



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu Beschluss des OLG Naumburg vom 20.09.2012, Az. 2 Verg 4/12

AZ: 2 VK LSA 06/12

Halle, 27.04.2012

§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

§ 97 Abs. 1 GWB

§ 6a Abs. 4 VOB/A

- Aufhebung des Vergabeverfahrens

- Verstoß gegen Wettbewerbsgrundsatz und das Transparenzgebot

- Sicherstellung, dass mindestens drei geeignete Objekte am Markt vorhanden sind

Die Antragstellerin hat einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner das Vergabeverfahren in entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufhebt. Er hat die Festlegung des Bereichs „.....“ in seinem Vergabevermerk nicht hinreichend begründet und damit gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Transparenzgebot i.S. des § 97 Abs. 1 GWB verstoßen.

Grundsätzlich ist der Vergabevermerk fortlaufend während des gesamten Vergabeverfahrens, beginnend mit der Vorbereitungsphase, zu führen. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes. Angesichts dieses Umstandes hätte der Antragsgegner bei der von ihm vorgenommenen Eingrenzung aufgrund der fundamentalen Bedeutung des Wettbewerbsgrundsatzes prüfen und dokumentieren müssen, ob am Markt in entsprechender Anwendung der Regelung des § 6a Abs. 4 VOB/A drei Objekte vorhanden sind, die seinen Anforderungen entsprechen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

gegen

.....

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

.....
Verfahrensbevollmächtigte
.....

- Beigeladene -

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Verhandlungsverfahren bezüglich der Vergabe zum Neubau des hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, die hauptamtliche Beisitzerin Frau und die ehrenamtliche Beisitzerin Frau auf die mündliche Verhandlung vom 19.04.2012 beschlossen:

Dem Antragsgegner wird aufgegeben, das Vergabeverfahren in entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufzuheben. Soweit er weiterhin an seiner Beschaffungsabsicht festhält, hat er das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ab Versendung der Bekanntmachung zu wiederholen.

Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner je zur Hälfte zu tragen. Die Kosten werden insgesamt auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

Der Antragsgegner und die Beigeladene haben als Gesamtschuldner der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Gründe

I.

Ausweislich der am 31.01.2012 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erschienen Bekanntmachung beabsichtigte der Antragsgegner das durch einen Neubau zu ersetzen. Der Beschaffungsgegenstand umfasst weiterhin die dafür erforderlichen Planungsleistungen, ein vom Bieter zu beschaffendes Grundstück sowie die Finanzierung der Gesamtleistung über Jahre. Die Gesamtkosten werden vom Antragsgegner in monatlich gleichbleibenden Raten über den Finanzierungszeitraum, beginnend mit Abnahme der Bauleistung, bezahlt. Das Grundstück muss sich im Bereich des durch Beschluss vom des Stadtrates festgelegten „Fördergebiet“ befinden. Einen entsprechenden Lageplan über das Fördergebiet mit den festgelegten Grenzen erhielten die Bewerber mit weiteren Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb auf Anforderung vom Antragsgegner. Das Gebiet liegt unmittelbar im Stadtzentrum der Stadt

Die Leistungen sollen im Verhandlungsverfahren nach Öffentlicher Bekanntmachung nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) vergeben werden.

Entsprechend der Bekanntmachung unter II.1.5) müssen die Bewerber im Teilnahmewettbewerb das Eigentum oder die gesicherte Möglichkeit des Eigentumserwerbs eines geeigneten Grundstückes, etwa durch ein notarielles Kaufangebot des Eigentümers, nachweisen. Bei Grundstücken, welche derzeit noch bebaut oder mit Rechten Dritter - Nutzungsrechte, dingliche Belastungen - belastet sind, ist nach Zuschlagserteilung unmittelbar mit dem Abbruch und dem Neubau des Gebäudes begonnen werden kann. Die erforderliche Übertragung des Eigentums an Grund und Boden muss frei von Rechten Dritter, die die Nutzung bzw. Verwertung des Grundstücks nicht nur unerheblich beeinträchtigen könnten, sein.

Bei einer Lückenbebauung muss das Grundstück eine Mindestgröße von ca. m² und ansonsten von ca. m² aufweisen. Der Flächenbedarf für das Gebäude beläuft sich auf ca. m² Hauptnutzfläche (HNF).

Nach Ablauf der Finanzierung soll das Eigentum an Grund und Boden und der aufstehenden Baulichkeiten an das Land Sachsen-Anhalt lastenfrei übergehen.

Weiterhin ist eine Grundstücksfläche zu beschaffen, auf dem 250 Parkplätze zu errichten sind. Das Grundstück darf nicht mehr als fußläufig 500 m von dem zu errichtetengebäude liegen.

Optional ist weiterhin die Vergabe über die Wartung, Inspektion und Instandsetzung des Gebäudes während des geplanten Finanzierungszeitraums vorgesehen.

Varianten und Alternativangebote sind zugelassen.

Abgabetermin für die Teilnahmeanträge war der 08.03.2012, 12:00 Uhr.

Zur Festlegung des Beschaffungsgegenstandes in territorialer Hinsicht hat der Antragsgegner im Vergabevermerk ausgeführt, dass hierdurch die Integration des im Bereich der Stadt erreicht werden solle. Durch die Förderung der Erhaltung und durch die Entwicklung dieser Bereiche soll eine größtmögliche Bürgernähe erreicht werden. Dies liege im Interesse der Stadt sowie des Landes.

Die Antragstellerin forderte am 08.02.2012 per E-Mail die Unterlagen für das ausgeschriebene Vergabeverfahren an.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 01.03.2012 gegenüber dem Antragsgegner, dass das zu liefernde Grundstück sich entsprechend den Ausschreibungsbedingungen im Fördergebiet „.....“ befinden müsse.

In dem eingeschränkten Bereich gebe es lediglich drei geeignete Grundstücke. Eines davon befinde sich auf der, welches im Eigentum der Beigeladenen sei.

Bei dem zweiten Grundstück sei die Eigentümerin, die jedoch eigene Pläne mit dem Grundstück habe.

Das dritte Grundstück bestünde aus 13 Einzelflächen. Teilweise wären hier Erbengemeinschaften Eigentümer. Eine Grundstückssicherung könne deshalb innerhalb der ausgeschriebenen Frist nicht realisiert werden.

Aufgrund dieser Gegebenheiten sei ein Wettbewerb nicht gegeben und nicht möglich.

Durch minimale Erweiterungen des vorgegebenen Gebietes, insbesondere in östliche und / oder westliche Richtung stünden Wettbewerbern potentielle Grundstücke zur Verfügung. Damit ein tatsächlicher Wettbewerb stattfände, beantrage sie eine Gebietsvergrößerung.

Der Antragsgegner wies die Verfahrensrüge mit Schreiben vom 06.03.2012 zurück. Das Land Sachsen-Anhalt habe sich im Hinblick einer größtmöglichen Bürgernähe und Erreichbarkeit sowie die Förderung der Entwicklung der Stadt als Oberzentrum Sachsen-Anhalts für dieses eingeschränkte Gebiet entschieden. Das Fördergebiet habe der Stadtrat mit Beschluss vom festgelegt.

Die Grenzfestlegung sei nach streng objektiven Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der vorgenannten Ziele im Vorfeld des Vergabeverfahrens definiert worden. Das Land Sachsen-Anhalt habe sich in Abstimmung mit der Stadt verständigt, denneubau innerhalb dieses Fördergebietes zu realisieren.

Die durch das Land Sachsen-Anhalt vor Beginn des Vergabeverfahrens durchgeführten Untersuchungen hätten ergeben, dass in diesem Gebiet weitere für die Durchführung der Maßnahme geeignete Grundstücke vorhanden seien.

Lediglich die Beigeladene reichte fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein.

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 13.03.2012 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Halle. Dieser wurde am 14.03.2012 dem Antragsgegner übermittelt.

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag die aus dem Rügeschreiben vom 01.03.2012 vorgebrachten vermeintlichen Vergabeverstöße ergänzt und vertieft. Sie ist der Auffassung, dass aufgrund des zu klein bemessenen Baugebietes und der zu kurz bemessenen Frist zur Einreichung der Teilnahmeanträge kein ordnungsgemäßer Wettbewerb möglich wäre. Umgehend nach Vorlage der Bekanntmachung habe sie sich um entsprechende Grundstücke in dem benannten Gebiet mittels eines Dienstleistungsunternehmens bemüht. Aufgrund der Ausschreibungsanforderung müsse der Bewerber innerhalb von sechs Wochen ein geeignetes Grundstück in dem vorgegebenen Gebiet sichern und diese Sicherung belegen.

Erst als ihr mit Schreiben vom 28.02.2012 bekannt gegeben worden sei, dass es in diesem Gebiet keine Möglichkeit der Grundstückssicherung gebe, habe sie unverzüglich ihre Rüge vorgebracht.

Lediglich Bewerber, die bereits Eigentümer eines geeigneten Grundstücks wären, könnten sich daher am Vergabeverfahren beteiligen.

Im Übrigen befände sich die von ihr beantragte geringfügige Vergrößerung des vorgegebenen Gebietes nach wie vor innerhalb des aktiven Stadt- und Ortsteilzentrums der Stadt.

Mit einem entsprechenden Grundstück, das sich nur wenige Meter außerhalb des Fördergebietes befinde und sehr verkehrsgünstige Anbindungen aufweise, könne die Antragstellerin sich ebenso an dem Vergabeverfahren beteiligen. Es könnte auch kurzfristig von ihr erworben werden.

Weiterhin erstreckte sich das Leistungsspektrum der Antragstellerin nicht nur auf Bauleistungen. Vielmehr habe sie verschiedene ähnliche Leistungen, wie die geforderte, bereits erbracht. Es entstünde durch die Nichtteilnahme am Vergabeverfahren ein erheblicher Schaden für die Antragstellerin.

Auch habe sie mit ihrer Beanstandung bezüglich des Verstoßes gegen das Wettbewerbsgebot implizit die kurze Bewerbungsfrist gerügt.

Bei dem in Streit stehenden Vergabeverfahren sei der Beschaffungsgegenstand das Die örtliche Einschränkung sei jedoch nicht mit diesem verbunden.

Zwar obliege es ausschließlich dem Auftraggeber den Beschaffungsgegenstand zu bestimmen, jedoch habe dieser die Verpflichtung ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren in einem tatsächlichen Wettbewerb durchzuführen.

Der Antragsgegner verkenne auch, dass die drei Grundstücke innerhalb des vorgesehenen Baugebietes für weitere Wettbewerber nicht zur Verfügung stünden.

Auch sei die Förderung des Altstadt weder im Rahmen der Ausschreibung vorgesehen, noch möglich. Schließlich sei die Stadt hierbei nicht Investor. Aus dem Beschluss der Stadt ginge ausdrücklich hervor, dass das Fördergebiet primär die Funktion habe, den Einzelhandel in der Stadt zu fördern und dem Leerstand der Ladengeschäfte entgegenzuwirken. Von einem oder andere ähnliche Einrichtungen sei aus dem Beschluss nichts zu entnehmen. Insoweit werde der Beschluss als Begründung für eine wettbewerbsbeschränkende Ausschreibung missbraucht.

Auch die Zulassung von Bietergemeinschaften entbinde den Antragsgegner nicht, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchzuführen.

Soweit der Antragsgegner ausgeführt hatte, dass zur Leistungserbringung geeignete Grundstücke vorhanden seien, tritt die Antragstellerin dem entgegen. Beispielsweise wiese ein erheblicher Teil der aufgeführten Grundstücke nicht die geforderte Mindestgröße auf. Auf einem weiteren Grundstück von einer Größe von rund m² befinde sich ein Bauschild. Das Grundstück sei offensichtlich nicht verfügbar. Zwei weitere Grundstücke befänden sich im Eigentum der Diese sei an einem Verkauf nicht interessiert.

Die Antragstellerin beantragt,

das vorliegende Ausschreibungsverfahren aufzuheben und unter Berücksichtigung eines erweiterten Fördergebietes und angemessener Frist neu auszuschreiben.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag vom 13.03.2012 zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei. Die Antragstellerin habe erst am 01.03.2012 die vermeintlichen Vergabeverstöße gegenüber den Beratern des vorgebracht und damit gegen die Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB verstoßen. Bereits aus der am 31.01.2012 erschienenen Bekanntmachung sei ersichtlich gewesen, dass das Bauvorhaben in einem vom Auftraggeber festgelegten Gebiet errichtet werden müsse. Der Antragstellerin sei ebenso bekannt gewesen, dass sie in diesem Gebiet über kein eigenes Grundstück verfüge. Dennoch habe sie erst am 01.03.2012, also kurz vor dem Einreichungstermin der Teilnahmeanträge, gegenüber dem Antragsgegner ihre Rüge vorgebracht.

Dies gelte umso mehr für die angeblich zu kurz bemessene Frist des Einreichungstermins der Teilnahmeanträge, bei der es bereits an einer vorangegangenen Rüge fehle.

Auch habe die Antragstellerin nicht hinreichend i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB dargelegt, dass ihr infolge der gerügten Nichtbeachtung von Vergabevorschriften ein Schaden entstanden wäre oder zu entstehen drohe.

Schließlich könne die Antragstellerin nur die geforderten Bauleistungen erbringen, so dass sie in dem Vergabeverfahren chancenlos bleibe und damit auch nicht in ihren Rechten verletzt sein würde.

Im Übrigen wende sich der Nachprüfungsantrag unmittelbar gegen die vom Antragsgegner getroffene Beschaffungsabsicht, die zum einen ausschließlich dem Auftraggeber obliege und zum anderen sachlich und zeitlich dem Vergabeverfahren vorgelagert gewesen sei. Es sei zwar zutreffend, dass die Leistungsbestimmung nicht gänzlich der Überprüfung entzogen sei. Die Prüfung beschränke sich jedoch darauf, ob die Leistungsbestimmung auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruhe. Eine weitergehende Überprüfung auf sachliche Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit finde im Nachprüfungsverfahren nicht statt. Dies wäre mit dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers nicht zu vereinbaren. Der Vergabekammer sei es auch verwehrt, zu prüfen, ob eine wettbewerbsoffenerere Ausgestaltung der Ausschreibung ebenfalls vertretbare Ergebnisse erbringe.

Die Gebietsfestlegung des Antragsgegners sei in diesem Sinne sachlich begründet. Ihr sei eine offizielle Anfrage des an die Stadt zur Abgrenzung des Innenstadtgebietes vorausgegangen. Nach umfangreicher fachkundiger Begutachtung habe die Stadt mit Beschluss vom das als Fördergebiet im Programm beschlossen. Die konkrete Gebietsfestlegung sei damit objektiv und diskriminierungsfrei auf der Grundlage der offiziellen Auskunft der Stadt erfolgt. Anliegen desprogramms sei die stadtbaukulturelle Substanz, die städtebauliche Funktionsfähigkeit, die soziale Vitalität und den kulturellen Reichtum der Innenstädte, Stadtteile- und Ortsteilzentren zu erhalten bzw. wieder zu gewinnen. Eine Zunahme der Vitalität des Stadtzentrums sei schon aufgrund der Anzahl der Beschäftigten und der Besucher des gegeben. Die Ansiedlung des Gebäudes in diesem Gebiet bedeute eine größtmögliche Bürgernähe und sichere eine dauerhafte Werthaltigkeit der künftigen Landesimmobilie. Die Förderung dieser Ziele läge auch im Interesse des Landes Sachsen-Anhalts. Deshalb sei die Grenzziehung im Vergabeverfahren erforderlich gewesen.

Im Übrigen sei die streitgegenständliche Gebietsfestlegung unabhängig und in einem gänzlich anderen Zusammenhang erfolgt.

Nach Aufforderung der Vergabekammer reichte der Antragsgegner mit Schreiben vom 23.03.2012 Lagepläne ein, in denen insgesamt Grundstücke markiert sind, die nach seiner Auffassung für den Neubau des in Frage kommen könnten. Er erklärt weiter, dass es sich nicht nur um unbebaute Liegenschaften dabei handele und dass die Aufstellung nicht abschließend wäre.

In seinem Schreiben vom 02.04.2012 legt der Antragsgegner weiter dar, dass es bei den Grundstücken zu keinen Vorverhandlungen mit den Eigentümern gekommen sei. Eine substantiierte Darstellung, ob diese Grundstücke für den Wettbewerb zur Verfügung stünden, könne der Antragsgegner nicht vorlegen.

Trotz der zentralen Lage dieser Grundstücke würden diese seit Jahren nicht bzw. untergeordnet genutzt. Deshalb könne es als sicher gelten, dass bei den Eigentümern ein Interesse, zumindest bei einen wesentlichen Teils der Grundstücke, an einer wirtschaftlichen Verwertung bestehe. So stehe beispielsweise für das Grundstück, auf dem sich ein Bauschild befände, kein aktuelles Projekt an. Der Eigentümer habe auf Nachfrage bestätigt, dass er für eine Entwicklung des Grundstücks mit einem geeigneten Unternehmen zur Verfügung stünde. Einige weitere Grundstücke seien deutlich größer, als von der Antragstellerin angenommen. Auch die wolle ihre beiden Standorte nicht im Eigentum behalten.

Entsprechende Voruntersuchungen seien u.a. auch Aufgabe der Bewerber gewesen. Die Antragstellerin beschränke sich in ihrem Vorbringen lediglich auf die bloße Behauptung, sich außerhalb des ausgeschriebenen Gebietes ein geeignetes Grundstück gesichert zu haben.

Schließlich sei im Teilnahmewettbewerb weiterhin auch eine Vorvereinbarung mit dem Eigentümer eines tauglichen Grundstücks zugelassen, die im Fall des Zuschlags den Eigentumserwerb der Immobilie sichere.

Letztendlich bestünde weiterhin die Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften zwischen interessierten Bauunternehmen und Grundstückseigentümern.

All diese Möglichkeiten ließen einen ordnungsgemäßen Wettbewerb erkennen.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 03.04.2012 das Unternehmen beige-laden.

Die Beigeladene beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Nachdem der Beigeladene mit Beschluss vom 12.04.2012 am selben Tag Akteneinsicht gewährt wurde, erklärte diese mit Schreiben vom 16.04.2012, dass der Nachprüfungsantrag als unzulässig und jedenfalls als unbegründet von der Vergabekammer zurückzuweisen sei. Sie ist der Auffassung, dass der Auftraggeber frei in seiner Entscheidung sei, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert hält und welchen sach- und auftragsbezogenen Kriterien er seine Beschaffungsentscheidung zu Grunde legt. Eine damit verbundene Einschränkung oder Einengung des Wettbewerbs sei infolge dieses Bestimmungsrechtes grundsätzlich hinzunehmen. Die Nachprüfungsinstanz dürfe letztendlich lediglich überprüfen, ob die Beschaffungsentscheidung auf auftrags- und sachbezogenen Gründen beruhe. Diese Gründe habe der Antragsgegner in der Vergabedokumentation benannt. Der Beschaffungsentscheidung müssten keine Untersuchungen in Form von Markterforschung und Marktanalysen vorausgehen. Der Auftraggeber sei auch nicht verpflichtet, im Vorfeld der Ausschreibung zu ermitteln, wie viele Wettbewerber die von ihm festgelegte Leistung anbieten könnten oder wollten. Eine derartige Untersuchung wäre im Übrigen praktisch und rechtlich nicht realisierbar. Dem Antragsgegner sei es verwehrt, die Grundstücke der Eigentümer ohne deren Zustimmung zu betreten, um diese zu vermessen. Ihm sei es weiterhin nicht möglich, die Namen der Eigentümer ausfindig zu machen. Eine entsprechende Nachfrage bei dem Grundbuchamt sei in diesem Zusammenhang unzulässig. Auch eine entsprechende Anfrage bei den Grundstückseigentümern sei zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens unstatthaft.

Hierdurch hätten diese vor anderen Wettbewerbern von einer entsprechenden Vergabeabsicht erfahren. Dies stelle einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebots dar. Es bestünde schließlich keine Verpflichtung des Antragsgegners, seinen Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig seien. Unabhängig hiervon gebe es, anders als die Antragstellerin geltend mache, weitere Grundstücke in dem vorgegeben Gebiet, die für die Leistungserbringung in Frage kämen. Er macht sich diesbezüglich im Wesentlichen das Vorbringen des Antragsgegners zu Eigen.

In der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2012 haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Es wird auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen.

Im Hinblick auf das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Vergabeakte Bezug genommen.

II

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

1. Zulässigkeit

Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998 S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2114, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.05.2009, BGBl. I, 1102, i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 07.09.2009 – 53-873-10, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 33/2009 S. 691 ff.) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5.000.000 Euro für die Vergabe von Bauleistungen gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 2 v. 21.03.2012 (BGBl Teil I Nr. 14, 488) ist aufgrund des geschätzten Auftragswertes für dieses Vorhaben bei Weitem überschritten.

Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht und hinlänglich darlegt, dass ihm durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

Dieser Darlegungslast hat die Antragstellerin genügt. Sie hat sich zwar nicht durch Abgabe eines eigenen Teilhabeantrages an dem Vergabeverfahren beteiligt. Sie hat aber hinreichend substantiiert vorgebracht, dass sie durch Verletzung von Vergabevorschriften hieran gehindert war. Durch die Einschränkung des für die Baumaßnahme vorgegebenen Gebietes sei kein Wettbewerb gegeben. Vielmehr könne rein faktisch nur die Beigeladene über ein Grundstück in diesem Gebiet verfügen und damit die ausgeschriebene Leistung erbringen. Sie hat weiterhin vorgebracht, dass ihr bei einer Erweiterung des Gebietes eine Teilnahme am Vergabeverfahren ohne weiteres möglich wäre. Sie hat ihr Interesse am Auftrag damit hinreichend dokumentiert. Schließlich hat sie dargelegt, dass sie ohne weiteres in der Lage

ist, einen derartigen Auftrag zu erbringen. Damit hat sie auch vorgebracht, dass ihr durch den geltend gemachten Vergabeverstöß ein Schaden entsteht.

Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen Vergabevorschriften im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 erste Alternative GWB rechtzeitig gerügt.

Der Antrag ist nach dieser Vorschrift unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, muss die Rüge im Regelfall binnen 1 bis 5 Tagen (OLG Naumburg 1 Verg 17/04 vom 14.12.2004) erfolgen und zwar auf dem schnellstmöglichen Weg, gegebenenfalls per Fax oder Telefon. Eine Rügefrist von 2 Wochen, die in der Rechtsprechung als Obergrenze anerkannt wurde (OLG Düsseldorf Verg 1/99 vom 13.04.1999) kann dem Unternehmen lediglich dann eingeräumt werden, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch eine schwierige Sach- und / oder Rechtslage erschwert wird und die Inanspruchnahme fach- und rechtskundige Unterstützung erfordert. Die Rügefrist beginnt, wenn dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler ergibt.

Der Antragsgegner weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Antragstellerin bereits mit der Bekanntmachung Kenntnis über das Fördergebiet erlangt hatte. Die Antragstellerin hat jedoch vorgebracht, dass sie sich unmittelbar nach der Bekanntmachung um Grundstücke im vorgesehenen Baugebiet bemüht habe. Sie habe zunächst mögliche Grundstücke ausfindig machen müssen und mit den Eigentümern Kontakt aufgenommen. Erst unmittelbar vor der Abfassung der Rüge sei ihr bekannt geworden, dass keinerlei Möglichkeit bestand, eine Grundstückssicherung an den vorhandenen Grundstücken vorzunehmen. Dieses Vorbringen ist plausibel und glaubhaft. Es erscheint durchaus nachvollziehbar, dass es eines längeren Zeitraumes bedarf, um die entsprechenden Nachforschungen durchzuführen und Verhandlungen abzuschließen. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Verhandlungen erfolglos blieben.

Die Antragstellerin hat in ihrem Rügeschreiben auch jedenfalls in Bezug auf das Grundstück „.....“ vorgebracht, dass die Frist von etwa sechs Wochen nicht ausreichend sei, um das Grundstück zu sichern. Sie hat damit auch hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die Frist, die in der Bekanntmachung vorgegeben war, generell für zu knapp bemessen hält. Sie hat damit gefordert, dass bei einer Wiederholung des Vergabeverfahrens eine längere Bewerbungsfrist vorgegeben wird. Diese Forderung kann sich aber nur generell auf alle Objekte beziehen. Es ist ausgeschlossen, dass nur für ein bestimmtes Objekt eine gesonderte Bewerbungsfrist vorgesehen wird.

2. Begründetheit

Der Antrag ist begründet.

Die Antragstellerin hat einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner das Vergabeverfahren in entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufhebt. Er hat die Festlegung des Bereichs „.....“ in seinem Vergabevermerk nicht hinreichend begründet und damit gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Transparenzgebot i.S. des § 97 Abs. 1 GWB verstoßen.

Hierzu im Einzelnen:

Der Antragsgegner hatte vorgegeben, dass die Baumaßnahme nur in dem von ihm festgelegten Baugebiet der Stadt realisiert werden kann. Es unterliegt allein der Disposition des Auftraggebers, den Beschaffungsgegenstand zu bestimmen. Es reicht in diesem Zusammenhang im Allgemeinen aus, dass er hierfür sach- und auftragsbezogene Gründe

darlegt (vgl. OLG Düsseldorf v. 17.02.2010; Verg 42/09). Diese Gründe hat er entsprechend im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Grundsätzlich ist der Vergabevermerk fortlaufend während des gesamten Vergabeverfahrens, beginnend mit der Vorbereitungsphase, zu führen und soll alle vergaberechtlichen Entscheidungen des Auftraggebers abbilden. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes, sofern hierdurch – wie vorliegend durch die enge Begrenzung des Gebiets - der Wettbewerb in nicht unerheblicher Weise eingeschränkt wird. Es stand angesichts des Leistungsumfangs von vornherein fest, dass es innerhalb des festgelegten eng gefassten Gebiets allenfalls eine begrenzte Anzahl von Interessenten gibt, die sich entweder selbst an dem Vergabeverfahren beteiligen oder bereit sind, ihre Grundstücke einem potentiellen Bewerber zu veräußern. Angesichts dieses Umstandes hätte der Antragsgegner bei der von ihm vorgenommenen Eingrenzung aufgrund der fundamentalen Bedeutung des Wettbewerbsgrundsatzes prüfen und dokumentieren müssen, ob am Markt in entsprechender Anwendung der Regelung des § 6a Abs. 4 VOB/A drei Objekte vorhanden sind, die seinen Anforderungen entsprechen.

Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die von ihm nach dem Vergabevermerk angestrebte Integration des im Bereich der Innenstadt und die damit verbundene Herstellung der Bürgernähe legitime sachbezogene Anliegen darstellen. Der Antragsgegner und die Beigeladene haben auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die mit der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich hinzunehmen sind (OLG Düsseldorf a.a.O.; VK Hessen v. 24.01.2011, 69d-VK 43/2010). Die Beigeladene hat darüber hinaus zutreffend angeführt, dass ein Vergabeverfahren im Allgemeinen mit lediglich einem Unternehmen fortgeführt werden könne.

Die Sachlage ist jedoch anders zu beurteilen, wenn von vornherein durch die entsprechende enge territoriale Eingrenzung des Gebietes absehbar ist, dass sich an dem Vergabeverfahren wahrscheinlich nur ein Bewerber beteiligen kann. Bei anderer Betrachtung besteht von Anbeginn die Gefahr, dass ein Wettbewerb nicht zu Stande kommt. Die mit der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen dürfen dieses Ausmaß nicht erreichen. Ansonsten würde der Wettbewerbsgrundsatz als zentrales Prinzip des Vergabewesens praktisch unterlaufen.

Die vorab beschriebene Gefahr hat sich hier auch realisiert, da lediglich die Beigeladene einen Teilnahmeantrag abgab.

Der Antragsgegner musste auch bereits vor der Durchführung des Vergabeverfahrens ernsthaft mit dieser Möglichkeit rechnen. Es stand von vornherein fest, dass die Beigeladene in dem fraglichen Gebiet über ein geeignetes Grundstück verfügt. Der Antragsgegner und die Beigeladene haben zwar im Nachprüfungsverfahren auf eine Vielzahl von weiteren Objekten verwiesen, die nach ihrer Auffassung für die Leistungserbringung in Frage kämen. Es ergab sich hieraus jedoch nicht zweifelsfrei, ob diese Objekte tatsächlich die Vorgaben erfüllen und verfügbar sind. In diesem Zusammenhang waren die Angaben des Antragsgegners oftmals vage und unbestimmt. So war bei vielen Objekten nicht geklärt, ob die von dem Antragsgegner verlangte Größe erreicht wurde. Hierbei war auch von Bedeutung, dass die Vorgaben der Vergabebekanntmachung nicht eindeutig waren. Dies gilt insbesondere für die Angaben von Mindestgrößen, die andererseits nur „zirka“ erreicht werden sollten. Im Hinblick auf ein weiteres Objekt basieren die Informationen des Antragsgegners lediglich auf einer Nachfrage bei dem Eigentümer. Hier konnte in Bezug auf das betroffene Grundstück die Antragstellerin auch davon ausgehen, dass es nicht zur Verfügung steht, da es mit einem Bauschild versehen war. Soweit die Beigeladene darauf verwies, dass sich die Erbengemeinschaft, die über eines der Grundstücke verfügt, an dem Vergabeverfahren hätte beteiligen können, ist dies schon allein unzutreffend, da es sich nicht um ein entsprechendes Unternehmen handelt. Schließlich blieb auch beispielsweise ungeklärt, ob die beiden Grundstücke der zur Verfügung standen.

Das Vorbringen ist im Übrigen auch deshalb unbeachtlich, da es nicht im Vergabevermerk dokumentiert wurde. Angesichts der Bedeutung der Fragestellung, ob durch die Festlegung

des Beschaffungsgegenstandes der Wettbewerbsgrundsatz gewahrt wurde, hatte der Antragsgegner nicht die Möglichkeit, entsprechende Erwägungen im laufenden Nachprüfungsverfahren nachzuschieben. Die Möglichkeit einer manipulativen Darstellung ist vielmehr von vornherein auszuschließen (vgl. OLG Celle 13 Verg 16/09, vom 11.02.2010; BGH v. 08.02.2011; X ZB 4/10).

Wie bereits erwähnt, wäre es geboten gewesen, dass der Antragsgegner bereits bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens zweifelsfrei und belastbar dokumentiert, dass zumindest drei Objekte, die seinen Vorgaben entsprechen, für potentielle Bewerber zur Verfügung stehen.

Grundsätzlich ist das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt zu wiederholen, ab dem es fehlerhaft ist (vgl. OLG Celle a.a.O.). Dies ist vorliegend bereits die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes. Die Antragstellerin konnte sich auf die entsprechenden Dokumentationsmängel auch berufen, da sie sich auf ihre Rechtsstellung im Vergabeverfahren unmittelbar ausgewirkt haben. Damit ist das Vergabeverfahren ab Beginn fehlerhaft und damit im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufzuheben. Diese Vorschrift findet entsprechend auch für ein Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung Anwendung (vgl. Kulartz, Marx, Portz, Prieß, Kommentar zur VOB/A 2010, § 17 Nr. 3 Rn. 12 VOB/A).

Soweit der Antragsgegner weiterhin Beschaffungsabsicht hat, hat er das Vergabeverfahren somit ab Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes erneut durchzuführen und entsprechend zu dokumentieren.

Insoweit ist es der Vergabekammer verwehrt, dem Antragsgegner weitere Vorgaben zu machen, da die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes grundsätzlich seiner Dispositionsfreiheit unter Beachtung des Wettbewerbsgrundsatzes unterliegt. Die Antragstellerin kann insbesondere nicht verlangen, dass das Vergabeverfahren an ihren Bedürfnissen ausgerichtet wird.

Der Antragsgegner hat bei der Wiederholung des Vergabeverfahrens lediglich sicher zu stellen, dass mindestens drei geeignete Objekte am Markt vorhanden sind. Soweit ihm entsprechende Feststellungen bei einer territorialen Eingrenzung des Gebietes – wie von der Beigeladenen vorgebracht – im Vorhinein nicht möglich sind, hat er das Vergabeverfahren in anderer Weise auszugestalten. Er kann etwa beispielsweise unter Beachtung des Wettbewerbsgrundsatzes ohne Vorgabe einer territorialen Abgrenzung entsprechende Eignungsanforderungen vorgeben, um sein Ziel, Bürgernähe herzustellen, zu erreichen.

Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens hatte der Antragsgegner noch andere Gründe, als die von ihm angestrebte Schaffung von Bürgernähe, vorgebracht, um die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes zu rechtfertigen (wie etwa stadtbaukulturelle Substanz, die städtebauliche Funktionsfähigkeit und die soziale Vitalität der Stadtetc.). Hierauf konnte er sich jedoch im laufenden Nachprüfungsverfahren nicht berufen, da dies im Vergabevermerk nicht dokumentiert war (siehe oben).

Es ist dem Antragsgegner auch darüber hinaus verwehrt, diese Gründe bei der Wiederholung des Vergabeverfahrens heranzuziehen. Sie sind nicht sach- und auftragsbezogen, da sie in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der zu erbringenden Leistungsbeschaffung (hier: Errichtung einesetc.) stehen. Eine lediglich mittelbare Folgewirkung ist nicht ausreichend. Anderenfalls wäre nicht auszuschließen, dass der Auftraggeber den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränkt, indem er Gründe für die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes heranzieht, die nur entfernt einen Bezug zur Leistungserbringung aufweisen. Als weiterer sachlicher Grund kann lediglich die von dem Antragsgegner angeführte Werterhaltung der Immobilie anerkannt werden.

Schließlich hat die Antragstellerin auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Bewerbungsfrist hinsichtlich des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zu knapp bemessen war. Die Bewerber hatten bei einer Vielzahl von Objekten zu recherchieren, ob diese für eine Leistungserbringung in Frage kommen. Der Antragsgegner hatte ohne weiteres die Möglichkeit, die Bewerbungsfrist gemäß § 10a Abs. 2 Nr.1 und 2 i.V.m. Abs. 3 VOB/A anzupassen, da es sich lediglich nach den vorgenannten Regelungen um Mindestfristen handelt. Er hat bei einer

Wiederholung des Vergabeverfahrens darauf zu achten, dass die Bewerbungsfrist ausreichend ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt, mithin der Antragsgegner und die Beigeladene. Sie sind mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen. Die Beigeladene hat in dem Nachprüfungsverfahren eigene Anträge gestellt und sich somit aktiv beteiligt. Es ist daher gerechtfertigt, dass die beiden vorgenannten Beteiligten die Kosten als Gesamtschuldner je zur Hälfte tragen. Bei der Beigeladenen erhöhen sich die Verfahrenskosten allerdings durch die während des Akteneinsichtstermins angefallenen Kopierkosten um Euro.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Grundlage des wirtschaftlichen Wertes ist insoweit die Kostenschätzung (Brutto) des Antragsgegners für die gesamte Vertragslaufzeit einschließlich der Option für die Wartung, Inspektion und Instandsetzung der Baulichkeit während der-jährigen Finanzierungsphase.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von **Euro** inklusive Auslagen. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen. Der Antragstellerin wird der bereits geleistete Kostenvorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet. Dazu wird um Angabe der Bankverbindung gebeten.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner unter Verwendung des Kassenzweckens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Beigeladene unter Verwendung des Kassenzweckens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Der Antragsgegner und die Beigeladene sind hier als Unterliegende anzusehen und haben daher diese Aufwendungen als Gesamtschuldner zu tragen.

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez.

gez.