



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

hierzu Entscheidung des OLG Naumburg 2 Verg 1/14 vom 14.03.2014

Az.: 2 VK LSA 15/13

Halle, 18.12.2013

§ 2 Nr. 2 und Nr. 7 VgV

§ 2 Nr. 2 i.V. mit § 3 Abs. 7 VgV

§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB

- Schwellenwerte sind überschritten

- unwirksame de-facto-Vergabe

Die gesplittete Auftragsvergabe (nämlich einerseits die bereits erbrachten und abgerechneten sowie andererseits die noch zu vergebenden Leistungen) hinsichtlich dieses Bauabschnittes stellt im Ergebnis eine losweise Vergabe von Teilaufträgen derselben freiberuflichen Leistung dar. Damit sind die Schwellenwerte nach § 2 Nr. 2 und Nr. 7 VgV überschritten. Es ist bei dieser Sachlage nicht entscheidend, dass ein Teil der Leistung bereits erbracht wurde. Nicht maßgeblich ist weiterhin weder die Angebotssumme noch die Vertragssumme der Beigeladenen.

Weiterhin ist der Schwellenwert von 200.000 Euro auch nach § 2 Nr. 2 i.V. mit § 3 Abs. 7 VgV überschritten. Nach der letztgenannten Vorschrift sind bei einer zu vergebenden freiberuflichen Leistung nach § 5, die in mehrere Teilleistungen derselben freiberuflichen Leistung aufgeteilt wird, die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu addieren.

Der streitgegenständliche Vertrag ist nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam.

In dem Nachprüfungsverfahren des

.....

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigter:

.....

gegen das

.....

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigter:

.....

.....
Verfahrensbevollmächtigter:

.....

wegen

des im Weg der freihändigen Vergabe zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossenen Projektsteuerungsvertrages für den ersten Bauabschnitt des Bauvorhabens vom hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, die hauptamtliche Beisitzerin Frau und die ehrenamtliche Beisitzerin Frau auf die mündliche Verhandlung vom 03.12.2013 beschlossen:

Es wird festgestellt, dass die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen vom unwirksam ist. Der Antragsgegner wird verpflichtet, auf eine Erteilung des Auftrages im Rahmen des durchgeführten Vergabeverfahrens zu verzichten. Ihm wird weiterhin aufgegeben, für den Fall, dass seinerseits weiterhin Beschaffungsbedarf und Beschaffungsabsicht hinsichtlich der Leistungen, die Gegenstand des Vertrages vom waren, besteht, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ein transparentes Vergabeverfahren im Sinne der §§ 97 ff. GWB durchzuführen.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Der Antrag des Antragsgegners, ihm bis zur endgültigen Beauftragung eines Bieters mit den Projektsteuerungsleistungen zu gestatten, die Beigeladene für das maßgebliche Bauvorhaben weiter zu beschäftigen, wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens. Die Kosten werden insgesamt auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

Der Antragsgegner hat dem Antragsteller die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den Antragsteller war notwendig.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom schrieb der Antragsgegner Planungsleistungen der Generalplanung für das in drei Bauabschnitte gegliederte Projekt aus. Diese Leistungen beinhalteten u.a. auch die Koordinierungs- und Steuerungsleistungen nach § 205 der AHO (DVP) 2009.

Nach Ziffer II.1.5) der Bekanntmachung wurden die Leistungen des Generalplaners für das gesamte Vorhaben ausgeschrieben. Die Mittel waren jedoch haushaltsrechtlich für den zweiten und dritten Bauabschnitt noch nicht freigegeben.

Im Ergebnis dieses Vergabeverfahrens wurde am ein Generalplanervertrag zwischen dem Antragsgegner und der zu diesem Zeitpunkt noch zu gründenden GmbH abgeschlossen.

Entsprechend § 1 des Vertrages waren die Leistungen in drei Bauabschnitte sowie optional in den Abriss des aufgeteilt. Ausweislich Ziffer 1.3 lag die Finanzierungszusage für den ersten Bauabschnitt vor. Hingegen stand die Finanzierungszusage für die beiden weiteren Bauabschnitte noch aus.

Nach § 2 Ziffer 2.12 des Vertrages wurden die Leistungen für die zu erbringenden Koordination- und Steuerungsleistungen definiert. Bezüglich der Honorarermittlung für diese Leistung wurde auf die Anlage 3 verwiesen. Diese beinhaltet für alle Bauabschnitt die anfallenden Honorare. Die optionale Leistung war in der Anlage nicht erfasst.

Nach dem § 6 Ziffer 6.2.7 des Vertrages überstiegen in Summe die vereinbarten Vergütungen für die Koordinierungs- und Steuerungsleistungen bei Weitem den EU-Schwellenwert nach § 2 Nr. 2 VgV. Auch die Kostenschätzung für den ersten Bauabschnitt überschritt diesen Schwellenwert.

Gemäß § 7 des Vertrages erfolgt die Bezahlung pro Bauabschnitt sowie getrennt für die Leistungen zum Abriss des

Für den zweiten und dritten Bauabschnitt vereinbarten die Vertragsparteien nach § 12 des Vertrages ein Sonderkündigungsrecht für den Antragsgegner bis zum bzw. für den Fall, dass es ihm nicht gelinge, die Finanzierung für diese Bauabschnitte sicherzustellen und deshalb die Planung und Umsetzung nicht begonnen oder fortgesetzt werden kann. Der Auftragnehmer soll daher bis zu diesem Zeitpunkt keine Planungsleistungen für die jeweiligen Bauabschnitte erbringen.

In der Besprechungsvereinbarung des Antragsgegners vom 31.05.2013 heißt es unter Ziffer 2 auf Seite 2:

„Mit dem Generalplanervertrag vom wurden Leistungen der Projektsteuerung nach § 205 AHO (DVP) 2009 gemäß der dem Generalplanervertrag beiliegenden Anlage 3 beauftragt.

Die Parteien streben an, dass der Vertrag im Hinblick auf die Erbringung von Projektsteuerungsleistungen mit Wirkung zum mit folgenden Maßgaben einvernehmlich aufgehoben wird:...”

Weiterhin verlängerten die Parteien unter Ziffer 3 auf der Seite 3 das vereinbarte Sonderkündigungsrecht für den Auftraggeber für den zweiten Bauabschnitt auf den

Unterzeichnet ist die Vereinbarung mit Datum vom bzw. durch die Vertragspartner des Generalplanervertrages.

Der Antragsgegner legte in seinem Vergabevermerk vom 23.05.2013 fest, dass die Projektsteuerungsleistungen aus dem Vertrag der GmbH herauszulösen seien. Begründet wurde dies damit, dass es beim Generalplaner GmbH zu strukturellen Änderungen gekommen sei. Zusätzlich seien auch personelle Schwankungen in der Projektsteuerung GmbH / aufgetreten. Bis zur Fertigstellung des Projektes wolle der Antragsgegner die Restleistungen nunmehr an einen Dritten vergeben.

Im beiderseitigen Einvernehmen sei zwischen dem Antragsgegner und der GmbH die Aufhebung der Teilleistung – Projektsteuerung mit Datum vom/..... vereinbart worden.

Nach der Kostenschätzung des Antragsgegners vom 31.05.2013 beträgt das Honorar für die Restleistungen der Projektsteuerung für den ersten Bauabschnitt weniger als 200.000 Euro.

Er forderte am 03.06.2013 im Rahmen einer freihändigen Vergabe vier Planungsbüros zur Abgabe eines Angebotes für die verbleibenden Projektsteuerungsleistungen des ersten Bauabschnittes auf. Lediglich die Beigeladene und ein weiteres Ingenieurbüro gaben daraufhin ein Angebot ab. Der Antragsteller wurde an diesem Vergabeverfahren nicht beteiligt.

Der Antragsgegner schloss nach der Wertung der beiden Angebote mit der Beigeladenen am einen Projektsteuerungsvertrag in Bezug auf die Restleistungen des ersten Bauabschnittes ab. Als Fertigstellungstermin wurde der 30.06.2014 und die Abrechnung der Leistungen einschließlich Verwendungsnachweis bis Ende 2014 festgelegt.

Der Auftragnehmer hat nach § 1 dieses Vertrages u.a. das Bauausgabebuch zu führen und den Verwendungsnachweis zu erstellen.

Entsprechend § 9 vereinbarten die Vertragspartner zunächst eine Vertragslaufzeit vom 01.07.2013 bis zum 28.02.2014. Der Auftraggeber behält sich jedoch vor, aufgrund einer einseitigen Erklärung, die Vertragslaufzeit bis zum 15.01.2015 zu verlängern.

Der Antragsteller stellte am 09.10.2013 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt. Als Antragsgegner benannte er das

Der Nachprüfungsantrag wurde an das am selben Tag mit der Bitte um Vorlage aller Vergabeunterlagen und einer Stellungnahme zugesandt.

Mit dem Nachprüfungsantrag legte der Antragsteller u.a. einen zwischen der GmbH und der GmbH mit Datum vom geschlossenen Ingenieurvertrag (Anlage 6) bei. Gegenstand dieses Vertrages waren die Koordinations- und Steuerungsleistungen zum Projekt für die Bauabschnitte eins bis drei.

Der Antragsteller macht in seinem Nachprüfungsantrag geltend, dass es sich bei dem Vertrag um eine rechtswidrige de-facto-Vergabe i.S. des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB handele.

Weiterhin sei der Schwellenwert nach § 100 Abs. 1 GWB überschritten. Bei der Berechnung seien die Werte für den zweiten und dritten Bauabschnitt einzubeziehen, da ein funktionaler Zusammenhang in technischer, wirtschaftlicher und zeitlicher Hinsicht bestehe. Daher würden der § 97 ff. GWB mit den Regelungen über das Nachprüfungsverfahren der §§ 105 ff. GWB gelten. Es handele sich um Dienstleistungsaufträge i.S. des § 2 Nr. 2 VgV. Der Antragsgegner sei verpflichtet gewesen, die Leistungen in einem transparenten Vergabeverfahren entsprechend den Vorschriften zu vergeben.

Ebenso sei der Antragsteller nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Er sei durch den begangenen Vergaberechtsverstoß gehindert gewesen, ein ernst zu nehmendes Angebot abzugeben. Es wäre auch nicht auszuschließen, dass er bei erfolgreicher Teilnahme am Wettbewerb den Auftrag erhalten hätte. Damit sei er in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden.

Anders als der Antragsgegner vorbringe, verfüge der Antragsteller auch über die geforderten Kenntnisse und Erfahrungen im Krankenhausbau mit einem Investitionsvolumen ab 35 Mio Euro. Schließlich sei er freier Mitarbeiter der in Dabei sei er bei sämtlichen von dieser Gesellschaft betreutenbauvorhaben, mit denen sich auch die – an dem Bauvorhaben beworben habe, beteiligt gewesen.

Auch sei aus dem Nachprüfungsantrag beigefügten Ingenieurvertrag vom (Anlage 6) erkennbar, dass die – GmbH als Projektgesellschaft für das streitgegenständliche Bauvorhaben errichtet wurde.

Im Übrigen habe der Antragsgegner einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund des Gesetzes gestattet sei. Deshalb fänden bei Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB zunächst § 107 Abs. 3 S. 1 GWB in Verbindung mit den Rügeobliegenheiten gem.

§ 107 Abs. 3 S. 2 GWB keine Anwendung. Auch habe der Antragsteller erst am 30.09.2013 Kenntnis über den begangenen Vergaberechtsverstoß erhalten.

Der Antragsteller beantragt,

1. den Antragsgegner anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vom 30. Juli 2013 zurückzusetzen, und die Zuschlagsentscheidung unter ermessensfehlerfreier Verwendung der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu treffen,
2. den Antragsgegner anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben,
3. einen bereits erteilten Zuschlag für unwirksam zu erklären und festzustellen, dass eine Rechtsverletzung des Antragstellers stattgefunden hat.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag insgesamt zurückzuweisen,

es dem Antragsgegner zu gestatten, die Beigeladene bis zur endgültigen Beauftragung eines Bieters mit den Projektsteuerungsleistungen für das maßgebliche Bauvorhaben weiter zu beschäftigen.

Er ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag ihn möglicherweise nicht betreffe. Zwar würde ein gleichlautendes Bauvorhaben zurzeit durchgeführt. Allerdings sei hierbei Auftraggeber das

Im Übrigen fehle es dem Antragsgegner an der Antragsbefugnis i.S. des § 107 Abs. 2 GWB. Hierfür müsse er ein Interesse am Auftrag haben und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen. Ebenso hätte der Antragsteller, der als selbstständiger freier Architekt tätig sei, nach eigener Referenzliste noch kein öffentlich gefördertes Bauvorhaben begleitet. Er sei nicht in der Lage, die Leistung auszuführen.

Auch habe der Antragsgegner keinen Ingenieurvertrag mit der Fa.-.....,GmbH geschlossen. Es existiere lediglich ein von ihm erteilter Generalplanungsauftrag mit einer anderen Planungsgesellschaft aus dem Jahre 2011.

Weiterhin handele es sich bei den hier offenbar streitgegenständlichen Leistungen um einen Auftragswert in Höhe von 80.000 Euro. Damit sei der Nachprüfungsantrag unzulässig, da der Schwellenwert des § 2 VgV nicht erreicht sei. Es sei unzutreffend bei der Kostenschätzung die bereits erbrachten Leistungen nach § 2 Nr. 7 VgV mit einzubeziehen. Bei der Auftragsvergabe ginge es ausschließlich um Leistungen, die zukünftig erbracht würden. Auch sei es nicht statthaft, die einzelnen Bauabschnitte als Gesamtmaßnahme zu betrachten. Diese erfüllten eine eigene gesonderte Funktion in wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht. Weiterhin sei noch nicht einmal sicher, ob der zweite und dritte Bauabschnitt beauftragt würden. Es handele sich damit um eine zeitliche Zäsur, die dazu führe, dass eine gesondert betrachtete Maßnahme vorliege.

Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens teilte der Antragsgegner auf Anfrage der Vergabekammer mit, dass er von dem Sonderkündigungsrecht für den zweiten und dritten Bauabschnitt gemäß § 12 des Generalplanervertrages vom bislang keinen Gebrauch gemacht habe. Auch habe der Antragsgegner die Aufhebungsvereinbarung mit

der Besprechungsvereinbarung vom/..... bereits an die Vergabekammer übersandt.

Auf Anfrage erklärte der Antragsgegner weiterhin, dass sich die Aufhebung des Vertrages auf die Projektsteuerungsleistungen bezöge. Er hat dabei keinerlei Einschränkungen hinsichtlich einzelner Bauabschnitte zum Ausdruck gebracht.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 05.11.2013 das beigeladen.

Die Beigeladene stellte keine eigenen Anträge.

Sie ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Durch das Herauslösen der restlichen Projektsteuerungsleistungen aus dem Generalpanervertrag vom sei für die Schwellenwertermittlung nunmehr der § 3 Abs. 7 S. 3 VgV maßgeblich. Diese Vorschrift besage, dass mehrere Teilaufträge nur dann zusammenzurechnen seien, wenn es sich um dieselbe freiberufliche Leistung handele.

Ausweislich der Vergabeakte würde der Wert des gesondert vergebenen Auftrages weit unter dem maßgeblichen Schwellenwert von 200.000 Euro liegen. Unterhalb dieses Schwellenwertes fände auch der § 101b GWB keine Anwendung.

Die Vergabekammer hatte den Antragsteller sowie der Beigeladenen mit Beschluss vom 08.11.2013 bzw. 29.11.2013 teilweise Akteneinsicht gewährt.

In der mündlichen Verhandlung vom 03.12.2013 haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Es wird insoweit auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen.

Der Vorsitzende hat die Frist zur Entscheidung der Vergabekammer bis zum 18.12.2013 verlängert.

In Hinblick auf die weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die eingereichten Unterlagen des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist zulässig und teilweise begründet.

1. Zulässigkeit

1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998, Nr. 59, S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2005, Nr. 44, S. 2114 ff., zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.06.2013, BGBl. I, 2013, Nr. 32, S. 1750, 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 08.12.2003 – 42-32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 57/2003, S. 942) i.V.m. d. gem. Geschäftsordnung d. VgK (Bek. des MW vom 17.04.2013 – 41-32570-17, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 14/2013) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 200.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträge gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 sowie Nr. 7 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I 2003, S. 169 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 02.12.2011 (Verordnung (EU) Nr. 1251/2011), ist für dieses Vorhaben überschritten.

Zwar ist der Antragsgegner in seiner Vergabedokumentation zu einem gegenteiligen Schluss gelangt. Er ist davon ausgegangen, dass lediglich die Restleistungen bei der Ermittlung des Schwellenwertes zu berücksichtigen seien.

Bei dieser Prognoseentscheidung stand dem Antragsgegner ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser kann von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf hin, ob er seine Entscheidung nicht nach sachfremden Erwägungen getroffen hat, er sich bei der Entscheidung sowohl im Rahmen des Gesetzes bewegt sowie das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat. Unter Berücksichtigung dieses Prüfungsmaßstabes ist die Entscheidung des Antragsgegners fehlerhaft.

Er hat dabei hinsichtlich des 1. Bauabschnittes die Vorschrift des § 2 Nr. 7 VgV nicht beachtet. Danach beträgt der Schwellenwert für Lose 80.000 Euro (bei einer Gesamtleistung ab 200.000 Euro). Die gesplittete Auftragsvergabe (nämlich einerseits die bereits erbrachten und abgerechneten sowie andererseits die noch zu vergebenden Leistungen) hinsichtlich dieses Bauabschnittes stellt im Ergebnis eine losweise Vergabe von Teilaufträgen derselben freiberuflichen Leistung dar. Bei den Teilleistungen handelt es sich jeweils um die Projektsteuerung. Nach der eigenen Kostenschätzung des Auftraggebers wurden die Restleistungen nach AHO auf 177.000 Euro bzw. nach Zeitaufwand auf 130.000 Euro veranschlagt. Der Gesamtauftragswert für die Projektsteuerungsleistungen des 1. Bauabschnittes lag bei 260.000 Euro. Damit sind die Schwellenwerte nach § 2 Nr. 2 und Nr. 7 VgV überschritten. Es ist bei dieser Sachlage nicht entscheidend, dass ein Teil der Leistung bereits erbracht wurde. Nicht maßgeblich ist weiterhin weder die Angebotssumme noch die Vertragssumme der Beigeladenen.

Weiterhin ist der Schwellenwert von 200.000 Euro auch nach § 2 Nr. 2 i.V. mit § 3 Abs. 7 VgV überschritten. Nach der letztgenannten Vorschrift sind bei einer zu vergebende freiberuflichen Leistung nach § 5, die in mehrere Teilleistungen derselben freiberuflichen Leistung aufgeteilt wird, die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu addieren. Aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt, dass es, anders als der Antragsgegner meint, nicht darauf ankommt, zu welchem Zeitpunkt die Aufteilung in Teilleistungen erfolgt. Es ist vielmehr nicht ausgeschlossen, dass dieselbe freiberufliche Leistung - wie hier - auch nachträglich gesplittet wird. Mithin sind die geschätzten Werte für die gesamten Projektsteuerungsleistungen für Bauabschnitt eins zugrunde zu legen.

Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob bei der Kostenschätzung gemäß § 3 Abs. 7 VgV auch die veranschlagten Kosten für die Bauabschnitte zwei und drei mit einzubeziehen sind. Der Schwellenwert ist bereits allein in Bauabschnitt eins erreicht.

1.2 Richtige Bezeichnung des Antragsgegners

Es trifft zwar zu, dass der Antragsteller den Antrag zunächst gegen das, dieses vertreten durch den, Anstalt des öffentlichen Rechts richtete. Diese Bezeichnung war unzutreffend. Es war jedoch erkennbar, dass sich der Antrag tatsächlich auf das bezog. Damit ist die ursprünglich falsche Bezeichnung des Antragsgegners unschädlich.

1.3 Antragsbefugnis

Nach § 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 macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der Antragsteller hat an dem Auftrag zur Erbringung der streitgegenständlichen Leistung sein Interesse bekundet. Allein die Tatsache, dass er dieses Nachprüfungsverfahren betreibt, erfüllt unter den gegebenen Umständen die Voraussetzungen der vorgenannten Norm. Insoweit reicht die Darlegung, dass ihm durch die Missachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit genommen wurde, ein ordnungsgemäßes Angebot abzugeben (vgl. OLG Düsseldorf vom 25.01.2005, Az. Verg 93/04).

Soweit der Antragsgegner vorbringt, dass der Antragsteller von vornherein keine Aussicht auf Erteilung des Auftrages habe, da er nicht in der Lage sei, die Leistung zu erbringen, trifft dies in dieser Pauschalität nicht zu. Es steht zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht fest, welche Anforderungen der Antragsgegner an die Bewerber in einem künftigen ordnungsgemäßen Verfahren stellen wird. Im Übrigen hat der Antragsteller die Möglichkeit, Nachunternehmer in die Leistungserbringung einzubinden, soweit er alleine tatsächlich nicht leistungsfähig sein sollte.

1.4 Frist

Schließlich hat der Antragsteller die Frist nach § 101b Abs. 2 S. 1 GWB eingehalten. Der Antragsteller hatte erst am 30.09.2013 Kenntnis über den Vertragsschluss erlangt. Er hat den Nachprüfungsantrag neun Tage nach Kenntnis gestellt und damit die Frist von 30 Tagen gemäß § 101b Abs. 2 S.1 erste Alternative GWB.

Weiterhin ist der Antrag nach § 101b Abs. 2 S. 1 Alternative zwei GWB nur zulässig, wenn der Antrag innerhalb von sechs Monaten ab Vertragsschluss eingereicht wird. Auch diese Frist hat der Antragsteller eingehalten. Der entsprechende Vertrag über die Projektsteuerungsleistungen wurde am und damit innerhalb dieser Frist geschlossen.

Gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GWB war ferner eine Rüge entbehrlich.

2. Begründetheit

Der Antrag ist teilweise begründet.

Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Feststellung auf Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages. Er kann auch verlangen, dass der Antragsgegner auf eine Auftragserteilung im Rahmen des fehlerhaft durchgeführten Vergabeverfahrens verzichtet. Dagegen ist der Antrag auf Rückversetzung des Vergabeverfahrens unbegründet. Weiterhin ist der Antragsgegner verpflichtet, ein transparentes Vergabeverfahren i.S. der §§ 97 ff GWB durchzuführen, soweit er weiterhin Beschaffungsbedarf hat. Der Antrag des Antragsgegners, ihm bis zur endgültigen Beauftragung eines Bieters zu gestatten, die Beigeladene weiter zu beschäftigen, ist zurückzuweisen.

Hierzu im Einzelnen:

Der streitgegenständliche Vertrag ist nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Es trifft zwar zu, dass ein Vergabeverfahren stattfand, an dem sich mehrere Unternehmen beteiligt hatten. Die Vorschrift findet jedoch über ihren Wortlaut auch dann Anwendung, wenn der Auftraggeber von der notwendigen Vergabebekanntmachung abgesehen hat. Die Vorschrift

ist in entsprechender Weise europarechtskonform auszulegen. Dies gebietet Artikel 24 Abs. 1 a) der Richtlinie 2007/66/EG (vgl. OLG Düsseldorf vom 21.04.2010, Az. VII Verg 55/09 und vom 21.07.2010, Az. VII Verg 19/10 und vom 03.08.2011, Az. Verg 33/11; OLG Dresden vom 12.10.2010, Az. WVerg 9/10). Danach haben die Mitgliedsstaaten dafür Sorge zu tragen, dass ein Vertrag für unwirksam erklärt wird, wenn der Auftraggeber den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies zulässig ist. So liegt der Fall hier. Der Antragsgegner wäre gehalten gewesen, nach § 3 Abs. 1 VOF den Auftrag im Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme zu vergeben. Ein Ausnahmetatbestand i.S. des § 3 Abs. 4 VOF liegt ersichtlich nicht vor.

Aufgrund dessen ist der Antragsgegner auch verpflichtet, auf die Erteilung des Auftrages im Rahmen des fehlerhaft durchgeführten Vergabeverfahrens zu verzichten. Vielmehr ist der Antragsgegner gehalten, die Leistungen in einem transparenten Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff GWB zu vergeben, soweit er weiterhin Beschaffungsbedarf hat. Bei dieser Sachlage bleibt für eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens kein Raum.

Soweit der Antragsgegner ferner beantragt hat, ihm zu gestatten, die Beigeladene bis zur endgültigen Beauftragung eines Bieters mit den Projektsteuerungsleistungen für das maßgebliche Bauvorhaben weiter zu beschäftigen, besteht hierfür keine Rechtsgrundlage. Der Antrag ist daher nicht statthaft. Der Antragsgegner hat bei besonderer Dringlichkeit gegebenenfalls die Möglichkeit, vor der endgültigen Vergabe eine Interimsbeauftragung vorzunehmen (vgl. VK Lüneburg v. 03.07.2009-VgK-30/2009; VK Sachsen v. 24.08.2007). Diese Interimsvergabe ist jedenfalls auf den absolut notwendigen Zeitraum zu beschränken, um einen vertragslosen Zustand zu vermeiden. Dies hat der Antragsgegner in eigener Verantwortung zu prüfen und entsprechend zu dokumentieren.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist der Antragsgegner als Unterliegender anzusehen, da er mit seinen Anträgen größtenteils nicht durchgedrungen ist.

Allerdings war der Antrag des Antragstellers ebenfalls teilweise erfolglos. Dieser Umstand tritt jedoch gegenüber der Tatsache zurück, dass der Antragsgegner verpflichtet wurde, ein transparentes Vergabeverfahren i.S. der §§ 97 ff GWB durchzuführen, soweit er weiterhin Beschaffungsbedarf hat. Dies ist von außerordentlich hohem Gewicht.

Der Antragsgegner ist auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG LSA vom 27.06.1991) von der Entrichtung der Kosten befreit. Nach dieser Vorschrift werden Gebühren im Verwaltungsverfahren nicht erhoben für Amtshandlungen, zu denen eine Landes- oder gleichgestellte Behörde Anlass gegeben hat. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VwKostG LSA ist diese Regelung jedoch nicht anzuwenden bei Entscheidungen über förmliche Rechtsbehelfe, z. B. über einen Widerspruch. Das Vergabenachprüfverfahren ist in diesem Zusammenhang mit einem Widerspruchsverfahren vergleichbar (vgl. OLG Naumburg v. 17.09.2002, Az.: 1 Verg 8/02; OLG Naumburg v. 20.09.2012, Az.: 2 Verg 4/12).

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Grundlage für die Bemessung des Gegenstandswertes bildet die Angebotssumme der Beigeladenen nach der Variante zwei zuzüglich Nebenkosten über die gesamte Vertragslaufzeit. Daraus ergibt sich nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ein Richtwert von Euro inklusive Auslagen. Es besteht keine

Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen. Gleichzeitig fielen Auslagen in Höhe von Euro an.

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

Dem Antragsteller wird der bereits geleistete Kostenvorschuss abzüglich der Kopierkosten im Rahmen der Akteneinsicht in Höhe von **Euro** nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet. Dazu wird um Angabe der Bankverbindung gebeten.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** für die entstandenen Kosten im Rahmen der Akteneinsicht hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Beigeladene unter Verwendung des Kassenzeichens 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 Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Der Antragsgegner ist hier als Unterliegender anzusehen.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsteller notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

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.