



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 3/10 vom 29.04.2010

AZ: 1 VK LVwA 54/09

Halle, 23.12.2009

§ 101b Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Nr. 2 GWB
- 30-Tagesfrist

Der Nachprüfungsantrag wurde nicht in der hier einschlägigen 30-Tagesfrist gestellt. Im Fortgang des Leistungsaustausches liegt eine „de facto-Vergabe“, deren vergaberechtliche Überprüfung hier an den Erfordernissen des § 101b Abs. 2 Satz 1 1.Alt. GWB scheitert.

In den Verfahren des

.....
vertreten durch
..... mbH

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:
.....Rechtsanwälte
.....

gegen

Landkreis
.....

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte:
..... mbH
.....

wegen

der im Jahre 2009 unterbliebenen Neuausschreibungen des Dienstleistungsauftrages aus dem Jahre 2002 zur Entsorgung von Restabfällen im Gebiet des ehemaligen Altlandkreis hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt Euro.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Altkreis vergab im Jahr 2002 ohne Durchführung eines förmlichen Verfahrens an die GmbH den Dienstleistungsauftrag zur Entsorgung von Restabfällen auf dem Gebiet des ehemaligen Landkreises Nach §§ 4, 14 des Gesetzes zur Kreisgebietsneuregelung trat der Antragsgegner seit dem 01.07.2007 u. a. die Rechtsnachfolge des Altkreises an.

Das Stammkapital der wurde zum damaligen Zeitpunkt zu 51 % von der GmbH - Geschäftsanteile zu 100 % öffentliche Hand - und zu 49 % von der gehalten. An der wiederum hielten lt. Handelsregisterauszug HR B..... in der geänderten Fassung vom 22.03.2004 die und die GmbH & Co.KG, Region das Stammkapital im Verhältnis von 51 % zu 49 %. Die Position des Minderheitsgesellschafters der nahm zum 31.12.2006 die Ost GmbH ein.

In der Sitzung des Kreistages im Juni diesen Jahres beschloss der Antragsgegner eine Veräußerung seiner über diegehaltene Beteiligung an der an die Firma GmbH. Zu einem entsprechenden Vertragsschluss kam es am 04.07.2009. In diesem Zusammenhang stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.07.2009 einen Nachprüfungsantrag, der die vertragliche Regelung zur Veräußerung der Gesellschafteranteile zum Inhalt hatte und unter dem AZ.: 1 VK LVwA 48/09 geführt und entschieden wurde. Auf Seite 8 dieser Antragschrift trug sie u. a. vor,

„.....Anders als in der Entscheidung „Stadt“ konnte die zu keinem und insbesondere im Zeitpunkt der Auftragsvergaben nicht im Wege eines vergabefreien Eigengeschäfts („in-house-Geschäft“) beauftragt werden. Dem stand die Beteiligung privaten Kapitals an derals mittelbaren Gesellschafter der von vornherein entgegen. Anders als in der Entscheidung „Stadt“ führt vorliegend nicht erst eine funktionale Gesamtbetrachtung zu der Erkenntnis, dass die Auftragsvergaben an diezu einem Verstoß gegen gemeinschaftliches und nationales vergaberecht führen. Dieser Befund lag hier vielmehr von Anfang an offen zutage.Vorliegend ist nach dem Zweck des Vergaberechts vielmehr allein darauf abzustellen, dass mit der Veräußerung der derzeit von der Antragsgegnerin gehaltenen Beteiligung an der an ein privates Unternehmen an der erteilten öf-

fentlichen Aufträgen partizipiert, insbesondere den unter Verstoß gegen die §§ 97 ff
GWB abgeschlossenen, den Altkreis betreffenden Auftrag.....“

Als Anlage fügte sie ein Schreiben der GmbH (.....) vom 01.07.2009 bei. Hier-
in heißt es unter 1. c):

„.....Schließlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass insbeson-
dere der mit dem ehemaligen Landkreis abgeschlossene Vertrag nie ausge-
schrieben worden ist. Eine In-house-Vergabe des Auftrages an die war auf-
grund der Beteiligung privaten Kapitals an der Gesellschaft von vornherein nicht zuläs-
sig. Der Vertrag zwischen der und dem ehemaligen Landkreis ist dem-
entsprechend unter Verstoß gegen Vergaberecht zustande gekommen.“

Mit anwaltlichem Schreiben vom 29.09.2009 hat sich die Antragstellerin gegen die im Nach-
gang zur Veräußerung der Gesellschafteranteile an der unterbliebene Neuausschrei-
bung der hier streitbefangenen Entsorgungsleistung gewandt und einen entsprechenden
Nachprüfungsantrag gestellt.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom
selben Tag unter Aufforderung zur Vorlage einer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag
zugestellt worden.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung,
dass gem. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB in Verbindung mit 101 lit. b) Abs. 1 Nr. 2 GWB keine Rü-
geobliegenheit bestehe, da es sich hier um eine de facto-Vergabe handele. Bereits in ihrem
Schreiben vom 23.06.2009 zum Verfahren 1 VK LVwA LSA 48/09 habe sie darauf hingewie-
sen, dass eine Übertragung bestehender Entsorgungsverträge auf den Antragsgegner nach
Veräußerung der Geschäftsanteile der an einen Dritten nicht wirksam sei. Angesichts
des am 04.07.2009 vorgenommenen Wechsels der Gesellschafter der hätte der zw-
ischen dem Antragsgegner und der bestehende Dienstleistungsauftrag vom
29.11.2002 erneut ausgeschrieben werden müssen. Die aus der unterlassenen Ausschrei-
bung resultierende Unwirksamkeit des Vertrages könne gem. § 101 lit b) Abs. 2 GWB noch
im Wege der Nachprüfung angegriffen werden.

Ausweislich der Entscheidung des EuGH im Urte. v. 10.09.2009, C-573/07, liege eine eine
Ausschreibung erfordernde Änderung eines an eine Gesellschaft mit öffentlichem kapital
vergebenen Vertrages vor, wenn Privatpersonen - wie hier - innerhalb dessen Gültigkeits-
dauer zur Beteiligung am Grundkapital der beauftragten Gesellschaft zugelassen würden.
Auf einen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen Auftragsvergabe u d Anteils-
veräußerung komme es nicht an. Voraussetzung für das Entstehen der Ausschreibungs-
pflicht sei vielmehr alleine die innerhalb der Gültigkeitsdauer des Vertrages vorgenommene
Öffnung des Gesellschaftskapitals für privates Vermögen. Die im vorgenannten Urteil zum
Ausdruck gebrachten Grundsätze müssten auch vorliegend Beachtung finden. Danach führe
die innerhalb der Geltungsdauer erfolgte Veräußerung der bisher vom Antragsgegner gehal-
tenen Anteile zu einer wesentlichen Änderung des Entsorgungsvertrages mit der Der
Antragsgegner veräußert die von ihm gehaltene Beteiligung an einem privaten Dritten, der
mit ihm oder seines Gesellschafters nichts zu tun habe. Der Antragsgegner habe es unter-
lassen den an die vergebenen Dienstleistungsauftrag zur Entsorgung der anfallen-
den Abfälle neu auszuschreiben, obwohl er dazu wegen der am 04.07.2009 vorgenomme-
nen Veräußerung der Geschäftsanteile verpflichtet gewesen wäre.

Hinsichtlich der Ankündigung der erkennenden Kammer im schriftlichen Verfahren entschei-
den zu wollen sei ferner festzuhalten, dass die Antragstellerin weder in dem Nachprüfungs-
antrag vom 10.07.2009 noch in dem Schriftsatz der vom 01.07.2009 die Unwirk-
samkeit des Entsorgungsvertrages vom 29.11.2002 geltend gemacht habe. Vielmehr sei
lediglich auf ein Zustandekommen des Vertrages unter Verstoß gegen das Vergaberecht
verwiesen worden.

In diesem Zusammenhang sei auch die Schlussfolgerung der erkennenden Kammer fehlerhaft, die Antragstellerin habe bereits aus der in der Antragschrift vom 10.07.2009 zum Ausdruck kommenden Kenntnis von der Vergaberechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Entsorgungsvertrages von Anfang an mangels Vorliegens der „in house-Kriterien“ darauf schließen können bzw. schließen müssen, dass eine vergaberechtskonforme Leistungserbringung über das Wirksamwerden des Gesellschafterwechsels an der hinaus ebenfalls unwirksam sein dürfte. Der Schlussfolgerung stehe vor allem die Tatsache entgegen, dass es bis zu dem Urteil des EuGH in der Sache „Sea Sri“ der einheitlichen Auffassung in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur entsprochen habe, dass sich Änderungen in der Gesellschafterzusammensetzung des Auftragnehmers während der Vertragslaufzeit grundsätzlich nicht dahingehend auswirken könnten, eine vergaberechtlich relevante Leistungsänderung anzunehmen. Folglich verhalte es sich gerade umgekehrt als von der Vergabekammer angenommen. Nach der bis zum Erlass des EuGH-Urteils vom 10.09.2009 geltenden Rechtslage habe die Antragstellerin davon ausgehen müssen, dass der streitgegenständliche Entsorgungsvertrag zwischen dem Antragsgegner und der – trotz des zwischenzeitlich eingetretenen Gesellschafterwechsels bei er – nicht mehr angreifbar sei. Die ausdrücklich beantragte Antragsweiterung vom 29.09.2009 auf den Landkreis sei daher fristgemäß.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der am 29.11.2002 abgeschlossene Entsorgungsvertrag betreffend der Entsorgung der im ehemaligen Landkreis anfallenden Abfälle nichtig ist.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Er trägt vor,

dass der Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig sei. Die Antragstellerin sehe den Nichtigkeitsgrund des Entsorgungsvertrages jetzt nicht in seinem ursprünglichen Abschluss, sondern in einer vermeintlich ausschreibungspflichtigen Änderung aufgrund der Veräußerung von Anteilen an der Ein derartiger Antrag sei jedoch gem. § 101b GWB verfristet. Die Antragstellerin habe nämlich spätestens seit Übersendung der Stellungnahme der in dem Verfahren 1 VK LVwA 48/09 am 21.06.2009 Kenntnis davon, dass der Anteilskaufvertrag am 04.07.2009 abgeschlossen wurde. Da sie darin jetzt eine vergaberechtswidrige Neuvergabe erkennen will, hätte sie dies gemäß §101b Abs. 2 S. 1 GWB innerhalb von 30 Kalendertagen, also bis zum 20. August 2009 in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen müssen. Der Entsorgungsvertrag sei demnach nicht mehr angreifbar.

Ungeachtet dessen habe der Entsorgungsvertrag zwischen der und dem Altkreis durch den Anteilsverkauf auch keine wesentliche Änderung erfahren. Der EuGH erwäge eine wesentliche Änderung in der von der Antragstellerin zitierten Rechtssache „Sea“ nämlich allenfalls für den Fall, dass eine zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe bestehende In-house Konstellation durch eine spätere Privatisierung des ursprünglich 100 %ig öffentlich beherrschten Auftragnehmers nachträglich zerstört werde. Dieser Fall liege hier aber nicht vor. Denn an der sei auch schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahre 2002 ein privates Unternehmen mittelbar beteiligt gewesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der maßgebliche Schwellenwert in gem. § 100 Abs. 1 GWB in den streitbefangenen Vergabeverfahren bei weitem überschritten ist.

Die sachliche und örtliche 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 i. V. m. d. Gemeinsamen Geschäftsordnung d. VgK, Bek. des MW v. 29.06.2007 (MBI. LSA Nr. 26/2007).

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

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an einem 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.

Die Antragstellerin trägt vor, dass der Antragsgegner den fortwährenden Leistungsaustausch mit der in Verkennung der vergaberechtlichen Erforderlichkeiten verbotswidrig fortsetze und ihr durch die Nichtausschreibung der Leistung die Möglichkeit auf eine Zuschlagserteilung genommen werde. Dies verletze sie in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Der Nachprüfungsantrag wurde jedoch nicht in der hier einschlägigen 30-Tagesfrist gemäß § 101b Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Nr. 2 GWB gegenüber der erkennenden Kammer gestellt.

Vorliegend findet das GWB in der Fassung vom 23.04.2009 und damit auch § 101b Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Nr. 2 GWB Anwendung. Ausweislich der Regelung des § 131 Abs. 8 GWB richtet sich das für das Nachprüfungsverfahren einschlägige Verfahrensrecht nach dem Zeitpunkt des Beginns des jeweils streitbefangenen Vergabeverfahrens. Dies ist vorliegend der 04.07.2009. Denn ab diesem Zeitpunkt hat der am 29.11.2002 zwischen der und einem von zwei Rechtsvorgängern des Antragsgegners geschlossene Entsorgungsvertrag mit dem Wirksamwerden des Veräußerungsvertrages zum teilweisen Gesellschafterwechsel an der seine eigene Wirksamkeit verloren. Dabei kann es hier dahingestellt bleiben, ob man sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Entsorgungsvertrages im Jahre 2002 zu Recht auf das Eingreifen der Privilegierung des „in house-Geschäftes“ vom Erfordernis der förmlichen Ausschreibung hat befreit sehen dürfen oder es sich dabei um eine zwar vergaberechtswidrige, mangels bestehender Informationspflicht dennoch wirksame „de facto-Vergabe“ gehandelt hat. Denn in beiden Fällen ist die Unwirksamkeit des ursprünglichen Entsorgungsvertrages aus dem Jahre 2002 mit dem Verkauf der Gesellschafteranteile der eingetreten. Hat man sich zu Recht auf die Privilegierung des „in house-Geschäftes“ berufen, so ist die Voraussetzung für das Eingreifen dieser Ausnahmeregelung mit dem teilweisen Wechsel der an der beteiligten Anteilseigner zum 04.07.2009 entfallen. Die erkennende Kammer befindet sich im Einklang mit dem EuGH, wenn sie in einem derartigen Fall mit dem Wegfall der Privilegierung von der Unwirksamkeit des auf dieser Privilegierung gründenden Vertrages ausgeht. Denn der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 10.09.2009 u. a. zum Ausdruck gebracht, dass eine von der Ausschreibungspflicht entbindende Privilegierung bis zum Ende der Leistungserbringung fortbestehen muss. Ist dies nicht der Fall, so hat der entsprechende Vertrag nicht nur seine vergaberechtliche Grundlage, sondern auch seine Wirksamkeit verloren.

Die Unwirksamkeit des Vertrages mit Wegfall der dem Vertragsschluss zugrunde gelegten Privilegierung muss nach Auffassung der erkennenden Kammer auch dann gelten, wenn man sich, wie antragsgegnerseitig nunmehr behauptet, beim Vertragsschluss rechtsirrig durch die Privilegierung des „in house-Geschäftes“ von der Verpflichtung zur förmlichen Ausschreibung entbunden gesehen hat. In diesem Zusammenhang verkennt die Kammer nicht, dass der EuGH zwar in der oben zitierten Entscheidung mit dem Wegfall einer tatsächlichen Privilegierung befasst war. Der Entscheidung des EuGH liegt jedoch der Gedanke zugrunde, dem Missbrauch der von der Einhaltung des förmlichen Vergaberechtes entbindenden Ausnahmeregelungen vorzubeugen. Es solle sich niemand veranlasst sehen, einen von der Ausschreibungspflicht entbindenden privilegierenden Zustand anlässlich eines erforderlich werdenden Vertragsschlusses einer ansonsten auszuschreibenden Leistung aufrechtzuerhalten oder erst zu begründen. Konsequenterweise wird daher seitens des EuGH auch keine zeitliche Differenzierung akzeptiert, bis zu welcher man noch von einer planmäßigen und rechtswidrigen Umgehung vergaberechtlicher Regelungen sprechen muss und ab wann man durch gesellschaftsrechtliche Veränderungen auftragnehmerseitig nur auf vergaberechtlich neutrale Anforderungen des Marktes reagiert. Wird also der durchaus redlich handelnde und vergaberechtlich korrekt subsumierende Öffentliche Auftraggeber beim Wegfall der sein Handeln tatsächlich rechtfertigenden Privilegierung innerhalb des vorgesehenen Leistungszeitraumes zur Neuausschreibung der Leistung gezwungen, wie könnte es dann dem rechtsirrig handelnden Öffentlichen Auftraggeber besser ergehen. Auch dieser muss in die Pflicht zur Neuausschreibung genommen werden. Es kommt daher nicht darauf an, ob eine tatsächlich vorhandene Privilegierung während des Leistungszeitraumes entfällt, sondern, ob ein für das Handeln des Auftraggebers bestimmender, gegebenenfalls auch nur angenommener Ausnahmetatbestand nicht mehr fortbesteht.

Im Fortgang des Leistungsaustausches über den 04.07.2009 hinaus liegt demnach eine „de facto-Vergabe“, deren vergaberechtliche Überprüfung hier an den Erfordernissen des § 101b Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GWB scheitert. Die Antragstellerin hat verabsäumt, binnen einer Frist von 30 Tagen ab Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstoß ein Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Vergabekammer einzuleiten. Der seitens der Antragstellerin für gegeben erachtete Vergabeverstoß liegt im Fortgang des Leistungsaustausches trotz unterbliebener „Neuausschreibung“ der Entsorgungsleistungen nach Wirksamwerden des Vertrages über die Veräußerung der Gesellschafteranteile an der Kenntnis vom Vertragsschluss über den Gesellschafterwechsel an der sowie der von dieser auch weiterhin erbrachten Entsorgungsleistungen hatte die Antragsgegnerin spätestens mit Zugang des anwaltlichen Schriftsatzes der Antragsgegnerseite vom 21.07.2009 im Nachprüfungsverfahren 1 VK LVwA 48/09 am 23.07.2009. Mit Ablauf dieses Tages beginnt daher die Frist des § 101b Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GWB zu laufen. In diesem Zusammenhang verkennt die Vergabekammer nicht, dass Tatsachenkenntnis grundsätzlich nicht mit der Kenntnis der vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit dieser Tatsachen gleichzusetzen ist. Dies ist jedoch hier ausnahmsweise der Fall. Zum einen hat die Antragstellerin bereits in ihrem Antragsschriftsatz im Verfahren 1 VK LVwA 48/09 vom 10.07.2009 anwaltlich vortragen lassen, dass bereits die mittelbare Beteiligung von privatem Kapital über die an der zum Zeitpunkt des hier streitbefangenen Vertragsschlusses im Jahre 2002 einer erfolgreichen Berufung auf ein vergabefreies Eigengeschäft entgegengestanden habe. Wenn sich die Antragstellerin im anwaltlichen Schriftsatz vom 10.07.2009 auf die Vergaberechtswidrigkeit des Vertrages von Anfang an mangels Eingreifen der „in house-Kriterien“ stützt, so ist sie sich selbstverständlich zumindest ab diesem Zeitpunkt bewusst bzw. hätte sich bewusst sein müssen, dass aus eben diesen Erwägungen heraus eine vergaberechtskonforme Leistungserbringung über das Wirksamwerden des Gesellschafterwechsels an der hinaus ebenfalls unmöglich sein dürfte. Eine eben solche Schlussfolgerung lässt sich zum anderen auch aus dem Inhalt des als Anlage 5 der Antragsschrift in das streitbefangene Verfahren antragstellerseitig eingebrachten Schreibens der an die GmbH vom 01.07.2009 ziehen. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass es sich bei der Antragstellerin und der um zwei unterschiedliche juristische Personen des privaten Rechtes handelt. Dennoch muss das Wissen der der Antragstellerin hier aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles ausnahmsweise zugerechnet werden, da das fragliche Schreiben der von den Geschäftsführern und unterzeichnet wurde und zumindest Ersterer ebenfalls eine Ge-

schäftsführerfunktion bei der Antragstellerin inne hat. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass der Gesetzgeber für den Beginn der Frist des § 101b Abs. 2 Satz 1 1.Alt. GWB die Kenntnis vom vermeintlichen Verstoß ausreichen lässt und keine Kenntnis von der Rechtsfolge einer eventuellen Unwirksamkeit des Vertrages voraussetzt. Aus eben diesem Grunde vermag auch der antragstellerseitige Hinweis auf die frühere Rechtsprechung des EuGH nicht zu verfangen. Ungeachtet dessen basierte diese auf Fallkonstellationen, bei denen die von der Ausschreibungspflicht entbindenden Voraussetzungen tatsächlich vorgelegen haben, während die Antragstellerin hier vielmehr von einem Missbrauch dieses Ausnahmetatbestandes durch den Vertragsschluss im Jahre 2002 ausgegangen ist. Die Kammer hält diese Konstellationen daher nicht für vergleichbar.

Beginnt demnach die 30-Tagesfrist des § 101b Abs. 2 Satz 1 1.Alt. GWB i.V.m. § 193 BGB mit dem 24.07.2009, so hätte die Antragstellerin bis zum Ablauf des 24.08.2009 einen entsprechenden Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer stellen müssen. Dies erfolgte jedoch erst am 29.09.2009 und daher für die Feststellung der Unwirksamkeit der „de facto-vergabe“ im Sinne des § 101b GWB verspätet.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Kammerverfahrens in Höhe von Euro zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu den gestellten Anträgen in diesem Verfahren maßgeblich.

In diesem Verfahren wird dem Antrag der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum alleinigen Unterliegen, so dass sie die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt wird die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) unter Zugrundelegung des abgeschlossenen Vertrages einschließlich der vereinbarten Optionen, jedoch unter Abzug des abgelaufenen Leistungszeitraumes, in Höhe des prognostizierten Gesamtentgeltes von Euro, hier auf Euro festgesetzt..

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 Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Die Einzahlung des Betrages, unter Abzug des geleisteten Vorschusses, in Höhe von Euro hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragstellerin 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 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