

Leitsätze Vergabekammer Hessen:

Spruchkörper: 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

Aktenzeichen: 69 d – VK 43/ 2010

Entscheidungsdatum: 24.01.2011

Sofortige Beschwerde zum OLG Frankfurt: nein

Gegenstand der Entscheidung: Energieversorgung eines Gesundheitscampus und Krankenhauses (Wärme, Kälte, Sicherheitsstrom)

Art des Vergabeverfahrens: Offenes Verfahren nach VOL/A-EG

Stichworte: Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgebot, Diskriminierungsverbot, Bestimmungsrecht des Auftraggebers hinsichtlich des Gegenstands der Beschaffung

Entscheidungserhebliche Normen: **GWB:** §§ 97 Abs.1, 2

Leitsätze:

1. Die Festlegung des Beschaffungsgegenstands ist allein Sache des Auftraggebers (Ausführungen zum Bestimmungsrecht des Auftraggebers und zum Umfang der Nachprüfbarkeit durch die Nachprüfungsinstanzen).
2. Schreibt der Auftraggeber als Gegenstand der Vergabe die Energieversorgung eines Gesundheitscampus und Krankenhauses aus und teilt den Bietern im Allgemeinen Teil der Verdingungsunterlagen mit, dass er für die Errichtung eines Nahwärmekraftwerks kein Grundstück zur Verfügung stellen könne, das Grundstück erforderlichenfalls vom Bieter selbst zu beschaffen sei, so liegt darin keine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs, auch wenn die Schwierigkeiten der Beschaffung eines Grundstücks für die Bieter unterschiedlich groß sein mögen.
3. Es gibt kein vergaberechtliches Gebot für den Auftraggeber, Wettbewerbsvorteile von Bietern gegenüber den anderen Bietern durch den Inhalt der Ausschreibung auszugleichen.

69 d · VK - 43/2010

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Vergabeverfahren Energieversorgung Gesundheitscampus mit Wärme und Kälte sowie Krankenhaus mit Wärme, Kälte und Sicherheitsstrom (Offenes Verfahren nach VOL/A)

hat die

1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Arno Jung, die hauptamtliche Beisitzerin ROR' in Jutta Jensen-Löbl und die ehrenamtliche Beisitzerin TAR' in Claudia Denz-Kinzel nach mündlichen Verhandlung vom 11. Januar 2011 am 24. Januar 2011 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer. Die Verfahrenskosten werden auf 14.725,00 Euro festgesetzt.
3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war erforderlich.

Gründe:

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 9. Juli 2010 schrieb die Antragsgegnerin im Offenen Verfahren nach VOL/A EG, Amtsblatt 2010/S 131-201023, die Energieversorgung des Gesundheitscampus Xxx mit Wärme und Kälte sowie eines Krankenhauses mit Wärme, Kälte und Sicherheitsstrom aus. Es handelte sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag mit einer vorgesehenen Vertragslaufzeit von 180 Monaten

mit einer zweifachen Vertragsverlängerungsoption von jeweils zwei Jahren. Als Zuschlagskriterien waren gemäß Ziffer IV. 2 1 der Vergabebekanntmachung das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien angegeben, die in den Verdingungsunterlagen aufgeführt waren. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war zunächst der 17. Dezember 2010, 12:00 Uhr vorgesehen.

Von insgesamt 23 Firmen wurden die Verdingungsunterlagen angefordert, darunter auch der Antragstellerin, die mit Schreiben vom 12. Juli 2010 die Verdingungsunterlagen anforderte und sie mit Schreiben vom 15. Juli 2010 von der Antragsgegnerin zugesandt bekam.

Im Allgemeinen Teil der Verdingungsunterlagen ist unter Ziffer 2.2.1 „Energieversorgung“ zum Auftragsgegenstand u.a. folgendes ausgeführt:

„Der Auftraggeber kann für die Errichtung eines Nahwärmekraftwerkes kein Grundstück zur Verfügung stellen. Der Auftraggeber stellt es dem erfolgreichen Bieter daher frei, ob er zur Versorgung des Gesundheitscampus auf eine bestehende, gegebenenfalls auszubauenende Anlage zurückgreift, oder eine neue Anlage auf einem eigenen Grundstück errichtet.“

Nach Ziffer 2.3 des Allgemeinen Teils der Verdingungsunterlagen soll die Energieversorgung des Gesundheitscampus ab dem 19.09.2013 erbracht werden.

Unter Ziffer 3.3 heißt es zur Angebotsabgabe:

„Alle Bieter sind aufgefordert, ein endgültiges, verbindliches Angebot auf Grundlage dieser Verdingungsunterlagen, des beigelegten Vertragsentwurfes und der Anlagen abzugeben. Das Angebot darf unter keinem Vorbehalt stehen [...].“

In der Leistungsbeschreibung heißt es unter Ziffer 1 zur Errichtung und Erschließung der Energieerzeugungsanlage (EEA):

„Die EEA ist einschließlich aller erforderlichen Baumaßnahmen auf dem vom Auftragnehmer dafür vorgesehenen Grundstück in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten zu errichten.“

In zunächst zwei Bieterfragerunden am 25. August 2010 und am 15. September 2010 sollten Fragen zum Inhalt und Verständnis der Ausschreibungsunterlagen gesammelt beantwortet werden, später kamen noch weitere Runden hinzu.

Die Antragstellerin beteiligte sich an diesen Fragerunden mit verschiedenen Fragen, die sich im Wesentlichen auf die im allgemeinen Teil der Verdingungsunterlagen unter Ziffer 2.2.1 sowie der Leistungsbeschreibung enthaltenen Vorgaben zum Grundstückserwerb für das zu errichtende Nahwärmekraftwerk bezogen.

Sie wies dabei darauf hin, dass es für nicht ortansässige Bieter um eine unzumutbare Risikoverlagerung handeln würde, wenn diese sich in unter Umständen langwierigen Verhandlungen erst um einen Grundstückserwerb kümmern müssten, und ortansässige Bieter, die ggf. bereits Grundstückseigentümer wären, einen Wettbewerbsvorteil hätten. Der vorzunehmende Grundstückserwerb stelle sich für die Antragstellerin sowohl in finanzieller als auch in zeitlicher Hinsicht als eine unkalkulierbare Anforderung dar. Hinzu käme, dass es schon aus bauplanungsrechtlicher Hinsicht gar nicht sicher sei, ob es überhaupt zur Bebauung mit einer EEA geeignete Grundstücke gäbe. Nachdem die Antragstellerin eine Absage für ein in Aussicht genommenes Grundstück seitens der Stadt xxx erhalten hatte, gelangte sie zu der Überzeugung, dass der Erwerb eines geeigneten Grundstückes unmöglich sei und rügte daher mit Schreiben vom 18.10.2010 unter anderem die entsprechenden Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen.

Mit Schreiben vom 1. November 2010 wurde sie von der Antragsgegnerin darüber informiert, dass ihrer Rüge nur teilweise abgeholfen werde, indem die Angebotsabgabefrist bis zum 4. Februar 2011 verlängert werde.

Die Antragsgegnerin betonte noch einmal, dass es ihr nicht möglich sei, ein Grundstück für die Errichtung einer EEA zur Verfügung zu stellen. Im Übrigen sei die Errichtung einer EEA auf Grundstücken der Kliniken nicht Gegenstand der Ausschreibung, sondern die Lieferung von Energie, wobei es der Entscheidung der Bieter überlassen sei, wie und wo diese erzeugt werde. Die Feststellung des Leistungsgegenstands sei aber allein der autonomen Bedarfsfeststellung der Antragsgegnerin überlassen, hierin läge keine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes oder ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot. Der Entscheidung, den Bietern kein Grundstück zur Verfügung zu stellen, sei auch sachlich gerechtfertigt. Es sei nicht zu beanstanden, wenn es hierdurch zwangsläufig zu einer Einschränkung des Wettbewerbs komme.

Daraufhin stellte die Antragstellerin am 15. November 2010 einen Nachprüfungsantrag, der am darauffolgenden Tag bei der Vergabekammer einging.

Sie sieht sich durch die Vorgabe der Antragsgegnerin, die Energielieferung in Verbindung mit der zu errichtenden EEA ohne Zurverfügungstellung eines Grundstückes auszuschreiben, in ihren Rechten verletzt und an der Abgabe eines Angebotes gehindert.

Mit dem Erwerb eines privaten Grundstückes bzw. der Verfügungsbefugnis hierüber werde von ihr wie den meisten Bietern in tatsächlicher Hinsicht eine unmögliche Anforderung auferlegt. Hierin liege ein Verstoß gegen den vergaberechtlichen Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz.

Der Antragstellerin sei es aufgrund dieser Vorgabe der Antragsgegnerin weder möglich eine einwandfreie Preisermittlung noch eine ordnungsgemäße Angebotskalkulation durchführen zu können. Sie sehe es als unzumutbares Risiko an, ein Angebot zu erarbeiten, ohne abschätzen zu können, ob sich ein Grundstückserwerb überhaupt

oder in einem akzeptablen Zeitrahmen realisieren lasse. Hierdurch werde ihre erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren vereitelt.

Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin sei nicht mit dem Prinzip einer offenen, wettbewerbsorientierten und diskriminierungsfreien Vergabe zu vereinbaren. Letztlich führe sie dazu, dass kein Bieter, der nicht bereits im Besitz eines geeigneten Grundstückes sei, ein Gebot abgeben könne. Von einem echten und fairen Wettbewerb könne aber nicht gesprochen werden, wenn es neben dem Bieter, der bereits im Besitz eines solchen Grundstückes sei, nur Mitbewerber gebe, die im Zeitpunkt der Ausschreibung erst mit dem Grundstückserwerb beginnen müssten und auch die erforderlichen Genehmigungen erst zu diesem Zeitpunkt beantragen könnten. In dieser Einschränkung der Bieterauswahl liege zugleich ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot. Letztlich stelle es einen entscheidenden Unterschied dar, ob eine Ausschreibung von Beginn an auf einen Anbieter zugeschnitten sei oder ob sich im Laufe eines Vergabeverfahrens lediglich zufällig herausstelle, dass die aufgestellten Anforderungen an die Leistung nur von einem einzigen Unternehmen erfüllt werden könnten.

Infolge der überdies mangelhaften Dokumentation des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin seien die von ihr behaupteten sachlichen Erwägungen für die Auswahl des Leistungsgegenstandes mangels konkreter substantiiertes Darlegung der hierfür maßgeblichen Tatsachenumstände nicht nachvollziehbar. Dies stelle eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes dar.

Durch die von der Antragsgegnerin vorgenommene Einschränkung des Wettbewerbs werde zudem das Ziel eines Offenen Verfahrens, nämlich einen unbeschränkten Vergabewettbewerb unter allen interessierten Bewerbern zuzulassen, umgangen. Letztlich könne nur ein Bieter voraussichtlich erfolgreich ein Angebot abgeben, da er über das für die Errichtung der EEA erforderliche Grundstück bereits verfüge. Leistungsfähigkeit und unternehmerische Ausrichtung eines jeweiligen Bieters spiele für die Möglichkeit der erfolgreichen Angebotsabgabe deshalb nur noch eine untergeordnete Rolle. Den Bietern werde zudem das im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegende Investitionsrisiko übertragen. Darin liege ein unzulässiges Aufbürden eines ungewöhnlichen Wagnisses.

Die **Antragstellerin** beantragt daher:

1. Die Ausschreibung aufzuheben und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen.
3. Festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig war.

Die **Antragsgegnerin** beantragt:

1. Den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin notwendig war.

Nach ihrer Ansicht sei der Nachprüfungsantrag unzulässig, in jedem Fall aber unbegründet. Der Antragstellerin gehe es mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht um die Neuausschreibung desselben Auftrags unter anderen Verfahrensmodalitäten, sondern um die Vergabe eines anderen Auftrags als er ausgeschrieben worden sei. Sie sei daher nicht antragsbefugt, da es ihr nicht um den konkret ausgeschrieben Auftrag i.S.v. § 97 Abs.2 GWB gehe, sondern um einen hypothetischen, von ihr gewünschten Auftrag. Da die Antragsgegnerin diesen von der Antragstellerin gewünschten Auftrag jedoch weder ausschreiben wolle noch hierzu vergaberechtlich verpflichtet sei, wäre die einzige Alternative, von der Ausschreibung gänzlich abzusehen. Die Antragstellerin hätte damit aber auch bei Erfolg ihres Begehrens keine Aussichten auf den Zuschlag. Sie sei demzufolge nicht antragsbefugt.

Aber auch im Falle der Zulässigkeit sei der Nachprüfungsantrag in jedem Fall unbegründet, da die Antragstellerin nicht in bieterschützenden Rechten verletzt sei.

Die Bestimmung des Beschaffungsgegenstands obliege allein der autonomen Entscheidung des Auftraggebers.

Im Einzelfall könnten die Modalitäten einer Leistungsbeschreibung eine unzulässige Einengung des Wettbewerbs bedeuten, etwa im Falle einer unzulässigen produktspezifischen Ausschreibung oder sachlich nicht gerechtfertigter, auf einen Hersteller zugeschnittener, technischer Merkmale. Um solche Eingrenzungen gehe es vorliegend aber nicht, sondern vielmehr um die Forderung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin müsse ihr in Abweichung von dem Inhalt des ausgeschriebenen Auftrags ein Grundstück für die Errichtung einer Energieerzeugungsanlage zur Verfügung stellen. Unter keinem Aspekt könne aber ein Auftraggeber durch das Vergaberecht gezwungen werden, einen anderen Auftrag zu beschaffen, als er zur Deckung seines spezifischen Bedarfes beschaffen möchte, geschweige denn, den Bietern Mittel für die Auftrags Erfüllung zur Verfügung zu stellen, über die er selbst nicht verfüge oder die er nur unter Preisgabe seiner eigenen Planungen zur Verfügung stellen könne.

Die Antragsgegnerin habe auch von Anfang an in ihren Vergabeunterlagen und auch den diversen Bierrunden unmissverständlich klargestellt, dass sie für die Errichtung eines Nahwärmekraftwerkes kein Grundstück zur Verfügung stellen könne. Hierin liege weder ein Verstoß gegen das Wettbewerbsgebot nach § 97 Abs. 1 GWB, noch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsgebot nach § 97 Abs. 2 GWB. Es sei zwar richtig, dass Bieter, die bereits Zugriff auf ein geeignetes Grundstück hätten, über einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Bietern verfügen würden. Dies sei jedoch vergaberechtlich nicht unzulässig; jeder öffentliche Auftrag stelle spezifische Leistungsanforderungen, zu deren Erfüllung die Bieter in unterschiedlichem Maße in der Lage seien. Aus dem Gleichbehandlungsgebot des Kartellvergaberechts könne nicht geschlossen werden, dass der Auftraggeber verpflichtet sei, Unterschiede in der Wettbewerbsposition zwischen einzelnen Bietern dadurch zu nivellieren, dass er den Bietern die für die Erbringung der geforderten Leistung benötigten Mittel zur Verfügung stelle. Die einzig mögliche Alternative zu der von der Antragsgegnerin gewählten Vorgehensweise sei der Verzicht auf eine zentrale Energieversorgung und damit auf die Vergabe des so ausgeschriebenen Auftrags. Ein solcher Verzicht könne aber von der Antragsgegnerin nicht gefordert

werden, denn vergaberechtlich geschützt sei nur das Interesse an der Erteilung eines Auftrags und nicht die Verhinderung seiner Vergabe.

Im Übrigen sei das Vergabeverfahren auch hinreichend fortlaufend dokumentiert worden. Dies gelte auch für Gespräche, die im Vorfeld mit potentiellen Bietern, etwa den Stadtwerken Xxx, geführt worden seien, soweit dies für das Verfahren erheblich gewesen sei. Insbesondere seien aber die Stadtwerke nicht früher als andere Bieter über bestimmte Entwicklungen informiert gewesen und hätten keine Wettbewerbsvorteile dadurch erlangt.

Die Ausschreibung sei daher entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht auf einen Bieter zugeschnitten, sondern es bestehe durchaus ein - möglicherweise eingeschränkter - Wettbewerb.

Auch die von der Antragstellerin vertretene Ansicht, die fehlende Zurverfügungstellung eines Grundstückes stelle eine unzulässige Eignungsanforderung i.S. v. § 7 EG VOL/A dar, gehe fehl, denn hierin liege keine Anforderung eines Nachweises über Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit der Bieter mithin also bieterbezogener Eignungskriterien, sondern um die Bestimmung des Inhalts der ausgeschriebenen Leistung.

Auch die Leistungsbeschreibung und die Vertragsunterlagen der Antragsgegnerin seien erschöpfend und könnten auch als ausreichende Kalkulationsgrundlage für die Bieter dienen. Es sei den Bietern möglich, die Kosten der Erlangung eines Grundstückes zu ermitteln und diese auch ohne Weiteres in ihre Kalkulation einstellen. Sofern sich ein Bieter nicht in der Lage sehe, ein entsprechendes Grundstück zu erlangen und damit kein Angebot abgeben zu können glaube, sei dies zwar bedauerlich, jedoch keine Frage einer ungenauen oder unvollständigen Leistungsbeschreibung. Insofern lege die Ausschreibung den Bietern auch kein ungewöhnliches Wagnis auf, vielmehr sei diesen ausreichend Zeit gegeben worden, vor Angebotsabgabe den Erwerb eines entsprechenden Grundstückes ausreichend zu sichern, so dass sie nicht gezwungen gewesen seien, ohne ein geeignetes Grundstück ins Blaue hinein ein Angebot abgeben zu müssen.

Am 11. Januar 2011 fand die mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt. Der Antragstellerin wurde ein Schriftsatznachlaß bis zum 13. Januar 2011 gewährt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig aber unbegründet, die Antragstellerin ist im Sinne der §§ 97 Abs. 7, 114 Abs.1 GWB nicht in ihren Rechten verletzt.

1. Weder gegen die örtliche noch gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen Bedenken. Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Die Antragstellerin hat durch die Anforderung der Verdingungsunterlagen und die rege Teilnahme an den Bieterfragerunden ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie in eigenen Rechten verletzt ist; die Möglichkeit infolge eines fehlerhaft definierten Leistungsgegenstandes kein wettbewerbsfähiges Angebot abgeben zu können, führt dazu, dass ihr ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

Die Antragstellerin hat den im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts auch rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt, insbesondere hat sie auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 01.11.2010, in der ihr die Mitteilung gemacht wurde, dass ihrer Rüge nur teilweise abgeholfen werde, mit dem Nachprüfungsantrag vom 15.11. 2010 reagiert. Diese war rechtzeitig und damit zulässig; die Antragstellerin ist damit i. S. v. § 107 Abs. 2 und 3 GWB antragsbefugt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache aber unbegründet; die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Energieversorgung des geplanten Gesundheitscampus aususchreiben, ohne ein Grundstück für die Errichtung der erforderlichen EEA bereitzustellen, ist nicht zu beanstanden.

Hierin manifestiert sich der Grundsatz der autonomen Bedarfsfeststellung durch den Auftraggeber, der in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur als allgemeines Prinzip verankert ist.

Die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes ist der ausschließlichen Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber unterworfen, der genauso wie bei Privaten allein durch die Art der zu vergebenden Leistung und den Auftragsgegenstand bestimmt. Entschließt er sich zur Beschaffung, ist er frei in seiner Entscheidung, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert hält. Die Bestimmung ist einer etwaigen Ausschreibung und Vergabe vorgelagert und muss vom öffentlichen Auftraggeber erst einmal in einer zu einer Nachfrage führenden Weise getroffen werden, bevor die Vergabe und das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, Verg 42/09).

Dagegen können Bieter nicht mit Erfolg beanspruchen, dem Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften, als von ihm in den Verdingungsunterlagen festgelegt worden ist, anzudienen (vgl. Scharen, GRUR 2009, 345, 346).

Nach welchen sach- und auftragsbezogenen Kriterien ein Auftraggeber seine Beschaffungsentscheidung auszurichten hat, ist ihm wegen seines insoweit bestehenden Bestimmungsrechts im Nachprüfungsverfahren nicht vorzuschreiben (vgl. OLG Düsseldorf a. a. O. ,sowie Beschl. v. 14.3.2001, [Verg 32/00](#);und Beschl. v. 22.10.2009, VII-[Verg 25/09](#)).

Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Wahl einer bestimmten Vorgehensweise, ist die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge dieses Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen (OLG Düsseldorf a.a.O.) Daraus folgt hinsichtlich des an eine Beschaffungsentscheidung, die zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, anzulegenden Prüfungsmaßstabs und der Prüfungsdichte, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht inhaltlich auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit oder erst recht auf Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu kontrollieren ist, ob sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht. Dagegen findet keine Überprüfung nach den Maßstäben statt, die für die Ausübung eines Beurteilungsspielraums entwickelt worden sind. Insbesondere müssen der Beschaffungsentscheidung keine Untersuchungen in Form von Markterforschungen oder Marktanalysen mit dem Ziel einer anderweitigen Erreichung des Ausschreibungsergebnisses vorangehen.

Durch das Erfordernis der sachlichen Auftragsbezogenheit wird im Sinne einer Negativabgrenzung sichergestellt, dass der Auswahl- und Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers nicht sachfremde, willkürliche oder diskriminierende Erwägungen zugrunde liegen. Eine weitergehende Überprüfung wäre mit dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers unvereinbar (OLG Düsseldorf a.a.O.).

Die Antragsgegnerin hat in ihren Vergabeunterlagen die Modalitäten für die beabsichtigte Energielieferung festgelegt und dabei von Anfang an klargestellt, dass sie kein Grundstück zur Errichtung der geplanten EEA zur Verfügung stellen kann. Sie hat es den potentiellen Bietern freigestellt, auf einem eigenen Grundstück eine neue EEA zu errichten, oder eine bestehende auszubauen. Möglicherweise ist dies der Antragstellerin nicht in letzter Konsequenz bewusst geworden, gleichwohl ist eine solche Festlegung nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hat als Herrin des Vergabeverfahrens gehandelt und durfte als Ausdruck ihrer Privatautonomie selbst so entscheiden (VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 26.05.2009 - VK-SH 04/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2005 - Verg 26/05 und Beschluss vom 14.04.2005 - Verg 93/04; VK Münster, Beschluss vom 20.04.2005 - VK 6/05).

Ein Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz ist durch diese Entscheidung der Antragsgegnerin nicht erkennbar.

Wie aus der Vergabeakte und den Ausführungen der Antragsgegnerin hervorgeht, ist diese bereits seit 2004 mit der Planung eines neuen und langfristig gesicherten Krankenhausbetriebes befasst, die sich zu dem „Gesundheitscampus Xxx“ verdichteten. Hierfür sind in einem „Masterplan“ die verschiedenen angestrebten Nutzungen zusammengeführt. Auch die Energieversorgung spielte dabei eine Rolle insbesondere hinsichtlich der Frage, ob sie zentral oder dezentral aufgebaut werden sollte. Dabei wurden auch Gespräche mit den Stadtwerken Xxx, einem Eigenbetrieb der Stadt Xxx und dem derzeitigen Energieversorger der Antragsgegnerin über eine zentrale Energieversorgung mittels einer EEA auf einem Grundstück der Stadt außerhalb des Gesundheitscampus' geführt. Die Ausschreibungspflicht eines solchen Vorgehens wurde mit dem Ergebnis geprüft, dass eine EU-weite Ausschreibung unumgänglich sei, da es weitere potentielle Bieter geben könne, die ein Grundstück erwerben und eine EEA errichten und betreiben könnten.

Da es der Antragsgegnerin um die Errichtung einer wirtschaftlichen und umweltfreundlichen zentralen Energieversorgung für den Gesundheitscampus geht, sie aber nicht über ausreichende Flächen für eine EEA auf dem Gelände verfügt bzw. Flächen für mittelfristige Erweiterungen und Ergänzungen freihalten möchte, und auch für den eigentlichen Gesundheitscampus noch Flächenankäufe notwendig sind, entschied sich die Antragsgegnerin angesichts der Ausschreibungspflichtigkeit der Energieversorgung im Jahre 2010 dafür, den Auftrag als reinen Energielieferungsauftrag aususchreiben und die Beschaffung der hierfür erforderlichen Flächen dem potentiellen Auftragnehmer zu überlassen.

Wie auch im Verlauf der mündlichen Verhandlung deutlich geworden ist, liegen hierin nachvollziehbare Gründe für die Bestimmung des Leistungsgegenstandes und der Ausschreibung in der vorliegenden Form. Dies ist nicht zu beanstanden.

Die Definition des Leistungsgegenstandes unterliegt nicht der Überprüfung durch die Vergabekammer.

Es ist nicht Aufgabe der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen und auch nicht deren Kompetenz, zu überprüfen, ob der genannte Bedarf in sinnvoller Weise definiert wurde oder ob andere als die nachgefragten Varianten vorteilhafter oder wirtschaftlicher wären (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2005, Verg 26/05). Was ausgeschrieben wird, entscheidet allein der Auftraggeber selbst. Er bestimmt nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen den Gegenstand und Inhalt der Beschaffung. Sofern die Beschränkung auf die reine Energielieferung von früher geäußerten Vorstellungen der Antragsgegnerin abweicht oder zu einer Einschränkung des Bieterkreises führt, da für diesen die Frage der Grundstücksbeschaffung unterschiedliche Schwierigkeiten beinhalten mag, ist dies nach dem oben gesagten hinzunehmen. Es gibt kein vergaberechtliches Gebot an einen Auftraggeber bestimmte Wettbewerbsvorteile bereits bei der Entscheidung über die Leistung, die ausgeschrieben werden soll, auszugleichen (vgl. erkennende Kammer Beschluss vom 13.10.2005, Az. 69d VK-69/2005).

Die Antragsgegnerin ist auch nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind (VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.11.2006 - VK-SH 25/06; erkennende Kammer, Beschluss vom 10.09.2007 - 69 d - VK - 37/2007; VK Münster, a.a.O.).

Auch hat die Antragsgegnerin nicht den Wettbewerb entgegen § 97 Abs. 1 GWB in unzulässiger Weise beschränkt. Eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs ist etwa dann gegeben, wenn eine Ausschreibung so gestaltet ist, dass für den Auftrag von vornherein nur ein einziger Bieter in Frage kommt (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 25.05.2007 - 13 Verg 4/07).

Auch in diesem Zusammenhang ist der Verzicht auf eine Zurverfügungstellung eines Grundstückes nicht zu beanstanden, zumal es nicht ausgeschlossen ist, dass es potentiellen Bietern gelingt, ein Grundstück zu beschaffen, und die Auswahl somit nicht zwangsläufig auf die Stadtwerke Xxx als einzigem Bieter, der bereits über ein Grundstück verfügt, hinauslaufen muss.

Nach alledem ist die Bestimmung des Leistungsgegenstandes durch die Antragsgegnerin vergaberechtsfehlerfrei erfolgt, der Nachprüfungsantrag damit unbegründet.

Da diese Bestimmung der Ausschreibung und Vergabe vorgelagert ist, waren die von der Antragstellerin aufgeworfenen Fragen bezüglich bieterbezogener Eignungskriterien i. S. v. § 7 EG VOL/A nicht mehr Gegenstand der Entscheidung.

II. Kosten

1. Gemäß § 128 Abs.1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben. Kostenpflichtig ist nach § 128 Abs. 3 Satz 1 die Antragstellerin.
2. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Im vorliegenden Fall wird unter Zugrundelegung der Jahreskosten der Wirtschaftlichkeitsberechnung der Antragsgegnerin (1.203.000 € x 15 Jahre) von einer Summe von 18.045.000€ ausgegangen. Hieraus ergibt sich bei Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebährentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von 14.725,00 Euro.

3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.