

Sachgebiete: Vergaberecht

Gericht: VK Mecklenburg-Vorpommern
(Vergabekammern bei dem Ministerium für Wirtschaft, Bau und Tourismus
Mecklenburg-Vorpommern)

Datum der Verkündung: 15.08.2013

Aktenzeichen: 2 VK 11/13

Rechtsquellen:

Art. 2 lit. h) VO (EG) Nr. 1370/2007; Art. 5 Abs. 3, 5 VO (EG) Nr. 1370/2007;
Art 49 AEUV; § 3 Abs. 4 VOL/A;
§ 97 Abs. 2, 7 GWB; § 102 GWB; § 107 Abs. 3 GWB; § 112 Abs. 1 GWB;
§ 113 Abs. 2 GWB; § 128 Abs. 1, 2, 4 GWB;

Schlagworte:

Interimsvergabe; Nachprüfungsantrag; Direktvergabe; Beschaffungsbedarf;
Überbrückungsmaßnahmen; Überbrückungsleistungen; wettbewerbliche Vergabe;
Gleichbehandlungsanspruch; Rüge; Rügepflicht;

Leitsätze:

1. Die Vergabekammer ist auch für den Fall von Überbrückungsmaßnahmen auf Grundlage von Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 in analoger Anwendung des § 102 GWB sachlich zuständig.
2. Die Absicht, eine Strecke im Wege der Notmaßnahme gemäß Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 und nicht in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, kann dem Antragsteller auch durch ein Schreiben bzw. ein Gespräch über Anwendung der sich aus Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 ergebenden Folgen auf die Auftragsvergabe bekannt werden.
3. Die Direktvergabe unterliegt im Gegensatz zur wettbewerblichen Vergabe gerade nicht den Grundsätzen der Fairness, Transparenz und Nichtdiskriminierung, weshalb es auch keinen Anspruch auf Einbeziehung in Verhandlungen mit dem Auftraggeber gibt.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

O. GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer _ _ _ _ _
- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte _ _ _ _ _

gegen

das Land Mecklenburg-Vorpommern, endvertreten durch die VMV - Verkehrsgesellschaft Mecklenburg-Vorpommern mbH, diese gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer D. L.
- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte _ _ _ _ _

wegen
Interimsvergabe von Leistungen im SPNV

hat die 2. Vergabekammer durch den Vorsitzenden Ministerialrat Schalties, den hauptamtlichen Beisitzer Woyzechowski und den ehrenamtlichen Beisitzer Wunder am 15.08.2013 – gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 Fall 2 und 3 GWB ohne mündliche Verhandlung – beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens des Antragsgegners war notwendig.
4. Bei der Antragstellerin werden für die Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren in Höhe von 7.600,- EUR erhoben.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin erbringt derzeit die SPNV-Leistungen auf der Linie Bü. - Ue. auf der Grundlage eines Interimsauftrages des Antragsgegners vom 7. Dezember 2012, der am 12. Dezember 2013 endet. Dieser Interimsauftrag knüpft an einen vorangehenden Interimsauftrag vom 10. Dezember 2010 an, der bis zum 8. Dezember 2012 befristet war. Die Leistungen auf der Linie Re. - S. - Pa. werden ebenfalls von der Antragstellerin auf der Grundlage eines Interimsauftrags des Antragsgegners erbracht, der am 7. Dezember 2012 geschlossen wurde und am 14. Dezember 2013 endet.

Die Linie Bü. - Ue. ist Bestandteil des SPNV-Teilnetzes "Ost-West", das von dem Antragsgegner und dem Land Schleswig-Holstein am 07.03. 2013 für den Zeitraum vom 14.12. 2014 bis zum 31.12.2029 an die DB Regio AG vergeben wurde. Gegen die Vergabe des Auftrags zum Betrieb des Teilnetzes "Ost-West" hatte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt, den die 2. Vergabekammer des Landes Mecklenburg-Vorpommern zurückwies; dieses Verfahren ist nach Einlegung einer Beschwerde durch die Antragstellerin derzeit bei dem OLG Rostock unter dem Aktenzeichen 17 Verg 3/13 anhängig.

Die Leistungen auf der Linie Re. - S. - Pa. sind für den Zeitraum nach Ablauf des laufenden Verkehrsvertrags noch nicht erneut vergeben worden.

Im April 2013 entschloss sich der Antragsgegner, die beiden fraglichen Eisenbahnstrecken befristet im Wege der Direktvergabe als Notmaßnahme gemäß Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr.

1370/2007 zu vergeben. Die sachlichen Hintergründe für diese Entscheidung sind in einem internen Vermerk des Antragsgegners vom 22.04.2013 (dort unter II. auf Seite 2) u.a. wie folgt dargelegt worden:

„ . . .

Es besteht derzeit lediglich ein Beschaffungsbedarf für die oben genannten Leistungen von einem Fahrplanjahr. Die Hintergründe hierzu sind wie folgt:

Die zu beschaffenden SPNV-Leistungen waren nach ursprünglichen Planungen zur Integration in das Teilnetz OST-WEST vorgesehen, dass ab Dezember 2014 in Betrieb gehen sollte. Allerdings konnte das Vergabeverfahren für das Teilnetz OST-WEST zu großen Teilen noch nicht abgeschlossen werden. Die Situation stellt sich wie folgt dar:

Bü. - Pas. - Ue. /Sz. (KBS 175):

Diese Leistungen sind im ehemaligen Los "Gü. " des Teilnetzes OST-WEST enthalten, auf das der Zuschlag am 07.03.2013 erteilt worden. Gegen die Zuschlagserteilung ist ein Nachprüfungsantrag eingereicht worden, zu dem eine Entscheidung der zuständigen Vergabekammer aussteht. Da es möglich erscheint, dass der Zuschlag Bestand haben wird, ist lediglich eine Überbrückungsmaßnahme für das Fahrplanjahr 2013/2014 erforderlich.

. . . .

Re. - S. - Pa. (KBS 152):

Diese Leistungen waren Teil des Loses "Pa. " des Vergabeverfahrens Teilnetz OST-WEST, das insoweit am 13.03.2012 aufgehoben worden ist. Ob es insoweit einen über 2014 hinausgehenden Beschaffungsbedarf geben wird, ist auf Grund der finanziell schwierigen Situation des Landes Mecklenburg-Vorpommern unklar. Dadurch, dass ein Beschaffungsbedarf nur für das Fahrplanjahr 2013/2014 sicher ist, soll auch nur eine einjährige Überbrückung erfolgen.“

Unter III. 3. wird in dem besagten Vermerk auf Seite 4 ferner u.a. ausgeführt:

„Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass auf Grund der Unsicherheiten hinsichtlich der Finanzierung von SPNV-Leistungen eine frühere Entscheidung über die Beschaffung der Leistungen für das Land Mecklenburg-Vorpommern nicht möglich war.“

Zur beabsichtigten Vorgehensweise enthält der erwähnte Vermerk vom 22.04.2013 unter III. 4. auf Seite 4 folgende Ausführungen:

„4. Sondierung als Vorstufe zur Verhandlung

Nach Art. 2 lit. h VO (EG) Nr. 1370/2007 ist eine "Direktvergabe" die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Daher plant die Vergabestelle nach Abschluss der Sondierung möglicher geeigneter Vertragspartner Verhandlungen mit jeweils nur einem Unternehmen, Die vorgeschaltete Sondierung dient einer ersten Orientierung über die Eignung der Unternehmen für die jeweilige Leistung. Vor Beginn der Verhandlungen sollen die jeweiligen Sondierungen durch ausdrückliche Erklärungen gegenüber den jeweils beteiligten Unternehmen abgeschlossen werden.“

Mit folgendem, (auch) per Telefax übermitteltem Schreiben vom 02.04.2013 wendete sich der

Antragsgegner an die Antragstellerin:

„Sehr geehrter Herr F. ,
wie Ihnen bekannt ist, erbringt die O. GmbH (O_ _) die nach dem Verkehrsvertrag – OME
2013 – vom 07.12.2012 (Verkehrsvertrag OME) geschuldeten SPNV-Leistungen nur bis
einschließlich 14.12.2013.

Für den anschließenden Zeitraum bis zur Betriebsaufnahme des Teilnetzes OST-WEST im
Dezember 2014 ist für diese SPNV-Leistungen seitens des Landes Mecklenburg-
Vorpommern eine Überbrückungsmaßnahme vorgesehen. Dazu soll auf der Grundlage von
Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 eine Direktvergabe der Leistungen an die O_ _ für
den Zeitraum vom 15.12.2013 bis einschließlich 13.12.2014 als Notmaßnahme erfolgen.

Soweit möglich, soll der für den Überbrückungszeitraum abzuschließende Verkehrsvertrag
dem Verkehrsvertrag OME entsprechen. Vertragsgegenständliche Linien sollen sein:

- Bü. - Pas. - Ue. /Sz. (KBS 175)
- Ne. - St. (KBS 205)

Sofern die O_ _ zur Erbringung der benötigten Überbrückungsleistungen bereit ist, möchten
wir mit Ihnen hierzu in Verhandlungen treten.

Vor dem Hintergrund etwaiger Verkaufsabsichten für Unternehmen des V. -Konzerns
bitten wir Sie um eine vertrauensvolle, auf frühzeitigen Informationsaustausch ausgerichtete
Zusammenarbeit, so dass wir bei eventuell auftretenden Problemen gemeinsam gehbare
Wege suchen können.

Wir weisen zudem darauf hin, dass wir die von Ihrem Unternehmen vorzulegende
Kalkulation zu einem etwaigen Vertragsangebot vor Vertragsschluss einem
Wirtschaftsprüfer zur Prüfung vorlegen werden. Vom Wirtschaftsprüfer ist zu begutachten,
ob die im Rahmen des künftigen Verkehrsvertrages anfallenden Zahlungen mit den
Anforderungen der VO (EG) Nr. 1370/2007, insbesondere des Anhangs, vereinbar sind.

Für Rückfragen stehen wir ihnen gern zur Verfügung. Zur Vereinbarung des ersten
Verhandlungstermins bitten wir – Ihre Bestätigung zur Verhandlungsbereitschaft
vorausgesetzt – um Terminabstimmung für den April 2013.

Mit freundlichem Gruß

...“

Ein im Wesentlichen gleichlautendes Schreiben übersendete der Antragsgegner der
Antragstellerin taggleich in Bezug auf die Strecke Re. - S. - Pa. , wobei hier die Laufzeit
der „Notbeauftragung“ (ein oder zwei Jahre) noch offen gehalten wurde.

Am 25.04. und 14.06.2013 führte der Antragsgegner mit der Antragstellerin entsprechende
Gespräche. Das Ergebnis des Gespräches vom 14.06.2013 wurde in einem tabellarischen
Protokoll wie folgt festgehalten und mit einem Genehmigungsvermerk versehen, der sowohl
von der Antragstellerin, als auch vom Antragsgegner abgezeichnet wurde:

Sondierung zur Überbrückung SPNV-Leistungen O_ _(OME) und O_ _(RSP) ab dem
15.12.2013

Gesprächspartner. 1. VMV - Verkehrsgesellschaft Mecklenburg-Vorpommern mbH (VMV)
im Namen und im Auftrag des Landes Mecklenburg-Vorpommern
2. O. GmbH (O_ _)

Ort: VMV - Verkehrsgesellschaft Mecklenburg-Vorpommern mbH,
Schloßstraße 37, 19053 Schwerin

Datum/Uhrzeit: 14.06.2013 / 10.00 Uhr - 10.40 Uhr

Protokoll

Nr.	Erklärung/Frage/Hinweis VMV	Erklärung/Antwort/Hinweis O_ _
1	Begrüßung und Einführung	
2	- Vergabegrundlage: Notmaßnahme im Sinne von Art 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 - Rechtliche Ausführungen/Erläuterungen/ Hinweis auf Unverbindlichkeit der Sondierung	die O_ _ nimmt die Ausführungen der VMV zur Kenntnis
3	Laufzeit der Notmaßnahme (ein- oder zweijährig) - die VMV teilt mit, dass der Vertrag OME als einjährige Überbrückungsmaßnahme geplant ist - für den Vertrag RSP ist derzeit die Prognose noch nicht abgeschlossen, für welchen Zeitraum die Überbrückung erforderlich wird	- die O_ _ nimmt die Ausführungen der VMV zur Kenntnis - die O_ _ ist unbeschadet der Diskussion zum erforderlichen Zeitraum der Überbrückung an einer zweijährigen Laufzeit des Vertrages RSP interessiert
4	Erläuterung VMV/RA zur Gestattung der möglichen Vereinbarungen - für den Fall von Vertragsverhandlungen ist die VMV offen für die Verwendung der Texte der bisherigen Überbrückungsvereinbarungen	- die O_ _ nimmt die Ausführungen der VMV zur Kenntnis und hätte gegen die Verwendung der Texte der bisherigen Überbrückungsvereinbarungen keine Bedenken - die O_ _ weist darauf hin, dass der Einsatz von sieben niederflurigen Fahrzeugen „Talent“ und eines niederflurigen Fahrzeuges „Desiro“ möglich wäre
Sondierung zur Überbrückung SPNV-Leistungen O_ _(OME) und O_ _(RSP) ab dem 15.12.2013		
5	Kalkulation und Preise auf der Grundlage der von der O_ _ vorgelegten Dokumente - die VMV hat die im Vorfeld übermittelten Kalkulationen zur Kenntnis genommen - es ergibt sich derzeit kein weiterer Klärungsbedarf	die O_ _ nimmt die Ausführungen der VMV zur Kenntnis

6 Einschaltung und Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers
- Grundsätzliche Vorgehensweise
- Auswahl und Kostentragung
- für den Fall von Vertragsverhandlungen wäre die VMV mit einem Vorgehen wie bei den bisherigen Überbrückungsvereinbarungen einverstanden

die O__ nimmt die Ausführungen der VMV zur Kenntnis und wäre mit diesem Vorgehen einverstanden

7 Weiteres Vorgehen
Die VMV weist die O__ darauf hin, dass das

die O__ nimmt die Ausführungen der VMV zur Kenntnis

Sondierungsgespräch nicht Teil eines wettbewerblichen Verfahrens ist und sich daraus kein Anspruch auf Fortsetzung der Sondierung oder die Durchführung von Verhandlungen ergibt Sie behält sich vor, die Aufträge an andere Unternehmen zu vergeben, ohne dabei nach wettbewerblichen Grundsätzen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 zu verfahren.

Nach Auswertung aller, auch mit anderen Interessenten geführten Gespräche entschloss sich der Antragsgegner, mit der Antragstellerin keine weiteren Verhandlungen zu führen. Die Gründe hierfür ergeben sich aus einer Anlage zu einem Vermerk vom 12.07.2013, die folgenden Wortlaut hat:

„Anlage zum Vermerk
Überbrückungsverträge im SPNV in Mecklenburg-Vorpommern

Verfügbarkeit materieller Ressourcen bei der O__:

Die Muttergesellschaft der O__, V. Verkehr, hat entschieden, Teile des von der O__ derzeit eingesetzten Fahrzeugparks Ende 2013 nach Bayern zu einer anderen Tochtergesellschaft des Konzerns (B. -bahn, B__) zu verschieben. Mietverträge für Ersatzfahrzeuge wurden bislang allerdings noch nicht geschlossen. Angesichts des derzeit engen Gebrauchtfahrzeugmarktes besteht nach hiesiger Auffassung die Gefahr, dass der O__ keine oder nicht ausreichend geeignete Fahrzeuge zur Verfügung stehen.

Indiz für die nicht abgeschlossenen Planungen zum Fahrzeugeinsatz innerhalb der V. Verkehr Gruppe ist, dass seitens der O__ während der Abstimmungen zur Planung des Jahresfahrplanes 2014 mehrfach Veränderungen im für Mecklenburg-Vorpommern vorgesehenen Fahrzeugbestand vorgenommen wurden. Die derzeit für die Strecken Bü. - Ue. und Ne. - St. vorgesehenen Fahrzeuge werden vsl. einen geringeren Qualitätsstandard haben als die derzeit eingesetzten Fahrzeuge und u.a. nicht über eine Bordküche verfügen.

Verfügbarkeit personeller Ressourcen bei der O__:

Von der Muttergesellschaft der O__, V. Verkehr, wird die Verminderung des

Personalstammes der O__ in Mecklenburg-Vorpommern nach hiesigen Informationen bereits seit Monaten massiv forciert. Da ein Andauern dieses Prozesses nicht ausgeschlossen werden kann, besteht die Gefahr, dass die O__ während der Laufzeit des Überbrückungsvertrages aufgrund Personalmangels wichtige Aufgaben nicht oder nicht in der geforderten Qualität erbringen kann.

Indiz für diese Annahme bieten die u.a. Probleme, mit denen sich die B__ derzeit bei der für Dezember 2013 durchzuführenden Betriebsaufnahme des Netzes „Meridian“ in Bayern konfrontiert sieht, vgl. u.a. TZ vom 04.07.2013 „Chaos bei neuen Meridian-Zügen“. Danach sei es " ... ein offenes Geheimnis, dass der B__ für den Meridian-Betrieb Triebfahrzeugführer, Zugbegleiter, Werkstattmitarbeiter, Disponenten fehlen . .. ".

Zudem wird auch der gegenwärtige Geschäftsführer, Herr D. F. , das Unternehmen nach hiesigen Informationen Ende August 2013 verlassen, Die O__ hat insoweit bisher keinen Nachfolger benannt, weshalb zu befürchten ist, dass keine geordnete Übergabe der Geschäftsführung erfolgen kann. Die gewohnte Kontinuität in der bislang von gegenseitigem Vertrauen geprägten Zusammenarbeit mit der O__ ist damit in Frage gestellt.

Die Protokolle der Sondierungsgespräche sind bei der VMV archiviert und können, sofern erforderlich, ergänzend bereitgestellt werdend.“

Mit Schreiben vom 22_07.2013 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin folgendes mit:

„Sehr geehrter Herr F. ,
um heraus zu finden, welche Unternehmen als Adressat einer Notmaßnahme in Form der Direktvergabe der oben genannten Leistungen in Betracht kommen, haben wir mit verschiedenen Eisenbahnverkehrsunternehmen Sondierungsgespräche geführt.

Mit der O. GmbH (O__) sind diese Sondierungsgespräche am 25.04.2013 und 14.06.2013 geführt worden. Das Procedere zur Vorgehensweise der VMV wurde Ihnen in den Sondierungsgesprächen erläutert.

Hiermit teilen wir Ihnen mit, dass die Sondierungsphase abgeschlossen ist. Das Ministerium für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung hat die VMV beauftragt, die Verhandlungen für die einjährige Notmaßnahme Bü. - Ue. nicht mit der O__, sondern mit einem anderen Unternehmen zu führen.

Damit endet die Leistungserbringung der O__ auf der OME-Linie nach dem Verkehrsvertrag – OME 2013 – vom 07.12.2012 am 14.12.2013 (letzter Betriebstag),

Wir bedauern, Ihnen keine anderslautende Entscheidung mitteilen zu können.
...“

Auch bezüglich der Strecke Re. - S. - Pa. übersendete der Antragsgegner der Antragstellerin am selben Tag ein entsprechendes Schreiben.

Mit taggleich übermitteltem Schreiben vom 24.07.2013 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner „den Ausschluss ... (der Antragstellerin) von den Verhandlungen über eine Interimsvergabe auf den vorgenannten Linien als Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung“. Für den Ausschluss von diesen Verhandlungen seien keine sachlichen

Gründe ersichtlich. Gleichzeitig forderte die Antragstellerin den Antragsgegner auf, seine Entscheidung zu korrigieren und sie (die Antragstellerin) „gleichberechtigt bei diesen Verhandlungen zu berücksichtigen“.

Im unmittelbaren Anschluss an die Faxübermittlung ihres Rügeschreibens, also ebenfalls am 24.07.2013 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein.

Sie trägt vor, durch den – ihrer Ansicht nach – rechtswidrigen Ausschluss von den Verhandlungen zur Vergabe der Interimsaufträge in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein.

Die Entscheidung des Antragsgegners, die Verhandlungen über den Interimsbetrieb der streitgegenständlichen Linien ausschließlich mit einem anderen Unternehmen ohne Beteiligung der Antragstellerin zu führen, verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß § 97 Abs. 2 GWB und Art 49 AEUV, der als allgemeiner Grundsatz des (primären) Unionsrechts auch im Rahmen von Direktvergaben Geltung beanspruche.

Die Entscheidung des Antragsgegners könne unter den gegebenen Umständen weder auf § 3 Abs. 4 lit g) VOL/A noch auf Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 gestützt werden.

Eine Anwendung des § 3 Abs. 4 lit g) VOL/A scheidet schon deshalb aus, weil hiernach Voraussetzung sei, dass die Dringlichkeit der Auftragsvergabe nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sei. Dem Antragsgegner sei jedoch bereits seit Dezember 2012 bewusst gewesen, dass die laufenden Interimsaufträge am 14.12.2013 enden. Trotzdem habe er erst am 22.07.2013 bekannt gegeben, dass er eine Notmaßnahme ergreifen wolle. Insofern habe der Antragsgegner eine etwaig jetzt eingetretene Dringlichkeit selbst verschuldet. Selbst wenn man § 3 Abs. 4 lit. g) VOL/A für anwendbar hielte, so rechtfertige dies keine exklusive Direktvergabe. Vielmehr seien nach der Rechtsprechung auch bei Anwendung des § 3 Abs. 4 lit g) VOL/A grundsätzlich mehrere Unternehmen einzubeziehen.

Die grundsätzliche Unzulässigkeit einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 5 VO (EG) folge bereits daraus, dass jedenfalls für die Strecke Bü. - Ue. der nach dieser Vorschrift zulässige Zeitraum für eine Notmaßnahme von zwei Jahren überschritten sei, da der Antragsgegner insoweit von seinem Recht zur Notvergabe bereits zweimal Gebrauch gemacht habe.

Im Übrigen sei die Dringlichkeit, wie oben ausgeführt, dem Verhalten des Antragsgegners zuzurechnen. Wie im allgemeinen Vergaberecht sei aber dem Auftraggeber die Berufung auf eine Ausnahmebestimmung zu versagen, deren Voraussetzungen er selbst herbeigeführt habe.

Unabhängig davon, sei aber im Hinblick auf den Ausnahmecharakter des Art 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 und die primärrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung der Verzicht auf jeglichen Wettbewerb nur dann statthaft, wenn dies aufgrund der Dringlichkeit der Vergabe gerechtfertigt sei. Insofern könnten die von der Rechtsprechung zu § 3 Abs. 4 lit. g) VOL/A entwickelten Grundsätze uneingeschränkt auf die Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 übertragen werden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, Dienstleistungsverträge über den Betrieb der Linien Bü. - Ue. und Re. - S. - Pa. mit einem Verkehrsunternehmen ab Dezember 2013 zu schließen, ohne die Antragstellerin vorher an den Verhandlungen zum Abschluss solcher

Verträge gleichberechtigt zu beteiligen,

2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Antragstellerin unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in die Verhandlungen über den Abschluss von Dienstleistungsverträgen auf den unter 1. genannten Linien einzubeziehen,

3. dem Antragsgegner die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen und

4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge zurückzuweisen,

2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners aufzuerlegen und

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Weiter beantragt der Antragsgegner,

das Nachprüfungsverfahren nach den Verfahrensgegenständen "Überbrückungsmaßnahme für die Strecke Re. - S. - Pa. " einerseits und "Überbrückungsmaßnahme für die Strecken Bü. - Ue. " und „Ne. St. " andererseits zu trennen.

Der Antragsgegner hält den Antrag für unzulässig, weil die Vergabekammer nicht nach § 102 GWB sachlich zuständig sei. Da die vom Antragsgegner anvisierte Überbrückungsmaßnahmen auf Grundlage von Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 erfolgen sollten, lägen keine Vergaben im Sinne von § 102 GWB vor. Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 sei keine Bestimmung über Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB. Das GWB-Vergaberecht sei mithin nicht anwendbar.

Jedenfalls sei der der Nachprüfungsantrag wegen Verstoßes gegen die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB unzulässig.

Der Antragstellerin sei auf Grund der Ausführungen des Antragsgegners zu seinem Vorgehen in den Sondierungsgesprächen bekannt gewesen, dass Rechtsgrundlage der Überbrückungsmaßnahme Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 sei. Der Antragstellerin seien darüber hinaus die Bedeutung und die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 auch rechtlich erläutert worden. Insbesondere sei der Antragstellerin in diesem Zusammenhang bekannt gewesen, dass die Gespräche unverbindlich gewesen seien und sich der Antragsgegner vorbehalten habe, die Aufträge an andere Unternehmen zu vergeben, ohne dabei nach wettbewerblichen Grundsätzen im Sinne von Art 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 zu verfahren. Die Antragstellerin habe jedoch nach dem letzten Sondierungsgespräch am 14.06.2013 mehr als 5 Wochen vergehen lassen, bevor sie am 24.07.2013 sowohl eine Rüge als auch einen Nachprüfungsantrag erhoben habe. Die darin geltend gemachten Verstöße

griffen genau das vom Antragsgegner zuvor beschriebene Vorgehen sowie die angeblich fehlenden Voraussetzungen der Notmaßnahme nach Art 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 an. Ein Zuwarten von 5 Wochen sei jedoch nicht unverzüglich.

Unabhängig davon sei der Antrag aber auch in der Sache unbegründet, weil die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 vorlägen.

Im Rahmen einer Notmaßnahme in Form der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 gelte das von der Antragstellerin angemahnte Gleichbehandlungsgebot aber nicht. Nach der Legaldefinition in Art. 2 lit. h) VO (EG) Nr. 1370/2007 handele es sich bei der Direktvergabe um die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Aus dieser Legaldefinition folge, dass die Direktvergabe das Gegenteil der wettbewerblichen Vergabe und damit keine der in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 genannten Grundsätze auf sie anzuwenden sei.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst dortigen Anlagen sowie den Inhalt der Vergabeakte verwiesen.

Die Vergabekammer hat durch Beschluss vom 31.07.2013 der Antragstellerin in dort genanntem Umfang Einsichtnahme in die Vergabeakte gewährt.

Im Übrigen hat die Kammer die Beteiligten mit Schreiben vom 08.08.2013 unter Darlegung der Gründe darauf hingewiesen, dass sie erwäge, gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB eine Entscheidung in der Hauptsache ohne mündliche Verhandlung zu treffen.

Gleichzeitig hat sie den Beteiligten Gelegenheit gegeben, abschließend bis zum 13.08.2013 vorzutragen und darauf hingewiesen, dass nach Ablauf dieser Frist weiterer Vortrag unbeachtet bleiben kann (§ 113 Abs. 2 Satz 2 GWB). Der Schriftsatz der Antragstellerin vom 13.08.2013 wurde bei der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag berücksichtigt.

II.

Der Antrag ist teilweise unzulässig.

Allerdings ist die Vergabekammer entgegen der Ansicht des Antragsgegners auch für den vorliegenden in Rede stehenden Fall von Überbrückungsmaßnahmen auf Grundlage von Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 in analoger Anwendung des § 102 GWB sachlich zuständig (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 04.07.2012, 17 Verg 3/12, Rdnr. 50, zitiert nach juris).

Der Antrag ist aber, soweit die Antragstellerin die Anwendung des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 moniert, gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB wegen Verletzung der Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge unzulässig. Nach dieser Vorschrift ist ein Antrag unzulässig, „soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat“. Der Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB steht nicht EU-Recht entgegen (vgl. OLG Rostock, vom 20.10.2010, 17 Verg 5/10).

Der Antragstellerin war die Absicht des Antragsgegners, die fraglichen Strecken im Wege der

Notmaßnahme gemäß Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 und nicht in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, bereits seit Zugang der beiden Schreiben vom 02.04.2013 bekannt. Spätestens seit dem darauf folgenden Gespräch am 14.06.2013 hatte sie auch positive Kenntnis von den sich aus der Anwendung des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 ergebenden Folgen auf die Auftragsvergabe, denn ausweislich des von der Antragstellerin bestätigten Gesprächsprotokolls (dort Nr. 2 und 7) sind ihr die Rechtsfolgen durch den Antragsgegner detailliert erläutert worden.

Auch wenn es zur Auslösung der Rügepflicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht nur auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, sondern zusätzlich auch auf das Erkennen der rechtlichen Bedeutung, also der Vergaberechtswidrigkeit ankommt, kann eine Kenntnis auch insoweit dann unterstellt werden, wenn der Kenntnisstand beim Bieter (z.B. durch Verfahrenshinweise der Vergabestelle oder durch Beantwortung von Bieterfragen) einen solchen Grad erreicht hat, dass ein weiteres Verharren in Unkenntnis als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis eines Vergaberechtsverstößes gewertet werden muss (Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., Rdnr. 75 zu § 107 GWB).

Abgesehen davon, dass es sich bei der Antragstellerin um ein bedeutendes Verkehrsunternehmen mit entsprechend fundierter Erfahrung im Vergaberecht handelt, hatte sie aufgrund der bereits erwähnten Erläuterungen durch den Antragsgegner am 14.06.2013 (siehe Gesprächsprotokoll) in einem Umfang Kenntnis von möglichen vermeintlichen Vergaberechtsverstößen, dass nach den vorerwähnten Grundsätzen eine die Rügepflicht auslösende Kenntnis unterstellt werden muss.

Selbst wenn man vorliegend von einem überdurchschnittlich komplexen Sachverhalt ausginge und der Antragstellerin eine Rügefrist von bis zu 2 Wochen (vgl. Byok, a.a.O., Rdnr. 60f. zu § 107 GWB, m. Rspr.-Nachweisen) anstelle der üblicherweise im Rahmen des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zuzubilligenden Frist von maximal einer Woche (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 06.03.2009, 17 Verg 1/09) zubilligte, wäre die diesbezügliche Rüge spätestens bis zum 28.06.2013 anzubringen gewesen, um noch unverzüglich im Sinne der genannten Vorschrift zu sein.

Eine entsprechende Rüge hat die Antragstellerin jedoch selbst mit Schreiben vom 27.07.2013 gegenüber dem Antragsgegner nicht erhoben. Vielmehr hat sie die Anwendung der genannten EU-Norm erst mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 27.07.2013 als vergaberechtswidrig moniert.

Soweit die Antragstellerin einen Anspruch auf Einbeziehung in Vergabeverhandlungen im Rahmen des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 unter dem Gesichtspunkt eines Gleichbehandlungsanspruches geltend macht, ist der Antrag dagegen zulässig. Zwar war der Antragstellerin ausweislich des Protokolls vom 14.06.2013 (dort Nr. 7) spätestens seit diesem Tag positiv bekannt, dass der Antragsgegner beabsichtigte, ggf. die Direktvergabe ohne weitere Beteiligung der Antragstellerin durchzuführen. Da hiermit jedoch noch keine konkrete Entscheidung oder zumindest Ankündigung der Vergabestelle verbunden war, auch tatsächlich so zu verfahren, löste dies noch keine Rügeobliegenheit aus; die Pflicht zur Rüge beginnt erst dann, wenn vermeintliche Rechtsverletzungen von der Vergabestelle begangen oder von ihr zumindest formell angekündigt wurden (vgl. Weyand, Vergaberecht, Stand: 26.11.2012, Rdnr. 335 zu § 107 GWB, zitiert nach ibr-online).

Der Antrag ist aber insoweit offensichtlich unbegründet.

Die Direktvergabe unterliegt im Gegensatz zur wettbewerblichen Vergabe (vgl. Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) 1370/2007) nämlich gerade nicht den Grundsätzen der Fairness, Transparenz und Nichtdiskriminierung (vgl. auch Kaufmann/Lübbig/Prieß/ Pünder, VO (EG) 1370/2007, 1. Aufl. 2010, Rdnr. 220 zu Art. 5), weshalb die Antragstellerin keinen Anspruch auf Einbeziehung in Verhandlungen mit dem Antragsgegner hat.

Ungeachtet dessen, dass im Rahmen der auf EU-Recht beruhenden Direktvergabe der auf deutschen Verfassungsrecht beruhende Gleichbehandlungsgrundsatz nicht anwendbar ist, vermag die Kammer angesichts der internen Erwägungen des Antragsgegners (vgl. dessen Vermerk vom 12.07.2013) auch nicht zu erkennen, dass dessen Entschluss, keine Vertragsverhandlungen mit der Antragstellerin aufzunehmen, willkürlich gewesen wäre.

Nach allem war der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Eine Trennung des Nachprüfungsverfahrens in einzelne Verfahrensgegenstände, wie sie der Antragsgegner angeregt hat, erschien deshalb untunlich.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 und 2 GWB.

Der Gebührenfestsetzung orientiert sich an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (Stand Juli 2010) auf der Grundlage des geschätzten Auftragswertes i.H.v. (abgerundet) 13.220.000,- EUR. Dieser errechnet sich aus den von der Antragstellerin in Ansatz gebrachten Beträgen der Ausgleichsbeträge (ohne Infrastruktur) aus der Kalkulation, welche die Antragstellerin dem Antragsgegner mit Mail vom 30.05.2013 übersendet hatte. Die daraus folgende Basisgebühr i.H.v. 11.975,- EUR war aufgrund des Entfallens der mündlichen Verhandlung (§ 112 Abs. 1 Satz 3 Fall 2 GWB) aus Gründen der Billigkeit um 30% auf (gerundet) 8.382,- EUR zu ermäßigen [§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB, vgl. Thüringer OLG, Beschluss vom 23.12.2011, 9 Verg 3/11, zitiert in Juris (LS)]. Ferner hat die Kammer zusätzlich den Umstand berücksichtigt, dass die Kammer aufgrund der Zurückweisung des Antrages als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet die Textlänge dieses Beschlusses (respektive die Entscheidungsgründe) relativ knapp halten konnte (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2008, 1 Verg 6/07, Rdnr. 40, zitiert nach juris). Insoweit erschien es billig, den dadurch verminderten Aufwand der Kammer mit einem weiteren Gebührenabschlag von etwa 10 % zu berücksichtigen (§ 128 Abs. 3 Satz 6 GWB), so dass sich eine festzusetzende Gebühr von (abgerundet) 7.500 EUR ergibt.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat die Antragstellerin zudem die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten war auf Seiten des Antragsgegners notwendig, weil die Rechtsmaterie vergleichsweise speziell und der Fall nicht ganz einfach gelagert ist.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Rostock, Wallstraße 3, 18055 Rostock, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen, Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Das gilt nicht für Beschwerden juristischer Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Schalies

Woyzechowski

Wunder

Die Namenswiedergaben stimmen mit den originalen Unterschriften überein. Schwerin, den 15.08.2013
Babette Boucetta