



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 2 Verg 5/13 vom 27.02.2014

AZ: 1 VK LSA 06/13

Halle, 18.10.2013

- § 20 EG VOL/A, § 97 Abs. 7 GWB, § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB
- Rügeverpflichtung bei Ankündigung auf Vergabevorbehalt
- Aufhebung nach § 20 EG Abs. 1c) und 1d) VOL/A
- Aufhebung der Aufhebung
- teilweise Wegfall der Beschaffungsabsicht

Eine Aufhebung nach § 20 EG VOL/A kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn Gründe vorliegen, die vom Auftraggeber nicht zu vertreten sind und ihm vorher auch nicht hätten bekannt sein konnten. Auch wenn Beschaffungsabsicht nur teilweise wegfällt, kann Vergabeverfahren aufgehoben werden. Die Ankündigung eines möglichen Verstoßes gegen Vergaberecht ist nicht mit Rechtsverstoß selbst vergleichbar. Rügeverpflichtung besteht nicht vor Berufung auf den Vergabevorbehalt.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte
.....Rechtsanwälte
.....

gegen

das
vertreten durch d.....,
vertreten durch d.....
.....

Antragsgegner

wegen

der gerügten Vergabeverstöße hinsichtlich der Aufhebung des Offenen Verfahrens zumhat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 26.09.2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz sowie des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Neumann beschlossen:

1. Der Antrag auf Aufhebung der Aufhebung sowie auf Wiederaufnahme und Fortführung des Vergabeverfahrens wird zurückgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig ist.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der Rechtsverfolgung der Antragstellerin.
4. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.
5. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom2013 auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) die Lieferung von Wärme zur Raumheizung und Trinkwarmwasserbereitung einschließlich der Betriebsführung und Instandhaltung der ebenfalls zu errichtenden Wärmeerzeugungsanlage, des bestehenden Nahwärmenetzes und der bestehenden Übergabestationen für die Liegenschaften in im Wege eines Offenen Verfahrens aus. Die Vertragslaufzeit sollte 10 Jahre betragen.

Ausweislich Punkt III.2.1) der Bekanntmachung hatten die Bieter ihre Eignung durch Eintragung in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. oder durch Eigenerklärungen gemäß dem Formblatt 124 nachzuweisen. Gelangte das Angebot eines nicht präqualifizierten Bieters in die engere Wahl, waren die im Formblatt angegebenen Bescheinigungen innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung vorzulegen. Be ruft sich der Bieter zur Erfüllung des Auftrages auf die Fähigkeiten anderer Unternehmen, so war die Nummer im Präqualifikationsverzeichnis oder die Erklärungen und Bescheinigungen gemäß Formblatt 124 auch für diese Unternehmen auf Verlangen vorzulegen. Das Formblatt 124 liege selbst bei.

Unter Ziffer IV.2.1) der Bekanntmachung wird als Zuschlagskriterium das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind, angegeben. Im Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebots verwies der Antragsgegner unter Ziffer 6 hingegen auf mehrere Wertungskriterien gemäß Formblatt. Diesem Formblatt ist das Wertungskriterium Preis mit einer Gewichtung in Höhe von 100% und einer Punktebewertung von 10 für das Angebot mit der niedrigsten Angebots-

summe zu entnehmen. Zusätzlich ist in der Tabelle angegeben, dass bei höchstem Energieeffizienzniveau ebenfalls 10 Punkte vergeben werden.

Darüber hinaus legte der Antragsgegner in den Bewerbungsbedingungen unter Punkt 2.2 wiederum fest, dass der Zuschlag bei Erfüllung aller Bedingungen der Leistungsbeschreibung und nachgewiesener Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters nach dem Kriterium des wirtschaftlichsten Angebotes, Kriterium Preis mit einer Gewichtung von 100%, erteilt werde.

Des Weiteren war ausweislich Punkt 2.3 der Bewerbungsbedingungen ein Vorbehalt der Auftragsvergabe formuliert. Demnach behält sich der Auftraggeber den Verzicht auf die Auftragserteilung zur Wärmelieferung/Contracting vor, wenn eine Vergleichsanalyse bei Eigenerrichtung und -betrieb der Anlage ein wirtschaftlicheres Ergebnis ergeben würde.

Ausweislich Punkt 6 des ebenfalls zu den Vergabeunterlagen zählenden Grundstücksnutzungsvertrages soll die gesamte Heizzentrale (ohne Gebäude) nebst Zubehör gemäß Anlagen zum Wärmeliefervertrag im Eigentum des Aufnehmers stehen.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 15.03.2013 gingen insgesamt sieben Hauptangebote und sieben Nebenangebote, darunter ein Hauptangebot und drei Nebenangebote der Antragstellerin, ein. Dem Vergabevorschlag des vom Auftraggeber beauftragten Büros vom 10.04.2013 ist zu entnehmen, dass für den Zuschlag der günstigste Mischpreis für Wärme im ersten Jahr ausschlaggebend sei und darüber hinaus für zukünftige Verbrauchs- und Preisentwicklungen keine genauen Aussagen getroffen werden könnten. Somit wurde empfohlen, den Zuschlag auf das 3. Nebenangebot der Antragstellerin zu erteilen. Am 23.04.2013 wurde zwischen dem Antragsgegner, dem beauftragten Büround der Antragstellerin ein technisches Klärungsgespräch geführt. Entsprechend des Vergabevermerkes, zuletzt unterzeichnet am 13.05.2013, wurde der Vergabeempfehlung auftraggeberseitig gefolgt.

Der darauffolgende Vergabevorschlag des beauftragten Büros vom 07.06.2013 sieht wiederum die Zuschlagserteilung auf das 3. Nebenangebot der Antragstellerin vor. Des Weiteren wird ausgeführt, dass der Eigenbetrieb wirtschaftlicher sei. Es sei nicht absehbar, wie sich der Gaspreis zum Ablauf der Lieferzeit aus der Gas Ausschreibung nach zwei Jahren, entwickle. Ebenso sei dem beauftragten Büro nicht bekannt, ob das Land Sachsen-Anhalt die nötigen Mittel bereitstellen könne.

In Folge dessen wurde ausweislich des Vergabevermerkes vom 13.06.2013 seitens des Antragsgegners vorgeschlagen, das Vergabeverfahren wegen Unwirtschaftlichkeit aufzuheben. Die Wirtschaftlichkeitsberechnung der Eigenversorgung mit Wärme auf der Basis des im September 2012 abgeschlossenen Gaslieferungsvertrages durch das Land habe ergeben, dass dies die wirtschaftlichste Lösung sei. Diese Aufhebungsentscheidung wurde den Bietern mittels Fax-Schreiben vom 14.06.2013 bekanntgegeben. Darin wurde mitgeteilt, dass das Vergabeverfahren aufgehoben wird, weil nach § 20 EG Abs. 1c) VOL/A kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei und Widersprüche in den Vergabeunterlagen sowie Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Transparenzgebotes nach § 20 EG Abs. 1d) VOL/A bestünden. Derzeit werde geprüft, ob eine neue Ausschreibung in gleicher oder veränderter Form erfolgen werde.

Daraufhin erwiderte die Antragstellerin mittels Fax-Schreibens vom 17.06.2013, dass die lediglich pauschal mitgeteilten Gründe nicht nachvollziehbar seien und eine Aufhebung nicht stützen könnten. Insbesondere sei nicht erkennbar, wieso die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt habe, wesentliche Widersprüche in den Vergabeunterlagen vorlägen oder gegen das Transparenzgebot verstoßen worden wäre.

In Erwiderung des Rügeschreibens teilte der Antragsgegner per Fax am 19.06.2013 der Antragstellerin seine Nichtabhilfeentscheidung mit. Weiterhin wurde darüber informiert, dass sich unter Berücksichtigung der Analyse des beauftragten Büros vom 07.06.2013 die Eigenerrichtung/-betrieb mit dem durch das Land im Jahre 2012 abgeschlossenen Wärmeliefervertrag als wirtschaftlichste Lösung darstelle. So habe der Antragsgegner vom Vorbehalt Gebrauch ge-

macht und die Ausschreibung aufgehoben. Außerdem müsste die Aufhebung auch erfolgen, da der bloße Verweis in der Bekanntmachung auf das Formblatt 124 einen Verstoß gegen das Transparenzgebot darstelle. Ebenso gebe es hinsichtlich der Formblätter 631 EU und 227 unzulässige Widersprüche. Gemäß dem Formblatt 631 EU habe man bekanntgemacht, dass es mehrere Wertungskriterien gebe. Im Formblatt 227 finde sich jedoch lediglich das alleinige Zuschlagskriterium „Preis“. In diesem Falle scheidet eine Wertung von Nebenangeboten aus.

Nach erfolglosem Rügen ließ die Antragstellerin am 03.07.2013 mit anwaltlichem Schriftsatz per Fax bei der erkennenden Kammer einen Nachprüfungsantrag stellen, der dem Antragsgegner am 04.07.2013 zugesandt wurde. Gleichzeitig wurde er darüber informiert, dass die Vergabekammer die Rechtmäßigkeit der Aufhebung überprüfen wird. Er wurde aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass die Aufhebung willkürlich erfolgt und ein sachlicher Grund nicht erkennbar sei. Es läge daher eine unzulässige Scheinaufhebung vor. Dazu passe, dass im Aufhebungsschreiben eine erneute Ausschreibung in gleicher Sache angekündigt worden sei, während der Antragsgegner nunmehr behaupte, die Eigenrichtung sowie den Eigenbetrieb der Anlage als angeblich wirtschaftlichste Lösung in Betracht zu ziehen. Gänzlich unklar sei, welche Rolle der angeblich 2012 abgeschlossene Wärmeliefervertrag spielen solle. Schließlich sei Anfang 2013, nach Abschluss des behaupteten Vertrages, erst die in Rede stehende Leistung für die Dauer von 10 Jahren ausgeschrieben worden.

Im Übrigen könne zwar zugestanden werden, dass der bloße Verweis in den Ausschreibungsunterlagen auf das Formblatt 124 ausweislich einer Entscheidung der Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt tatsächlich nicht den Anforderungen des Vergaberechtes genüge und einen Verstoß gegen das Transparenzgebot darstelle, dies rechtfertige jedoch keine Aufhebung der Ausschreibung. Zudem existiere schon kein Vergabefehler, denn aus der Formulierung in der Bekanntmachung ergebe sich, dass die Vergabeunterlagen und damit auch das Formblatt sofort zum Download bereit und somit schon mit der Bekanntmachung einsehbar gewesen seien. Selbst wenn ein Vergabeverstoß durch den bloßen Verweis auf das Formblatt vorgelegen hätte, könnte das Vergabeverfahren unter Einbeziehung aller Angebote fortgesetzt werden, auch wenn diese die unwirksam gestellten Eignungsanforderungen des Formblattes 124 nicht erfüllten. Hier würde sich zunächst erst einmal die Frage stellen, inwieweit nicht ausschließlich präqualifizierte Unternehmen überhaupt ein Angebot abgegeben hätten. Ein Vergabefehler könne nur dann einen sachlichen Grund für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens darstellen, wenn das Verfahren ohne Behebung des Fehlers nicht ordnungsgemäß zu Ende geführt werden könnte. Selbst im Falle des Vorliegens dieses sachlichen Grundes müsste die Aufhebung außerdem verhältnismäßig sein. So sei er nicht gerechtfertigt bzw. verhältnismäßig, wenn sich der Fehler der Vergabestelle im Vergabeverfahren gar nicht auswirke. Im vorliegenden Fall müsste die Antragstellerin als präqualifizierte Bieterin schon nicht die Eignung nach dem Formblatt nachweisen. Unabhängig davon habe sie auf Wunsch der Vergabestelle die genannten Nachweise vorgelegt und so die Eignung auch anhand der vermeintlich unwirksam gestellten Anforderungen nachgewiesen.

Gleiches gelte hinsichtlich der Formblätter 631 EU und 227. Hinsichtlich der Angabe der Wertungskriterien seien die Vergabeunterlagen in ihrer Gesamtheit als sinnvolles Ganzes auszulegen. Eine solche Auslegung ergebe hier zweifelsfrei, dass ausweislich des Formblattes 227 die Gewichtung des Preises mit 100% einziges Wertungskriterium sein solle. Zusätzlich finde sich die eindeutige Angabe auch unter Ziffer 2.2 der Bewerbungsbedingungen.

Des Weiteren bestehe auch kein sachlicher Grund für eine Aufhebung der Ausschreibung, weil Nebenangebote zugelassen waren, obwohl das alleinige Zuschlagskriterium der Preis sei. Der BGH habe im Beschluss vom 23.01.2013, Az: X ZB 8/11, entschieden, dass Nebenangebote auch beim einzigen Zuschlagskriterium Preis zu werten seien. Außerdem gelte auch hier, dass ein sachlicher Grund nur vorliege, wenn sich der behauptete Fehler auf die Vergabeentscheidung überhaupt auswirken würde. Der Auftraggeber habe wahrscheinlich noch nicht

einmal geprüft, inwieweit das wirtschaftlichste Angebot ein Nebenangebot sei und gleichzeitig das wirtschaftlichste Hauptangebot von einem anderen Bieter stamme. Denn nur dann würde sich die Frage, ob Nebenangebote eingereicht werden durften oder nicht, auf die Vergabeentscheidung auswirken. Im vorliegenden Fall habe jedoch die Antragstellerin die ersten vier Ränge in der Wertung eingenommen. Selbst wenn die Nebenangebote nicht wertbar wären, könnte das Hauptangebot der Antragstellerin bezuschlagt werden. Somit wäre eine Aufhebung unverhältnismäßig.

Selbst wenn die Vergabekammer zur Entscheidung käme, die Aufhebungsentscheidung sei nicht willkürlich und unverhältnismäßig, so wäre jedenfalls der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung zulässig und begründet. Das Feststellungsinteresse folge bereits aus der Möglichkeit der Antragstellerin, als wirtschaftlichste Bieterin Schadensersatzansprüche wegen der Aufhebung geltend zu machen. Selbst wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund für die Aufhebung bestehe, bedeute dies noch nicht, dass auch ein Aufhebungsgrund im Sinne des § 20 EG VOL/A vorliege. Ein solcher sei nicht gegeben. Gemäß § 20 EG Abs. 1c) VOL/A könne ein Vergabeverfahren aufgehoben werden, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei. Nach der Rechtsprechung des BGH sei dies der Fall, wenn die vor der Einleitung der Ausschreibung vorgenommene sorgfältige und realistische Kostenschätzung der Vergabestelle aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheine und die im Vergabeverfahren abgegebenen Gebote ganz beträchtlich darüber lägen. Hieraus sei zu folgern, dass ein Aufhebungsgrund nicht etwa bestünde, wenn die Vergabe teurer als die Eigenerledigung sei. Vielmehr müsste das Ausschreibungsergebnis schon ganz erheblich über den Kosten der Eigenerledigung liegen, damit eine Aufhebung gerechtfertigt wäre. Hätte die Kostenschätzung bereits damals über den Kosten der Eigenerledigung gelegen, könnte das Ausschreibungsergebnis bereits deshalb keinen Aufhebungsgrund darstellen, da dieser Umstand bereits vor Einleitung der Ausschreibung bekannt gewesen sein müsste. Läge die Kostenschätzung nicht über dem jetzigen Ergebnis, greife ausweislich der Rechtsprechung des BGH schon deshalb kein Aufhebungsgrund. Nicht maßgeblich sei insoweit, der Vergabevorbehalt in den Bewerbungsbedingungen. Der Antragsgegner könne weder in seinen Vergabebedingungen zusätzliche Aufhebungsgründe definieren, noch könne der allgemeine Vorbehalt eine Anforderung an den Auftragsgegenstand darstellen. Dazu hätte die Preisobergrenze schon fest beziffert werden müssen.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sei die Antragstellerin hinsichtlich des formulierten Vergabevorbehaltes mit der Beanstandung der erfolgten Aufhebung nicht präkludiert. Hier habe der Antragsgegner einen rein hypothetisch möglichen Verstoß gegen Vergaberecht angekündigt. Diese vagen Anhaltspunkte würden für eine Präklusion nicht ausreichen. Ausweislich des Beschlusses des OLG Naumburg könne eine Rügeobliegenheit frühestens mit dem Begehen des Vergabeverstößes, nicht mit dessen Ankündigung entstehen. Zudem gehe es hier gerade darum, dass die größere Wirtschaftlichkeit einer Eigenerledigung vom Auftraggeber nur vorgeschoben sei. In der Begründung der Aufhebung habe der Antragsgegner diesen Grund nicht benannt. Zudem sei im Vorbehalt keine Rede von einem bestehenden Wärmelieferungsvertrag gewesen. Die hier vorgenommene Aufhebung könnte somit nicht unter den Aufhebungsvorbehalt fallen. Vor allem aber sei der Aufhebungsgrund vom Auftraggeber selbst verschuldet worden. Er habe selbst eingeräumt, dass in grob fahrlässiger Weise der bestehende Wärmeliefervertrag nicht berücksichtigt worden sei.

Außerdem könne keinesfalls damit eine Aufhebung gerechtfertigt werden, wenn dies nicht vorab im Vergabevermerk dokumentiert worden sei. Offensichtlich habe eine vorherige Festlegung im Vergabevermerk nicht bestanden, denn erst nach Vorlage der Angebote berufe sich der Antragsgegner auf besagte Analyse der Eigenerrichtung. Könnte der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt noch beliebig Kostengrenzen definieren, bei deren Überschreitung er nicht vergebte, könnte die Aufhebung beliebig zum Instrument für die Korrektur nicht gewünschter Submissionsergebnisse geraten.

Auch könnten keine schwerwiegenden Gründe gemäß § 20 EG Abs. 1d) VOL/A angeführt werden, denn diese müssten erst nach Beginn der Ausschreibung eingetreten sein oder hätten dem Auftraggeber vorher zumindest nicht bekannt sein dürfen. Wäre vorliegend tatsächlich von Vergabefehlern auszugehen, seien diese vom Auftraggeber schuldhaft verursacht

worden. Denn Entscheidungen dazu, dass der bloße Verweis auf das Formblatt 124 nicht ausreiche, hätten schon vor Einleitung der Ausschreibung vorgelegen. Ebenso habe der Antragsgegner die Problematik der unzulässigen Nebenangebote beim alleinigen Zuschlagskriterium Preis bereits in seinen Vergabeunterlagen formuliert. Denn dort finde sich unter Ziffer 6 Angebotswertung ein Ankreuzfeld mit der Bezeichnung „Wertungskriterium Preis (Nebenangebote nicht zugelassen)“.

Im Übrigen habe der Antragsgegner bislang weder für das Vorliegen der Analyse vom 07.06.2013 noch für den Abschluss des Wärmeliefervertrages Beweis angetreten, dass sich daraus die Unwirtschaftlichkeit der Vergabe ergebe. Da die Wärmeerzeugungsanlagen der hier in Rede stehenden Liegenschaften bisher mit Öl betrieben wurden und nunmehr eine Umstellung auf Gas beabsichtigt sei, könne sich die Antragstellerin nicht erklären, wieso es für diese Liegenschaften einen Wärmeliefervertrag geben sollte, aus dem der Antragsgegner in Zukunft Wärme beziehen könnte. Sollten die Kosten der Eigenerledigung relevant für die Rechtmäßigkeit der Aufhebung sein, zweifelt die Antragstellerin an, dass diese der Antragsgegner zutreffend ermittelt habe. Ausweislich des Vergabevorschlags vom 07.06.2013 resultiere der günstige Mischpreis der Eigenversorgung aus den vergleichsweise geringen Anlagenkosten (Leistungspreis). Diese könnten beim Antragsgegner noch gar nicht feststehen, da die zu Grunde liegenden Leistungen ausgeschrieben werden müssten. Es sei fraglich, auf welcher Grundlage hier geringe Anlagenkosten geschätzt worden seien. Dies sei umso problematischer, wenn die Kostenermittlung, was der Fall zu sein scheint, im Nachhinein und in Kenntnis der Angebote erfolgt sei. Ferner habe man wahrscheinlich der Berechnung einen Preis des zweijährigen Wärmeliefervertrages zu Grunde gelegt. Ein seriöser Vergleich mit den Angeboten aus der Ausschreibung, deren Preise für 10 Jahre gelten sollen, sei nicht möglich. Es sei auch unklar, nach welchen Maßstäben das Contracting verglichen worden sei. Eigenversorgung und Contracting seien schon wegen der Risikoverteilung kaum vergleichbar. Diese Entscheidung müsse daher vor einem Vergabeverfahren getroffen werden.

Darüber hinaus würden weder das Hauptangebot noch die Nebenangebote Mängel aufweisen, die zur Unbegründetheit führen könnten. Soweit der Antragsgegner ausführe, das 2. und 3. Nebenangebot seien nicht zuschlagsfähig, sei dies irrelevant. Denn durch die unberechtigte Aufhebung würde der Antragstellerin dennoch ein Schaden entstehen, da sie noch ein zuschlagsfähiges 1. Nebenangebot und das Hauptangebot abgegeben habe. Außerdem sei die Umrüstung der vorhandenen Kessel auf Erdgas sehr wohl gleichwertig. Sofern diese Lösung von den Vergabeunterlagen abweiche, sei dies unproblematisch und gehöre gerade zum Wesensgehalt eines Nebenangebotes. Das Ziel des Antragsgegners, die Belieferung mit Wärme sicherzustellen, werde ebenso erreicht.

Auch dürften die Angebote nicht ausgeschlossen werden, denn die Antragstellerin könnte sehr wohl die Wärmeversorgung der Liegenschaften während der Bauphase über einen der bestehenden Ölkessel sicherstellen. Weiterhin wäre der Ausschluss der Angebote wegen fehlender Eignungsnachweise für Nachunternehmer vergaberechtswidrig, denn die Montage- und Installationsleistungen seien schon nicht als Nachunternehmerleistungen anzusehen. Ausgeschrieben sei die Wärmelieferung mit dem Betrieb einer Heizzentrale vor Ort. Etwaige Bau- oder Lieferleistungen, die zur Installation der hierfür vorhandenen Anlagentechnik notwendig seien, stellten keine ganzen oder teilweisen Auftragsübernahmen dar. Die Wärmelieferung einschließlich Anlagenbetrieb übernehme allein die Antragstellerin. Die vom Auftragnehmer zu errichtende Anlage bleibe nach dem Grundstücksnutzungsvertrag jederzeit in seinem Eigentum. Bei der Anlagenerrichtung handele es sich nicht um einen Ausschnitt aus den für den Auftraggeber zu erbringenden Leistungen, sondern vielmehr um die Schaffung von Voraussetzungen für die Lieferfähigkeit, worin keine Nachunternehmerleistung liege. Im Übrigen sei an keiner Stelle, auch nicht in der Bekanntmachung die Vorlage von Eignungsnachweisen der Nachunternehmer verlangt. Eine diesbezügliche Forderung dieser Unterlagen mit Angebotsabgabe sei nach gefestigter Rechtsprechung in der Regel unzumutbar und daher unzulässig.

Schließlich spreche einiges dafür, dass vorliegend eine Scheinaufhebung stattgefunden habe. Aus Sicht der Antragstellerin sei anzunehmen, dass Dritte mit Leistungen betraut werden, die Gegenstand des Vergabeverfahrens waren. Da die Aufhebung u. a. mit einem Vertrag über

eine Gaslieferung begründet werde, könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsgegner nun selbst die Kessel auf Erdgas umrüste bzw. umrüsten lasse. Inhalt des Nebenangebotes 3 der Antragstellerin sei die Umrüstung der bisherigen Kesselanlage auf Erdgasbetrieb. So liege die Annahme nahe, dass das Vergabeverfahren lediglich einer Markterkundung gedient habe. Dies gelte umso mehr, wenn die Eigenlösung des Antragsgegners Neben- bzw. Hauptangeboten entspreche. Der Schadensersatzanspruch, der sich aus einer rechtswidrigen Aufhebung des Vergabeverfahrens ergebe, würde sich um den Anspruch erhöhen, der sich aus den Planungsleistungen für die Angebote, die sich der Antragsgegner nutzbar mache, ergebe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners aufzuheben und die Wiederaufnahme und Fortführung des Vergabeverfahrens anzuordnen,
2. hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig war,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären sowie
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zu verwerfen bzw. abzuweisen sowie
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner trägt vor,

dass der von der Antragstellerin dargelegte Sachverhalt das tatsächliche Geschehen zum Ausschreibungsverfahren der Herstellung einer neuen Wärmeerzeugungsanlage als Eigenbau oder alternativ als Betreibermodell im Wesentlichen richtig wiedergegeben sei.

Mit Vorliegen der überarbeiteten Wirtschaftlichkeitsbetrachtung habe die Prüfung ergeben, dass sich Eigenbetrieb/-errichtung der Anlage als die wirtschaftlichste Lösung erwiesen habe. In dessen Folge seien die Bieter über die Aufhebung des Vergabeverfahrens informiert worden. Aus der Begründung des Informationsschreibens sei eindeutig ersichtlich, dass der Vergabewillen des Antragsgegners nicht mehr bestehe. Weiterhin seien die Bieter darauf hingewiesen worden, dass geprüft werde, ob eine Ausschreibung eines Wärmeliefercontractingmodells in gleicher oder veränderter Form erfolgen solle. Denkbar sei auch, vollumfänglich von der Beschaffungsabsicht Abstand zu nehmen und für die Laufzeit des bestehenden Wärmeliefervertrages die bestehende Heizanlage zu nutzen und nach diesem Zeitraum ein Contractingmodell neu auszuschreiben. Da gleichfalls die Sanierung der bestehenden Anlage Gegenstand der Überlegungen eines zu überarbeiteten Leistungsspektrum gewesen sei, wäre es falsch gewesen im Formblatt 352 des Vergabehandbuches des Bundes (VHB) auszuführen, dass es nicht beabsichtigt sei, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen. Dies hätte einer generellen Einstellung des Vergabeverfahrens entsprochen, im Gegensatz zu dessen Aufhebung.

Die von der Antragstellerin beantragte Fortführung des Vergabeverfahrens sei grundsätzlich auf die Erteilung eines Zuschlags gerichtet. Im Hinblick auf die Rechtsprechung bestehe jedoch keine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Erteilung eines Zuschlages bzw. gebe es keinen Kontrahierungszwang.

Eine Aufhebung sei insbesondere dann rechtmäßig, wenn sie aufgrund eines im § 20 EG VOL/A abschließend geregelten Grundes erfolge und stelle daher keine Scheinaufhebung dar. Im Rahmen der streitgegenständlichen Aufhebung der Ausschreibung habe ein solcher Grund nach § 20 EG Abs. 1c) VOL/A vorgelegen. Das Vorliegen eines wirtschaftlich unakzeptablen Ergebnisses sei immer dann anzunehmen, wenn trotz ordnungsgemäßer vertretbarer Kostenschätzung und Bereitstellung entsprechender Finanzmittel nur Angebote vorliegen, welche über der Kostenschätzung lägen. Dies sei hier der Fall. Denn es habe sich erst mit Überarbeitung der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ergeben, dass die Eigenfinanzierung der Maßnahme unter Berücksichtigung des bereits geschlossenen Gasliefervertrages wirtschaftlicher sei. Die bis zu diesem Zeitpunkt nicht berücksichtigte Einbeziehung des Gasliefervertrages habe den Kostenvergleich maßgeblich beeinflusst und der ursprünglichen Beschaffungsabsicht nicht zu Grunde gelegen. Der eigentliche Bedarf, nämlich die Wärmelieferung der Liegenschaften sei mithin tatsächlich nicht existent gewesen. Diese Erkenntnis habe der Antragsgegner jedoch erst bei der Überprüfung des Vergabevorschlags gewonnen. Der Nachteil der Dittleistung und die Verpflichtung des Auftraggebers zur sparsamen Verwendung öffentlicher Gelder stelle ebenfalls einen schwerwiegenden Grund nach § 20 EG Abs. 1d) VOL/A dar, der die Aufhebung rechtfertige.

In diesem Zusammenhang sei zu erwähnen, dass in Pos. 2.3. der Bewerbungsbedingungen auf den Vorbehalt des Absehens von der Vergabe bei wirtschaftlicherem Eigenbau-/ betrieb hingewiesen worden sei. Der in den Vergabeunterlagen bekannt gegebene Vergabevorbehalt müsse nicht die Kosten der Eigenerrichtung bzw. des Eigenbetriebs enthalten. Es sei nicht nachvollziehbar, welche Relevanz diese Information für die Antragstellerin habe. Die Kalkulation des eigenen Angebots könne durch die Bieter hiervon völlig unabhängig erfolgen. Sofern die Antragstellerin diesen Vorbehalt angreift, sei eine entsprechende Rügepräklusion bereits eingetreten, da dies bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätte gerügt werden müssen.

Weiterhin seien die Vergabeunterlagen teilweise in sich widersprüchlich. Während ausweislich der Bekanntmachung als Zuschlagskriterium das wirtschaftlichste Angebot in Bezug auf die in den Verdingungsunterlagen aufgeführten Kriterien benannt sei, werde in Pos. 2.2 der Bewerbungsbedingungen lediglich der Preis mit einer Gewichtung von 100% genannt. Ähnliches gelte hinsichtlich des Formblattes 631 EU, welches auf mehrere Wertungskriterien gemäß Formblatt verweise und dann dort wiederum jedoch nur den Preis mit 100% aufführe. Aufgrund dieser widersprüchlichen Angaben, nach welchen gerade nicht deutlich sei, ob nun das wirtschaftlich günstigste Angebot bezuschlagt werden soll oder das Angebot mit dem niedrigsten Preis, dürften entsprechende Verstöße gegen den Transparenzgrundsatz und das Gebot der Klarheit und Verständlichkeit der Vergabeunterlagen zu umfassenden Rügemöglichkeiten der einzelnen Bieter im Falle einer beabsichtigten Zuschlagserteilung führen.

Hinsichtlich der Zulässigkeit von Nebenangeboten in Verbindung mit dem alleinigen Wertungskriterium Preis sei festzuhalten, dass der BGH im Beschluss vom 23.01.2013 gerade keine abschließende Entscheidung getroffen habe. Im Falle einer Entscheidung in der Hauptsache hätte der BGH die streitgegenständliche Frage dem EuGH vorgelegt, was jedoch aufgrund der Erledigung des Verfahrens nicht notwendig gewesen sei. Der Antragsgegner mache sich in diesem Zusammenhang die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf vom 02.11.2011 nebst des klaren Wortlautes des Artikel 53 Abs. 1 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG zu eigen. Die Volltextveröffentlichung dieses Beschlusses habe zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens aber aufgrund der kurzen Zeitspanne zwischen der Entscheidung des BGH und der Veröffentlichung noch nicht vorgelegen. Hier sei somit aufgrund der v. g. massiven Diskrepanzen bei den Vergabeunterlagen nicht mehr von einem sinnvollen Ganzen auszugehen. Es sei festzuhalten, dass der Antragsgegner die Regelungen des VHB aufgrund der Erlasslage zu beachten habe. Demnach seien widersprüchliche Angaben in Bekanntmachung und Vergabeunter-

lagen sowie das alleinige Zuschlagskriterium Preis bei Nebenangeboten unzulässig. Dies ergebe sich bereits aus dem Formblatt 631 EU des VHB.

Des Weiteren genüge der bloße Verweis auf die Erklärungen und Unterlagen des Formblatts 124 in der Bekanntmachung nicht dem Transparenzgebot. Ausweislich des Beschlusses der 2. VK des LSA vom 15.02.2013 dürften die im Formblatt 124 angegebenen Kriterien der Eignungsprüfung nicht zu Grunde gelegt werden, wenn diese nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden seien. Im dortigen Verfahren sei keine Rüge eines Bieters erfolgt, weshalb der Einwand der Antragstellerin, dies habe niemand gerügt und somit könnte es keine Aufhebungsentscheidung begründen, nicht trage. Zur Beseitigung dieses schwerwiegenden Vergabefehlens in diesem Nachprüfungsverfahren habe man dem Antragsgegner zwei Möglichkeiten eingeräumt. Entweder die Eignungsprüfung ohne die Kriterien aus dem Formblatt 124 oder die Aufhebung der Ausschreibung vorzunehmen. Vorliegend geht der Antragsgegner davon aus, dass es seine Pflicht sei, auch selbst erkannte Vergabefehler zu beheben, selbst wenn dies kein Bieter rüge. Im Hinblick auf die Tatsache, dass präqualifizierte und nicht präqualifizierte Bieter Angebote abgegeben hätten, wäre eine Eignungsprüfung unter Verzicht auf die Anforderungen des Formblattes 124 eine den Wettbewerb beschränkende Ungleichbehandlung der Bieter. Mithin sei die Aufhebung die einzige Möglichkeit den Vergaberechtsverstoß nachhaltig zu beseitigen. Auch konnte der Antragsgegner nicht vorher reagieren, denn die Entscheidung der 2. VK sei erst zeitlich nach der Bekanntmachung des in Rede stehenden Ausschreibungsverfahrens erfolgt. Mithin sei der Antrag im Ergebnis als unbegründet zu bezeichnen.

Fortführend sei die Behauptung der Antragstellerin nicht nachzuvollziehen, dass ihre Angebote die ersten vier Wertungsränge belegen würden. Ohne Berücksichtigung des Eigenbetriebes als günstigste Variante und unabhängig von der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung der Nebenangebote ergäbe sich keineswegs ein Obsiegen der Antragstellerin, da es den Nebenangeboten an der erforderlichen Gleichwertigkeit fehle. Vorliegend sollte unstrittig sein, dass mangels Gleichwertigkeit das 2. und 3. Nebenangebot der Antragstellerin ohnehin auszuschließen gewesen wären. In Ermangelung der ausgeschriebenen Demontage und Entsorgung der vorhandenen Wärmeerzeugungsanlage fehle es den Nebenangeboten an der technischen Gleichwertigkeit, da nur die Beibehaltung der vorhandenen Anlagentechnik angeboten worden sei. Hingegen bestimmten die für den öffentlichen Dienst zutreffenden technischen Richtlinien, dass die von der Antragstellerin gewählte technische Lösung nicht dem Stand der Technik entspreche. Die Altersstruktur der vorhandenen Anlagen und die ausgeführte Bauweise könnten selbst bei einer Sanierung nicht den erforderlichen technischen Standard erreichen und wären mit nicht vertretbaren Wirkungsgradverlusten verbunden. Darüber hinaus enthalte keines der Angebote der Antragstellerin eine Aussage dazu, wie die Wärmeversorgung der Liegenschaften während der Bauphase zu gewährleisten sei. Letztlich seien damit sowohl das Hauptangebot als auch die Nebenangebote der Antragstellerin nicht zuschlagsfähig.

Im Nachgang der mündlichen Verhandlung trägt der Antragsgegner auf ausdrückliche Aufforderung der erkennenden Kammer mit Schreiben vom 09.10.2013 ergänzend vor, dass über die Gaslieferung aus dem Rahmenvertrag hinaus das Land zur Herstellung der verfahrensgegenständlichen Wärmeversorgung auch beim beabsichtigten Eigenbetrieb sowohl die zunächst notwendigen Errichtungsleistungen als auch die später anfallenden Wartungsleistungen an Dritte vergeben müsste. Die wesentlichen Unterschiede zu einer Contracting-Lösung bestünden darin, dass das Land auch bei der Inanspruchnahme Dritter selbst die Herrschaft über die Errichtung und den Betrieb der Anlage behalte, deren Eigentümer sei und sowohl das Betriebs- als auch das Haftungsrisiko trage.

Der Antragstellerin ist ausweislich des Beschlusses vom 05.09.2013 Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich jedoch nicht auf die Preisermittlung des Antragsgegners, die Unterlagen der Mitbewerber, die Auswertungsunterlagen, die Inhalte aus diesen Unterlagen enthalten, die Dokumentation der Eröffnungsverhandlung bzw. auf solche Unterlagen, die Informationen über diese enthalten.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt - vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt A § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 17.04.2013, MBl. LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Wärmeliefervertrag inklusive der Betriebsführung und Instandhaltung der ebenfalls zu errichtenden Wärmeerzeugungsanlage mit dem dazugehörigen Nahwärmenetz und den bestehenden Übergabestationen ist als ein öffentlicher Auftrag nach § 99 Abs. 2 anzusehen. Gemischte Verträge sind nach den Regeln zu behandeln, die für ihren Inhalt prägend sind. Die Lieferung von Wärme überwiegt in der vorliegenden Ausschreibung die enthaltenen Bauelemente, so dass von einem Liefervertrag auszugehen ist.

Der maßgebliche Schwellenwert von 200.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV ist für dieses Vorhaben überschritten.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist zudem nach § 107 Abs. 2 GWB befugt, einen Antrag zu stellen. Aufgrund des im Schriftverkehr dargelegten möglichen Schadens ist zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB auszugehen.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Ausschreibung durch den Antragsgegner aufgehoben wurde. Auch die Aufhebung einer Ausschreibung unterliegt der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Somit umfasst die Nachprüfung öffentlicher Aufträge auch die Einhaltung der Regelungen zu den Aufhebungstatbeständen. Dieser Vortrag ist folglich für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Den Erfordernissen des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB wurde ebenso genügt. Die Rüge hinsichtlich der Aufhebung des Vergabeverfahrens erfolgte nach der schriftlichen Mitteilung des Antragsgegners vom 14.06.2013 unverzüglich am 17.06.2013.

Dem steht auch nicht, wie der Antragsgegner meint, die Präklusion des Rügevortrages bezüglich der Geltendmachung des Vergabevorbehaltes entgegen. Der in den Bewerbungsbedingungen benannte Vorbehalt der Auftragsvergabe stellt darauf ab, dass sich der Auftraggeber einen Verzicht auf Auftragserteilung vorbehält, wenn eine Vergleichsanalyse ergebe, dass bei

Eigenerrichtung und -betrieb der Anlage sich ein wirtschaftlicher Vorteil begründen lässt. Dies ist lediglich die Ankündigung eines möglichen Verstoßes gegen das Vergaberecht und nicht mit einem Rechtsverstoß selbst vergleichbar. Eine Rügeverpflichtung bestand diesbezüglich nicht vor der Berufung des Antragsgegners auf den Vergabevorbehalt.

Mittels Faxschreibens des Antragsgegners vom 19.06.2013 erhielt die Antragstellerin Kenntnis von der Erfolglosigkeit ihres Rügevortrages. Der mit anwaltlichem Schriftsatz per Fax am 03.07.2013 bei der erkennenden Kammer eingegangene Nachprüfungsantrag wurde somit innerhalb der gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB vorgeschriebenen Antragsfrist von 15 Tagen gestellt.

Zudem erfüllt der Vortrag der Antragstellerin die Voraussetzungen an einen ausreichend substantiierten Vortrag im Sinne des § 108 GWB.

Der Hauptantrag der Antragstellerin auf Aufhebung der Aufhebung und Wiederaufnahme und Fortführung des Vergabeverfahrens ist unbegründet.

Die Antragstellerin ist durch die Aufhebung im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB nicht in ihren Rechten verletzt. Sie hat keinen Anspruch darauf, dass die Aufhebung rückgängig gemacht und das Verfahren fortgeführt wird. Denn die Aufhebung ist zu dulden. § 20 EG VOL/A legt die eher eng auszulegenden Voraussetzungen für eine gerechtfertigte Aufhebung fest. Unabhängig vom Eingreifen dieser Voraussetzungen darf ausweislich der Rechtsprechung des OLG Naumburg, Az: 1 Verg 6/06 vom 13.10.2006, eine Ausschreibung grundsätzlich auch dann aufgehoben werden, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Dies ist z. B. beim Wegfall der Beschaffungsabsicht der Fall.

Vorliegend wird vom Antragsgegner vorgetragen, dass er hinsichtlich der Lieferung von Gas für die in Rede stehenden Liegenschaften in den bestehenden Rahmen-Gasliefervertrag bis zum 01.01.2015 eintreten wird. Des Weiteren erklärt er, dass die Leistungen hinsichtlich der Errichtung und der später anfallenden Wartung der Heizungsanlage zukünftig durch Dritte erfolgen müssen. Im Gegensatz zur ursprünglich ausgeschriebenen Leistung, wo ausweislich Punkt 6 des „Grundstücksnutzungsvertrages für den Betrieb einer Heizzentrale“ der Auftragnehmer Eigentümer der gesamten Heizzentrale nebst Zubehör ist, soll nunmehr der Antragsgegner selbst Eigentümer der zu errichtenden Anlage sein. Jeder einzelne vorgetragene Aspekt stellt für sich bereits eine erhebliche Änderung der zu beschaffenden Leistung dar, die zumindest teilweise einem Wegfall der Beschaffungsabsicht gleichkommt. Es war daher möglich, das Vergabeverfahren aufzuheben.

Würde eine Aufhebung nur möglich sein, wenn die Beschaffungsabsicht in Gänze entfielen, so käme dies einem Kontrahierungszwang gleich. Ein solcher besteht nach einhelliger Rechtsauffassung nicht. Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, ob der bestehende Rahmen-Gasliefervertrag eine Erhöhung der benötigten Kapazität überhaupt zulässt bzw. die noch verbleibende Vertragslaufzeit bis zum 01.01.2015 überhaupt geeignet ist, die ausgeschriebene Leistungszeit bis 2023 abzudecken.

Der Antrag auf Aufhebung der Aufhebung und Fortführung des Vergabeverfahrens musste daher erfolglos sein. Es kommt damit ebenfalls nicht darauf an, ob die Aufhebung auch wegen anderen schwerwiegenden Gründen gerechtfertigt wäre.

Der Hilfsantrag der Antragstellerin ist begründet, da die Aufhebung ungerechtfertigterweise auf § 20 EG VOL/A gestützt wurde und damit einen Verstoß gegen drittschützende Bieterrechte nach § 97 Abs. 7 GWB darstellt. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner ist ausreichend, um einen Schaden bei der Antragstellerin zu verursachen. Der Eintritt eines möglichen Schadens scheidet insbesondere auch nicht an der konkreten Ausgestaltung der Angebote der Antragstellerin, da deren Wertung aufgrund der vom Antragsgegner vorgebrachten Defizite der Vergabeunterlagen tatsächlich nicht durchgeführt werden kann.

Der Antragsgegner begründet die Aufhebung des Vergabeverfahrens mit den Argumenten, dass das Vergabeverfahren gemäß § 20 EG Abs. 1c) VOL/A kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt habe und Widersprüche in den Vergabeunterlagen sowie Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Transparenzgebotes nach § 20 EG Abs. 1d) VOL/A bestünden. Der Verordnungsgeber hält eine Aufhebung nach § 20 EG VOL/A aber nur dann für gerechtfertigt, wenn Gründe vorliegen, die vom Antragsgegner nicht zu vertreten sind und ihm vorher auch nicht hätten bekannt sein konnten. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Soweit der Antragsgegner darlegt, dass die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis nach § 20 EG Abs. 1c) VOL/A ergeben habe, geht er fehl. Eine für diese Feststellung vor Beginn des Vergabeverfahrens erforderliche Kostenschätzung durch den Auftraggeber erfolgte nicht. Die Wärmepreisermittlung bei Eigenfinanzierung hingegen ist lediglich eine seitens des Antragsgegners nach Angebotsauswertung erstellte Vergleichsgröße.

Auch vermag der Antragsgegner nicht mit dem Vortrag des Vorliegens eines schwerwiegenden Gründen gemäß § 20 EG Abs. 1d) VOL/A durchzudringen.

Im vorliegenden Fall sind sämtliche vorgetragenen vermeintlichen Vergabefehler dem Antragsgegner schuldhaft zuzurechnen, was entsprechend den obigen Ausführungen zur Unanwendbarkeit dieser Regelung führt. Weitere Ausführungen dürften sich dazu erübrigen.

Zusätzlich ist allenfalls noch zu bemerken, dass der bloße Verweis auf Formblatt 124 auch deshalb keinen gerechtfertigten Grund für eine Aufhebung nach § 20 EG VOL/A darstellt, da hierzu bereits entsprechende Entscheidungen vor Ausschreibungsbeginn vorlagen. Außerdem lagen von allen nicht präqualifizierten Bietern die vom Formblatt 124 umfassten Eignungsnachweise vor, so dass sich hier bereits die Frage nach der Auswirkung dieses vermeintlichen Transparenzdefizites stellen würde.

Zudem war dem Antragsgegner die eventuelle Unvereinbarkeit des ausschließlichen Zuschlagskriteriums Preis mit der Zulassung von Nebenangeboten offenbar auch bekannt. Denn in den Vergabeunterlagen findet sich bereits unter Ziffer 6 Angebotswertung ein Ankreuzfeld mit der Bezeichnung „Wertungskriterium Preis (Nebenangebote nicht zugelassen)“.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V. Abs. 3 und Abs. 4 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten einschließlich der zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist der Antragsgegner als Unterlegener anzusehen, da er mit seinem Vorbringen nicht durchgedrungen ist.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Nebenangebote und der 10-jährigen Vertragslaufzeit hier Euro.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen nach § 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG-LSA) in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... Euro,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Der Antragsgegner hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses den Betrag in Höhe von Euro unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

Der Antragstellerin wird nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses der geleistete Vor- schuss zurückerstattet.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Dom- platz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Be- schwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabe- kammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsa- chen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Be- schwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Pönitz

(Der ehrenamtliche Beisitzer hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterschreiben. Ihm lag der Beschluss hierzu vor.)