



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

Az: 3 VK LSA 35/13

Halle, den 06.09.2013

§§ 9, 13 und 90 Abs. 2 SOG LSA, § 3 Abs. 5 VOB/A
§ 19 Abs. 2 S. 1 LVG LSA
§ 19 Abs. 1, 2 LVG LSA, § 134 BGB
§ 2 Abs. 2 VOB/A

- Zuständigkeit der Vergabekammer
- Rechtsschutz übergangener Bieter nach LVG LSA
- Nichtigkeit des Vertrages
- Nichteinhaltung der Frist zur Information der Bieter
- mangelnde Dringlichkeit für die Zulässigkeit einer Freihändigen Vergabe
- Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz

Ungeachtet der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin, dass alleinige Rechtsgrundlage für die Beauftragung der Verfahrensbeteiligten die §§ 9, 13 und 90 Abs. 2 SOG LSA gewesen seien, hat die Antragsgegnerin neben der Ordnungsverfügung eine Freihändige Vergabe gemäß § 3 Abs. 5 VOB/A unter Anwendung des LVG LSA durchgeführt, das zur Zuständigkeit der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt führt.

Insbesondere dient das LVG LSA dem Rechtsschutz übergangener Bieter. Es kommt damit nicht darauf an, ob die Antragstellerin tatsächlich ein Angebot abgegeben und dadurch eine Chance für die Auftragserteilung erlangt hat. Vielmehr sind auch Bewerber, die nach eigener Darstellung wegen eines behaupteten Verstoßes daran gehindert waren, ein Angebot abzugeben, antragsbefugt, da nur dann ein effektiver Rechtsschutz i.S.d. § 19 Abs. 2 S. 1 LVG LSA gewährleistet ist.

Der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten zur Errichtung eines Ersatzdeiches ist unter Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 LVG LSA zustande gekommen und gemäß § 134 BGB nichtig.

Die Antragsgegnerin durfte damit den Zuschlag an die Verfahrensbeteiligte nicht erteilen, da sie die Frist nach § 19 Abs. 1 LVG LSA nicht eingehalten hat. Ein Rückgriff auf die Privilegierung des § 3 Abs. 5 VOB/A war der Antragsgegnerin im vorliegenden Fall versagt, da es für die Zulässigkeit einer Freihändigen Vergabe an der Dringlichkeit mangelte.

Die Antragsgegnerin hat ferner den in § 2 Abs. 2 VOB/A normierten Grundsatz der Gleichbehandlung missachtet.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen die

.....

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....

unter Beteiligung der

.....

Verfahrensbeteiligte

Verfahrensbevollmächtigte

.....

wegen

des gerügten Vergabeverstößes bei der Freihändigen Vergabe der zur Baumaßnahme Deichbau in hat die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsamtmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der am geschlossene Vertrag nichtig ist.
2. Das Vergabeverfahren ist rechtswidrig.
3. Kosten werden nicht erhoben.
4. Die Kosten für die Akteneinsicht trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

Im vorliegenden Fall geht es um die Nachprüfung der Auftragsvergabe zum Neubau eines Deiches als Ersatz für den Damm durch die Antragsgegnerin an die Verfahrensbeteiligte. Am erließ die Antragsgegnerin eine Ordnungsverfügung und ordnete an, dass die Verfahrensbeteiligte die Errichtung des neuen Deiches als Ersatzdeich für den Damm vornehmen soll. Zu den Leistungen gehörte die Planung und Ausführung der Bauleistung. Die Unterzeichnung des Vertrages erfolgte am mit Dienstsiegel und Unterschrift des der Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin wandte sich am 17. Juli 2013 an die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt und bat um die Nachprüfung des Vergabeverfahrens der Antragsgegnerin bei der Vergabe des Ersatzdeiches für den Damm.

Vor der Vergabe des Auftrages an die Verfahrensbeteiligte beauftragte die Antragsgegnerin die Rechtsanwälte eine vergaberechtliche Einschätzung zu der Vergabe von Bauleistungen zur Errichtung eines Deichbauwerkes vorzunehmen, das die Funktion des alten, infolge des letzten Hochwassers strukturell beschädigten Damms übernimmt.

Bereits am 3. Juli 2013 lag der Antragsgegnerin die Stellungnahme hierzu vor. Auf Seite 2 lfd. Nr. 3 der Stellungnahme „Vergabegesetz LSA in Verbindung mit VOB/A“ wurde im Ergebnis festgestellt, dass Bauleistungen grundsätzlich gem. § 3 Abs. 1 VOB/A im Wege der Öffentlichen Ausschreibung zu vergeben seien.

Weiterführend erfordere die Errichtung eines neuen Deiches nach den Ausführungen der Rechtsanwälte mindestens 60 Arbeitstage, so dass eine schnellstmögliche Ausführung notwendig sei, um für die nächste Hochwasserperiode gerüstet zu sein.

Die voraussichtlichen Kosten für die Herstellung des neuen Deiches belaufen sich nach den Berechnungen des Landesbetriebes für Hochwasserschutz auf 4,0 Mio. Euro netto. Eine europaweite Ausschreibung sei deshalb nicht erforderlich. Es würden demnach hier die Bestimmungen für die nationale Vergabe von Bauleistungen gelten.

Diese seien auch auf der Grundlage von § 1 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt vom 19. November 2012 (LVG LSA) anzuwenden.

Mit dem Hochwasserereignis, welches zur Zerstörung des Damms führte, läge ein vom öffentlichen Auftraggeber nicht verursachtes und nicht voraussehbares Ereignis vor. Um die rechtzeitige Durchführung der Baumaßnahme sicherzustellen, müsse die Bauleistung unmittelbar vergeben werden. Der mit einer öffentlichen Ausschreibung verbundene Zeitverlust würde dazu führen, dass das Deichbauwerk nicht rechtzeitig fertiggestellt werden könne. Es sei daher eine Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 VOB/A durchzuführen.

Im Wesentlichen kommen die beauftragten Rechtsanwälte zu dem Ergebnis, dass aufgrund des Erlasses des Ministeriums für Wissenschaft und Wirtschaft (MW) vom 26. Juni 2013 zur Frage der Beseitigung von hochwasserbedingten Schäden von dem Ausnahmetatbestand der „besonderen“ bzw. „zwingenden“ Dringlichkeit für eine Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 Nr. 2 VOB/A auszugehen ist und daher eine solches Vergabeverfahren durchzuführen sei. Laut Rechtsauffassung der Rechtsanwälte könne daher die Freihändige Vergabe der Bauleistungen an einen Bieter erfolgen, da gemäß § 6 VOB/A bei Freihändigen Vergaben keine Mindestanzahl an Bietern vorgegeben sei. Die Empfehlung der Rechtsanwälte an die Antragsgegnerin lautete deshalb in Übereinstimmung mit der eigenen Vergabeordnung der Antragstellerin zumindest drei Angebote einzuholen, um die Angemessenheit der Preise prüfen zu können.

Die vorliegenden Unterlagen der Antragsgegnerin belegen, dass das Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes für die am Vergabeverfahren beteiligten Bieter auf den 1. Juli 2013 datiert ist.

Am 9. Juli 2013 hat zur Notwendigkeit des Neubaus eines Deiches am Damm eine entsprechende Beratung bei der Antragsgegnerin unter Teilnahme der Verfahrensbeteiligten stattgefunden, bei der auch über die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens beraten wurde.

Am 10. Juli 2013 erging daraufhin an drei Bewerber, darunter die Verfahrensbeteiligte, die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes im Vergabeverfahren „Neubau eines Deiches als Ersatz für den Damm“. Diese Unternehmen waren bereits in der Vergangenheit für die Antragsgegnerin bei der Ausführung von Baumaßnahmen größeren Umfangs tätig gewesen und seien damit als geeignet, fachkundig und zuverlässig einzustufen. Die Firmen seien von ihrer Größe her zur Ausführung der Maßnahme in der Lage, wobei wegen der Eilbedürftigkeit der zu erbringenden Leistung ein großer Personaleinsatz erforderlich sei. Alle

Unternehmen würden über Erfahrungen im Deichbau verfügen und seien auch dem Landesbetrieb für Hochwasserschutz als fachlich geeignete Firmen bekannt.

Als Anlage zur Abgabe des Angebotes waren der o.g. Angebotsaufforderung die Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen in der Fassung - VHB - Bund - Januar 2008 - beigelegt. Die Anlagen weisen darauf hin, dass das Vergabeverfahren nach der „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen“, Teil A „Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen“ (VOB/A, Abschnitt 1) erfolgt.

In den Besonderen Vertragsbedingungen Nr. 1 - Ausführungsfristen - (§ 5 VOB/B) wurde festgelegt (Ifd. Nr. 1.1), dass die Ausführung am zu beginnen hat und am beendet sein muss.

Als weitere Anlage war den vorgenannten Angeboten die Eigenerklärung zu Tariftreue und Entgeltgleichheit (§ 10 LVG LSA) beigelegt. Ergänzende Vertragsbedingungen, Kontrolle Entgeltabrechnungen gemäß § 17 LVG LSA, die Eigenerklärung zum Nachunternehmereinsatz (§ 13 Abs. 2 und 4 LVG LSA) und die ergänzenden Vertragsbedingungen (EVB – ILO) wurden ebenfalls mit versandt.

Bis zum, 14:00 Uhr gingen die Angebote der drei aufgeforderten Bewerber nebst allen als Anlage beigelegten Ausschreibungsunterlagen (s.o.) bei der Antragsgegnerin ein.

Die von der Antragsgegnerin beauftragten Rechtsanwälte unterrichteten den über das Ergebnis der Vergabeentscheidung. Das wirtschaftlichste und zielführendste Ergebnis habe die Verfahrensbeteiligte vorgelegt. Zudem könne kein anderer Anbieter noch vor dem möglichen Herbst-Hochwasser 2013 in nur 50 Tagen die Fertigstellung eines nachhaltigen Hochwasserschutzdammes zusichern. Um 18.00 Uhr desselben Tages wurde die Eilentscheidung vom der getroffen und die Verfahrensbeteiligte mit der Durchführung der Bauleistungen beauftragt.

Am erließ die Antragsgegnerin die in Rede stehende Ordnungsverfügung und ordnete an, dass die Verfahrensbeteiligte die Errichtung des neuen Deiches als Ersatzdeich für den Damm vornehmen soll. Die Erwägungen, die zur Zuschlagserteilung an die Verfahrensbeteiligte führten, wurden am zeitgleich auf der Homepage der Antragsgegnerin dargelegt.

Das Vergabeverfahren endete laut Vergabevermerk vom mit der Vergabe des Gesamtauftrages an die Verfahrensbeteiligte auf deren Hauptangebot vom (Einreichung um 14.00 Uhr). Ausschlaggebend waren der Preis und dass die Einhaltung der Bauzeit durch die Verfahrensbeteiligte. Die Freihändige Vergabe endete mit der Auftragsbestätigung der Antragsgegnerin an die Verfahrensbeteiligte vom 17. Juli.2013 unter Bezugnahme auf den am erteilten Auftrag zur Ausführung des Bauvorhabens „Neubau eines Deiches als Ersatz für den Damm“. Die beiden anderen Bieter erhielten am gleichen Tag eine Absage auf ihr Angebot.

Mit Verfügung vom wies das Landesverwaltungsamt als Obere Wasserbehörde die Antragsgegnerin an, sofort alle baulichen Tätigkeiten zur Errichtung der Hochwasserschutzanlage an der einzustellen. Insbesondere sah diese nicht das Vorliegen einer „Gefahr“ im Sinne des § 3 des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt (SOG LSA), die die Anwendbarkeit des § 13 SOG LSA rechtfertigen würde.

Dieser Rechtsauffassung schloss sich im Eilverfahren das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom (Az.:) an. Darüber hinaus wurde im vorgenannten Beschluss festgestellt, dass parallel zur Ordnungsverfügung eine vertragliche Bindung zwischen der jetzigen Antragsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten bestehe, die die Erstellung bzw. Neubau des Damms beinhalte.

Die Antragstellerin trägt zur Begründung ihres Nachprüfungsantrages am 17. Juli 2013 Folgendes vor:

Die Antragstellerin habe erst aus der Presse von der Durchführung des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt. Hierbei habe sie überraschend aus der Zeitung vom erfahren, dass die Antragsgegnerin durch den allein ohne Einbindung des einen Auftrag für eine Deichbaumaßnahme freihändig an die Firma vergeben habe.

Aus der Sicht der Antragstellerin liege hier kein wirksamer Vertragsschluss vor, da für derartige Vergaben die Zustimmung des erforderlich sei. Des Weiteren werde vermutet, dass die Antragsgegnerin die Gesamtkosten für diese Baumaßnahme unzutreffend ermittelt habe, um sich somit den besonderen Anforderungen einer europarechtlichen Vergabe zu entziehen und so einen Primärrechtsschutz der Bieter auszuschließen. Offensichtlich habe die Antragsgegnerin mit ihrer Vergabeentscheidung vollendete Tatsachen geschaffen und hierbei vergaberechtliche Grundsätze missachtet.

Für die Antragstellerin bestehe ein Interesse an der Ausführung der Leistung unter Durchführung eines fairen Verfahrens. Sie wolle ein Angebot für die entsprechende Leistung auf der Grundlage eines echten Wettbewerbes abgeben, da sie davon ausgehe, hier ein wesentlich wirtschaftlicheres Angebot abgeben zu können. Hierfür seien jedoch die entsprechenden Vergabeunterlagen notwendig.

Mit Schriftsatz vom 17. Juli 2013 wandte sich die Antragstellerin gleichsam an die Antragsgegnerin und fasste den Sachverhalt aus ihrer Sicht zusammen.

Dazu wurde vorgetragen, dass bei der Schwellenwertberechnung allenfalls weitere Kosten anfallen, die bei der Schätzung des Auftragswertes hätten berücksichtigt werden müssen. Weiterhin werde für eine Freihändige Vergabe eine besondere Dringlichkeit verlangt, deren Verursachung dem Auftraggeber nicht zuzurechnen sei.

Hierbei sei diese (besondere Dringlichkeit) daran zu messen, ob die in § 10 VOB/A vorgeschriebenen Angebots-, Zuschlags- und Bindefristen wegen der Dringlichkeit nicht hätten eingehalten werden können. Es seien die Voraussetzungen einer Beschränkten Ausschreibung gegeben, da das Hochwasser bereits einige Wochen zurückliege und in der verstrichenen Zeit bereits ein solches Verfahren hätte eingeleitet werden können. Überdies hinaus sei es eine Vermutung, ob es zu einem Herbsthochwasser komme. Es erschließe sich daraus nicht, dass die Arbeiten bis Ende beendet sein sollen. Von daher könne eine besondere Dringlichkeit nicht bestehen.

Vor dem Hintergrund, dass andere angefragte Bauunternehmen sich nicht in der Lage sähen, die Bauleistung innerhalb der festgesetzten Zeit zu realisieren, sei dies keine Begründung für eine Gesamtvergabe an eine Firma. Ein derartiger Auftrag könne auch in Losen an kleinere Unternehmen vergeben werden, zumal dies die VOB/A und das LVG LSA auch fordere.

Da die Antragstellerin keine Kenntnis von dem Verfahren habe, sei sie an einer Angebotsabgabe gehindert gewesen. Sie wolle ein Angebot abgeben und betrachte sich deshalb als Bieter gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA. Das an die Antragsgegnerin gerichtete Schreiben stelle die Beanstandung gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA dar. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass eine Übergabe der Verfahrensakten an die Vergabekammer erfolge.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, bis zu einer abschließenden Prüfung durch die Vergabekammer eine weitere Vollziehung des entsprechenden Auftrages nicht durchzuführen,
2. die Gewährung von Akteneinsicht in die gesamten Unterlagen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne weitere Sachprüfung zurückzuweisen, da für sie die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 und 2 nicht gegeben sind.

Die Antragsgegnerin nahm mit Schriftsatz vom 19. Juli 2013, 22. Juli 2013 und 01. August 2013 zum Vortrag der Antragstellerin wie folgt Stellung:

Sie führte aus, dass der von der Antragstellerin gestellte Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig sei, da die Ausführung der Deichbauarbeiten am Damm nicht der Zuständigkeit der 3. Vergabekammer und insbesondere nicht dem ab 1. Januar 2013 geltenden Landesvergabegesetz unterlägen.

Die Arbeiten hierzu seien durch Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom gegenüber der Verfahrensbeteiligten auf der Grundlage von § 13 i.V.m. § 9 SOG LSA unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung verfügt worden.

Die Verfügung zur Errichtung eines neuen Deiches als Ersatzdeich für den Damm auf der Grundlage dieser Gesetzesregelung erfolge als Notstandsmaßnahme, um eine konkrete gegenwärtige Gefahr abzuwenden. Da die Antragsgegnerin nicht selbst über die notwendigen sachlichen und personellen Mittel verfüge, sei ein privates Unternehmen für die Ausführung der Arbeiten in Anspruch zu nehmen.

Auf die Ausführung von Notstandsmaßnahmen durch private Dritte finde das Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt und nicht das Landesvergabegesetz LSA Anwendung. Es handele sich hier nicht um ein „normales“ Beschaffungsvorhaben der öffentlichen Hand, sondern um die Durchführung einer ordnungsbehördlichen Maßnahme, die sich nach Polizeirecht regelt. Eine derartige Überprüfung einer solchen Anordnung liege damit in alleiniger Kompetenz der Verwaltungsgerichte und unterliege nicht der Prüfung der Vergabekammer. Vielmehr verdränge das SOG LSA als spezielles Gefahrenabwehrrecht bei der Durchführung von Notstandsmaßnahmen das LVG LSA, so dass eine Zuständigkeit der Vergabekammer nicht gegeben sei.

Der von der Antragstellerin gestellte Nachprüfungsantrag sei offensichtlich unzulässig und ohne weitere Sachprüfung zurückzuweisen. So seien die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA nicht gegeben. Danach sind Bieter vor Ablauf einer 7- Tagesfrist berechtigt, die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften beim öffentlichen Auftraggeber zu beanstanden. Bei Nichtabhilfe der Beanstandung übergibt er die vollständigen Vergabeakten der Nachprüfungsbehörde. Nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 LVG LSA bestehe deshalb keine Möglichkeit für einen Bieter unmittelbar die Vergabekammer anzurufen und ein Vergabeverfahren einzuleiten, ohne zuvor beim öffentlichen Auftraggeber die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften beanstandet zu haben. Eine derartige Beanstandung sei bei der Antragsgegnerin bisher nicht eingegangen, so dass für sie auch keine Pflicht bestehe, die vollständigen Vergabeakten an die 3. Vergabekammer zu übersenden.

Im Übrigen sei die Einleitung eines Vergabenaachprüfungsverfahrens auch deshalb unzulässig, da die Antragstellerin nicht zum Bieterkreis nach § 19 LVG LSA gehöre.

Der Neubau des Deiches erfolge als Notstandsmaßnahme aufgrund der Dringlichkeit der sofortigen Errichtung des Ersatzneubaus. Die Baukosten belaufen sich auf ca. 4,0 Mio. Euro und seien damit unter dem Schwellenwert einer europaweiten Ausschreibung. Damit gelte lediglich das Landesvergabegesetz in Verbindung mit der VOB/A. Danach könne gemäß § 3 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 VOB/A eine freihändige Vergabe der Bauleistung erfolgen, wenn diese besonders dringlich sind, wobei die Dringlichkeit nicht vom öffentlichen Auftraggeber verursacht sein darf.

In Bezug auf die durch die Antragsgegnerin erlassene Ordnungsverfügung sei diese Bauleistung extrem dringlich. Mit dem Hochwasser 2013 sei es zur Zerstörung des Damms gekommen, was zur Notwendigkeit des Ersatzneubaus führe. Es läge damit ein vom öffentlichen Auftraggeber nicht verursachtes und nicht voraussehbares Ereignis vor, welches einen echten Ausnahmefall im Sinne des § 3 Abs. 5 Nr. 2 VOB/A darstelle.

Auf das Vorliegen einer solchen Dringlichkeit bei hochwasserbedingten Schäden werde auch im Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft und Wirtschaft des Landes Sachsen-Anhalt vom 26. Juni 2013 hingewiesen. Damit seien die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 Nr. 2 VOB/A zur besonderen bzw. zwingenden Dringlichkeit gegeben, so dass die Antragsgegnerin die Leistung im Wege einer Freihändigen Vergabe vergeben könne.

Hinzu komme noch, dass das für das öffentliche Auftragswesen zuständige Ministerium am 12. Juni 2013 einen Gesetzesentwurf in den Landtag eingebracht habe, in dem es ermächtigt wird, bei unvorhergesehenen Ereignissen, wie z.B. Naturkatastrophen und besonderer Dringlichkeit, durch Verordnung abweichende Regelungen im Landesvergabegesetz zu treffen. Die Verordnung trete rückwirkend und das Gesetz zum 1. Juni 2013 in Kraft. Das Gesetz mit gleichzeitiger Anpassung der Schwellenwerte sei damit beschlossen, so dass die Antragsgegnerin die Grundsätze einer Freihändigen Vergabe hinreichend beachtet habe.

Deshalb habe die Antragsgegnerin drei geeignete Firmen aufgefordert ein Angebot abzugeben. Weitere zusätzliche Unternehmen an der Freihändigen Vergabe zu beteiligen, sei die Antragsgegnerin nicht verpflichtet gewesen. Vielmehr könne bei Dringlichkeit das Einholen von Angeboten mehrerer Unternehmen unterbleiben und lediglich nur ein Unternehmen ausgewählt werden.

Ein subjektives Recht der Antragstellerin, am Vergabeverfahren beteiligt zu werden, bestehe daher nicht. Beschwerdebefugt i.S.d. § 19 LVG LSA seien die beteiligten Unternehmen als Bieter, so dass der Antrag der Antragstellerin bereits mangels schlüssiger Darlegung einer subjektiven Rechtsverletzung abzuweisen sei.

Eine Aufteilung der Baumaßnahme in Lose nach dem Landesvergabegesetz scheitere daran, dass dieses Gesetz nicht in den Fällen der Gefahrenabwehr einschlägig sei. Zum anderen bedeute die Aufteilung in Lose einen erhöhten Koordinierungsaufwand, Schwierigkeiten bei der Mängelverfolgung und deutliche zeitliche Verzögerung.

Des Weiteren habe das Land erklärt, es gäbe keinen Hochwasserschutz durch den Damm. Damit bestehe eine Gefahr für Leib und Leben der Einwohner. Die Erstellung eines neuen Deiches sei deshalb als Notstandsmaßnahme nach § 13 SOG LSA angeordnet, um die konkrete Gefahr abzuwenden. Diese Ordnungsverfügung sei im Wege des Vergabegesetzes nicht angreifbar.

Wegen der vorbenannten Ausführungen hinsichtlich der Unzuständigkeit der Vergabekammer und der fehlenden Zulässigkeit des Antrages der Antragstellerin sei die

Antragsgegnerin nach § 19 Abs. 2 LVG LSA nicht verpflichtet gewesen die Vergabeakten an die Vergabekammer zu übergeben.

Der Antrag der Antragstellerin sei demnach offensichtlich unzulässig und müsse ohne Sachprüfung zurückgewiesen werden. Es wird deshalb um nochmalige Prüfung gebeten, ob die 3. Vergabekammer an ihrem Aktenübersendungsbegehren vom 17. Juli 2013 festhalte.

Mit Schreiben vom 22. Juli 2013 hat die 3. Vergabekammer auf der Vorlage der Unterlagen gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA bestanden, welche am darauffolgenden Tag von der Antragstellerin übergeben wurden.

Die Verfahrensbeteiligte ist mit Schreiben vom 15. August 2013 in das Verfahren einbezogen worden, da ihre Interessen durch die Entscheidung der Vergabekammer berührt sein könnten.

Die Verfahrensbeteiligte beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unbegründet zu werten und diesen zurückzuweisen.

Zu dem Antrag der Antragstellerin trägt sie mit Schreiben vom 20. August 2013 vor, dass sie sich über das Nachprüfungsverfahren nach § 19 Abs. 2 LVG LSA wundere. Sie sei durch Ordnungsverfügung des gemäß §§ 9, 13 SOG LSA vom zum Neubau eines Deiches als Ersatzneubau des Damms in Halle (Saale) herangezogen worden. Die auf Polizeirecht gestützte Ordnungsverfügung vom verbunden mit der sofortigen Vollziehung verpflichtete die Verfahrensbeteiligte zur unmittelbaren Ausführung der Maßnahme. Die Antragstellerin gehe wohl fälschlicherweise davon aus, dass es hier um eine Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages nach vorangegangener Ausschreibung ginge. Dem sei offensichtlich nicht so.

Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer solchen Ordnungsverfügung obliege daher nicht der 3. Vergabekammer, sondern habe auf dem Verwaltungsrechtsweg zu erfolgen. In dem Zusammenhang wurde noch darauf verwiesen, dass in Verbindung mit der Ordnungsverfügung vom der Verfahrensbeteiligten durch die Antragstellerin auch der zivilrechtliche Auftrag zur Durchführung der Baumaßnahme erteilt worden sei. Infolge der bereits am begonnenen Bauleistung sei deshalb ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA nicht mehr statthaft. Mit Vollzug der Zuschlagserteilung sei ein rechtswirksamer Vertrag zustande gekommen, dessen Aufhebung in einem Nachprüfungsverfahren nicht mehr möglich sei.

Mit Schriftsatz vom 28. August 2013 nahm die Antragstellerin noch einmal Stellung und trug im Ergebnis wie folgt vor:

Bislang sei überhaupt nicht ersichtlich, dass im Verfahren eine Bietergemeinschaft aufgetreten sei. Auch der Bevollmächtigte sei ihr unbekannt. Die bloße Anzeige der Bevollmächtigung für die Mitglieder der Gesellschaft selbst sei noch keine Anzeige einer entsprechenden Vertretung für die Bietergemeinschaft. Sie bat um Aufklärung und ergänzende Akteneinsicht. Ergänzend wurde noch vorgetragen, dass bei entsprechenden nachweislichen Verstößen gegen das LVG LSA eine wirksame Beauftragung weder zivilrechtlich noch öffentlich-rechtlich für die Bietergemeinschaft gegeben sei. Gleichzeitig wurde eine erneute Akteneinsicht beantragt.

Mit Schriftsatz vom 30. August 2013 wurde die Verfahrensbeteiligten aufgefordert die Bevollmächtigung der Bietergemeinschaft durch Vorlage einer entsprechenden Vollmacht nachzuweisen. Die Legitimation der Bietergemeinschaft wurde mit Schriftsatz vom 02. September 2013 vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachstandes wird auf die eingereichten Schriftsätze und die Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

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 Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Es wird darauf hingewiesen, dass zwar mit dem Gesetz zur Änderung des Landesvergabegesetzes vom 30. Juli 2013 (GVBl. LSA Nr. 22/2013 S. 402) der § 25 - Anpassung der Schwellenwerte - neu ins LVG LSA aufgenommen wurde. Gemäß § 2 desselben Gesetzes tritt diese Gesetzesänderung jedoch am Tag nach ihrer Verkündung, demnach am 9. August 2013 erst in Kraft und damit nachdem die Auftragserteilung durch die Antragsgegnerin vom 12. Juli 2013 erfolgte. Der § 25 - Anpassung der Schwellenwerte - LVG LSA ist demnach hier nicht anwendbar. Auch sieht das LVG LSA keine entsprechende Regelung vor, die eine Anwendung für die Vergangenheit eröffnet.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Landesverwaltungsamtes wird auch nicht durch die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin nach SOG LSA berührt.

Ungeachtet der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin, dass alleinige Rechtsgrundlage für die Beauftragung der Verfahrensbeteiligten die §§ 9, 13 und 90 Abs. 2 SOG LSA gewesen seien, hat die Antragsgegnerin neben der Ordnungsverfügung eine Freihändige Vergabe gemäß § 3 Abs. 5 VOB/A unter Anwendung des LVG LSA durchgeführt, das zur Zuständigkeit der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt führt.

Die Antragsgegnerin hat vor dem Erlass einer Ordnungsverfügung die Voraussetzungen für ein Vergabeverfahren durch eine beauftragte Rechtsanwaltskanzlei zunächst prüfen lassen.

Im Ergebnis dieser Prüfung sowie im Anschluss an die Beratung vom hat die Antragsgegnerin eine Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 Nr. 2 VOB/A durchgeführt. Diese Form der Vergabe hatte die Zielrichtung ein geeignetes Bauunternehmen zu ermitteln, das über das entsprechende technische Wissen und die Leistungsfähigkeit verfügt, den Neubau des Damms zu erstellen.

Es ist damit ersichtlich, dass sich die Antragsgegnerin - in Vorbereitung der anstehenden Ordnungsverfügung - der Freihändigen Vergabe nach § 3 Abs. 5 Nr. 2 VOB/A bedient hat, um ein wirtschaftliches und zielführendes Angebot zum Neubau des Damms zu erhalten.

Mit der Aufforderung der Antragsgegnerin an die drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes im Vergabeverfahren „Neubau eines Deiches als Ersatz für den Damm“ und der als Anlage beigefügten Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen in der Fassung (VHB - Bund - Januar 2008), die wiederum darauf hinweisen, dass das Vergabeverfahren nach der „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen“, Teil A „Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen“ (VOB/A, Abschnitt 1) erfolgt, sowie den Verweisen auf die einschlägigen Rechtsvorschriften nebst Erklärungen nach dem LVG LSA, wie z.B. §§ 10, 13 Abs. 2 und 4 LVG LSA und 17 LVG LSA) ist der Geltungsbereich des LVG LSA eröffnet (vgl. S. 4-5).

Wenn die Bieter einerseits zur Einhaltung der einschlägigen Rechtsnormen der VOB/A und des LVG LSA aufgefordert sind, kann die Antragsgegnerin als Auftraggeberin sich nicht von der Verpflichtung zur Anwendung und Einhaltung dieser vergaberechtlichen Vorgaben freisprechen. Dabei kommt es im Ergebnis nicht darauf an, dass die Antragsgegnerin letztendlich eine Ordnungsverfügung nach SOG LSA gewählt hat, um die

Verfahrensbeteiligte zur Ausführung der Leistung zu verpflichten und das Vergaberecht möglicherweise zu umgehen.

Insbesondere hat die Antragsgegnerin zeitgleich am das vergaberechtliche Angebotsschreiben mit „beauftragt“ gekennzeichnet und mit Datum vom den Vertragsschluss schriftlich bestätigt. Dies wäre nicht notwendig gewesen, wenn es sich denn tatsächlich um eine reine Ordnungsverfügung nach SOG LSA gehandelt hätte. Auch die Verfahrensbeteiligte wies mit Schriftsatz vom 20. August 2013 auf den ihr zeitgleich zur Ordnungsverfügung erteilten Zuschlag hin.

Bei dem Auftrag handelt es sich damit um eine Bauleistung, deren Vergabe der Nachprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen unterliegt. Die erstellten Angebote der Bieter weisen einen voraussichtlichen Auftragswert unter 5,0 Mio. Euro ohne Umsatzsteuer auf. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro für die Vergabe von Bauleistungen entsprechend § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der der Zuschlagserteilung zu Grunde liegenden Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin kommt es in dieser Hinsicht nicht mehr an.

Eine Nachprüfung des Vergabeverfahrens durch die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist damit gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA eröffnet.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA.

Die Antragstellerin ist auch gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA antragsbefugt.

Voraussetzung ist, dass die Antragstellerin „Bieter“ im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 LVG LSA ist. Gegen diese Antragsbefugnis spricht auch nicht, dass die Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 2 LVG LSA kein Bieter im originären Sinne ist und auch ein Angebot nicht abgegeben hat bzw. abgeben konnte.

Die Antragstellerin hat sich gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17. Juli 2013 dahingehend geäußert, sich am Vergabeverfahren beteiligen zu wollen, sie aber nicht zum Teilnehmerkreis der aufgeförderten Unternehmen zugelassen worden sei. Damit hat sie ihr Interesse an der Auftragserteilung bekundet, was sich auch bereits daraus ergibt, dass sie dieses Nachprüfungsverfahren betreibt.

Dem Vortrag der Antragsgegnerin, dass bereits aufgrund der Tatsache, dass die Antragstellerin keinen Rechtsanspruch auf eine Nachprüfung hat, weil diese de facto nicht am Vergabeverfahren beteiligt wurde und somit gemäß dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 1 LVG LSA nicht in den Schutzbereich der „beteiligten Bieter“ fällt, kann nicht gefolgt werden.

Zwar ist es richtig, dass dem Wortlaut nach nur die am Vergabeverfahren „beteiligten Bieter“ in den Schutzbereich der Norm fallen. Im Ergebnis dieser Auslegung hätte der potentielle Bieter, der aufgrund von vergaberechtlichen Verstößen bei der Ausschreibung durch den öffentlichen Auftraggeber daran gehindert wurde, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen keinen Rechtsschutz nach den Vorschriften des LVG LSA. Diese Auslegung entspricht jedoch nicht dem erklärten Willen des Gesetzgebers.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich hinsichtlich der Intention des Gesetzgebers (vgl. Drucksache 6/644 08.12.2011 Seite 3), dass es Sinn und Zweck des Gesetzes sei, den Wettbewerb um die wirtschaftlich beste Leistung über Qualität und Innovation zu fördern und zu unterstützen. Die Vergabeentscheidungen unterhalb der entsprechenden Schwellenwerte der Richtlinien der Europäischen Union unterliegen bisher keinem Rechtsschutz. Dadurch könne die Durchsetzung rechtlich begründeter individueller Anliegen verhindert und das öffentliche Interesse an einem rechtmäßigen Handeln der Verwaltung sowie an einem wirtschaftlichen Umgang mit Haushaltsmitteln beeinträchtigt werden.

Hinsichtlich des § 19 führt der Gesetzgeber aus, dass die Regelung dazu diene, auch im Unterschwellenbereich den nachplatzierten Bieter den Informationsanspruch nach § 101a GWB zukommen zu lassen. Im Unterschwellenbereich fehle es zurzeit an einem kodifizierten Verfahren zur Gewährleistung eines Primärrechtsschutzes zugunsten eines übergangenen Bieters. Soweit sich für den erfolglosen Bieter überhaupt Unterlassungsansprüche ergeben können, seien diese bislang in aller Regel nicht durchsetzbar, weil sie jedenfalls mit Erteilung des Zuschlages untergingen. Faktisch seien die erfolglosen Bieter um eine Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes zumeist vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen.

Hieraus ergibt sich, dass die Tatbestandsvoraussetzung des „Bieters“ in Anlehnung des Rechtsschutzes nach dem LVG LSA an den bereits bestehenden Rechtsschutz des GWB ebenfalls entsprechend weit auszulegen ist. Insbesondere dient das LVG LSA dem Rechtsschutz übergangener Bieter. Damit ist auch ein Bieter, der infolge erheblicher Vergaberechtsverstöße durch den Auftraggeber an der Angebotsabgabe gehindert wurde zu diesem Kreis hinzuzuzählen.

So sieht es ebenfalls die Rechtsprechung der Vergabekammern oberhalb der Schwellenwerte. Hiernach ist auch ein Auftragsinteresse bei unterbliebener Angebotsabgabe anzunehmen, wenn der Auftragnehmer durch einen von ihm gerügten Vergaberechtsverstoß an der Abgabe bzw. Erstellung eines Angebotes gehindert wurde und insoweit in der Lage ist, in glaubhafter Weise sachliche Gründe für die unterlassene Angebotsabgabe darzulegen. Es reicht aus, wenn das Auftragsinteresse durch Rüge und nachfolgenden Nachprüfungsantrag dokumentiert wird (Beschluss der Vergabekammer Hessen vom 06.06.2013, Az: 69d VK-11/2013).

Es kommt damit nicht darauf an, ob die Antragstellerin tatsächlich ein Angebot abgegeben und dadurch eine Chance für die Auftragserteilung erlangt hat. Vielmehr sind auch Bewerber, die nach eigener Darstellung wegen eines behaupteten Verstoßes daran gehindert waren, ein Angebot abzugeben, antragsbefugt, da nur dann ein effektiver Rechtsschutz i.S.d. § 19 Abs. 2 S. 1 LVG LSA gewährleistet ist. Folgerichtig kann sich dann auch die Antragsgegnerin nicht auf die Nichteinhaltung der 7-Tagefrist zu Lasten der Antragstellerin berufen.

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens steht auch der bereits geschlossene Vertrag der Antragsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten nicht entgegen.

Der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten zur Errichtung eines Ersatzdeiches für den Damm ist unter Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 2 LVG LSA zustande gekommen und gemäß § 134 BGB nichtig.

Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA informiert der öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt die Information schriftlich, spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss, ab. Die Zuschlagserteilung ist nur zulässig, sofern innerhalb der 7 Kalendertage kein Bieter beanstandet bzw. bei Beanstandung des Vergabeverfahrens die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von vier Wochen das Vergabeverfahren beanstandet, (§ 19 Abs. 2 Satz 2 LVG LSA). Die Antragsgegnerin durfte damit den Zuschlag an die Verfahrensbeteiligte nicht erteilen, da sie die Frist nach § 19 Abs. 1 LVG LSA nicht eingehalten hat. Der Zuschlag wurde am 12. an die Verfahrensbeteiligte erteilt, die Information an die nicht berücksichtigten Bieter wurde jedoch erst am 17. versandt.

Damit ist der mit der Verfahrensbeteiligten geschlossene Vertrag unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht rechtswirksam zustande gekommen. Auf die fehlende Beteiligung und damit fehlende Information der Antragstellerin kommt es hierbei nicht mehr an, da bereits gegenüber den beteiligten Bietern die Vorgaben des § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA, die zur Nichtigkeit des Vertrages führen, nicht eingehalten worden sind.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet.

Für die Begründetheit ist es ausreichend, dass die Antragstellerin darlegt, dass sie durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert wurde. Dies ist hier der Fall, da die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre eine öffentliche Ausschreibung gemäß § 3 Abs. 2 VOB/A durchzuführen. Ein Rückgriff auf die Privilegierung des § 3 Abs. 5 VOB/A war der Antragsgegnerin im vorliegenden Fall versagt, da es für die Zulässigkeit einer Freihändigen Vergabe an der Dringlichkeit mangelte.

Vorliegend dokumentierte die Antragsgegnerin durch die Erstellung des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes zum 1. Juli 2013 ihren Entschluss zur Ausschreibung der streitbefangenen Leistung. Die Antragsgegnerin hätte somit zu diesem Zeitpunkt die Bekanntmachung der hier zwingend vorgeschriebenen öffentlichen Ausschreibung durchführen können. Geht man entsprechend dem Vortrag der Antragsgegnerin von einem Zeitraum der Leistungserbringung von 60 Kalendertagen aus und hält man einen Fertigstellungstermin zumOktober 2013 für notwendig und ausreichend, so ergibt sich für die Durchführung einer Öffentlichen Ausschreibung von der Bekanntmachung, über die Angebotsabgabe, die Angebotsauswertung, bis hin zum Vertragsschluss ein hierzu zur Verfügung stehender Zeitraum von 48 Kalendertagen.

Dieser Zeitraum reicht aus, um den Anforderungen des § 10 VOB/A an ein geordnetes Verfahren zu entsprechen. Damit steht kammerseitig fest, dass die Öffentliche Ausschreibung ohne weiteres möglich und damit auch rechtlich verpflichtend war. Ein Rückgriff auf die Freihändige Vergabe war der Antragsgegnerin somit verwehrt.

Der guten Ordnung halber weist die erkennende Kammer darauf hin, dass, unterstellt man die Freihändige Vergabe wäre zulässig gewesen, die Art der Durchführung nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht.

§ 10 VOB/A sieht für die Angebotsfrist auch bei Dringlichkeit mindestens 10 Kalendertage vor. Laut Aktenlage standen den beteiligten Unternehmen nicht mehr als 3 Kalendertage zur Verfügung.

Die Antragsgegnerin hat ferner den in § 2 Abs. 2 VOB/A normierten Grundsatz der Gleichbehandlung missachtet.

Die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen gebietet es, dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben. Dies setzt voraus, dass die Angebote aller Bieter den gleichen Bedingungen unterworfen sind.

Im vorliegenden Verfahren ist dies nicht der Fall. So geht aus dem vom der Stadt unterzeichneten Protokoll der Beratung „Hochwasserschutz Damm“ vom 9. hervor, dass dort die Verfahrensbeteiligte zugegen war und bereits zu Details des Bauvorhabens Stellung nahm.

Die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen sind jedoch erst am 10. an die anderen Bieter übersandt worden. Hier liegt eindeutig ein Wissensvorsprung der Verfahrensbeteiligten gegenüber den Bietern der Freihändigen Vergabe vor, der den Wettbewerb verfälscht und damit eine marktorientierte Konkurrenzsituation verhindert. Im

Ergebnis ist mit Besorgnis festzustellen, dass die Verfahrensbeteiligte bereits im Vorfeld unzulässigerweise bei der Gestaltung der Vergabeunterlagen einbezogen worden ist. Hieraus ergibt sich ein eklatanter Verstoß gegen die Vergabegrundsätze sowie eine erhebliche Benachteiligung der übrigen beteiligten Unternehmen.

Diese Rechtsverletzungen können nur dadurch beseitigt werden, indem ein den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Vergabeverfahren unter möglicher Beteiligung der Antragstellerin durchgeführt wird.

III. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA.

Die Kostenübernahme für Verfahrensbevollmächtigte ist im § 19 Abs. 5 LVG LSA nicht geregelt. Damit beinhaltet § 19 Abs. 5 LVG LSA keine vergleichbare Kostenregelung wie § 128 Abs. 1 - 4 GWB, der die Kosten des Verfahrens vor den Vergabekammern oberhalb des Schwellenwertes regelt.

Es ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die Regelungen des § 128 Abs. 1 – 4 GWB bekannt waren und er diese Regelungsinhalte bewusst und gewollt nicht mit in das Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt aufgenommen hat.

Entsprechend dem Akteneinsichtsbeschluss der 3. Vergabekammer vom 06.08.2013 (Az: 3 VK LSA 35/13) sind der Vergabekammer Kosten entstanden. Für die im Rahmen der Akteneinsicht angefallenen Kopierkosten hat die Antragstellerin **Euro** zu entrichten. Die Einzahlung dieses Betrages hat bis zum unter Verwendung des Kassenzeichen 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 den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

gez.

gez.