



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 30/07

Halle, 22.02.2008

§§ 3, 3a VOL/A i. V. m. § 97 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A
§ 30 VOL/A
- defacto-Vergabe
- fehlender Vergabevermerk
- Ermittlung des Auftragswertes

In dem Nachprüfungsverfahren der

Antragstellerin

gegen

Antragsgegner

unter Beiladung

Beigeladene zu 1)

sowie

Beigeladener zu 2)

wegen

der beabsichtigten Beauftragung von Betriebsführungsleistungen hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 14.02.2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird angewiesen, das seitens der Beigeladenen zu 1) vorgelegte Angebot nicht zu bezuschlagen und im Falle des Fortbestandes der Vergabeabsicht für den Zeitraum bis zum 30.06.2008 ein Ausschreibungsverfahren entsprechend den Regelungen der VOL/A durchzuführen.
2. Dem Antragsgegner sowie der Beigeladenen zu 1) werden die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) jeweils in Höhe von Euro auferlegt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsgegner beabsichtigt ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens einen Vertrag über Dienstleistungen der Abwasserentsorgung mit Wirkung zum 01.01.2008 mit der Beigeladenen zu 1) abzuschließen.

Mit Schreiben vom 19.11. 2007 hat die Antragstellerin daher einen Nachprüfungsantrag bei der erkennenden Kammer gestellt, der dem Antragsgegner am 28.11.2007 zugestellt worden ist. In diesem Zusammenhang wurde auf das gesetzlich bestehende Zuschlagsverbot kraft Zustellung gesondert verwiesen.

Im Anschluss an die kammerseitig erfolgte Abforderung sämtlicher Unterlagen im Zusammenhang mit der geplanten Leistungsvergabe, legte der Antragsgegner einige wenige Faxdokumente im Vorfeld der mündlichen Verhandlung vor. Ein als Vergabevermerk zu qualifizierendes Schriftstück war nicht darunter.

Der ausdrücklichen Aufforderung zur Übergabe des Angebotes der Beigeladenen zu 1) kam jedoch nicht der Antragsgegner, sondern die Bieterin höchstselbst, wenn auch nur als Faxvorlage, nach. Das Originalangebot wurde der erkennenden Kammer auftraggeberseitig hingegen erst in der mündlichen Verhandlung zugänglich gemacht.

Die wenigen durch den Antragsgegner faxseitig übermittelten Unterlagen enthalten u. a. ein undatiertes Aufforderungsschreiben des Antragsgegners an die Beigeladene zu 1) über die Abgabe eines Angebotes für eine sog. Notgeschäftsführung auf dem Gebiet der kaufmännischen und technischen Betriebsführung ab dem 01.01.2008. Eine darüber hinausgehende Eingrenzung des Leistungszeitraumes erfolgte im Vorfeld der Angebotsabgabe weder mittels dieser Aufforderung noch auf andere dokumentierte Art und Weise. Zur Erstellung des Angebotes wurden u. a. die Gebührenkalkulation 2007 einschließlich der Nachkalkulation sowie die Gebührenkalkulation 2008-2009 zur Verfügung gestellt.

Ausweislich des seitens der für den Antragsgegner zuständigen Kommunalaufsicht gefertigten und an die einzelnen Gesprächsteilnehmer versandten Protokolls einer auch von den Geschäftsführern des Antragsgegners und des Beigeladenen zu 2) am 23.10.2007 geführten Besprechung soll für den Fall der Fusion der beiden Abwasserzweckverbände aus Gründen der Kontinuität der laufenden Kalkulationsperiode 2007-2009 das ehemalige Verbandsgebiet des Antragsgegners als separates Abrechnungsgebiet weitergeführt werden. Nach Ablauf dieses Kalkulationszeitraumes könnte dann ein einheitliches Gebührengefüge befürwortet werden.

Das im Anschluss an die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes zur Notbetriebsführung erstellte Angebot der Beigeladenen zu 1) beinhaltet für die kaufmännische Betriebsführung einen Pauschalangebotspreis von 190.000,00 Euro sowie für die technische Betriebsführung einen Pauschalpreis in Höhe von 80.000,00 €, jeweils für einen Abrechnungszeitraum von einem Jahr. Für den Fall einer Fusion des Antragsgegners mit einem anderen Aufgabenträger der Abwasserbeseitigung enthält das Angebot eine Bereitschaftserklärung der Beigeladenen zu 1), die Möglichkeit einer Reduzierung der Pauschalen zu prüfen.

Im Ergebnis dessen stellte die Verbandsversammlung des Antragsgegners ausweislich des Beschlusses unter Nummer 3-8/07 am 23.12.2007 fest, dass die Beigeladene zu 1) in Folge der Kündigung des Vertragsverhältnisses mit der Antragstellerin durch den Antragsgegner zur Abgabe eines Angebotes zur kaufmännischen und technischen Betriebsführung ab dem 01.01.2008 aufgefordert wurde. Dieses Angebot sollte nunmehr durch den Verband zeitlich befristet bis zum 30.06.2008 angenommen werden.

Daraufhin wurde durch die Vertreter der Beigeladenen zu 1) sowie des Antragsgegners am 21.12.2007 bzw. am 07.01.2008 ein Vertrag über die kaufmännische und technische Notgeschäftsführung unterzeichnet. Der Vertrag nimmt hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen und der Entgeltregelung Bezug auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) und trifft zu diesen Fragen keinerlei weitere Regelungen. Die Vertragslaufzeit soll mit dem 18.12.2007 beginnen und am 30.06.2008, 24.00 Uhr enden.

Am 08.01.2008 bzw. am 09.01.2008 wurde die Vertragslaufzeit dahingehend modifiziert, dass der Vertrag bereits am 31.01.2008, 24.00 Uhr beendet sein solle.

Aus einer Stellungnahme der Kommunalaufsicht gegenüber dem Antragsgegner ist ersichtlich, dass Letzterer eine Verlängerung der vertraglichen Bindung der Beigeladenen zu 1) bis zum 29.02.2008 anstrebt.

Die Antragstellerin stellt allgemein fest,

dass die antragsgegnerseitig beabsichtigte Vergabe der technischen und kaufmännischen Betriebsführung einer freihändigen Vergabe gleichkomme. Dabei handele es sich um einen der Überprüfungsbefugnis der Vergabekammer unterfallenden Vorgang. Der Schwellenwert der Vergabeverordnung sei überschritten bzw. solle vergaberechtswidrig zielgerichtet unterschritten werden, so dass sie entsprechend § 97 Abs. 7 GWB einen Individualanspruch auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens habe.

Im Einzelnen führt sie dazu aus, dass Herr Stahl unter dem Aspekt einer möglichen Auflösung des Verbandes im Ergebnis der Beratung vom 23.10.2007 mit den Bürgermeister der Mitgliedsgemeinden des Abwasserzweckverbandes beauftragt worden sei, ein Angebot für die technische und kaufmännische Betriebsführung von der Beigeladenen zu 1) für den Zeitraum ab dem 01.01.2008 einzuholen. In der Verbandsversammlung am 13.12.2007 sei dann beschlossen worden, das Angebot der Beigeladenen zu 1) unter Reduzierung des Leistungszeitraumes bis zum 30.06.2008 anzunehmen. Damit versuche der Antragsgegner die Zuständigkeit der Kammer zu unterlaufen. In die gleiche Richtung ziele auch die Bezeichnung der Beauftragung der Beigeladenen zu 1) als Notbetriebsführung.

Materiell rechtlich sei nicht nachvollziehbar, wie die bereits bestehende Betriebsführertätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Beigeladene zu 2) zu einer vergaberechtskonformen Beauftragung der Beigeladenen zu 1) durch den Antragsgegner ohne förmliches Ausschreibungsverfahren führen solle.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner anzuweisen, das seitens der Beigeladenen zu 1) vorgelegte Angebot nicht zu bezuschlagen und im Falle des Fortbestandes der Vergabeabsicht für den Zeitraum bis zum 30.06.2008 ein Ausschreibungsverfahren entsprechend den Regelungen der VOL/A durchzuführen sowie
2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig zurückzuweisen.

Er vertritt die Auffassung, dass keine Ausschreibungspflicht bestehe. Zunächst sei man davon ausgegangen, die kaufmännische und technische Betriebsführung in Eigenregie zu übernehmen. Erst als erkennbar geworden sei, dass die Auflösung des Verbandes zum 31.12.2007 zeitlich nicht realisiert werden könne, habe man die Beigeladene zu 1) Ende November 2007 zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Dass seitens der Antragstellerin am 07.12.2007 unaufgefordert vorgelegte Vergleichsangebot zur Notbetriebsführung habe man nach Rücksprache mit der Kommunalaufsicht ausgeschlossen, da es zum einen nicht alle notwendigen Leistungen enthalte, aber vor allen Dingen die Eignung der Antragstellerin nicht vorliege.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig abzuweisen.

Sie lässt dazu vortragen, dass zwischen ihr und dem Antragsgegner ein Vertrag für Betriebsführungsleistungen über einen Zeitraum von 6 Monaten gegen ein Leistungsentgelt von 135.000,- Euro zustande gekommen sei. In der mündlichen Verhandlung ergänzt der Vertreter der Beigeladenen zu 1) auf Nachfrage der erkennenden Kammer, dass sie auftraggeberseitig stets aufgefordert war einen Angebotszeitraum von einem Jahr zugrunde zu legen. Dies sei auch insoweit sinnvoll gewesen, da der Zeitpunkt einer möglichen Fusion nicht in der erforderlichen Genauigkeit hätte abgesehen werden können.

Durch Beschluss vom 30.01.2008 und 04.02.2008 sind die und der Abwasserzweckverband zum Verfahren beigelegt worden.

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

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer ist entsprechend der Regelung der §§ 100, 127 GWB in Verbindung mit § 2 der Vergabeverordnung (VgV) v. 09.01.2001, zuletzt geändert am 23.10.2006 (BGBl. I, S. 2334) 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 wegen Überschreitung des hier einschlägigen Schwellenwertes von 211.000,00 Euro gegeben.

Die erkennende Kammer konnte in dieser zwischen den Beteiligten sehr umstrittenen Frage leider nicht auf eine gesicherte Dokumentation in Form einer Schätzung des Auftraggebers in Folge des Fehlens des nach § 30 VOL/A unabhängig von der Schwellenwerterreichung stets anzufertigenden Vergabevermerkes zurückgreifen. Stattdessen war sie gezwungen, den Auftragswert im Nachhinein selbst zu schätzen. Dabei musste selbstverständlich der durch den Antragsgegner bestimmte Fortgang des Verfahrens in die Betrachtungen einbe-

zogen werden. Behauptungen, die diesem Fortgang widersprechen, konnten, unabhängig von einer ihnen eventuell zu Teil werdenden Unterstützung durch einen weiteren Beteiligten aufgrund des Verstoßes gegen das für das Vergabewesen zur Gewährleistung der Transparenz äußerst wichtige Dokumentationserfordernis, nicht in die kammerseitigen Betrachtungen einbezogen werden. Der diesbezüglich abweichende rechtliche Vortrag des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 1) war folglich als verfehlt zurückzuweisen, da dieser der Unterscheidung zwischen den Erfordernissen des Vergaberechtes und den im Zusammenhang mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch eingeübten Argumentationsstrukturen keine ausreichende Rechnung trägt.

Die hier als erste Handlung des Antragsgegners dokumentierte und daher für die rechtliche Bewertung der Kammer entscheidende Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes grenzt die angestrebte Vertragslaufzeit lediglich hinsichtlich ihres Beginns zum 01.01.2008 ein. Dies führt entsprechend der Regelung des § 3 Abs. 3 S. 3 VgV zu einer zwingenden Berechnung des Auftragswertes in Form einer monatlichen Zahlung multipliziert mit 48. Selbst wenn man in einer kammerseitig ausdrücklich als Überdehnung zu bezeichnenden Auslegung, orientiert an der zur Angebotserstellung u. a. zur Verfügung gestellten Gebührenkalkulation 2008-2009, von einer Reduzierung der auftraggeberseitig gewünschten Vertragslaufzeit auf 2 Jahre ausgehen wollte, würde auch dieser Betrag nach dem Dafürhalten aller am streitigen Verfahren Beteiligten zur Überschreitung des EU-Schwellenwertes führen. Der Antragsgegner hat demnach durch die von ihm mit mehr oder weniger Bewusstsein durchgeführte zeitliche Festlegung des Leistungsumfanges eine für ihn bindende Bestimmung des Auftragsvolumens vorgenommen, an der sich die Kammer orientiert.

Rechtlich ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die seitens der Beigeladenen zu 1) während der mündlichen Verhandlung getätigte Äußerung, man habe sich durch den Auftraggeber zu jedem Zeitpunkt aufgerufen gefühlt, ein Angebot über einen Zeitraum von einem Jahr abzugeben. Im Übrigen würde auch dieser Zeitraum angesichts der entstehenden Kosten zu einer Überschreitung des EU-Schwellenwertes führen.

Die Beteiligten können sich sicher sein, dass die erkennende Kammer im Rahmen ihrer Erwägungen zur sachlichen Zuständigkeit dem kammerseitig durchaus zugestandenem Interesse des Auftraggebers an einer Reduzierung des Leistungszeitraumes auf 6 Monate Rechnung getragen hat. Es wurde in diesem Zusammenhang nicht verkannt, dass eine Verminderung des Leistungszeitraumes durchaus ihre Rechtfertigung anhand objektiv nachvollziehbarer Umstände der Leistungsnotwendigkeit findet, so dass diesbezüglich nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Tun des Auftraggebers auszugehen wäre. Die Art und Weise der Umsetzung dieser Beweggründe ist jedoch nicht geeignet, sich auf die Schätzung des hier relevanten Auftragswertes auszuwirken. Der Antragsgegner hätte die durchaus zulässige Abkehr von seiner ursprünglichen Absicht durch die Dokumentation derselben in Form einer ordnungsgemäßen Schätzung des Auftragswertes für einen Zeitraum von 6 Monaten sowie der Abforderung eines Angebotes für einen Zeitraum von 6 Monaten transparent machen müssen. Da er dies jedoch unterlassen hat, hat er nunmehr die Folgen seiner Pflichtverletzungen zu tragen. Eine, wenn nicht sogar die folgenreichste Konsequenz ist nunmehr die sachliche Zuständigkeit der erkennenden Kammer zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit seines Handelns.

Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 29.06.2007 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 26/2007 v. 23.07.2007) auch örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen des Landkreises Saalekreis hat.

Der Antragsgegner gilt als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 3 GWB.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages scheidet hier auch nicht daran, dass seitens des Antragsgegners noch kein förmliches Vergabeverfahren eröffnet worden ist, über dessen Rechtmäßigkeit eine Vergabekammer im oberschwelligen Bereich auf Antrag zu entscheiden hat. Denn im Rahmen des § 104 Abs. 2 GWB ist vor den Vergabekammern ein möglichst effektiver Primärrechtsschutz zu gewährleisten. Zwar enthalten die Vorschriften des 4. Teiles des GWB keine Regelungen zum vorbeugenden Rechtsschutz. Es ist aber mittlerweile allgemein anerkannt, dass im besonderen Einzelfall ein Bedürfnis nach einer vorausgreifenden vorsorglichen Regelung durch die Vergabekammer gegeben und ein dahingehender Antrag statthaft sein kann, um individuelle bieterschützende Vergabevorschriften durchzusetzen. Zwar entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis regelmäßig erst dann, wenn ein Bieter aufgrund der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen an dem Ausschreibungsverfahren konkret teilnimmt. Steht aber fest, dass der öffentliche Auftraggeber eine bestimmte Maßnahme - ohne förmliche Ausschreibung - durchführen will, ist diese Maßnahme im Regelfall hinreichend konkret, um ein Rechtsschutzinteresse zu begründen. Ist jedoch bereits sogar die Entscheidung gefallen, die Leistung durch einen Dritten erbringen zu lassen, so kann am Vorliegen des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses kein ernsthafter Zweifel mehr bestehen.

Im vorliegenden Fall hat nicht nur die Verbandsversammlung des Antragsgegners dem Vertragsschluss mit der Beigeladenen zu 1) auf der Grundlage ihres Angebotes am 13.12.2007 zugestimmt, darüber hinaus haben die Vertreter der beiden Seiten trotz des mit der Zustellung des Nachprüfungsantrages gemäß § 115 Abs. 1 GWB verbundenen Kontrahierungsverbotes am 21.12.2007. bzw. 07.01.2008 ihre Unterschriften unter einen Vertrag über die Erbringung von Betriebsführungsleistungen vom 18.12.2007 bis zum 30.06.2008 gesetzt. Es fehlt dem Vertrag hier zwar kraft des gesetzlichen Zuschlagsverbotes an seiner Rechtswirksamkeit, dessen ungeachtet ist er jedoch durchaus geeignet, den Bindungswillen des Antragsgegners auf das Eindringlichste zu dokumentieren. Das besondere Rechtsschutzinteresse ist demnach gegeben.

Die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB geht hier mit dem besonderen Rechtsschutzinteresse einher.

Ebenso hat die Antragstellerin durch ihre Ausführungen im Nachprüfungsantrag vom 19.11.2007 den Anforderungen des § 108 GWB an einen ausreichend substantiierten Vortrag genügt.

Die Antragstellerin hat ihre Missbilligung offenbar im Vorfeld des Nachprüfungsantrages gegenüber dem Antragsgegner schriftlich zum Ausdruck gebracht. Eine Überprüfung dieses Vorganges anhand der an die Rechtzeitigkeit einer Rüge zu stellenden Anforderungen nach § 107 Abs. 3 GWB ist hier jedoch entbehrlich, da ein Rügeerfordernis aufgrund des auftraggeberseitig zu vertretenden Verzichtes auf jede Förmlichkeit der Vergabe nicht besteht.

Der Antrag ist begründet, da der Antragsgegner durch die Auftragserteilung gegenüber der Beigeladenen zu 1) gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen und somit die Antragstellerin in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt hat.

Der Antragsgegner hätte vorbehaltlich des äußerst zweifelhaften Eingreifens der Privilegierung des § 3a Nr. 2 VOL/A hier zumindest ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung durchführen müssen. Selbst dies hat er jedoch nicht getan. Der Verhalten des Antragsgegners, die Beigeladenen zu 1) in dieser Art und Weise binden zu wollen, zeigt nicht nur die Schwächen bei der regelkonformen Bestimmung des Auftragswertes auf, vielmehr wird ein grundsätzliches Fehlverständnis des Vergabewesens deutlich. Der Antragsgegner verkennt, dass es jedem Öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich verwehrt ist, auf der Grundlage des Kontaktes mit einem einzelnen Bieter den Zuschlag zu erteilen. Ausweislich der Regelung des § 97 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A gehört die Vergabe im Wettbewerb zu den Grundsätzen des Vergabewesens. Wettbewerb setzt

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

Euro,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von jeweils Euro hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzeichens 3300- auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 und durch die Beigeladene zu 1) unter Verwendung des Kassenzeichens 3300- auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

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, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden 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. Katzsch

gez. Foerster