terminabstimmung in der Angebotsphase die örtlichen Gegebenheiten im Rahmen eines Ortstermins in Augenschein zu nehmen.

Gemäß Punkt 5.2 des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes waren Nebenangebote zugelassen, jedoch mit der Einschränkung, nur für Vertikalfilter einschließlich Becken, Schächte und technische Ausrüstung.

Ausweislich der hier vorgelegten Unterlagen wurden die gesamten Ausschreibungsunterlagen den Bietern in Form einer CD und darüber hinaus teilweise in Papierform übergeben.

Die in Papierform den Bietern übergebenen Unterlagen lassen erkennen, dass die Beschreibung der Leistungen für vorgenannte Maßnahme außerordentlich detailliert erfolgte. Die technischen Vorbemerkungen umfassen allein 58 Seiten. Die Beschreibung des Reinigungsverfahrens erfolgte auf mehr als 150 Seiten. Dieses wurde unter der Überschrift Begriffsdefinition auf Seite 5 des Leistungsverzeichnisses wie folgt näher erläutert:

„Als Forschungsvorhaben wird das durch das Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung GmbH (UFZ) am Standort seit 2006 betriebene Vorhaben zur Erforschung verschiedener, auf Bodenfiltern basierenden Technologien bezeichnet. Als ein Ergebnis dieses Forschungsvorhabens wurde die so genannte-Technologie (siehe nachfolgenden Punkt) entwickelt, welche im Pilotmaßstab in derPilotanlage umgesetzt wurde.

Als-Technologie wird die Reinigung von kontaminiertem Grundwasser in vertikalen Bodenfiltern nach dem Prinzip der Verfahrensbeschreibung „Vertikalfiltersystem zur Reinigung von Benzol und MTBE kontaminiertem Grundwasser“ des UFZ vom 19. Februar 2013 bezeichnet.

Als-Pilotanlage wird die Pilotanlage auf der Basis der-Technologie zur Abreinigung von kontaminierten Standortwässern bezeichnet, die seit 2011 gemeinsam von der und der GmbH in Kooperation mit dem UFZ am Standort betrieben wird.

Als-Gesamtanlage wird die Reinigungsanlage auf der Basis der-Technologie zur Abreinigung des gesamten Abstroms im Südteil der als Ersatz der bestehenden konventionellen Grundwasserreinigungsanlage (GWRA) bezeichnet.“

Nicht in Papierform übergebene Unterlagen waren auf der CD einzusehen, so auch die Inbetriebnahmedokumentation vom 9. Dezember 2011 und die Abschlussdokumentation des Pilotmoduls vom 22. Februar 2013. Der Hinweis auf die CD-ROM erfolgte in den Technischen Vorbemerkungen unter Anlagen zu den Technischen Vorbemerkungen, z. B. Anlage 3, Unterlagen zum Pilotmodul

Aus der Projektbeschreibung beider Dokumente ist ersichtlich, dass zwischen der als Projektträgerin des Ökologischen Großprojektes (.....) und der GmbH (.....) als Errichter und Betreiber des Pilotmoduls sowie Bestands-GWRA eine Projektvereinbarung geschlossen wurde.

Die Projektvereinbarung enthielt folgende Eckpunkte:

- Errichtung eines Pilotmoduls zur passiven Grundwasserbehandlung in vertikalen Bodenfiltern,
- Betrieb des Pilotmoduls,
- Übergabe des Pilotmoduls an

Zum Eröffnungstermin am 15. Mai 2013 lagen von drei Bietern 3 Hauptangebote und 12 Nebenangebote vor.

Die Antragstellerin reichte zum Submissionstermin nach rechnerischer Prüfung ein Hauptangebot in Höhe von Euro netto ein.

DieGmbH legte ein Hauptangebot in Höhe von Euro netto sowie 11 Nebenangebote vor.

Das von der Antragsgegnerin beauftragte Planungsbüro erstellte am 14. Juni 2013 einen Vergabevermerk. Darin wurde festgestellt, dass unter Berücksichtigung der in den Verdingungsunterlagen benannten Zuschlagskriterien und deren Wichtung das Hauptangebot der in Verbindung mit dem Nebenangebot Nr. 5 das niedrigste sei. Somit sei dieses Angebot i. S. von § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A das wirtschaftlichste und werde für eine Zuschlagserteilung empfohlen.

Die Auftraggeberin schloss sich in ihrer Vergabedokumentation zur Zuschlagsentscheidung am 17. Juni 2013 auf der Grundlage der erfolgten Prüfung des Planungsbüros dem Vergabevorschlag an, den Zuschlag an die zu erteilen.

Am 17. Juni 2013 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin schriftlich darüber, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Hauptangebot in Verbindung mit dem Nebenangebot Nr. 5 der zu erteilen. Unter Berücksichtigung der in der Bekanntmachung benannten Zuschlagskriterien und deren Wichtung sei das Angebot der Antragstellerin folglich nicht das wirtschaftlichste Angebot.

Mit Schreiben vom 20. Juni 2013 wandte sich die Verfahrensbevollmächtigte an die Antragsgegnerin und zeigte an, dass sie die Antragstellerin vertrete und namens und im Auftrag ihrer Mandantin gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung zugunsten der Widerspruch einlege. Sie trägt vor, dass die Vergabeentscheidung zugunsten der gegen tragende Grundsätze des Vergaberechts, die auch bei Vergabe unterhalb der Schwellenwerte zu beachten und einzuhalten seien, verstoße. Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte seien vom öffentlichen Auftraggeber neben den jeweiligen haushaltsrechtlichen Bestimmungen auch die Grundlagen des europäischen Primärrechts zu beachten. Gemäß den Artikeln 49 und 56 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) würden auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Transparenzgebot gelten. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz leite sich das Diskriminierungsverbot ab, d. h., alle Bieter müssten über die Informationen, die für das Vergabeverfahren von Bedeutung sein können, gleichermaßen verfügen. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Die habe offensichtlich einen nicht unerheblichen Wissensvorsprung in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen gehabt. So habe die auf ihrer Homepage selbst auf Folgendes hingewiesen:

„Nach 4-jähriger Forschung wurde am Chemiestandort in Zusammenhang mit dem Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung (UFZ) eine Pilotanlage zur naturnahen Reinigung von mit Benzol und MTBE kontaminiertem Grundwassers in Betrieb genommen.

Damit wurde ein weiterer Meilenstein in der erfolgreichen Zusammenarbeit der Verantwortlichen am Standort und der Wissenschaft bei der Entwicklung von Sanierungsverfahren in der Altlastensanierung am Standort Sachsen-Anhalt gelegt.“

Vor diesem Hintergrund – so die Verfahrensbevollmächtigte weiter – werde offenkundig, dass die aus der genannten Pilotanlage Kenntnisse hatte, die den anderen Bietern nicht zur Verfügung gestanden hätten, und auch nur deshalb sei sie in der Lage gewesen, 11 Nebenangebote vorzulegen. Von einer Gleichbehandlung der Bieter könne hier nicht mehr die Rede sein. Es sei vielmehr von einer „Alibi-Ausschreibung“ auszugehen. Lege man vor diesem Hintergrund die Rechtsprechung zur „Projektantenproblematik“ zugrunde, habe die Vergabestelle danach Folgendes beachten müssen:

- Unterlagen, die unter Mitwirkung eines Projektanten entstanden sind, müssen allen Bewerbern zur Verfügung gestellt werden (OLG Koblenz, Beschluss vom 06.11.2008),

- Informationsvorsprünge von vorbefassten Bietern hat der öffentliche Auftraggeber selbst auszugleichen (Vergabekammer Thüringen, Beschluss vom 19.09.2008),
- Planungsleistungen eines Projektanten müssen Mitbewerbern bis zu 4 Wochen zur Verfügung stehen (Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 30.03.2007).

Diese vorzitierten Grundsätze seien im vorliegenden Fall von der Vergabestelle missachtet worden.

Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin daher auf, eine neue Vergabeentscheidung unter Berücksichtigung der für das Vergabeverfahren maßgeblichen Rechtslage zu treffen.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2013 teilte die Antragsgegnerin der Verfahrensbevollmächtigten mit, dass sie ihrer Beanstandung nicht abhelfe, da die Beanstandung inhaltlich unbegründet und im Übrigen auch unzulässig sei. In diesem Zusammenhang bat die Antragsgegnerin gleichzeitig darum, ihr bis zum Mittwoch, 26. Juni 2013, 14.00 Uhr, mitzuteilen, ob der Widerspruch aufrechterhalten werde.

Zur Argumentation der Unbegründetheit trägt die Antragsgegnerin gegenüber der Verfahrensbevollmächtigten vor, dass infolge der nachweislichen Gestaltung der Vergabeunterlage jeder mögliche Wissensvorsprung der Zuschlagskandidatin mit der Lieferung der Vergabeunterlage ausgeglichen worden sei.

Vergabegegenständlich seien die Herstellung und der Betrieb einer Anlage zur Reinigung von kontaminiertem Grundwasser nach einem innovativen Verfahren. Das Verfahren sei durch das UFZ entwickelt worden. Das detaillierte Wissen über die mikrobiologischen Prozesse bei der Abreinigung liege somit sowohl rechtlich als auch faktisch allein beim UFZ.

Das UFZ habe für das Verfahren ein Gebrauchsmuster beim Patentamt angemeldet. Die Antragsgegnerin habe eine Lizenz zur Nutzung des Verfahrens erworben. Die Ausschreibung basiere auf diesem patentierten, für jeden Bieter über die durch die Antragsgegnerin erworbene Lizenz im gleichen Umfang nutzbaren Verfahren. Das UFZ als Lizenzgeber sei somit nicht in das Vergabeverfahren eingebunden.

Nachdem das UFZ am Standort das Verfahren im Kleinstmaßstab (Containeranlage) entwickelt hatte, sei 2011 eine Pilotanlage errichtet worden, um das Verfahren großmaßstäblich zu prüfen. Die Planung, Errichtung und der Betrieb dieser Pilotanlage (die technischen Leistungen also) seien unter Mitwirkung der Antragsgegnerin erfolgt. Die Bauleistungen sowie der technische Betrieb seien durch die ausgeführt worden. Die sei somit keinesfalls Projektant der Pilotanlage, sondern habe diese nach Vorgaben des UFZ und der Antragsgegnerin errichtet und betrieben.

Im Ergebnis des Pilotversuches sei durch das UFZ eine Verfahrensbeschreibung „Vertikalfiltersystem zur Reinigung von Benzol- und MTBE-kontaminiertem Grundwasser“ (datiert auf den 19. Februar 2013) entwickelt worden, die Grundlage der Ausschreibung sei. Darin werde das Vertikalfiltersystem zur Grundwasserreinigung detailliert und erschöpfend beschrieben. Die Verfahrensbeschreibung sei Bestandteil der Vergabeunterlage (Anlage 3.1).

Das mit der ingenieurtechnischen Begleitung für den Pilotbetrieb beauftragte Gutachterbüro habe mit Datum vom 22. Februar 2013 eine Abschlussdokumentation erstellt, in der der Pilotbetrieb aus Sicht der technischen Abwicklung detailliert dokumentiert werde. In dieser Dokumentation seien sämtliche Messwerte dargestellt und fachlich bewertet worden. Der Abschlussbericht sei Bestandteil der Vergabeunterlagen (Anlage 3.2). Ein gesonderter Bericht sei durch das Gutachterbüro zudem zur durchgeführten Hochlastphase erarbeitet

worden. Auch dieser Bericht vom 25. März 2013 sei den Vergabeunterlagen als Anlage 3.3 beigelegt.

Da die Herstellung des Vertikalfiltersystems nach dem Gebrauchsmuster des UFZ ein neuartiges Verfahren darstelle, sei bei der Erstellung der Vergabeunterlagen die Beschreibung der Leistung in einem für VOB-Ausschreibungen außerordentlich hohen Detailliertheitsgrad formuliert worden (58 Seiten technische Vorbemerkungen, die Beschreibung des Reinigungsverfahrens sei auf mehr als 150 Seiten erfolgt).

In Kapitel 2 der Technischen Vorbemerkungen seien neben den mit den Vergabeunterlagen übermittelten Dokumentationen neun weitere Gutachten benannt, die bei der Antragsgegnerin einzusehen waren. Von dieser Möglichkeit habe die Antragstellerin keinen Gebrauch gemacht.

In Punkt 10 des FB 212a (weitere Bewerbungsbedingungen) seien die Bieter auf die Möglichkeit zur Wahrnehmung eines fakultativen Ortstermins hingewiesen worden, um die örtlichen Gegebenheiten in Augenschein nehmen zu können. Von dieser Möglichkeit habe die Antragstellerin ebenfalls keinen Gebrauch gemacht.

Zudem habe die Antragstellerin im Zeitraum der Bekanntmachung und im Termin zur Angebotsabgabe keine inhaltlichen Fragen, Anmerkungen, Rügen etc. gegenüber der Antragsgegnerin geäußert. Ein Indiz dafür, dass die Leistungsbeschreibung für alle Bieter gleichermaßen verständlich war, sei auch die Tatsache, dass zwischen beiden Hauptangeboten, der und der Antragstellerin, eine Angebotspreisdifferenz von lediglich 0,9 % vorliege.

Die seitens der Verfahrensbevollmächtigten genannte Projektantenproblematik sei der Antragsgegnerin selbstverständlich bekannt. In Vorbereitung des Vergabeverfahrens sei für die-Gesamtanlage aus dem Verfahren der Errichtung der-Pilotanlage eigens durch die Antragsgegnerin das Gutachterbüro beauftragt worden, Dokumente für die Vergabeunterlage zu erstellen, mit welchen alle Bieter einen Wissensstand in Bezug auf Errichtung und Betrieb der Pilotanlage erreichen sollten, um einen möglichen Wissensvorsprung der Verfahrensbeteiligten auszugleichen. Außerdem sei die durch die Antragsgegnerin verpflichtet worden, ihr bzw. dem beauftragten Gutachterbüro jegliche Informationen dazu zu überlassen. So seien die Unterlagen in der Vergabeunterlage zustande gekommen. Die sei kein Projektant, da sie die-Anlage lediglich gebaut habe. Zudem habe die die Antragsgegnerin zu keinem Zeitpunkt beraten.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin in ihrem Vortrag darauf hingewiesen, dass die Beanstandung der Verfahrensbevollmächtigten vom 20. Juni 2013 im Kartellvergabeverfahren nach § 107 Abs. 3 GWB als Nachprüfungsantrag ohne weiteres als unzulässig verworfen werden würde, weil die Rüge zu spät vorgebracht worden sei.

Denn wenn die Verfahrensbevollmächtigte vortrage, dass § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2009 (Wettbewerbsgrundsatz) bzw. § 2 Abs. 2 VOB/A 2009 (Gebot der Nichtdiskriminierung) nicht beachtet worden seien, weil ein „Projektant“ eingesetzt worden sei, sei der Antragstellerin dieses Argument schon lange bekannt gewesen.

Als die Antragstellerin die Vergabeunterlagen erhalten hatte, habe sie sofort Kenntnis davon gehabt, dass die-Pilotanlage am Standort durch die im Auftrag der Antragsgegnerin betrieben werde (Seite 58 der Leistungsbeschreibung, Seite 8/42 der Abschlussdokumentation des Pilotmoduls als Anlage 3.2 zur LB, Betriebstagebuch der Verfahrensbeteiligten als Anlage 2, Inbetriebnahmedokumentation Seite 5/11 usw.).

Im Submissionstermin habe die Antragstellerin gewusst, dass die, also eben dieselbe Firma, welche die Pilotanlage am Standort errichtet hatte, ein Angebot abgegeben habe und

dazu 11 Nebenangebote. Von da an habe die Antragstellerin über den sie jetzt belastenden Umstand seit dem 15. Mai 2013 bis zum 20. Juni 2013 geschwiegen. Auch im Aufklärungsgespräch am 11. Juni 2013 habe die Antragsgegnerin von den drei anwesenden Vertretern der Antragstellerin keine „Beschwerden“ über einen vermeintlichen Wissensvorsprung der um den Auftrag gehört.

Zwar habe der Landesgesetzgeber des LVG LSA diese Präklusionsvorschriften für zu späte Rügen aus dem GWB für die Unterschwellenvergaben – wie hier – nicht in das Vergabegesetz des Landes Sachsen-Anhalt aufgenommen.

In den Verfahren des zivilrechtlichen Primärschutzes bei Unterschwellenvergaben, in welchem unterlegene Bieter eine einstweilige Verfügung auf vorläufige Untersagung des Zuschlags beantragen, werde der Erlass einer einstweiligen Verfügung regelmäßig wegen des erforderlichen, aber dann nicht vorhandenen Verfügungsgrundes abgelehnt, wenn der Bieter den geltend gemachten Vergabeverstoß nicht unverzüglich gegenüber der Vergabestelle gerügt habe.

Wenn die Teilnahme an einem Vergabeverfahren oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte jedoch zu wechselseitigen vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB bzw. nach 311 Abs. 2 BGB führe, wie dies der Bundesgerichtshof betont hat (BGH, Urteil vom 09.06.2011 – XZR 143/10 im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs), dann sei die Schlussfolgerung auf eine hier (Unterschwellenvergabe) wie dort (Oberschwellenvergabe) bestehende Rügepflicht konsequent.

Dies werde man ohne weiteres auf Verfahren nach § 19 LVG LSA übertragen können: Nur dann, wenn ohne rechtzeitige Beanstandung (i. S. von § 19 LVG LSA) Bieterrechte nicht gewahrt werden können, sei es gerechtfertigt, dass die Beanstandung nach § 19 LVG LSA zulässig ist und der Sachverhalt inhaltlich von der Vergabekammer behandelt werde. Eine Beanstandungspräklusion liege jedenfalls dann vor, wenn der Bieter sich einer von ihm erkannten Rügemöglichkeit aus taktischen Gründen verschließt („erst wenn ich den Zuschlag nicht erhalte“). Genau so sei es hier. Die Beanstandung komme zu spät und sei daher unzulässig.

Am 26. Juni 2013 teilte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin mit, dass sie ihren mit Schreiben vom 20. Juni 2013 gegen die Vergabeentscheidung erhobenen Widerspruch aufrechterhalte.

Gleichzeitig bekräftigte sie nochmals ihre Auffassung, dass die nur auf Grund eines Wissensvorsprungs aus ihrem Mitwirken an der „Pilotanlage“ in der Lage gewesen sei, Nebenangebote abzugeben, die auf Grund der Vorkenntnisse wirtschaftlich günstigere Alternativen möglich gemacht hätten.

Aus dem Abschlussbericht des Pilotversuchs ergebe sich eindeutig, dass es eine enge Zusammenarbeit mit der gegeben habe. Dabei verwies die Verfahrensbevollmächtigte auf folgende Aussagen:

„ ... trat das UFZ gemeinsam mit seinem Praxispartner GmbH (.....) hinsichtlich eines praxisnahen upscalings an das heran.“

„ ... Nach umfangreichen Vorabstimmungen wurde zwischen derals Projektträgerin des und der(als Errichter und Betreiber des Pilotmoduls sowie der Bestands-GWRA) eine Projektvereinbarung geschlossen (vgl. [U5]). Das UFZ wird als Technologieträger direkt durch die eingebunden“

„Gemäß § 9 Abs. 2 der Projektvereinbarung ([U5]) erfolgen durch bzw. dem Verfahrensgeber UFZ Zuarbeiten zum anlagen- und verfahrenstechnischen Know-how, welche in die vorliegende Anlagendokumentation eingeflossen sind ...“

Sie lege dar, dass diese Zitate eindeutig belegten, dass die nicht nur die ausführende Baufirma, sondern auch in Forschung, Planung und Verbesserung eingebunden gewesen sei.

Zudem sei der Widerspruch der Antragstellerin auch nicht unzulässig, da er bzw. die Rüge rechtzeitig erhoben worden sei. Das Vergabegesetz des Landes Sachsen-Anhalt sehe für Unterschwellenvergaben keine Präklusionsvorschriften für verspätete Rügen vor. Nach § 19 Abs. 1 des Landesvergabegesetzes habe der Auftraggeber vielmehr die nicht berücksichtigten Bieter spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss zu informieren. Ein nicht berücksichtigter Bieter habe dann nach § 19 Abs. 2 LVG LSA innerhalb der 7-Tagefrist die Möglichkeit, die Vergabeentscheidung zu beanstanden. Genau dies sei mit ihrem Schreiben vom 20. Juli 2013 erfolgt. Beanstandet worden sei die Vergabeentscheidung zu Gunsten der Dass die den Zuschlag erhalten solle, sei erst mit dem Informationsschreiben vom 17. Juni 2013 mitgeteilt worden. Da die Vergabe an die beanstandet werde, sei eine frühere Rüge bzw. ein früherer Widerspruch nicht möglich gewesen. Vor dem Hintergrund, dass nicht festgestanden habe, ob die den Zuschlag erhalten soll, hätte die Rüge „ins Blaue hinein“ erhoben werden müssen.

Die Vergabekammer hat die Verfahrensbevollmächtigte am 22. Juli 2013 aufgefordert, zu ihrer vorläufigen Auffassung, dass die Antragsgegnerin zutreffend darauf hingewiesen habe, dass die Rüge der Antragstellerin wohl unzulässig sei, da das Vorbringen gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoße, Stellung zu nehmen.

Es wurde der Antragstellerin auch die Möglichkeit gegeben, ihre Rüge kostensparend zurückzunehmen.

In ihrer Stellungnahme im Schreiben vom 25. Juli 2013 trägt die Verfahrensbevollmächtigte dazu vor, dass die Behauptung der Antragsgegnerin, die erhobenen Beanstandungen ihrer Mandantin und die damit verbundene Rüge seien unzulässig und dieses Vorbringen gegen Treu und Glauben verstoße, jedweder Rechtsgrundlage entbehre. Die Antragsgegnerin könne ihre vergaberechtswidrige Vorgehensweise jetzt nicht damit heilen, dass sie behauptet, die von ihrer Mandantin dagegen erhobenen Rügen seien treuwidrig. Vielmehr sei der Antragsgegnerin der Einwand der Treuwidrigkeit verwehrt, da es bereits an einem schutzwürdigen Eigeninteresse fehle. Das Interesse der Vergabestelle müsse vielmehr darauf gerichtet sein, ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen.

Im Weiteren trägt sie die gleichen Begründungen vor wie in ihren Rügeschreiben vom 20. Juni 2013 und 26. Juni 2013 an die Antragsgegnerin.

Die Verfahrensbevollmächtigte beantragt

die Versagung des Zuschlags auf das Angebot der

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2013 unterrichtete die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin nach § 2 Abs. 2 LVG LSA i. V. m. § 98 GWB die 3. Vergabekammer zu einem Vergabeverfahren unterhalb der Schwelle nach § 100 GWB über die Beanstandung der Nichteinhaltung von Vergabevorschriften durch die Antragstellerin und legte der Vergabekammer die Vergabeunterlagen zur Prüfung vor. Die Begründung der Antragsgegnerin im Schreiben an die Vergabekammer in Bezug auf die Nichtabhilfe

gegenüber der Antragstellerin deckt sich inhaltlich mit ihrem Antwortschreiben vom 24. Juni 2013 an sie. Auf dieses Schreiben verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakte Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA - vom 19. November 2012, veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012, ausgegeben am 30. November 2012) ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 2 LVG LSA.

Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA gerügt.

Gleichwohl ist der Antrag unzulässig, da das Vorbringen der Antragstellerin unter Berücksichtigung aller Umstände gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB verstößt. Sie hat sich widersprüchlich verhalten.

Hier musste die Antragsgegnerin aufgrund des Verhaltens der Antragstellerin nicht mehr damit rechnen, dass diese die in Rede stehenden möglichen Vergabeverstöße noch geltend machen würde; die Antragstellerin verhält sich insoweit entgegen ihrem eigenen früheren Verhalten („venire contra factum proprium“ als ein Fall des Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben).

Für die Antragstellerin war deutlich und in mehrfacher Weise aus den Verdingungsunterlagen erkennbar, dass die-Pilotanlage zur Abreinigung von kontaminierten Standortwässern auf der Grundlage der Projektvereinbarung bereits seit 2011 gemeinsam von der Antragsgegnerin und der am Standort betrieben wurde. Auch die Tatsache, dass dieses Unternehmen die Anlage erbaut hatte, war aus den Verdingungsunterlagen ersichtlich.

Dies ergab sich beispielsweise aus der Inbetriebnahmedokumentation vom 9. Dezember 2011. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf I. Seite 4 dieses Beschlusses verwiesen.

Weiterhin hat die Antragstellerin in ihrem zweiten Widerspruchsschreiben vom 26. Juni 2013 zur Untermauerung ihrer Argumentation selbst auf den Abschlussbericht des Pilotversuchs vom 22. Februar 2013 hingewiesen und diesen zitiert. Hieraus ergab sich, dass zwischen der Antragsgegnerin als Projektträgerin der und der eine Projektvereinbarung geschlossen wurde. Das UFZ werde als Technologieträger direkt durch die eingebunden. Da der Abschlussbericht Bestandteil der Vergabeunterlagen war, kann davon ausgegangen werden, dass ihr dies ebenfalls vor Angebotsabgabe bekannt war.

Es musste sich ihr auf Grund dieser Umstände erschließen, dass dieses Unternehmen bei einem Wettbewerb Wissensvorsprünge hatte. Es lag schon auf Grund dieser Vorteile auf der Hand, dass es sich an dem Vergabeverfahren beteiligen würde. Hierüber hatte die

Antragstellerin spätestens durch ihre Teilnahme an der Submission positive Kenntnis. Sie hat jedoch davon abgesehen, hiergegen Beanstandungen vorzubringen. Auch im Aufklärungsgespräch, das die Antragsgegnerin mit ihr am 11. Juni 2013 führte, hat sie hierzu nichts vorgebracht. Erst als die Antragstellerin darüber informiert wurde, dass beabsichtigt sei, der den Zuschlag zu erteilen, hat sie sich gegen angebliche Wettbewerbsvorteile dieses Unternehmens gewandt.

Dieses Verhalten der Antragstellerin ist als „venire contra factum proprium“ zu werten (siehe oben). Sie hatte sich rügelos an dem Vergabeverfahren beteiligt, obwohl ihr bereits zu diesem Zeitpunkt alle Umstände, aus denen sich mögliche Wettbewerbsverzerrungen ergaben, bekannt waren.

Die Antragstellerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass eine vergleichbare Regelung wie § 107 Abs. 3 GWB im LVG LSA nicht existiert. Die Vorschrift des § 242 BGB gilt jedoch ganz allgemein in jedem Rechtsgebiet (zur Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Vergaberecht: BGH X ZB 27/04 vom 01.02.2005, Rn. 43, 44; VK Baden Württemberg 1 VK 60/11 vom 30.11.2011, VK Halle, 2 VK LSA 05/11 vom 19.10.2011) In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass das Vergabeverfahren als vorvertragliches Schuldverhältnis von gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten geprägt ist. Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte unterliegen die Vergabeverfahren dem Beschleunigungsgebot, um notwendige Investitionen nicht unnötig zu verzögern. Dies ergibt sich beispielsweise aus den Fristen im Vergabeverfahren, vgl. § 10 Abs. 6 VOB/A. Weiterhin wird der Vergabekammer für die Bearbeitung von Rügen gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA allenfalls ein Zeitraum von sechs Wochen zugebilligt. Bei dieser Sachlage hat die Antragsgegnerin, anders als die Antragstellerin meint, ein schutzwürdiges Eigeninteresse, das Vergabeverfahren zügig abzuschließen.

Es ist vor diesem Hintergrund nicht hinnehmbar, dass die Antragstellerin ab dem Zeitpunkt der Submission, zu dem sie allerspätestens Kenntnis von der Teilnahme der am Vergabeverfahren hatte, ca. fünf Wochen zuwartet, bis sie ihre Beanstandungen diesbezüglich vorbringt. Die Antragsgegnerin konnte bis zu diesem Zeitpunkt darauf vertrauen, dass die Antragstellerin gegen die vorherige Beteiligung der an der Errichtung und dem Betrieb des Pilotprojektes keine Einwände hatte.

Von Bedeutung ist schließlich auch Ziffer 1 der Bewerbungsbedingungen. Danach ist, wenn die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bewerbers Unklarheiten enthalten, unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform darauf hinzuweisen. Soweit sich aus den Vergabeunterlagen aus Sicht der Antragstellerin nicht ergab, dass etwaige Wissensvorsprünge der ausgeglichen würden, wäre sie gehalten gewesen, die Antragsgegnerin auf diese Unzulänglichkeiten hinzuweisen. Auch gegen diese Obliegenheit hat die Antragstellerin verstoßen.

Bei dieser Sachlage kann schließlich offen bleiben, ob das Unternehmen als Projektant und Berater der Antragsgegnerin tätig war. Mögliche Wissensvorsprünge ergaben sich schon allein daraus, dass sie die Pilotanlage gebaut und betrieben hatte.

Aus den vorgenannten Gründen war daher der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 - 3 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Nachprüfung keinen Erfolg i.S.v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA hatte und die Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer i.V.m. § 19 Abs. 5 Satz 2 LVG LSA i.V.m. § 3 Abs.1 lfd. Nr. 3 und 4 AllGO LSA unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes der Vergabeprüfung. Die Gebühr beträgt mindestens 100,00 Euro, soll aber den Betrag von 1.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 19 Abs. 5 Satz 3 LVG LSA i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 VwKostG LSA).

Die Gesamtkosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von Euro (§ 19 Abs. 5 S. 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat bis zum **02.09.2013** durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichen **3300-.....** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, zu erfolgen.

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

.....

.....