

**1. Vergabekammer
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt**

69d VK-55/2012



VK 55/2012

Leitsätze:

1. Nach Ablauf der absoluten Ausschlussfrist gemäß § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB unterliegen Verträge nicht mehr der vergaberechtlichen Nachprüfung. Sie sind nach Ablauf dieser Frist endgültig wirksam.
2. Ein Nachprüfungsantrag gemäß § 107 Abs. 1 i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB ist nicht statthaft, wenn der Zuschlag wirksam erteilt wurde bzw. der Vertrag über den öffentlichen Auftrag wirksam geschlossen wurde.
3. Ein Nachprüfungsantrag ist auch nicht statthaft, wenn er auf Durchführung eines zukünftigen Vergabeverfahrens mit einem bestimmten Inhalt gerichtet ist. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn der Eintritt in ein konkretes zuschlagorientiertes Vergabeverfahren vorliegt; dafür sind ein „interner“ Beschaffungsentschluss und dessen „externe“ Umsetzung erforderlich. Ein Nachprüfungsantrag, mit dem die Anordnung einer Vertragsbeendigung begehrt wird, ist unzulässig.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen Beschaffung von elektrischer Energie und
Erdgas für Einrichtungen des

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden RD Uwe Harnisch, die hauptamtliche Beisitzerin Ass.'in Jur. Dr. Sanaz Moradi Karkaj sowie die ehrenamtliche Beisitzerin TAR'in Claudia Denz-Kinzel ohne mündliche Verhandlung am 20. Februar 2013 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des Antragsgegners trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 10.575,-- € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist ein mittelständischer Energieversorger.

Der Antragsgegner schloss zur Versorgung seiner Liegenschaften und Einrichtungen mit elektrischer Energie sowie mit Erdgas Versorgungs- bzw. Lieferverträge mit der Kreiswerke ^A und der Gasversorgung ^A sowie in geringem Umfang mit der ^B GmbH.

Der Auftragsgegner bezieht aufgrund der streitgegenständlichen Verträge Energie für ca. 520 öffentliche Gebäude und Liegenschaften im gesamten .

Im Einzelnen handelt es sich um drei verfahrensgegenständlich relevante Verträge:

- Der Rahmenvertrag zwischen Antragsgegner und Kreiswerke ^A GmbH, über die Versorgung mit elektrischer Energie wurde am 21. Mai 2012 geschlossen. Dem Stromliefervertrag liegt für den Lieferzeitraum 2013 und 2014 ein Brutto-Auftragswert von 4.022.937,80 Euro zugrunde.
- Dem Vertragsverhältnis zwischen Antragsgegner und der Gasversorgung ^A , über die Lieferung und den Bezug von Erdgas liegen ursprünglich drei Verträge zugrunde. Zwei dieser Verträge betrafen Einzelobjekte, die in den mittlerweile geschlossenen Hauptvertrag aufgenommen wurden. Dieser Gasliefervertrag wurde am 30. Oktober/20. November 2009 geschlossen. Eine Kündigung des Vertragsverhältnisses ist nicht erfolgt. Dem Vertrag liegt für den Lieferzeitraum 1. Oktober 2009 bis 30. September 2013 ein Brutto-Auftragswert von 7.083.383,06 Euro zugrunde.
- Der Vertrag zwischen Antragsgegner und der ^B -GmbH, über die Lieferung und den Bezug von Erdgas wurde am 27. Januar/27. Mai 2010 geschlossen. Auch dieser Vertrag wurde nicht gekündigt. Dem Vertrag liegt für den Lieferzeitraum 1. Oktober 2010 bis 30. September 2013 ein Brutto-Auftragswert von 863.747,83 Euro zugrunde.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 wandte sich die Antragstellerin an den Antragsgegner und wies darauf hin, Strom- und Gasmärkte seien liberalisiert mit der Folge, dass der Landkreis im Wettbewerb günstigeren Strom und günstigeres Gas am Markt beziehen könne. Zugleich forderte sie unter Fristsetzung den Antragsgegner auf, die Auswahlkriterien und die Wahl des Lieferanten für Erdgas und Strom für die Lieferjahre 2011, 2012 und 2013 offenzulegen sowie mitzuteilen, ob in absehbarer Zeit eine Auswahlentscheidung für das Jahr 2014 anstehe.

Nachdem der Antragsgegner hierauf nicht reagierte, forderte die Antragstellerin ihn mit Schreiben vom 16. November 2012 unter Nachfristsetzung erneut auf, die begehrten Angaben offenzulegen. Andernfalls sei von einer Regelwidrigkeit der Einkaufsentscheidung auszugehen und rechtliche Schritte seien daher einzuleiten.

Mit Schreiben vom 27. November 2012 teilte der Antragsgegner sodann mit, er sehe weder eine Rechtsgrundlage noch berechtigtes Interesse für das von der Antragstellerin geltend gemachte Informationsbegehren. Zudem könne er aus Gründen der Gleichbehandlung im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern keine gesonderten Informationen über den Zeitpunkt der nächsten Auswahlentscheidung erteilen. Insofern verwies er die Antragstellerin auf die Ausschreibungsplattformen und Informationsportale.

Am 5. Dezember 2012 rügte die Antragstellerin den Bezug von Strom und Gas durch den Antragsgegner als vergaberechtswidrige De-facto-Vergabe. Eine Regelung, aufgrund der eine unmittelbare Vergabe der Leistungen an ein Unternehmen ohne Beteiligung anderer Unternehmen zulässig wäre, sei nicht ersichtlich. Insbesondere komme ein In-House-Geschäft nicht in Betracht. Da aufgrund der Sachlage davon auszugehen sei, dass die bestehenden Verträge unwirksam sind, bestünde gegenwärtig ein materieller Beschaffungsbedarf für Strom und Gas. Die Antragstellerin beanspruche daher die unverzügliche Einleitung von europaweiten wettbewerblichen Vergabeverfahren sowie die Erteilung der begehrten Informationen. Sie rügte eine Verletzung ihrer Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB. Letztlich wies sie darauf hin, für den Fall einer nicht fristgerechten Abhilfe der Vergaberechtsverstöße ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Der Antragsgegner erwiderte hierauf, dass eine Stellungnahme innerhalb der gesetzten Frist nicht möglich sei. Ein Eilbedarf sei nicht gegeben. Bei den streitgegenständlichen Verträgen handele es sich um bestehende langfristige Verträge. Etwaige kurz- oder mittelfristige Vergabeentscheidungen stünden nicht bevor.

Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2012 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag, der am selben Tag bei der Vergabekammer einging.

Die Antragstellerin hält den Nachprüfungsantrag für zulässig. Sie führt zur Begründung aus, der Bezug von Gas und Strom durch den Antragsgegner sei eine vergaberechtswidrige De-facto-Vergabe. Es läge kein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft vor. Voraussetzung hierfür sei, dass der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer Kontrolle ausübe und der Auftragnehmer die Tätigkeit für den Auftraggeber erbringe. Beide Kriterien seien bei der Kreiswerke **A** und der Gasversorgung **A** nicht erfüllt.

Durch das Unterlassen einer ordnungsgemäßen förmlichen Vergabe sei die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt, da ihr die Möglichkeit zur Abgabe eines Angebotes und die Aussicht auf den Auftrag genommen worden seien. Sie habe ihr Interesse am Auftrag auch gegenüber dem Antragsgegner mit ihren Schreiben vom 25. Oktober und 16. November 2012 sowie mit der Vergaberüge vom 5. Dezember 2012 hinreichend bekundet.

Ungeachtet des Umstandes, dass es im Falle einer De-facto-Vergabe für die Darlegung der Antragsbefugnis genügt, geltend zu machen, durch die unterlassene Ausschreibung an einer Angebotsabgabe gehindert worden zu sein, hätte die Antrag-

stellerin auch Chancen auf Erhalt des Auftrages gehabt. Sie sei in der Lage, Großkunden zuverlässig zu versorgen. Auch sei ihre finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben.

Vorsorglich trägt sie vor, die Vertragsschlüsse seien aufgrund kollusivem Zusammenwirkens nach § 138 BGB sowie wegen Verstoßes gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot nach § 134 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 AEUV unwirksam. Sowohl der Antragsgegner als auch die beteiligten Unternehmen seien bösgläubig gewesen; sie hätten Kenntnis von der fehlenden In-House-Fähigkeit der Unternehmen und dem Erfordernis einer Auftragsvergabe in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren gehabt.

Selbst wenn die Frist des § 101b Abs. 2 GWB abgelaufen sein sollte, stünde dies der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages nicht entgegen. Schließlich seien sämtliche Verträge nach § 138 BGB unwirksam. Sollte aber ihr Feststellungsantrag unzulässig sein, wäre die Vergabekammer gehalten, nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB andere geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverletzung anzuordnen. Bei sicherem Beschaffungsbedarf und fortbestehender Vergabeabsicht käme die Anordnung in Betracht, innerhalb einer bestimmten Frist ein Vergabeverfahren einzuleiten.

Die Antragstellerin beantragt:

- I. betreffend den Bezug von Gas:
 1. Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner durch die Vergabe von Aufträgen über den Bezug von Gas für den bei Antragstellung laufenden Vertragszeitraum, mindestens aber für das Jahr 2013 - insbesondere an die Kreiswerke **A** oder an die Gasversorgung **A** - ohne andere als das bezuschlagte Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen, die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.
 2. Es wird festgestellt, dass der vom Antragsgegner abgeschlossene Vertrag über den Bezug von Gas für den bei Antragstellung laufenden Vertragszeitraum, mindestens aber für das Jahr 2013, von Anfang an unwirksam ist.
 3. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Absicht, Gas für den bei Antragstellung laufenden Vertragszeitraum, mindestens aber für das Jahr 2013, zu beziehen, unverzüglich ein förmliches wettbewerbliches Vergabeverfahren einzuleiten und durchzuführen, in welchem die Antragstellerin die Möglichkeit hat, sich am Wettbewerb zu beteiligen.
 4. Hilfsweise: Die Vergabekammer trifft (andere) geeignete Maßnahmen, um die Rechtsverletzung der Antragstellerin zu beseitigen und eine Schädigung ihrer betroffenen Interessen zu verhindern.
 5. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht gewährt.
 6. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.
 7. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

- II. betreffend den Bezug von Strom:
1. Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner durch die Vergabe von Aufträgen über den Bezug von Strom für den bei Antragstellung laufenden Vertragszeitraum, mindestens aber für das Jahr 2013 - insbesondere an die Kreiswerke **A** - ohne andere als das bezuschlagte Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen, die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.
 2. Es wird festgestellt, dass der vom Antragsgegner abgeschlossene Vertrag über den Bezug von Strom für den bei Antragstellung laufenden Vertragszeitraum, mindestens aber für das Jahr 2013, von Anfang an unwirksam ist.
 3. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Absicht, Strom für den bei Antragstellung laufenden Vertragszeitraum, mindestens aber für das Jahr 2013, zu beziehen, unverzüglich ein förmliches wettbewerbliches Vergabeverfahren einzuleiten und durchzuführen, in welchem die Antragstellerin die Möglichkeit hat, sich am Wettbewerb zu beteiligen.
 4. Hilfsweise: Die Vergabekammer trifft (andere) geeignete Maßnahmen, um die Rechtsverletzung der Antragstellerin zu beseitigen und eine Schädigung ihrer betroffenen Interessen zu verhindern.
 5. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht gewährt.
 6. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.
 7. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragstellerin erweitert ihre Anträge zu Ziff. I.3 und I.4 bzw. Ziff. II.3 und II.4 und beantragt hilfsweise:

Die Vergabekammer ordnet an, dass die laufenden Verträge schnellstmöglich zu beenden und für den sich anschließenden Zeitraum jeweils Vergabeverfahren für Strom und für Gas einzuleiten sind.

Der Antragsgegner beantragt:

1. Die Anträge der Antragstellerin werden zurück gewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei bereits aufgrund Verfristung gemäß § 101b Abs. 2 GWB sowie wegen fehlender Antragsbefugnis der Antragstellerin unzulässig.

Der Stromlieferungsvertrag mit der Kreiswerke **A** sei am 21. Mai 2012 geschlossen. Die Sechs-Monats-Frist sei also am 21. November 2012, d.h. vor Antragstellung abgelaufen.

Der Gasliefervertrag mit der Gasversorgung **A** sei am 30. Oktober/20. November 2009 geschlossen. Dieser Vertrag sei weiterhin in Kraft. Eine Kün-

digung des Vertrages zum 30. September 2012 sei nicht erfolgt. Das Nichtgebrauchmachen von einer vertraglichen Kündigungsmöglichkeit stelle keine Vergabeentscheidung dar. Die Sechs-Monats-Frist sei also spätestens am 20. Mai 2010 und damit vor Antragstellung abgelaufen.

Der Gasliefervertrag mit der **B** GmbH sei am 27. Januar/27. Mai 2010 geschlossen. Dieser Vertrag sei weiterhin in Kraft. Eine Kündigung des Vertrages zum 30. September 2012 sei nicht erfolgt. Das Nichtgebrauchmachen von einer vertraglichen Kündigungsmöglichkeit stelle keine Vergabeentscheidung dar. Die Sechs-Monats-Frist endete also spätestens am 29. November 2010, d.h. vor Antragstellung.

Aufgrund der Verfristung könne eine Feststellung der Unwirksamkeit nicht mehr verlangt werden. § 101b Abs. 2 GWB normiere eine Ausschlussfrist, die unabhängig von subjektiven Komponenten greife. Dies gelte auch in Bezug auf die angebliche Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. Zudem stelle nicht jede De-facto-Vergabe zugleich einen Verstoß gegen § 138 BGB dar. Die Antragstellerin habe auch nicht substantiiert die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 138 BGB dargelegt. Ihre Ausführungen stellten pauschale Behauptungen und Mutmaßungen dar.

Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis, da nicht erkennbar sei, dass sie eine Chance auf den Zuschlag hätte. Die Antragstellerin habe ihr eigenes wirtschaftliches Interesse am Auftrag über den Bezug von Gas und Strom nicht substantiiert dargelegt. Auch habe sie nicht genügend substantiiert dargelegt, dass sie bei Durchführung eines Vergabeverfahrens eine Chance auf den Zuschlag hätte. Die Antragstellerin habe vorrangig Privathaushalte als Hauptkunden, so dass nicht glaubhaft sei, sie könne auch Großkunden wie den Antragsgegner bedienen. Der Antragsgegner habe für seine Liegenschaften eine besonders hohe Versorgungssicherheit sicherzustellen. Zudem habe er sich der Nachhaltigkeit bei der Energiebeschaffung verpflichtet. Bezüglich der Antragstellerin sei von einer mangelnden Zuverlässigkeit und mangelnden finanziellen sowie technischen Leistungsfähigkeit auszugehen. Vor dem Hintergrund der besonderen Bedürfnisse sei daher die Eignung der Antragstellerin nicht gegeben.

Letztlich sei das Begehren der Antragstellerin, für den Fall des Scheiterns ihres Feststellungsantrages den Antragsgegners zur Neuausschreibung zu verpflichten, aus Rechtsgründen nicht möglich. Eine solche Anordnung der Vergabekammer sei von § 114 Abs. 1 GWB nicht gedeckt. Dem stünde das dem Auftraggeber zustehende Bestimmungsrecht entgegen.

Mit Schriftsatz vom 21. Januar 2013 beehrte die Antragstellerin Akteneinsicht durch Übermittlung per Fax.

Am 22. Januar 2013 übermittelte die Vergabekammer die aus Gründen der Geheimhaltung teilweise anonymisierten Unterlagen an die Antragstellerin.

Die Vergabekammer hat mit Verfügung vom 24. Januar 2013 mit Blick auf die Nachprüfungsanträge, die neben den Feststellungsanträgen gestellt sind, gemäß § 113

Abs. 1 Satz 2 GWB die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer wegen besonderer tatsächlicher Schwierigkeiten bis zum 8. März 2013 verlängert.

Mit Verfügung vom 4. Februar 2013 wies die Vergabekammer darauf hin, dass sie wegen Unzulässigkeit und Unbegründetheit der Anträge nach Lage der Akten entscheiden wird.

Dem trat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 7. Februar 2013 entgegen. Unter Verweis auf das Gesetzgebungsverfahren führt sie an, eine Unwirksamkeit nach § 138 BGB sei auch nach Ablauf der Frist des § 101b GWB von der Vergabekammer zu prüfen. Soweit die Vergabekammer darlege, es seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die in § 4 EG Abs. 7 VOL/A bestimmte maximale Laufzeit von vier Jahren bei den streitgegenständlichen Verträgen jeweils überschritten wurde, sei dies wenig plausibel. Zumindest hinsichtlich des Gaslieferungsvertrages sei mit einer sehr kurzfristigen Neuausschreibung zu rechnen.

Der Antragsgegner erklärte mit Schriftsatz vom 8. Februar 2013, es bestünde für sie kein weiterer Stellungnahmebedarf.

Mit Verfügung vom 11. Februar 2013 wies die Vergabekammer darauf hin, dass sie weiterhin eine Entscheidung nach Lage der Akten treffen wird.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig und – soweit zu prüfen war – wäre er auch offensichtlich unbegründet. Es konnte daher über diesen Antrag nach Lage der Akten entschieden werden (§ 112 Abs. 1 Satz 3 GWB).

1. Soweit mit dem Antrag die Feststellung der Unwirksamkeit von Verträgen gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB begehrt wird (Ziff. I.1 und I.2 sowie Ziff. II.1 und II.2 der Antragschrift vom 21. Dezember 2012), beruht die Unzulässigkeit dieser Feststellungsanträge auf folgenden Gründen:

Die Zulässigkeit dieser Anträge ist zu verneinen, weil keine Anhaltspunkte vorliegen, dass die Frist gemäß § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB eingehalten wurde.

Danach ist die Unwirksamkeit eines Vertrages spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss geltend zu machen.

Hier ist dies bei den drei in Betracht kommenden Verträgen nicht gegeben:

- Der Vertrag zwischen Antragsgegner und der Kreiswerke ^A, über die Versorgung mit elektrischer Energie wurde am 21. Mai 2012 geschlossen. Die Sechs-Monats-Frist endete also am 21. November 2012.

- Der Vertrag zwischen Antragsgegner und der Gasversorgung **A**, über die Lieferung und den Bezug von Erdgas wurde am 30. Oktober/20. November 2009 geschlossen. Die Sechs-Monats-Frist endete also spätestens am 20. Mai 2010.
- Der Vertrag zwischen Antragsgegner und der **B** GmbH, über die Lieferung und den Bezug von Erdgas wurde am 27. Januar/27. Mai 2010 geschlossen. Die Sechs-Monats-Frist endete also spätestens - gemäß § 193 BGB - am 29. November 2010.

Demgegenüber wurde die Feststellung der Unwirksamkeit dieser Verträge erst am 21. Dezember 2012 beantragt, mithin nicht mehr innerhalb der Sechs-Monats-Frist von § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB.

Da es sich bei dieser Frist um eine formelle absolute Ausschlussfrist handelt (s. nur Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 26. November 2012, § 101b GWB Rn. 33, 38), unterliegen die streitgegenständlichen Verträge - wie gemeinhin anerkannt (Weyand, *a.a.O.*, § 101b GWB Rn. 33/1 m.w.N.) - nicht mehr der vergaberechtlichen Nachprüfung.

Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift, wonach bei Fristablauf gerade Rechtssicherheit für den abgeschlossenen Vertrag besteht (BT-Drs. 16/10117, S. 21, Zu § 101b [Unwirksamkeit]; Weyand, *a.a.O.*, § 101b Rn. 38). Damit ist er nach Ablauf dieser Ausschlussfrist endgültig wirksam (Bechtold-Otting, *GWB*, 6. Auflg. 2010, § 101b Rn. 6; Weyand, *a.a.O.*, § 101b Rn. 33/1).

So verhält es sich auch hier.

Ein Eingriff in die bestehenden Vertragsverhältnisse im vorliegenden Nachprüfungsverfahren wegen Unwirksamkeit aus anderen Gründen scheidet aus. Unabhängig von der Frage des Rechtsweges (s. Ziekow/Völlink-Braun, *Vergaberecht*, 1. Auflg. 2011, § 101b GWB Rn. 97), sind hier die Voraussetzungen der geltend gemachten Regelungen nicht gegeben: Ein Verstoß des Antragsgegners gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV als gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB ist zu verneinen, da - ungeachtet der Frage des Normadressaten des ebengenannten EU-rechtlichen Durchführungsverbot wettbewerbsverfälschender staatlicher Beihilfen (s. *jurisPK-BGB* Band 1-Nassall, 6. Auflg. 2012, § 134 BGB Rn. 204) - nicht ersichtlich ist, dass hier ein erforderlicher beihilfegewährender Vertrag vorliegt. Zudem ist ein Verstoß gegen § 138 BGB zu verneinen, weil keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass beim Antragsgegner ein - wie erforderlich (Reidt/Stickler/Glahs-Glahs, *Vergaberecht*, 3. Auflg. 2011, § 101b GWB Rn. 24; Pünder/Schellenberg-Mentzinis, *Vergaberecht*, 1. Auflg. 2011, § 101b GWB Rn.19) - mutwilliges Sich-Verschließen vor der Kenntnis der

Vergabepflichtigkeit des Vorgangs und ein kollusives Zusammenwirken mit dem Auftragnehmer oder - wie teilweise auch gefordert (Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 101b GWB Rn. 98) - eine bewusste Umgehung der Veröffentlichungspflicht öffentlicher Aufträge vorliegt.

2. Soweit mit dem Antrag die Entscheidung der Vergabekammer hinsichtlich bestimmter oder anderer geeigneter Maßnahmen gemäß § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB begehrt wird (Ziff. I.3 und I.4 sowie Ziff. II.3 und II.4 der Antragschrift vom 21. Dezember 2012), beruht die Unzulässigkeit bzw. Unbegründet dieser Nachprüfungsanträge auf folgenden Gründen:
 - a.) Die Zulässigkeit ist zu verneinen, weil keine Anhaltspunkte erkennbar sind, die für die Statthaftigkeit der Anträge sprechen.

Der Statthaftigkeit steht bereits die andauernde Laufzeit der bestehenden Verträge der Antragsgegnerin mit den drei besagten Versorgungsunternehmen entgegen. Denn ein Nachprüfungsantrag ist nicht statthaft, wenn der Zuschlag wirksam erteilt worden ist, da dieser gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht mehr aufgehoben werden kann (Ziekow/Völlink-Dittmann, a.a.O., § 102 GWB Rn. 31). Wie vorstehend dargelegt, sind die besagten Verträge wirksam.

Die Statthaftigkeit ist gemeinhin auch dann nicht gegeben, wenn der Antrag auf Durchführung eines zukünftigen Vergabeverfahrens mit einem bestimmten Inhalt gerichtet ist (Ziekow/Völlink-Dittmann, a.a.O., § 102 GWB Rn. 29 m.w.N.). Solch einen vorbeugenden Rechtsschutz sehen die §§ 102 ff GWB grundsätzlich nicht vor (Weyand, a.a.O., § 102 GWB Rn. 16 m.w.N.; Ziekow/Völlink-Dittmann, a.a.O., § 102 Rn. 29 m.w.N.).

Eine Ausnahme ist im Lichte des gebotenen materiellen Verständnisses des Vergabeverfahrens nur dann gegeben, wenn der Eintritt in ein konkretes zuschlagorientiertes Vergabeverfahren vorliegt (Weyand, a.a.O., § 102 GWB Rn. 24; Pünder/Schellenberg-Landsberg, a.a.O., § 102 GWB Rn. 6; Bechtold, a.a.O., § 104 Rn. 5; Kulartz/Kus/Portz, GWB, 2. Aufl. 2009, § 102 GWB Rn. 12). Dafür sind erforderlich ein „interner“ Beschaffungsentschluss und dessen „externe“ Umsetzung (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 7. Oktober 2010 - Az.: 1 Verg 1/11 -, zit. nach juris: Rz. 12; Ziekow/Völlink-Dittmann, a.a.O., § 1032 GWB Rn. 28 m.w.N.). Im Einzelnen ist darauf abzustellen, ob und inwieweit der öffentliche Auftraggeber den Beschaffungsvorgang organisatorisch und planerisch bereits eingeleitet und mit potentiellen Anbietern Kontakte mit dem Ziel aufgenommen hat, das Beschaffungsvorhaben mit einer verbindlichen rechtsgeschäftlichen Einigung abzuschließen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 7. September 2004 - Az.: 11

Verg 11/04, 11 Verg 12/04 - zit. nach juris: Rz. 46; Weyand, a.a.O., § 102 Rn. 25 m.w.N.).

Soweit hier mit dem Antrag zu Ziff. I.3 begehrt wird, den Antragsgegner im Anschluss an den Vertrag mit der Gasversorgung ^A, der am 30. September 2013 endet, zur Einleitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens für den Bezug von Gas zumindest für das Jahr 2013 zu verpflichten, ist er auf zukünftige Vergabeverfahren gerichtet. Anhaltspunkte, die für den Eintritt in ein konkretes Vergabeverfahren sprechen, sind nicht ersichtlich. Der Vergabekammer ist insbesondere nicht bekannt, dass der Antragsgegner diesbezügliche organisatorische und planerische Maßnahmen zielführend eingeleitet und extern umgesetzt hat. Dementsprechende Belege liegen nicht vor; sie wurden von der Antragstellerin auch nicht beigebracht.

Soweit sie Gegenstand der Anträge zu Ziff. I.3 und II. 3 sind, gilt Gleiches für die beiden anderen Verträge, deren nach § 4 EG Abs. 7 VOL/A bestimmte maximale Laufzeiten über das Jahr 2013 hinausgehen.

Für die Anträge zu Ziff. I.4 und II.4 gilt nichts anderes, da sie als Hilfsanträge bezeichnet sind und sich somit auf die vorgenannten Anträge beziehen.

b.) Dessen ungeachtet wäre der Antrag aus folgenden Erwägungen offensichtlich unbegründet:

Die offensichtliche Unbegründetheit beruht - was ausreichend ist (VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17. März 2006 - Az.: VK-SH 02/06 - zit nach juris: Rz. 59; Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, a.a.O., § 112 GWB Rn. 18) - auf der eindeutigen Rechtslage in Bezug auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt, von der die Vergabekammer nach Vorlage der Vergabeakten und Austausch der Schriftsätze der Beteiligten überzeugt ist. Auf die mündliche Verhandlung kann dann - anerkanntermaßen (s. VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17. März 2006 - Az.: VK-SH 02/06 - zit nach juris: Rz. 59 m.w.N.) - verzichtet werden, wenn sich die Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages zudem unmittelbar durch die Einsicht in streitrelevante Unterlagen ergibt, wie es hier bei den Verträgen der Fall ist. Danach darf davon ausgegangen werden, dass sich durch eine mündliche Verhandlung keine andere Bewertung ergeben hätte (Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, a.a.O., § 112 GWB Rn. 19; Pünder/Schellenberg-Bungenberg, a.a.O., § 112 GWB Rn. 20).

Hier sind nach Einsichtnahme der Vergabekammer in die streitgegenständlichen Verträge keine Anhaltspunkte erkennbar, dass die in § 4 EG Abs. 7

VOL/A bestimmte maximale Laufzeit von vier Jahren bei diesen Verträgen jeweils überschritten wurde.

3. Die Zulässigkeit des Hilfsantrages in dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 25. Januar 2013 ist mangels Statthaftigkeit schon deshalb zu verneinen, weil damit die Anordnung der Beendigung laufender Verträge begehrt wird; für die Annahme eines Feststellungsantrages i.S.v. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB lässt bereits der eindeutige Wortlaut dieses Hilfsantrages keinen Raum.

Gemäß § 104 Abs. 2 GWB unterliegen der Nachprüfung nur Anträge auf Maßnahmen gerade in Vergabeverfahren (Ziekow/Völlink-Dittmann, a.a.O., § 102 GWB Rn. 21; s. Bechtold-Otting, a.a.O., § 104 Rn. 4). Solchen Maßnahmen ist mit den streitgegenständlichen Verträgen die Grundlage entzogen. Es liegt also kein statthafter Verfahrensgegenstand vor.

Zudem ist die Anordnung einer Kontrahierungspflicht des öffentlichen Auftraggebers durch die Vergabekammer nicht zulässig (Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, a.a.O., § 114 GWB Rn. 26; Ziekow/Völlink-Dittmann, a.a.O., § 102 GWB Rn. 30 m.w.N.). Dementsprechend gilt nichts anderes für die - wie hier beehrte - Anordnung auf Vertragsbeendigung.

Nach alledem war dem Nachprüfungsantrag nach Aktenlage nicht stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

Die Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer ist gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB von der Antragstellerin zu tragen. Die Gebührenpflichtig für Amtshandlungen der Vergabekammer beruht auf § 128 Abs. 1 GWB. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Verfahrens. Aufgrund des Brutto-Gesamtauftragwertes, den die drei verfahrensgegenständlichen Verträge - unstreitig - aufweisen, ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zugrunde legt, eine Gebühr von 10.575,- €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB). Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und der vorliegend zu klärenden Rechtsfragen notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).