

Sachgebiete: Vergaberecht

Gericht: OLG Rostock - Beglaubigte Abschrift -

Datum: Rostock, 26.09.2013

Aktenzeichen: 17 Verg 7/13

Rechtsquellen:

§ 99 GWB; § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB; §§ 102 ff GWB; § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB;
§ 118 Abs. 2 GWB; § 8a Abs.7 S. 1 PBefG; § 242 BGB;
Art. 5 Abs. 2 - 5, 6, 7 VO (EG) 1370/2007; Art. 7 Abs. 2 S. 4 VO (EG) 1370/2007;
VO (EWG) Nr. 1191/69; VO (EWG) Nr. 1107/70;

Schlagworte:

Rechtsschutz; Vergabeentscheidungen; Nachprüfung; Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages; Direktvergabe; Rüge; Rügeobliegenheit; Rügepflicht; Rügepräklusion; Beginn eines Vergabeverfahrens; Grundsatz der Gleichbehandlung;

Leitsätze:

1. Die Überprüfung geplanter und erfolgter Direktvergaben im Eisenbahnverkehr ist nach den §§ 102 ff. GWB dem Vergaberechtsregime zu unterstellen. Es sind kein In-House- oder Konzessionsverträge, bei deren Nachprüfung regelmäßig von einer (nur) analogen Anwendung des § 102 bzw. der §§ 102 ff. GWB ausgegangen wird.
2. Die Möglichkeit der Rügepräklusion nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist nicht europarechtswidrig. Sie greift, wenn dem Bietwilligen die Direktvergabeabsicht bekannt ist, ebenfalls ein.
3. Die gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 2 VO (EG) 1370/2007 für das wettbewerbliche Vergabeverfahren anzuwendenden Grundsätze der Fairness, der Transparenz und Nichtdiskriminierung sind nicht auf die Direktvergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 5 VO übertragbar.
4. Die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung im Direktvergabeverfahren für einen bestimmten Betreiber ist auf grob willkürliche Maßnahmen oder Entscheidungsgrundlagen beschränkt.

Verfügung

- Beglaubigte Abschrift -

In Sachen

X - Verkehr GmbH ./ Land Mecklenburg-Vorpommern

In dem Vergabenachprüfungsverfahren X - Verkehr GmbH gegen Land Mecklenburg-Vorpommern beabsichtigt der Senat nach Vorberatung, den Antrag der Antragstellerin gemäß

§ 118 Absatz 2 GWB auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zurückzuweisen. Der Senat misst der Beschwerde der Antragstellerin im Ergebnis keine hinreichende Erfolgsaussicht bei.

Die vorläufige Auffassung des Senats beruht auf folgenden Erwägungen:

1. Das Nachprüfungsverfahren ist zulässig, die Anwendbarkeit der §§ 102ff GWB ist eröffnet.

Nach Artikel 5 Absatz 7 der VO (EG) 1370/2007 erfolgt der Rechtsschutz gegen nach Artikel 5 Absatz 2 – 6 der VO (EG) 1370/2007 geplante und erfolgte Vergabeentscheidungen nach Maßgabe derjenigen Maßnahmen, welche die Mitgliedsstaaten getroffen haben. Eine ausdrückliche Regelung, wer eine Nachprüfung dieser Entscheidungen vorzunehmen hat, existiert seit dem 1. Januar 2013 nur mit § 8a Absatz 7 Satz 1 PBefG, nach dem die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Artikel 5 Absatz 2 – 5 der VO (EG) 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen der Nachprüfung nach dem Zweiten und Dritten Abschnitt des Vierten Teils des GWB unterliegt.

Insoweit stellt der Beschwerdegegner nicht ohne Grund in Frage, ob die Überprüfung geplanter und erfolgter Direktvergaben im Eisenbahnverkehr dem Vergaberechtsregime zu unterstellen sei. Denn eine ausdrückliche Regelung für Nachprüfungsverfahren bei Vergaben im Eisenbahnverkehr wurde nicht geschaffen, obwohl die Verordnung bereits am 23. Oktober 2007 als Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates beschlossen wurde.

Dessen ungeachtet ergibt sich der Rechtsschutz nach §§ 102 ff GWB in dem vorliegenden Fall bereits aus bestehendem Recht, einer Sonderregelung bedarf es nicht. Insbesondere ist es auch nach der VO (EG) 1370/2007 dem nationalen Gesetzgeber nicht verwehrt, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen in bereits bestehende vergaberechtliche Regelungen mit einzubeziehen (BGH, Beschluss vom 08.02.2001 ZB 4/10 zum Verhältnis AEG).

Bei dem Auftragsgegenstand handelt es sich unstreitig um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 GWB, wodurch sich die Zuständigkeit der Vergabekammer direkt aus § 102 GWB ergibt mit der Folge der direkten Anwendbarkeit auch der §§ 102 ff GWB (i.d.S. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2011 - VII Verg 48/10; OLG München, Beschluss vom 22.06.2001 – Verg 6/11). Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von den bislang im Streit stehenden In-House- oder Konzessionsverträgen, bei deren Nachprüfung regelmäßig von einer (nur) analogen Anwendung des § 102 bzw. der §§ 102 ff GWB ausgegangen worden ist (vgl. OLG Düsseldorf und München a.a.O.; OLG Rostock, Beschluss vom 04.07.2012 – 17 Verg 3/12).

2. Dem Nachprüfungsantrag ist kein Erfolg beschieden, soweit er sich gegen die geplante Direktvergabe an andere Unternehmen und damit gegen die Wahl der Vergabeart "Direktvergabe" wendet.

a. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die streitgegenständliche beabsichtigte Notmaßnahme nach Artikel 5 Absatz 5 der VO (EG) 1370/2007 unzulässig sein könnte. Denn derartige Überlegungen wären eine Frage der Begründetheit, die für die Beschwerdeentscheidung nicht tragend wären, da der Nachprüfungsantrag, soweit er die Wahl der Vergabeart betrifft, bereits

unzulässig ist. Denn die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 GWB nicht fristgemäß nachgekommen. Eine diesbezügliche Rüge gemäß § 107 Absatz 3 GWB ist überhaupt nicht erfolgt, sondern erstmalig mit dem Nachprüfungsantrag erhoben worden.

b. Zu Recht hat die Vergabekammer eine Verletzung der Rügepflicht nach § 107 Absatz 3 Satz 1 GWB festgestellt.

Die Antragstellerin kann dem nicht den Einwand entgegensetzen, § 107 Absatz 3 Nummer 1 GWB sei europarechtswidrig. Insbesondere steht der Anwendbarkeit der Präklusionsvorschrift nicht die Entscheidung des EuGH vom 28.01.2010 (C-456/08) entgegen, aus der teilweise geschlussfolgert wird, dass es sich bei der Verpflichtung zur "unverzüglichen" Rüge um eine nicht hinreichend bestimmte und transparente Fristenregelung im Sinne der vorbenannten Entscheidung handele, so dass eine Rügepräklusion gar nicht mehr in Betracht käme (so wohl OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2010 – 13 Verg 4/10). Der Senat hält insoweit an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Möglichkeit der Rügepräklusion fest (Entscheidung des Senats vom 20.10.2010 – 17 Verg 5/10 und Hinweis vom 23.07.2013 – 17 Verg 5/13; so auch OLG Dresden, Beschluss vom 07.05.2010 – WVerg 0006/10).

Auch das Argument, die Rüge sei in diesem Einzelfall wegen Vorliegens einer Direktvergabeabsicht entbehrlich gewesen, greift nicht. Zwar sieht § 107 Absatz 3 Satz 2 GWB vor, dass das Rügeerfordernis in Absatz 3 Satz 1 der Vorschrift bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines unmittelbar vergebenen unzulässigen Vertrages nach § 101b Absatz 1 Nummer 2 GWB nicht gilt. Die Rügepflicht entfällt allerdings nur deshalb, weil bei einer Direktvergabe den nicht beteiligten Bietern in der Regel die Direktvergabe erst nach deren Vollziehung bekannt ist.

So liegt der Fall hier jedoch nicht. Die geplante Direktvergabe war der Antragstellerin bereits seit dem Schreiben des Antragsgegners vom 02.04.2013 bekannt, sie hat ausweislich des Besprechungsprotokolls vom 14.06.2013 die von dem Antragsgegner herangezogene Vergabegrundlage sowie hierauf bezogene rechtliche Ausführungen, Erläuterungen und Hinweise nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern sich sogar aktiv auf das Verfahren eingelassen, indem sie ihr Interesse an einer zweijährigen Laufzeit des Vertrages RSP bekundet und Kalkulationen, von ihr sogar als Angebot betrachtete Unterlagen, vorgelegt hat. Sie kann die bisherige Vorgehensweise nun, nachdem feststeht, dass sie nicht zum Zuge kommt, sondern ein anderer Beteiligter den Auftrag erhalten soll, nicht als unzulässig kritisieren. Dieses würde ein unzulässiges *venire contra factum proprium* darstellen. Deshalb obliegt dem Bietinteressenten auch bei Direktvergaben in den Fällen, in denen der Auftraggeber eine Direktvergabe plant und der Unternehmer über diesen Umstand seit längerer Zeit unterrichtet ist, so dass es ihm ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen ist, dieses gegenüber der Vergabestelle geltend zu machen, eine aus § 242 BGB hergeleitete Rügepflicht (Weyand, Vergaberecht, *ibr-online*, § 107 Rdnr. 373). Nicht einschlägig ist § 107 Absatz 3 Satz 2 GWB deshalb für die an einem Vergabeverfahren Beteiligten in den Fällen, in denen lediglich eine falsche Vergabeart gewählt wurde (vgl. Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 Rdnr. 65). Dies gilt zumindest immer dann, wenn – wie hier – die gerügte Vergabeart bekannt war.

Der in diesem Zusammenhang durch die Antragstellerin erhobene Einwand, die Vergaberechtswidrigkeit der Notmaßnahme sei für sie nicht erkennbar gewesen, greift nicht. Die Antragstellerin war Auftragnehmerin der beiden vorangegangenen Direktvergaben, sie

wusste entsprechend von den "Kettennotmaßnahmen". Dass Bedenken bestehen mussten, eine Maßnahme, die nur im Fall einer tatsächlichen Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr eines Eintretens einer solchen Situation getroffen werden darf, nunmehr zum dritten Mal in Folge durchzuführen, ergab sich zwangsläufig.

Die Antragstellerin kann auch nicht damit gehört werden, das Vergabeverfahren habe noch nicht begonnen und unterfalle insoweit (noch) nicht dem Vergaberegime. Die Schwelle zum Beginn eines Vergabeverfahrens im materiellen Sinn wird dann überschritten, wenn der öffentliche Auftraggeber seinen internen Beschaffungsbeschluss objektiv erkennbar nach außen durch Maßnahmen umsetzt, welche konkret zu einem Vertragsschluss mit einem auszuwählenden Unternehmen führen sollen (OLG München, Beschluss vom 19.07.2012 – Verg 8/12). Dem steht nicht entgegen, dass der Antragsgegner die erfolgten Vorgespräche als Sondierungsgespräche bezeichnet hat. Im Unterschied zu einer bloßen Markterkundung waren in diese Gespräche alle in Frage kommenden EVU einbezogen, so dass es im Ergebnis nur noch auf die Auswahl des Vertragspartners ankam. Dass diese Sondierung bereits Teil des materiellen Direktvergabeverfahrens war, kann nicht in Frage gestellt werden.

Die Unterlassung der fristgemäßen Rügen von erkennbaren Vergabeverstößen führt zur Unzulässigkeit der diese Vergabeverstöße betreffenden Anträge. Eine Aufhebung des Vergabeverfahrens im Falle der Wahl der falschen Vergabeart auch ohne eine Beanstandung von Amts wegen kommt nicht in Betracht. Eine amtswegige Behebung eines derartigen Vergaberechtsfehlers wäre mit dem gesetzlichen Erfordernis einer Rüge nicht zu vereinbaren (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.01.2012 – Verg W 18/11).

3. Formell zulässig, da fristgemäß gerügt, aber unbegründet ist der Antrag der Antragstellerin auf gleichberechtigte Beteiligung an weiteren Verhandlungen mit dem Antragsgegner. Der Vergabesenat vermag den Antragsgegner im Falle eines fortbestehenden Vergabewillens nicht zu verpflichten, die Antragstellerin unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in die Verhandlungen über den Abschluss von Dienstverträgen auf streitgegenständlichen Linien einzubeziehen.

Ausgehend von dem Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen einer Direktvergabe in Ermangelung der Zulässigkeit einer diesbezüglichen Rüge (erste Stufe) ist die Entscheidung für oder gegen einen Betreiber (zweite Stufe) gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

Wenngleich nach den Erwägungsgründen Rdnr. 30 zu VO (EG) Nr. 1370/2007 bei direkt zu vergebenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für größere Transparenz gesorgt werden sollte, ergibt sich hieraus nicht, dass die gemäß Artikel 5 Absatz 3 Satz 2 der VO (EG) 1370/2007 für das wettbewerbliche Vergabeverfahren anzuwendenden Grundsätze der Fairness, der Transparenz und Nichtdiskriminierung auf die Direktvergabeverfahren nach Artikel 5 Absatz 5 der VO übertragbar wären. Im Gegenteil. Zu Recht hat die Vergabekammer entsprechend unter Bezugnahme auf Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 1. Aufl., Artikel 5, Rdnr. 220 darauf hingewiesen, dass die Durchführung einer Direktvergabe aus Dringlichkeitsgründen nach Artikel 5 Absatz 5 der VO (EG) 1370/2007 den vorbenannten Grundsätzen gerade nicht unterliegt. Dies entspricht Artikel 7 Absatz 2 Satz 4 der VO (EG) 1370/2007, der Direktvergaben nach Artikel 5 Absatz 5 der VO ausdrücklich von der Einhaltung der in Artikel 7 Absatz 2 der VO zu beachtenden Transparenzpflichten ausnimmt.

Hieraus folgt, dass zwar die Entscheidung für eine Direktvergabe ("ob") in ganzem Umfang

begründet werden muss, die Entscheidung im Direktvergabeverfahren für einen bestimmten Betreiber ("wen") dagegen nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist (Kaufmann u.a., a.a.O., Rdnr. 290 f). Denn im Rahmen der Entscheidung auf der zweiten Stufe des Vergabeprozesses über die Festlegung des Betreibers hat die Behörde einen weiten Entscheidungsspielraum, insbesondere ergibt sich keine Pflicht zur Begründung eines konkret ausgewählten Bewerbers (Kaufmann pp., ebenda; Otting/Olgemöller, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für Direktvergaben im Verkehrssektor nach Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, DÖV 2009, S. 364 ff (371)).

Der Auftraggeber soll gerade nicht gezwungen sein, unterschiedliche Angebote nach bestimmten Zuschlagskriterien bewerten zu müssen (Otting, a.a.O.). Wesen einer Direktvergabe ist vielmehr die rechtfertigungsfreie Auftragsvergabe, ansonsten handelte es sich wieder um ein Verfahren, das wettbewerblichen Grundsätzen und Auswahlentscheidungen unterläge. Gerade dieses ist aber, nicht zuletzt aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung, nicht gewollt.

Entscheidungsprozesse sind allenfalls im Hinblick auf grob willkürliche Maßnahmen oder Entscheidungsgrundlagen überprüfbar. Solche vermag der Senat jedoch ebensowenig wie die Vergabekammer zu erkennen. Dies gilt in Sonderheit in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin vermutete "Vergeltungsmaßnahme" im Zusammenhang mit der Vergabe des Teilnetzes Ost-West.

Die Parteien erhalten die Möglichkeit zu einer abschließenden Stellungnahme binnen 2 Wochen. Sie werden zudem gebeten, binnen der vorbenannten Frist den voraussichtlichen Wert des hier streitgegenständlichen Dienstleistungsauftrages anzugeben.
Der Vorsitzende/Vergabesemat

Thiele
Präsident des Oberlandesgerichts

Beglaubigt
Rostock, 30.09.2013
Schlentner, Justizangestellte