



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: 2 VK LSA 40/12

Halle, 16.01.2013

§ 99 Abs. 1 GWB

§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB

§ 242 BGB

§ 107 Abs. 3 S. 2 GWB

§ 97 Abs. 1 GWB

- Vertragliche Vereinbarungen über die Wärme- und Stromlieferung stellen öffentlichen Auftrag dar
- Unwirksamkeit der Verträge wegen De-facto-Vergabe
- kein Verstoß gegen Treu und Glauben
- Rügeobliegenheit entfällt
- Verstoß gegen Wettbewerbsgebot

Die vertraglichen Vereinbarungen über die Wärme- und Stromlieferung stellen einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB dar, der den Regelungen des Kartellvergaberechts unterfällt. Nach dem Willen der Parteien hatten diese Verträge eigenständigen Charakter. Zwar gingen die alten Verträge in die neuen Verträge über. Es sollten jedoch ausschließlich die Regelungen und Bestimmungen der neuen Verträge gelten (vgl. Präambeln der Verträge).

Die Verträge zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen sind i.S. des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Die Antragsgegnerin hatte einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist.

Es ist unter den gegebenen Umständen schließlich auch nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben i.S. des § 242 BGB anzusehen, dass die Antragstellerin nunmehr die Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens einfordert. Schließlich ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GWB eine Rügeobliegenheit bei Verstößen gegen § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB entfällt.

Durch die geschlossenen Verträge hatten die Vertragsparteien ausgeschlossen, dass Wettbewerb im Hinblick auf die nachgefragten Leistungen zu Stande kommt. Dies verstößt in gravierender Weise gegen das Wettbewerbsgebot i.S. des § 97 Abs. 1 GWB.

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen die

.....

- Antragsgegnerin -

unter **Beiladung** der

.....

wegen

der im Wege der Direktvergabe zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen mit Vereinbarungen vom ...10.2012 für den Zeitraum vom 01.09.2012 bis zum 31.08.2027 geschlossenen Verträge zur Lieferung von elektrischer Energie sowie der Wärmeversorgung für denhat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, die hauptamtliche Beisitzerin Frau und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn auf die mündliche Verhandlung vom 19.12.2012 beschlossen:

Es wird festgestellt, dass die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen vom10.2012 unwirksam sind.

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, für den Fall, dass ihrerseits weiterhin Beschaffungsbedarf und Beschaffungsabsicht hinsichtlich der Leistungen der Wärmeversorgung und Stromlieferung besteht, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ein transparentes Vergabeverfahren im Sinne der §§ 97 ff. GWB durchzuführen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kosten werden insgesamt auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schloss am1995 mit der Firma nach erfolgter Ausschreibung einen Vertrag über den Bau und Betrieb einer Energieumwandlungsanlage sowie über die Wärme- und Stromlieferung für die ab.

§ 2 Nr. 3 des Vertrages sieht vor, dass die Antragsgegnerin bis auf die dezentrale Hochdruckdampferzeugung für Forschungs- und Versuchsaufgaben sämtlich notwendige Wärmeenergie sowie Strom vom Auftragnehmer zu beziehen hat.

Nach Nr. 4 hatte die Antragsgegnerin über die ersten fünfzehn Jahre eine bestellte Wärmeleistung von 20,3 MW sowie eine Wärmemenge von 42.000 MWh/a abzunehmen.

Das erforderliche Grundstück für die Energieumwandlungsanlage wurde dem Vertragspartner auf der Grundlage eines Grundstücknutzungsvertrages entsprechend § 3

überlassen. Ausweislich § 13 erhält die Antragsgegnerin dafür ein im Grundstücksnutzungsvertrag festgelegtes Nutzungsentgelt. Die Antragsgegnerin hatte diesen Nutzungsvertrag nicht der Vergabekammer mit ihren Unterlagen vorgelegt.

Entsprechend § 4 Nr. 1 errichtete die Firma auf der von der Antragsgegnerin überlassenen Fläche eine Energieumwandlungsanlage, die von ihr in eigener Verantwortung betrieben und unterhalten werden sollte.

Nach § 5 Nr. 2 befindet sich die Schnittstelle des Heizleitungsnetzes am ersten Flansch innerhalb des Gebäudes der Energieanlage. Entsprechend Nr. 4 betreibt und unterhält die Antragsgegnerin die Anlagen und Leitungen ab der Schnittstelle.

§ 11 des Vertrages verweist auf die Preise. Diese sind nach den einzelnen Medien und der Wassernachspeisung in den Anhängen 2a bis 2c aufgelistet.

Die Laufzeit des Vertrages endet nach § 16 Nr. 2 am 30.06.2017. Darüber hinaus können die Vertragspartner entsprechend Nr. 3 im beiderseitigen Einvernehmen ein Jahr vor Vertragsende diesen Vertrag verlängern. Sofern keine Vertragsverlängerung zu Stande kommt, ist die Antragsgegnerin nach Nr. 4 verpflichtet, die Energieumwandlungsanlage zum festgestellten Verkehrswert zu übernehmen. Gleiches gilt ebenso bei einer vorzeitigen Kündigung des Vertrages.

Sofern die Anlage aufgrund ihres technischen Zustandes nicht mehr betrieben werden kann, muss sie auf Verlangen der Antragsgegnerin auf Kosten des Energieversorgers entfernt werden.

Sollte es bei der Antragsgegnerin zur Aufgabe von wesentlichen Teilen bzw. der Gesamtliegenschaft aufgrund von Strukturänderungen kommen, bestand ausweislich § 17 Nr. 1 die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen. Diesbezüglich war eine einjährige Kündigungsfrist zum Monatsende einzuhalten. Die Energieumwandlungsanlage hatte die Antragsgegnerin gegen Entschädigung zu übernehmen. Entschädigt wurde der Verkehrswert der Anlage. Dieser war durch einen bestellten Sachverständigen auf Kosten der Antragsgegnerin zu ermitteln.

Jede Vertragspartei konnte nach § 18 den Vertrag bei wiederholter eklatanter Vertragsverletzung außerordentlich kündigen. Als vereinbart galt diesbezüglich dieselbe Kündigungsfrist wie unter § 17. Bei Vertragskündigung durch die Antragsgegnerin wäre sie zur Übernahme der Energieumwandlungsanlage berechtigt. Die Entschädigung würde sich nach § 17 richten.

Sofern die Anlage aufgrund ihres technischen Zustandes nicht mehr betrieben werden konnte, hatte die Beigeladene auf eigene Kosten auf Verlangen der Antragsgegnerin die Anlage zu entfernen.

Bei Kündigung durch die Beigeladene war die Antragsgegnerin gegen Entschädigung verpflichtet, die Anlage zu übernehmen.

Sofern während der Vertragslaufzeit Umstände auftreten, die die wirtschaftlichen oder rechtlichen Grundlagen des Vertrages wesentlich berühren und die in diesem Vertrag nicht geregelt sind oder an die bei seinem Abschluss nicht gedacht wurde, wird diesen Umständen entsprechend § 19 nach Vernunft und Billigkeit Rechnung getragen.

Aufgrund eines geänderten Nutzungsverhaltens seitens der Antragsgegnerin und durch Umbaumaßnahmen im Fernwärmenetz kam es Mitte des Jahres 1997 zu einer Ergänzung des originären Vertrages.

Bei einem regulären Vertragsende ist gemäß § 16 Nr. 4.1 der Verkehrswert der Anlage auf Kosten der Antragsgegnerin durch einen bestellten Sachverständigen zu ermitteln. Sollte es zu keiner Vertragsverlängerung kommen, übernimmt die Antragsgegnerin auf schriftlichem Verlangen des Energieversorgers zum festgestellten Verkehrswert die Anlage.

Soweit Gründe vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung des Vertrages rechtfertigen, haben sich die Vertragsparteien zunächst nach Nr. 4.3 um eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit anderen Vertragspartnern oder um sonstige Vertragsänderungen zu bemühen. Bei einem Scheitern einer angestrebten Vertragsfortsetzung ist die Antragsgegnerin nach Nr. 4.4 zur Übernahme der Energieumwandlungsanlage gegen Entschädigung verpflichtet. In einem solchen Fall muss die Antragsgegnerin den zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung noch offenen Finanzierungsbetrag sowie die infolge der vorzeitigen Beendigung anfallenden Kosten und Gebühren wie Vorfälligkeitsentschädigung, Notargebühren etc. begleichen. Die Höhe des Entschädigungsbetrages ist von der Betreiberin der Anlage nachzuweisen und auf Verlangen der Antragsgegnerin von einem gemeinsam zu benennenden Wirtschaftsprüfer bestätigen zu lassen.

Ersatzlos gestrichen wurden die §§ 17 – Kündigung bei Aufgabe der Liegenschaft - sowie 18 – Außerordentliche Kündigung - des Vertrages.

Im Übrigen traten die Änderungen rückwirkend zum 01.12.1996 in Kraft.

Bei der Antragsgegnerin kam es im Jahre 2010 in Folge von Sanierungsmaßnahmen und dem Freizug von Gebäuden zu einer Änderung des Energiebedarfs. In Folge dessen beabsichtigte sie das Vertragswerk entsprechend abzuändern.

Die Antragstellerin unterbreitete der Antragsgegnerin in den Jahren 2010 und 2011 jeweils ein Richtpreisangebot über die Lieferung von Wärme. Eine diesbezügliche schriftliche Aufforderung von Seiten der Antragsgegnerin befindet sich nicht in den Unterlagen der Antragsgegnerin.

Die Beigeladene, die mittlerweile die Rechte und Pflichten des Vertrages der übernommen hatte, reichte aufgrund eines Gespräches mit Schreiben vom 14.05.2012 bei der Antragsgegnerin ein Angebot über eine künftige Wärme- und Stromversorgung ein. Zu welchem Zeitpunkt es zu dem Betreiberwechsel kam, ist nicht dokumentiert.

Mit Schreiben vom 30.08.2012 sandte die Beigeladene einen auf den 10.08.2012 datierten Vorvertrag zur Wärme- und Stromversorgung an die Antragsgegnerin. Dieser Vorvertrag dokumentiert die wesentlichen Verhandlungen und den Willen der Vertragspartner, den sie durch den Abschluss der Neuverträge umsetzen wollten. Darin waren mehrere Eckpunkte der Neuverträge aufgeführt.

Unter anderem reduzieren sich die Grundpreise gemäß des jetzigen Vertrages (Preisstand III/2012) für Strom und Wärme um mehr als 30 %. Die Preisstände sind nicht aus den Unterlagen zu entnehmen.

Beide Vertragspartner unterzeichneten den Vorvertrag im August 2012.

Die Antragstellerin unterbreitete mit Datum vom 25.09.2012 der Antragsgegnerin einen weiteren Vorschlag für die Gestaltung zur künftigen Energieversorgung der Liegenschaft der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin bezeichnete diesen Vorschlag mit der Überschrift Richtpreisangebot. Inwieweit die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu einer Angebotsabgabe aufgefordert hatte, ist aus den vorliegenden Unterlagen nicht ersichtlich.

In den Unterlagen der Antragsgegnerin befindet sich ein auf den 21.08.2012 durch die Firma erstelltes Wärmeversorgungskonzept. Zielstellung war, die Vorzugsvariante mittels Variantenvergleich zu ermitteln. Aus dem dazugehörigen Kostenvergleich zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen ist nicht nachvollziehbar, auf welches Richtpreisangebot der Antragstellerin Bezug genommen wird. Lediglich der darin aufgeführte Arbeitspreis (Wärme) des Richtpreisangebotes vom 25.09.2012 ist in diesem Kostenvergleich identisch.

Am10.2012 schlossen die Antragsgegnerin und die Beigeladene einen Wärmeversorgungsvertrag sowie einen Sonderkundenvertrag zur Lieferung von elektrischer Energie. In den Präambeln dieser Verträge ist festgehalten, dass die Regelungen und Formulierungen des originären Vertrages zeitlich überholt seien. Die vorliegenden Regelungen und Preise sollten jedoch bereits heute Anwendung finden. Mit der Vertragsunterzeichnung ginge der alte Vertrag in den jeweils neuen über. Gelten würden ausschließlich die Regelungen und Bestimmungen der neuen Verträge.

Die Laufzeit der beiden Verträge wurde vom 01.09.2012 bis zum 31.08.2027 datiert.

Der Wärmeversorgungsvertrag beinhaltet u.a. folgende Regelungen:

Nach § 1 Nr. 1.1 und 1.2 betreibt die Beigeladene ein in ihrem Eigentum stehendes Blockheizkraftwerk. Die darin installierte Wärmeerzeugungsanlage liefert den in der Anlage 3 genannten Liegenschaften ausschließlich die benötigte Wärme zum Zweck der Raumheizung und Warmwasserbereitung. Gegebenenfalls soll die gelieferte Wärme auch zur Kälteerzeugung, nach dem Vorliegen entsprechender Konzepte, genutzt werden.

Nach Vertragsende entfernt gemäß § 2 Nr. 2.1 die Beigeladene auf eigene Kosten die Wärmeerzeugungsanlage.

Die Antragsgegnerin überlässt nach § 2 Nr. 2.2 der Beigeladenen unentgeltlich das entsprechende Grundstück der Wärmeerzeugungsanlage. Weiterhin wird der Beigeladenen nach Nr. 2.3 das Fernwärmenetz zu einem symbolischen Preis übereignet. Sie ist nunmehr für dessen Instandhaltung bis zu einem Betrag im fünfstelligen Bereich (netto) verantwortlich. Überschießende Beträge trägt die Antragsgegnerin. Unverbrauchte Beträge werden auf das Budget des Folgejahres angerechnet. Statt bisher der monatlichen Abrechnung wird auf eine jährliche umgestellt.

Entsprechend § 8 können der in der Anlage 3 überschläglich ermittelte Wärmebedarf (Anschlusswerte) bei Rückbau- bzw. Sanierungsmaßnahmen zu einem bestimmten Umfang regressfrei reduziert werden.

Gemäß § 9 ist der Antragsgegnerin bekannt, dass ein Wärmeversorgungsvertrag abweichend zu den Regelungen der §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV abgeschlossen werden kann, wenn dies auf Basis einer Individualvereinbarung erfolgt oder wenn das Wärmeversorgungsunternehmen einen Vertragsabschluss zu den allgemeinen Bedingungen der AVBFernwärmeV anbietet und die Antragsgegnerin sich mit den Abweichungen ausdrücklich einverstanden ist (§ 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV). Weiter heißt es: „Dies vorausgeschickt, vereinbaren die Vertragsparteien, dass die Regelungen der Vertragslaufzeit in § 8 von mehr als 10 Jahren als individuelle Sondervereinbarung anstatt der in § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV geregelten Höchstlaufzeit von 10 Jahren gilt. Diese Regelung und die Sondervereinbarung erfolgt auf ausdrücklichem Wunsch des Kunden (Antragsgegnerin) zur Erlangung einer günstigen Wärmeversorgungsvergütung.“

Eine Anpassung des Vertrages oder einzelner Vertragsteile kann nach § 12 Nr. 12.3 erfolgen, wenn sich die allgemein wirtschaftlichen oder technischen Verhältnisse so wesentlich ändern, dass Leistung und Gegenleistung nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Die Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) lag dem Wärmeversorgungsvertrag als Anlage bei.

Der zweite Vertrag beinhaltet die Lieferung von elektrischer Energie, welche diesbezüglich den gesamten Bedarf der Antragsgegnerin abdeckt.

Über den beabsichtigten Vertragsabschluss wurde die Antragstellerin nicht informiert.

Die Antragstellerin reichte am 07.11.2012 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ein. Dieser wurde am selben Tag der Antragsgegnerin übermittelt.

Sie führte darin aus, dass sie durch die Nichtausschreibung des streitgegenständlichen Vertrages in ihren Rechten auf Beteiligung an einem Vergabeverfahren und damit auf die Chance auf einen Zuschlag in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren gebracht worden wäre.

Die Antragsgegnerin habe mit ihr über Alternativen bezüglich ihres derzeitigen Energieliefervertrages gesprochen. Deshalb sei ihr u.a. bekannt, dass der derzeit bestehende Vertrag mit der Beigeladenen bis zum 30.06.2017 befristet wäre.

Am 08.10.2012 habe die Antragsgegnerin per E-Mail der Firma, die als Beraterin der Antragsgegnerin fungiere, mitgeteilt, dass es am10.2012 zu einer Vertragsunterzeichnung kommen solle. Eine Kopie dieser E-Mail erhielt auch der Geschäftsführer der Antragstellerin. Sie ging deshalb davon aus, dass es zu der Vertragsunterzeichnung gekommen sei. Ihr sei allerdings nicht positiv bekannt, ob es sich dabei um einen gänzlich neuen Vertrag oder eine bis ins Jahr 2027 gehende Vertragsverlängerung des bis zum 30.06.2017 befristeten Vertrages handele. Von Seiten des der Antragsgegnerin sei ihr mündlich mitgeteilt worden, dass es sich um eine Verlängerung des Vertrages handele.

Der Prokurist der Antragstellerin habe dagegen am 12.10.2012 vom Dezernenten für Liegenschaften der Antragsgegnerin erfahren, dass sie mit der Beigeladenen am10.2012 einen neuen Vertrag über die Lieferung von Wärme und Strom aus der Erzeugeranlage geschlossen hätte.

Die Antragstellerin habe die Antragsgegnerin dahingehend informiert, einen Nachprüfungsantrag stellen zu wollen, falls der gegenständliche Vertrag nicht aufgehoben werden würde. Schließlich sei es zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin am 02.11. und 06.11.2012 zu Gesprächen gekommen, bei denen keine Einigung erzielt worden sei.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass ein neuer Vertrag oder auch eine Verlängerung des bestehenden Vertrages bis zum Jahr 2027 gemäß den Vorschriften des Vierten Teils des GWB, der VgV und des 2. Abschnitts der VOL/A auszuschreiben gewesen wäre. Zwar sei die Energieumwandlungsanlage im Eigentum der Beigeladenen, es bestünde jedoch für jedes andere auf diesem Gebiet spezialisierte Unternehmen die Möglichkeit, eine eigene Anlage einzubauen. Im Übrigen könne die Energieerzeugungsanlage bei Beendigung des Vertrages durch die Antragsgegnerin übernommen werden.

Schließlich wäre es unerheblich, ob der bis zum Jahr 2017 geschlossene Vertrag bis zum Jahr 2027 verlängert oder ein gänzlich neuer Vertrag geschlossen worden sei. Wegen des über den bisher vertraglich gebundenen Zeitraum hinausgehenden Zeitraumes von 10 Jahren läge in jedem Falle eine Neuvergabe vor. Auch eine Verlängerung eines befristeten Vertrages stünde einem Neuabschluss eines Vertrages gleich.

Schließlich seien nach herrschender Meinung Änderungen der Vertragsbestimmungen als Neuvergabe anzusehen. Dies beziehe sich dabei nicht nur auf eine sachliche Erweiterung des Auftragsvolumens, sondern erst Recht auf eine zeitliche Erweiterung des Vertrages.

Im Übrigen wäre es vergaberechtlich nicht zu beanstanden gewesen, wenn die Antragsgegnerin aufgrund der geänderten Geschäftsgrundlage den originären Vertrag innerhalb der festgelegten Laufzeit preislich angepasst hätte. Gleiches träfe für andere zu ihren Lasten gehende vertragliche Regelungen zu.

Im Übrigen würde die lange Laufzeit des Vertrages, möglicherweise noch verbunden mit einer Gesamtbedarfsdeckung, sogar für eine kartellrechtliche Unwirksamkeit nach § 1 GWB desselben sprechen. Schließlich könnten Wärmeversorgungs-verträge, die unter die AVBFernwärmeV fielen, nach § 32 Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift für eine maximale Laufzeit von 10 Jahren abgeschlossen werden.

Auch würden bei einer Entscheidung über die Unwirksamkeit des Vertrages die alten Vertragsregelungen fortexistieren bzw. wäre es der Beigeladenen nach §§ 242 BGB und 19 GWB untersagt, die Strom- und Wärmelieferung einzustellen.

Die Antragsgegnerin habe, ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen, den Auftrag unmittelbar an die Beigeladene erteilt. Auch der Umstand, dass die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin Gespräche über alternative Wärmelieferungsmöglichkeiten geführt habe, könne nicht als eine Beteiligung an einem Vergabeverfahren angesehen werden.

Der geschlossene Vertrag sei gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam, da der Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union vergeben worden sei und ohne das dies nach der Richtlinie 2004/17/EG zulässig wäre. Hierdurch sei die Antragstellerin in ihren Rechten auf Zugang zu einem solchen öffentlichen Auftrag verletzt.

Ihr könne auch nicht ein treuwidriges Verhalten angelastet werden. Sie habe zwar ein Richtpreisangebot unterbreitet. Dieses Angebot sei jedoch nicht annahmefähig gewesen. Es sei völlig ungewiss gewesen, zu welchem Zeitpunkt die Wärmelieferung beginnen sollte. Die Gespräche zwischen ihr und der Antragsgegnerin hätten dazu gedient, um zu klären, ob überhaupt ein Beschaffungsbedarf bestehe. Es habe sich um eine Markterkundung gehandelt. Zu dem Zeitpunkt hätten die Beteiligten nicht beabsichtigt, einen konkreten Vertrag abzuschließen. Daher wäre der Antragstellerin die Frage einer Ausschreibungspflicht nicht präsent gewesen. Es sei primär Angelegenheit des Auftraggebers darauf zu achten, dass die vergaberechtlichen Vorschriften eingehalten würden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Vergabe des Vertrages über Energielieferung an die Beigeladene über einen Zeitraum nach dem 30.06.2017 hinaus ohne vergaberechtskonformes Verfahren in ihren Rechten verletzt ist. Diesbezüglich abgeschlossene Verträge zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen sind unwirksam.
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Vertrag über Energielieferungen nicht ohne ein vergaberechtskonformes Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag vom 07.11.2012 zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin erklärt, dass es ihr erst nach dem nahezu vollständigen Rückzug der vom im Jahre 2010 möglich gewesen sei, mit dem Betreiber der Energieumwandlungsanlage Vertragsverhandlungen aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage aufzunehmen. Zu diesem Zeitpunkt seien schließlich nur noch ca. 30 % des ursprünglichen Gebäudebestandes in Nutzung. Bei unverändertem Betrieb wäre ab Herbst 2013 die Versorgungssicherheit des nicht mehr gewährleistet.

Diesbezüglich geführte Gespräche mit der Antragstellerin hätten ergeben, dass zwischen der nächstgelegenen Fernwärmeleitung der Antragstellerin und dem 800 m fehlen würden. Um diese Lücke schließen zu können, bedürfe es bei der Antragstellerin ca. eines

Investitionsvorlaufes von einem Jahr. Die Kosten hierfür beliefen sich im hohen sechsstelligen Bereich.

Ebenso fahre die Antragstellerin einen anderen Betriebsdruck und verfüge über ein anderes Leitungssystem als das am vorhandene. Dagegen könne die Beigeladene das von ihr reduzierte vorhandene Nahwärmenetz nutzen. Die Kosten dafür lägen im niedrigen sechsstelligen Bereich.

Auch müsse entsprechend dem bis 2017 gültigen Vertrag ein Abgeltungsbetrag für die Energieumwandlungsanlage gezahlt werden. Interessenten hätten für die Übernahme der Anlage Beträge im siebenstelligen Bereich benannt.

Allein aus haushaltsrechtlichen Gründen habe sich die Antragsgegnerin gezwungen gesehen, den bestehenden Vertrag zügig wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzupassen. Die Vertragsanpassung sei mit einer Vertragsverlängerung gekoppelt. Dies führe zu einer maximalen Kostenersparnis. Im Übrigen wäre aus vergaberechtlicher Sicht die Leistung nach Ablauf des bestehenden Vertrages neu auszuschreiben gewesen.

Beim Abschluss von langfristigen Verträgen seien die Vertragsparteien selbst bei wesentlichen Änderungen verpflichtet, vorrangig die vertragliche Regelung, wenn auch möglicherweise in modifizierter Form, aufrecht zu erhalten. Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes sei die Verlängerung auch um zehn Jahre als unwesentliche Veränderung einzustufen.

Es sei fraglich, ob die Antragstellerin überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis habe. Bei den Vorgesprächen mit ihr sei nur über die Einbindung in das Fernwärmenetz der Antragstellerin gesprochen worden. Eine Übernahme des Blockkraftheizwerkes sei ausgeschlossen gewesen, da die entsprechenden Verhandlungen mit der Beigeladenen gescheitert seien. Die Antragstellerin sei außerstande, die von der Antragsgegnerin gewünschte Leistung zu erbringen.

Die Einreichung des Nachprüfungsantrages sei auch treuwidrig. Die Antragstellerin habe mit der Antragsgegnerin selbst Vertragsverhandlungen außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens geführt und ein eigenes Angebot abgegeben, ohne auf die ihrer Ansicht nach bestehenden Ausschreibungspflicht hinzuweisen.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 20.11.2012 das Unternehmen beigeladen.

In Hinblick auf die weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die eingereichten Unterlagen der Antragsgegnerin Bezug genommen.

In der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2012 haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Es wird auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen.

Der Vorsitzende hat die Frist zur Entscheidung der Vergabekammer bis zum 18.01.2013 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

1. Zulässigkeit

1.1 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 behaupteten Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Antragsgegnerin 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 Direktvergabe der streitgegenständlichen Verträge über Energielieferungen geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl. I S. 2676), geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 23.10.2006 (BGBl. S. 2334), geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 04.12.2007 (Verordnung (EG) Nr. 1422/2007), zuletzt geändert durch Artikel 2 v. 10.06.2010 (BGBl. S. 727) ist bei Weitem überschritten.

1.2 Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag ist darüber hinaus statthaft.

Die vertraglichen Vereinbarungen vom10.2012 stellen einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB dar, der den Regelungen des Kartellvergaberechts unterfällt.

Hierzu im Einzelnen:

Nach der vorgenannten Regelung sind öffentliche Aufträge Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen, über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. In diesem Sinne haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene zwei Verträge über die Wärme- und Stromlieferung geschlossen. Nach dem Willen der Parteien hatten diese Verträge eigenständigen Charakter. Zwar gingen die alten Verträge in die neuen Verträge über. Es sollten jedoch ausschließlich die Regelungen und Bestimmungen der neuen Verträge gelten (vgl. Präambeln der Verträge vom10.2012). Damit sind diese Verträge als öffentlicher Auftrag i.S des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren.

Etwas anderes gilt auch nicht, wenn man entgegen dieser Auffassung die zuletzt unterzeichneten Verträge als Anpassung der ursprünglichen Verträge nebst Verlängerung der Vertragslaufzeit ansieht. In diesem Fall hätten die Vertragsparteien den originären Vertrag in Gestalt seiner Ergänzung vom07.1997 wesentlich abgeändert. Eine derartige Vertragsänderung stellt eine Neuvergabe dar. Grundsätzlich ist eine Änderung in diesem Sinne beispielsweise bedeutsam, wenn sie die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätte, sofern sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wäre (vgl. EuGH vom 19.06.2008, Rs. C-454/06 Rn Nr. 35; OLG Düsseldorf vom 28.07.2011, Verg 20/11). Die erhebliche Verlängerung des Vertrages um weitere zehn Jahre hätte dazu geführt, dass die Bieter in dem Vergabeverfahren, das zum Abschluss des originären Vertrages führte, andere Preise in ihren Angeboten kalkuliert hätten. Diese hätten über einen wesentlich längeren Zeitraum die Gewähr, dass der

Antragsgegner sich als Kunde vertraglich an sie bindet und die entsprechenden Leistungen abnimmt. Dies wirkt sich unmittelbar auf die Preisgestaltung aus.

Zwar hatten sich die Vertragsparteien im ursprünglichen Vertrag vom1995 die Möglichkeit vorbehalten, die Vertragslaufzeit einvernehmlich ein Jahr vor Vertragsende über die festgelegte Laufzeit zu verlängern (vgl. § 16 Nr. 3). Grundsätzlich sind Vertragsänderungen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig, wenn aus dem Erstvertrag klar hervor geht, unter welchen Umständen und in welche Richtung der Vertrag modifiziert werden soll (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.). Vertragsverlängerungsoptionen sind statthaft, wenn sie hinsichtlich von Laufzeit und Anzahl hinreichend bestimmt sind (vgl. VK Sachsen vom 24.08.2007, 1/SVK/054-07; VK Bund vom 20.07.2005, VK 1 -62/05). Dies war im § 16 Nr. 3 des ursprünglichen Vertrages aus dem Jahr 1995 jedoch nicht festgelegt. Die Vertragsparteien hatten nicht geregelt, über welchen Zeitraum der Vertrag verlängert werden kann. Sie hatten auch nicht vereinbart, in welcher Anzahl von Vertragsverlängerungsoptionen Gebrauch gemacht werden kann. Darüber hinaus ist grundsätzlich dann von einem neuen Auftrag auszugehen, wenn die Verlängerung nur durch eine beiderseitige Willenserklärung zu Stande kommen kann (vgl. VK Baden-Württemberg vom 16.11.2004; 1 VK 69/04). Regelmäßig ist das beiderseitige Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien nur dann erforderlich, wenn sich die Verlängerung nicht nur als unbedeutende Erweiterung der bisherigen Vertragsbeziehung darstellt, sondern wirtschaftlich dem Abschluss eines neuen Vertrages gleich kommt. So lag der Fall hier. Die Vertragslaufzeit konnte gemäß § 16 Nr. 3 des Vertrages nur durch eine entsprechende Vereinbarung der Vertragsparteien verlängert werden.

Unabhängig hiervon war nach dieser vertraglichen Regelung eine Verlängerung der Laufzeit erst ein Jahr vor Vertragslaufende (hier am 30.06.2017) möglich. Die Vertragsparteien haben die Vertragsverlängerung jedoch bereits weit vorher im Jahre 2012 vereinbart.

Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob die übrigen von den Vertragsparteien vereinbarten Anpassungen als wesentliche Änderung gegenüber den ursprünglichen Verträgen anzusehen sind. Unter den gegebenen Umständen sind die Verträge vom10.2012 schon allein aufgrund der Verlängerung der Vertragslaufzeit als eigenständiger öffentlicher Auftrag zu qualifizieren.

1.3 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. 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. Die Antragstellerin hat an dem Auftrag zur Erbringung der streitgegenständlichen Leistung ihr Interesse bekundet. Allein die Tatsache, dass sie dieses Nachprüfungsverfahren betreibt, erfüllt unter den gegebenen Umständen die Voraussetzungen der vorgenannten Norm. Insoweit reicht auch die Darlegung, dass ihr durch die Missachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit genommen wurde, ein ordnungsgemäßes Angebot abzugeben. Es erscheint auch nicht vollkommen ausgeschlossen, dass sie bei Durchführung eines Vergabeverfahrens ein aussichtsreiches Angebot abgegeben hätte. Sie wurde auch von der Antragsgegnerin für eine Leistungserbringung in Betracht gezogen. Sie hat von 2010 bis 2012 entsprechende Richtpreisangebote der Antragsgegnerin vorgelegt.

1.4 Unwirksamkeit des Vertrages

Die Vorschrift des § 114 Abs. 2 S. 1 GWB steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages nicht entgegen. Nach dieser Regelung kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Die Verträge zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen vom ...10.2012 sind jedoch i.S. des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Die Antragsgegnerin hatte einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist.

Es ist zwar zutreffend, dass die Antragsgegnerin mit mehreren Unternehmen Verhandlungen geführt hatte. Diese Verhandlungen fanden jedoch außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens statt. Die Antragsgegnerin hat nicht etwa ein Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb i.S. des § 3 EG Abs. 4 VOL/A durchgeführt. Eine De-facto-Vergabe ist gegeben, wenn der Auftraggeber auf jedwede Förmlichkeit, die ein Vergabeverfahren kennzeichnet, verzichtet (vgl. 1. VK beim Landesverwaltungsamt Land Sachsen-Anhalt v. 11.05.2009; 1 VK LVwA 11/09). So lag der Fall hier. Die Antragsgegnerin hat davon abgesehen, das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend entsprechend § 24 EG VOL/A zu dokumentieren. So hat sie schon darauf verzichtet, die Wahl der möglichen Verfahrensart auch nur ansatzweise i. S. der vorgenannten Vorschrift zu begründen. Soweit sie sich im Nachprüfungsverfahren darauf beruft, dass ein Verhandlungsverfahren i.S. des § 3 EG Nr. 4 lit. c) VOL/A statthaft wäre, da nur ein Unternehmen aus technischen Gründen in der Lage wäre, die Leistung zu erbringen, wären detaillierte Ausführungen in der Verfahrensunterlage geboten gewesen. Durch die Wahl eines solchen Verfahrens wird der Wettbewerb ausgeschlossen. Die Anwendung der oben genannten Vorschrift ist daher auf Ausnahmefälle zu beschränken. Die Antragsgegnerin wäre gehalten gewesen, im Vorfeld zum Vergabeverfahren eine europaweite Markterkundung durchzuführen und dies schriftlich festzuhalten (vgl. Müller-Wrede, Kommentar über Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A), 3. Auflage 2010, § 3 EG Rn-Nr. 133). Der in der Vergabeakte befindliche Variantenvergleich vom 21.08.2012 zwischen den Angeboten der Antragstellerin und der Beigeladenen deutet im Gegenteil darauf hin, dass die Antragstellerin nicht von vornherein außer Stande gewesen wäre, sich am Wettbewerb zu beteiligen. Immerhin hat sich die Antragsgegnerin in ihrem Variantenvergleich auf ein Angebot der Antragstellerin bezogen und einen entsprechenden Kostenvergleich vorgenommen. In diesem Zusammenhang ist nicht entscheidend, dass die Antragstellerin die Leistung möglicherweise zu einem höheren Preis angeboten hätte. Es ist weiterhin nicht ersichtlich, ob die Aufgabenbeschreibung für die beteiligten Unternehmen, wie nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz i.S. des § 97 Abs. 2 GWB geboten, identisch war. Dies ist ebenfalls nicht dokumentiert. Zwar ergibt sich aus dem Vorbringen der Beteiligten im Nachprüfungsverfahren, dass zwischen der Antragstellerin, einem weiteren Unternehmen und der Antragsgegnerin Gespräche stattgefunden haben. Der Inhalt der Gespräche wurde jedoch nicht in den Verfahrensunterlagen festgehalten, wie dies in einem förmlichen Vergabeverfahren erforderlich gewesen wäre. Es ist auch nicht erkennbar, ob die Antragstellerin zu der Abgabe eines annahmefähigen Angebotes aufgefordert wurde.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin davon abgesehen, die Unternehmen, die an dem Auftrag interessiert waren, entsprechend § 101a Abs. 1 GWB vor Vertragsschluss zu informieren. Auch diesbezüglich hat sie die Förmlichkeiten eines Vergabeverfahrens nicht beachtet. Hiervon unabhängig wäre der Vertragsschluss allein schon aus diesem Grunde auch gemäß § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam.

Schließlich ist die Antragsgegnerin auch selbst davon ausgegangen, kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt zu haben. Sie war vielmehr fälschlicherweise der Ansicht, hierzu nicht verpflichtet zu sein, da es sich aus ihrer Sicht um eine unwesentliche Vertragsänderung handelte.

Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin war im Übrigen nicht i.S. des § 101b Abs. 1 Nr. 2 zweiter Halbsatz GWB gestattet. Zwar erlaubt es § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A dem

öffentlichen Auftraggeber, im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb unter den dort genannten Voraussetzungen Verhandlungen mit nur einem Unternehmen durchzuführen. Wie jedoch bereits ausgeführt, hatte die Antragsgegnerin gänzlich von einem förmlichen Vergabeverfahren abgesehen. Dies war nicht statthaft.

1.5 Treu und Glauben, Fristen

Die Antragstellerin hat die Frist des § 101b Abs. 2 S. 1 GWB eingehalten. Sie hatte am 08.10.2012 durch die E-Mail der Antragsgegnerin von dem am10.2012 beabsichtigten Vertragsschluss mit der Beigeladenen Kenntnis erlangt. Sie hat am 07.11.2012, also innerhalb von 30 Tagen, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht. Dies ist fristgerecht.

Es ist unter den gegebenen Umständen schließlich auch nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben i.S. des § 242 BGB anzusehen, dass die Antragstellerin nunmehr die Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens einfordert. Dies gilt selbst dann, wenn unterstellt wird, dass die Antragstellerin sich vorher selbst an vergaberechtswidrigen Verhandlungen mit der Antragsgegnerin beteiligte. Die Antragsgegnerin hatte sich in dem Nachprüfungsverfahren auf den Standpunkt gestellt, dass sie zu einer Direktvergabe berechtigt wäre. Es wäre ein nicht hinzunehmender Wertungswiderspruch, den Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf eine Beanstandungsobliegenheit des Bieters als rechtsmissbräuchlich zurückzuweisen, während der öffentliche Auftraggeber sich gegen die Einhaltung der Vergabevorschriften entschieden hat und von dieser Entscheidung auch im Nachprüfungsverfahren nicht abrückt (vgl. OLG Düsseldorf vom 19.07.2006, Verg 26/06, andere Auffassung VK Baden-Württemberg vom 30.11.2011, 1 VK 60/11). Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der öffentliche Auftraggeber und nicht der Bieter verantwortlicher Normadressat des Vergaberechts ist. Schließlich ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GWB eine Rügeobliegenheit bei Verstößen gegen § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB entfällt. Mit dieser Entscheidung des Gesetzgebers stünde nicht im Einklang, wenn die Bieter nach § 242 BGB gehalten wären, eine De-facto-Vergabe gegenüber dem Auftraggeber zu beanstanden.

2. Begründetheit

Der Antrag ist begründet.

Der geschlossenen Verträge vom10.2012 sind nach den vorgenannten Ausführungen i.S. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam. Durch die geschlossenen Verträge wurde die Antragstellerin in eigenen Rechten i.S. des § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Ihr wurde die Möglichkeit genommen, sich an einem förmlichen Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebots zu beteiligen.

Durch die Verlängerung der Vertragslaufzeit hatten die Vertragsparteien ausgeschlossen, dass über einen Zeitraum bis zum Jahr 2027 ein Wettbewerb im Hinblick auf die nachgefragten Leistungen zu Stande kommt. Dies verstößt in gravierender Weise gegen das Wettbewerbsgebot i.S. des § 97 Abs. 1 GWB. Auch vor diesem Hintergrund können die Verträge keinen Bestand haben.

Damit gelten die ursprünglichen Verträge aus den Jahren 1995 und 1997 fort. Der Antragsgegnerin ist es verwehrt, die Verträge ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zu verlängern oder in sonstiger Weise wesentlich abzuändern.

Falls der Antragsgegnerin ein Festhalten an diesen Verträgen ohne wesentliche Änderungen nicht zumutbar sein sollte, wäre sie gehalten, auf eine Vertragsbeendigung, möglicherweise auf der Grundlage des § 19 des originären Vertrages, hinzuwirken. Bei einer solchen Sachlage würde bei der Antragsgegnerin ein neuer Beschaffungsbedarf hinsichtlich der Leistungen zur Wärmeversorgung und Stromlieferung bestehen. Für diesen Fall wird die Antragsgegnerin gemäß § 114 Abs. 1 GWB verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ein transparentes Vergabeverfahren i.S. der §§ 97 ff. GWB durchzuführen.

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 die Antragsgegnerin. Sie ist mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen. Es ist daher gerechtfertigt, dass sie die Kosten zu tragen hat.

Die Antragsgegnerin 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).

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. Als Grundlage für den wirtschaftlichen Wert dienen der Vergabekammer insoweit die Gesamtkosten (einschließlich Arbeitspreis) während der Vertragslaufzeit zuzüglich der derzeit gültigen Mehrwertsteuer der Variante 2a des von der Antragsgegnerin erstellten Variantenvergleiches (in Bezug auf die beabsichtigte vertragliche Neuregelung mit der Beigeladenen). Weiterhin erhöht sich der Betrag um den von der Antragstellerin entrichteten Vorschuss (Mindestgebühr) von Euro. Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von Euro inklusive Auslagen. Angesichts des nicht unterdurchschnittlichen Arbeitsaufwandes der Vergabekammer besteht keine Veranlassung, diesen Richtwert zu reduzieren.

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

Der Antragstellerin wird der bereits geleistete Kostenvorschuss in Höhe von **Euro** nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet. Dazu wird um Angabe der Bankverbindung gebeten.

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. Die Antragsgegnerin ist hier als Unterliegende anzusehen und hat daher diese Aufwendungen zu tragen.

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

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm 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.