

Vergabekammer beim
Regierungspräsidium Magdeburg
33-32571/07 VK 05/02 MD

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

1. K

Antragstellerin zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Brauner & Sattler
Viktoriastraße 29

44787 Bochum

2. C

Antragstellerin zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte:

HOGAN & HARTSON RAUE
Rechtsanwälte und Notare
Potsdamer Platz 1

10785 Berlin

3. Ministerium für Wohnungswesen,
Städtebau und Verkehr des Landes
Sachsen-Anhalt
Turmschanzenstraße 30

- Vergabestelle -

39114 Magdeburg

4. DB Regio AG
Stephensonstraße 1

- Beigeladene -

60326 Frankfurt a. M.

Verfahrensbevollmächtigte:

Freshfields Bruckhaus Derringer
Potsdamer Platz 1

10785 Berlin

betreffend die Vergabe des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) für das Land Sachsen-Anhalt hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg am 06.06.2002 durch den Vorsitzenden Regierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Wendler und den ehrenamtlichen Beisitzer Ebert beschlossen:

1. Der Vergabestelle wird aufgegeben, die Leistungen des SPNV in Sachsen-Anhalt im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen. Ihr wird untersagt, die Leistungen ohne Durchführung eines solchen Verfahrens an die Beigeladene zu vergeben.
2. Hierbei hat die Vergabestelle insbesondere die Leistung in Lose aufzuteilen.
3. Die Vergabestelle und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner zu tragen. Diese Kosten betragen € 25.000,--.

4. Die Vergabestelle und die Beigeladene haben als Gesamtschuldner den Antragstellerinnen die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu erstatten. Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten war für die Antragstellerinnen im Verfahren notwendig.

Gründe

I.

Die Beigeladene bedient bislang sämtliche Strecken des SPNV im Land Sachsen-Anhalt mit Ausnahme der "Burgenlandbahn" und der "Harzer Schmalspurbahnen".

Für den öffentlichen Personennahverkehr erhält das Land Sachsen-Anhalt gemäß §§ 5 und 8 des Gesetzes zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz) vom 27.12.1993 (BGBl.I S. 2378, 2395) aus dem Mineralölsteueraufkommen des Bundes einen jährlich festgelegten Betrag. Das Land als Aufgabenträger des SPNV reicht diese Mittel zum Teil auf der Grundlage des Gesetzes zur Gestaltung des Öffentlichen Personennahverkehrs im Land Sachsen-Anhalt (ÖPNVG LSA) vom 24.11.1995 an Bahnunternehmen, die den SPNV durchführen, weiter.

Laut einer Pressemitteilung vom 31.05.1999 beabsichtigte die Vergabestelle, Verhandlungen mit privaten Bahngesellschaften über die Vergabe von Leistungen zur Durchführung des SPNV in einem Teilnetz in Sachsen-Anhalt aufzunehmen. Sie sah im Folgenden jedoch davon ab, ein Vergabeverfahren nach den Bestimmungen der VOL/A durchzuführen.

Die (...) GmbH, deren Tochter im Jahre 2000 als C (...) GmbH gegründet wurde, gab bereits zuvor im Mai 1998 ein entsprechendes Angebot für einige Streckenabschnitte im Bereich des Vorharzes und der Börde ab.

Die Beigeladene und die Harzer Schmalspurbahnen boten als Bietergemeinschaft "Harzbahn" am 05.12.2000 ebenfalls den Betrieb für einige Strecken des Bereiches Vorharz/Börde an.

Die Vergabestelle führte mit den beiden Bietern formlos Verhandlungen.

In einem Telefonat vom 19.07.2001 teilte sie dem Geschäftsführer der Antragstellerin zu 1) mit, dass die Verhandlungen mit den anderen Bietern weit fortgeschritten seien. Würde man einen dritten Kandidaten zum Wettbewerb zulassen, könne man gleich ausschreiben.

Die Antragstellerin zu 1) gab gleichwohl am 04.09.2001 ebenfalls ein Angebot ab. Dieses bezog sich zum Teil auch auf die von der DEG-Verkehrs GmbH angebotenen Strecken.

In einem internen Schriftstück ohne Datum hatte die Vergabestelle vermerkt, dass das Angebot der Antragstellerin zu 1) mit den anderen Angeboten nicht zu vergleichen sei. Sie hatte die Antragstellerin zu 1) hierüber nicht unterrichtet.

Am 26.02.2002 unterzeichneten der damalige Verkehrsminister des Landes Sachsen-Anhalt, Herr Dr. Jürgen Heyer, und die Herren Hartmut Mehdorn, Vorstandsvorsitzender der DB AG, und Dr. Christoph Franz, Vorstandsvorsitzender der DB Regio AG einen Verkehrsvertrag. Inhalt dieses Vertrages ist die Erbringung von SPNV-Leistungen im Land Sachsen-Anhalt unter Einschluss des Harz-Netzes, aber mit Ausnahme der "Burgenlandbahn" und der "Harzer Schmalspurbahnen". Die Parteien sind sich darüber einig, dass dieser Vertrag unter einem Gremienvorbehalt stehen soll und damit gegenwärtig noch nicht wirksam ist. Dieser Vorbehalt war nach dem Vorbringen beider Parteien mündlich vereinbart.

Nach der Präambel dieses Vertrages hat die Nahverkehrsservice Sachsen-Anhalt GmbH (NASA) im Auftrage des Landes Sachsen-Anhalt ein quantitativ und qualitativ attraktives Angebot im SPNV zu organisieren. Bei der Erbringung dieser Verkehrsleistungen baue sie insbesondere auf die Beigeladene als Marktführerin des SPNV.

Nach § 1 Abs. 1 des Vertrages betrage der Verkehrsumfang für die Dauer der Laufzeit mindestens 20,0 Mio. Zugkilometer (Zugkm) pro Kalenderjahr und abweichend dazu im Jahr 2002 26,04 Mio. Zugkm. Gemäß § 3 Abs. 1 zahlt die NASA der Beigeladenen einen finanziellen Beitrag in Höhe von € 9,56 pro Zugkm. Die Vertragsparteien gingen unter § 5 davon aus, dass der finanzielle Beitrag nicht der Umsatzsteuer unterliegt.

In § 6 Abs. 4 ist vereinbart, dass, soweit die Einführung der Regionalfaktoren bezogen auf Strecken des Grundangebotes zu einer Änderung der Infrastrukturentgelte führe, dies keine Auswirkungen auf die Höhe des finanziellen Beitrags nach § 3 habe. Nach § 7 wird die NASA an den Fahrgelderlösen mit 5% an denjenigen Fahrgelderlösen beteiligt, die €55 Mio. zuzüglich der jeweiligen Tarifsteigerungseinnahmen im Kalenderjahr auf dem Gebiet des Landes Sachsen-Anhalt übersteigen. Im § 11 ist vereinbart, dass der Vertrag rückwirkend zum 01.01.2002 in Kraft trete und am 31.12.2007 ende. Der Vertrag könne durch einseitige Erklärung der Beigeladenen um weitere fünf Jahre, bis zum 31.12.2012, verlängert werden.

Die Antragstellerin zu 1) rügte mit Schriftsatz vom 05.04.2002, dass die Vergabestelle kein Vergabeverfahren durchgeführt hatte. Sie vertrat die Auffassung, dass unabhängig von der Art des durchzuführenden Vergabeverfahrens zumindest eine öffentliche Vergabebekanntmachung sowie ein Aufruf zum Wettbewerb hätte erfolgen müssen. Sie meint, dass der Vorrang der Losvergabe nicht hinreichend beachtet worden sei. Ein etwaiger Vertrag mit einem anderen Bieter sei nichtig, da die Vergabestelle es unterlassen hätte, über die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene zu informieren.

Am 16.04.2002 reichte die Antragstellerin zu 1) einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg ein. Sie trägt vor, dass die Vergabestelle die Vergabe im Offenen, allenfalls im Nichtoffenen Verfahren hätte durchführen müssen. Die Vorschrift des § 15 Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27.12.1993 (AEG) sei im Lichte des Vergaberechts auszulegen. Da die Vergabestelle kein Vergabeverfahren durchgeführt habe, sei in Bezug auf die Rüge das Merkmal der "Unverzüglichkeit" ohne Bedeutung. Die Antragstellerin zu 1) habe erst aus der Presse erfahren, dass die Vergabestelle den Auftrag für das gesamte SPNV-Netz Sachsen-Anhalts im Ganzen vergebe. Wäre ihr dies bekannt gewesen, hätte sie sich um mehrere Teilnetze beworben. Es sei auch unerheblich, ob die Leistung als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren sei. Die Leistung stelle keine Dienstleistungskonzession dar, da die Unternehmen diese größtenteils durch die ausreichenden Mittel finanzierten.

Sie beantragt,

es der Vergabestelle zu untersagen, der Beigeladenen oder einem anderen Unternehmen den Zuschlag zu erteilen, bzw. eine wie auch immer geartete vertragliche Vereinbarung mit der Beigeladenen oder einem anderen Unternehmen einzugehen, jedenfalls soweit davon auch das "Harz-Netz" betroffen sei.

Die C (...) V (...) GmbH wandte sich mit Schreiben vom 06.03.2002 an Herrn Minister Dr. Heyer. Sie zeigte sich überrascht, dass das Land beim Abschluss eines langfristigen Verkehrsvertrages auf die Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens verzichtet habe. Sie brachte ihr Anliegen mit Schreiben vom 09.03.2002 gegenüber dem Ministerpräsidenten des Landes Sachsen-Anhalt vor.

Die Antragstellerin zu 2) reichte am 22.04.2002 einen Antrag auf Nachprüfung des Verfahrens bei der Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg ein. Sie meint, dass der Abschluss des Verkehrsvertrages nichtig sei. Es handele sich hierbei um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Der Vertrag sei auf die Erbringung einer entgeltlichen Leistung gerichtet. Das Entgelt bestehe in den Zuwendungen, die die Unternehmen für die zu erbringenden Verkehrsdienstleistungen erhalten. Auch § 15 Abs. 2 AEG schließe die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht aus. In dieser Vorschrift sei dem öffentlichen Auftraggeber lediglich die Frage der Auswahl des im Einzelfall anzuwendenden Vergabeverfahrens überlassen. Aus § 6 Abs. 7 des Verkehrsvertrages ergebe sich, dass die Bestellung von Verkehrsleistungen bei der Beigeladenen an eine Zusage der Deutschen Bahn AG bzw. deren Tochterunternehmen DB Netz und DB Station und Service zum Ausbau der Netzinfrastruktur gekoppelt sei. Dies sei wettbewerbswidrig, da diese Leistungen nur von der DB erbracht werden können. Im Übrigen sei die Vergabestelle verpflichtet, die Leistung in Teillosten zu vergeben.

Sie beantragt,

1. der Vergabestelle den Abschluss eines Nahverkehrsvertrages über SPNV-Leistungen für bis zu 11 Jahre mit der Beigeladenen zu untersagen,
2. der Vergabestelle aufzugeben, die SPNV-Leistungen in Sachsen-Anhalt im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen,

3. der Vergabestelle aufzugeben, SPNV-Leistungen in Teillosen auszuschreiben und zu vergeben,
4. der Vergabestelle zu untersagen, die Vergabe eines Auftrags für SPNV-Leistungen mit einer Vereinbarung über Netzinfrastrukturmaßnahmen zu koppeln.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 30.04.2002 beide Verfahren verbunden.

Die Vergabestelle beantragt,

die Anträge als unzulässig und unbegründet abzuweisen.

Sie meint, dass sich eine Pflicht zur Ausschreibung weder aus europarechtlichen noch aus nationalen Vorschriften ergebe. Es handele sich nicht um einen Leistungsaustausch. Vielmehr sei der Vertrag auf die Gewährung einer finanziellen Beihilfe gerichtet. Es handele sich um einen nichtmehrwertsteuerpflichtigen öffentlich-rechtlichen Defizitausgleich. Dieser Defizitausgleich könne auch im Rahmen einer hoheitlichen Auferlegung erfolgen. Auch § 15 Abs. 2 AEG bestimme, dass die Leistungen ausgeschrieben werden könnten. Damit eröffne die Vorschrift auch noch andere Möglichkeiten, die Daseinsvorsorge zu gewährleisten. Diese Vorschrift verdränge als *lex specialis* die vergaberechtlichen Vorschriften. Bei der Bemessung des Defizitausgleichs seien die geringsten Kosten für die Allgemeinheit zu ermitteln. Damit seien nicht nur die Kosten gemeint, die zu der niedrigsten Haushaltsbelastung für die zuständige Behörde führten, sondern auch Begleit- und Folgekosten, wie z.B. entstehende Kosten von Arbeitslosigkeit etc. Diese Kosten könnten durch eine Ausschreibung nicht erfasst werden. Im Übrigen habe die Antragstellerin zu 1) die behaupteten Vergabeverstöße nicht rechtzeitig gerügt.

Die Antragstellerin zu 2) habe sich in Kenntnis der Tatsache, dass keine Ausschreibung durchgeführt wurde, auf formlose Verhandlungen eingelassen. Es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn die Antragstellerin zu 2) nunmehr die Durchführung eines Vergabeverfahrens fordere.

Die Beigeladene beantragt:

- 1 a.) die Nachprüfungsanträge als unzulässig zurückzuweisen;
b.) hilfsweise die Nachprüfungsanträge als unzulässig zurückzuweisen, soweit sie sich auf den Abschluss eines Nahverkehrsvertrags über andere Strecken als diejenigen des Netzes Vorharz-Börde beziehen;
2. weiter hilfsweise, die Nachprüfungsanträge als unbegründet zurückzuweisen.

Sie begründet ihr Vorbringen damit, dass der Abschluss des vorgesehenen Verkehrsvertrages keinen öffentlichen Auftrag i. S. §§ 97 ff. GWB darstelle. Diese Vorschriften würden durch die speziellere Vorschrift des § 15 AEG verdrängt. Auch die EU-Kommission gehe in einem Vorschlag vom 21.02.2002 (KOM/2002/0107) zur

Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26.06.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrs, zuletzt geändert durch Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20.06.1991 (nachfolgend VO 1191/69)

davon aus, dass die Wettbewerbsregeln nicht für Aufträge für Eisenbahndienste gelten. Dies müsse bei der Interpretation der vorgenannten Vorschrift berücksichtigt werden. Es sei auch zweifelhaft, ob das GWB als späteres Recht angesehen werden könne. Der Vertrag sei auf die Gewährung einer Subvention gerichtet. Ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag unterfalle nicht dem Vergaberecht. Selbst bei anderer Betrachtung handele es sich um eine Dienstleistungskonzession, die ebenfalls nicht dem Vergaberecht unterliege. Die Beigeladene rechnet dabei mit Fahrgeldeinnahmen i. H. v. € 45,6 Mio. bis € 59,4 Mio. pro Jahr. Auch unabhängig davon hätten die Antragstellerinnen die vermeintlichen Vergabeverstöße nicht unverzüglich gerügt. So habe sich zumindest die Antragstellerin zu 2) auch bereits an anderen Vergabeverfahren beteiligt. Ihr seien daher die Vergabevorschriften

Darüber hinaus fehle es den Antragstellerinnen an einer Antragsbefugnis.

Sie seien nicht in der Lage, das gesamte Schienennetz in Sachsen-Anhalt zu bedienen und hätten daher auch kein entsprechendes Angebot abgegeben. Ihnen könne daher durch die behauptete Rechtsverletzung kein Schaden entstehen.

Sie hätten auch keinen Anspruch darauf, dass die Leistung in Teillosen vergeben werde. § 97 Abs. 3 GWB eröffne nur ein entsprechendes Ermessen. Eine Aufteilung in Teillose sei im Übrigen nicht zweckmäßig, da der damit verbundene Aufwand für die Vergabestelle zu hoch sei. Vor allem das Interesse an einer einheitlichen Leistung spreche für eine Gesamtvergabe. Bei einer losweisen Vergabe sei die Schaffung von Verkehrsverbänden unabdingbar. Schließlich beinhalte der Verkehrsvertrag keine Kopplung von Verkehrs- und Infrastrukturleistungen. Selbst wenn die Vergabevorschriften Anwendung fänden, bestünde keine Verpflichtung zur Durchführung einer Ausschreibung nach §§ 97 ff. GWB.

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat am 15.05.2002 die Frist zur Entscheidung nach § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 07.06.2002 verlängert.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 22.05.2002 haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Es wird insoweit auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen. Die Antragstellerin zu 2) bekundete ihr Interesse, sich außer für das "Harznetz" auch für andere Teilnetze schrittweise zu bewerben. Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf die weiteren Schriftsätze Bezug genommen.

II.

1. Zulässigkeit

Die Anträge sind zulässig.

a) Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens

Das Nachprüfungsverfahren ist nach §§ 107 ff. GWB statthaft. Ein solches Verfahren kann nach § 102 GWB zur Nachprüfung öffentlicher Aufträge im Sinne des § 99 GWB eingeleitet werden.

aa) § 15 Abs. 2 AEG nicht lex specialis

Die Anwendbarkeit des GWB wird nicht durch § 15 Abs. 2 AEG ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vergabe einer Leistung den Bestimmungen über das Vergabeverfahren unterfällt, im Verhältnis zum Vierten Teil des GWB nicht als speziellere Vorschrift anzusehen.

Das AEG wurde bereits mit Wirkung vom 01.01.1994 verkündet und galt damit zeitlich weit vor dem am 01.01.1999 in Kraft getretenen Vierten Teils des GWB. § 15 AEG überlässt es dem Ermessen der zuständigen Behörden, bei der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Sinne dieses Gesetzes, eine Ausschreibung durchzuführen. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vergabevorschriften Anwendung finden, enthalten die §§ 97 bis 101 GWB mehr Begriffsmerkmale als das AEG und sind demzufolge die spezielleren Vorschriften (vgl. im Ergebnis ebenso Beschluss der VK Düsseldorf VK - 5/2002 - L).

Der Gesetzgeber hat mit diesen Normen für den Bereich der öffentlichen Vergaben eine umfassende Regelung getroffen. Er hat nach § 97 Abs. 1 GWB angeordnet, dass öffentliche Auftraggeber Dienstleistungen nach Maßgabe der nachfolgenden Vorschriften grundsätzlich im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen haben. Demgegenüber hat der Gesetzgeber nach § 100 Abs. 2 GWB enumerativ Ausnahmetatbestände normiert.

In Bezug auf Verkehrsdienstleistungen sind lediglich Aufträge von Auftraggebern nach § 100 Abs. 2 f) GWB dann ausgenommen, wenn sie diese auf dem Gebiet vergeben, auf dem sie selbst tätig sind. Dieser Ausnahmetatbestand liegt hier ersichtlich nicht vor. Eine weitergehendere Ausnahme enthält die Vorschrift in Bezug auf Verkehrsdienstleistungen nicht. Soweit kein solcher Ausnahmetatbestand vorliegt, sollen die Vorschriften des Wettbewerbsrechts nach dem Wortlaut der Norm damit auch für diese Branchen Anwendung finden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sind die Ausnahmetatbestände nach § 100 Abs. 2 GWB abschließend (vgl. BT-Drucksache 13/9340 - "In Absatz 2 sind alle Aufträge beschrieben, die nach den Richtlinien nicht von Vergabevorschriften erfasst sind. Der Katalog ist abschließend").

Die Anwendung der Vergabevorschriften ergibt sich in Bezug auf Eisenbahnverkehrsdienstleistungen auch aus Folgendem:

Nach § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. §§ 97 Abs. 6 und 127 GWB ermächtigen die Bundesregierung, Rechtsverordnungen zu erlassen. Nach § 4 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) haben Auftraggeber bei Erreichen der Schwellenwerte die Bestimmungen des 2. Abschnittes des Teiles A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) anzuwenden.

Im Anhang I B zum 2. Abschnitt der VOL/A sind unter der Kategorie 18 mit der CPC-Referenznummer 711 "Eisenbahnen", worunter auch der Schienenpersonennahverkehr (CPC-Referenznummer 71111 bzw. 71112) einzuordnen ist, ausdrücklich eingeschlossen. Dies entspricht den Vorgaben der Richtlinie 92/50 EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18.06.1992 in überarbeiteter Fassung der Richtlinie 97/52 vom 13.10.1997. Auch insoweit sind Eisenbahnleistungen im Anhang I B ausdrücklich eingeschlossen. Vor diesem Hintergrund war es angesichts der europarechtlichen Vorgaben dem deutschen Gesetzgeber verwehrt, einen weitergehenden Ausnahmetatbestand in Bezug auf die Branche "Eisenbahnen" zu normieren.

Dagegen kann der Vorschlag der Kommission vom 21.02.2002 - KOM/2002/0107 nicht als Gegenargument herangezogen werden, da es sich nur um einen Entwurf handelt.

Europarechtlich enthält die VO 1191/69 zur Frage der Ausschreibungspflicht von Eisenbahnverkehrsleistungen keine eindeutige Aussage. Lediglich nach Artikel 3 dieser VO haben die zuständigen Behörden diejenige Lösung zu wählen, welche die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Auch diese Formulierung spricht aufgrund der damit verbundenen Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes für eine Ausschreibungspflicht.

Soweit die Vergabestelle vorträgt, dass in einem Vergabeverfahren diesbezüglich die Begleit- und Folgekosten (wie Kosten für die Arbeitslosigkeit) nicht erfasst werden könnten, so ist dies unbeachtlich.

In Umsetzung dieser Verordnung ist nach § I Abs. I der Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 Satz 3 des Personenbeförderungsgesetzes festgelegt, dass als geringste Kosten für die Allgemeinheit lediglich die Kosten anzusehen sind, die zu der niedrigsten Haushaltsbelastung für die zuständige Behörde führen.

Soweit die Beigeladene in diesem Zusammenhang vorträgt, dass auch Inhouse-Geschäfte nicht dem Vergaberecht unterfallen würden, obwohl diesbezüglich keine Ausnahme nach § 100 Abs. 2 GWB normiert sei, so handelt es sich um einen anderen Tatbestand. Hier folgt die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts bereits aus der Tatsache, dass ein öffentlicher Auftraggeber bestimmte Leistungen im Prinzip "an sich selbst vergibt".

bb) materielles Verständnis des Begriffs "Vergabe öffentlicher Aufträge"

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages steht auch nicht entgegen, dass die Vergabestelle bislang kein förmliches Vergabeverfahren durchführte.

Insoweit ist ein materielles Verständnis des Begriffs "Vergabe öffentlicher Aufträge" im Sinne des § 102 GWB erforderlich.

Bei anderer Betrachtung könnte ein besonders schwerwiegender Vergaberechtsfehler, der in dem rechtswidrigen Unterlassen der Durchführung eines Vergabeverfahrens besteht, vor der Vergabekammer nicht angefochten werden. Primärrechtsschutz wäre insoweit ausgeschlossen. Ein Vergabeverfahren ist bei diesem Verständnis zu bejahen, wenn sich der öffentliche Auftraggeber zur Beschaffung von Dienstleistungen entschlossen und entsprechende Vorbereitungen sowie organisatorische Schritte mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses eingeleitet hat. Nicht ausreichend sind bloße Markterkundungen ohne konkrete Beschaffungsabsicht (vgl. OLG Düsseldorf Verg 3/01 vom 20.06.2001, S. 22; Verg 8 - 15/01 vom 08.05.2002, S. 17 ff.).

Die Vergabestelle und die Beigeladene hatten bereits einen entsprechenden Vertrag zur Beschaffung von SPNV-Leistungen unterzeichnet.

Obwohl dieser Vertrag nach dem Willen der Parteien noch nicht wirksam sein soll, zeigt dies doch, dass die Vorbereitungen zur Beschaffung der Leistungen weit fortgeschritten sind und damit ein Vertragsabschluss unmittelbar bevorsteht.

cc) Vertrag - öffentlicher Auftrag

Der von der Vergabestelle zu schließende Vertrag ist als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren.

cca) Öffentliche Aufträge - entgeltliche Verträge

Nach der o. g. Vorschrift sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Vergabestelle ist im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB öffentlicher Auftraggeber. Sie schließt zur Sicherung einer ausreichenden Verkehrsbedienung im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr mit einem Verkehrsunternehmen eine vertragliche Vereinbarung. Es handelt sich hierbei um einen entgeltlichen Vertrag.

Die Vergabestelle ist gem. §§ 1 Regionalisierungsgesetz, 10 ÖPNVG LSA für die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr als Aufgabe der Daseinsvorsorge zuständig. Sie beabsichtigt, gem. § 4 des Regionalisierungsgesetzes einen Vertrag zur Erbringung dieser Leistungen mit einem Verkehrsunternehmen abzuschließen. Hierbei sieht sie weiterhin vor, als Gegenleistung einen feststehenden Betrag pro Zugkm zu entrichten (§ 3 des Vertragsentwurfes € 9,56 pro Zugkm). Dies ist als Entgelt für eine Leistung anzusehen (vgl. im Ergebnis ebenso Barth Sibylle: Nahverkehr in kommunaler Verantwortung: der öffentliche Personennahverkehr nach der Regionalisierung - Bielefeld 2000, S. 147). Dies gilt auch dann, wenn dieses Entgelt nicht der Umsatzsteuer unterliegen sollte. Entscheidend ist allein, dass es sich hier um ein Entgelt für eine Leistung handelt.

ccb) Keine Dienstleistungskonzession

Der abzuschließende Vertrag ist auch nicht ab Dienstleistungskonzession zu qualifizieren, die nicht dem Vergaberecht unterfallen würde (EUGH-Urteil v. 07.12.2000 Rs. C-324/98).

Eine Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn die Gegenleistung nicht in einem vorher festgelegten Entgelt besteht, sondern in dem Recht, die Leistung zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten. Hierbei trägt der Konzessionär ganz oder zum überwiegenden Teil das wirtschaftliche Risiko.

Diese Voraussetzungen liegen nach den vorangegangenen Ausführungen erkennbar nicht vor. Vielmehr erhält das Unternehmen ein festes Entgelt für die Leistungen, die die voraussichtlichen Einnahmen aus dem Fahrkartenverkauf um etwa das Dreifache übersteigen. Die Beigeladene prognostiziert insoweit Erlöse von € 45,6 Mio. bis € 59,4 Mio. pro Jahr (dies ergibt unter Zugrundelegung von 20 Mio. Zugkm pro Jahr einen Betrag von € 2,28 bis € 2,97 pro Zugkm). Bei dieser Sachlage trägt das Unternehmen nicht das überwiegende wirtschaftliche Risiko für die Übertragung der Leistung.

ccc) Auferlegung kommt nicht in Betracht

Gegenüber einer vertraglichen Regelung tritt die Möglichkeit der Auferlegung nach § 4 Regionalisierungsgesetz zurück. Nach § 1 Abs. 3 der Verordnung zur Anwendung von § 13 a Abs. 1 Satz 3 des Personenbeförderungsgesetzes, die nach § 1 Abs. I auch für Artikel 3 Abs. I der VO 1191/69 gilt, kommt eine Auferlegung nur unter den dort genannten Voraussetzungen, die jedoch ersichtlich nicht vorliegen, in Betracht. So ist beispielsweise nicht erkennbar, dass ein Vergabeverfahren nicht sachgerecht im Sinne dieser Vorschrift sein sollte.

ccd) Unerheblich, ob Vertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag einzustufen ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist.

Der Wortlaut der Vorschrift des § 99 Abs. 1 GWB spricht ausschließlich von entgeltlichen Verträgen, ohne danach zu differenzieren, ob es sich um privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verträge handelt. Danach ist die Rechtsform des Vertrages unerheblich. Entscheidend ist vielmehr allein, ob ein Leistungsaustausch zwischen einem öffentlichem Auftraggeber und einem Unternehmen gegen Entgelt stattfindet, (vgl. im Ergebnis ebenso Prieß: Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Auflage, S. 65; Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz: Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, § 99, Rd.Nr. 20 ff; EUGH 12.07.2001, Rs. C-399/98; aA OLG Gelle v. 24.11.1999 Az.: 13 Verg 7/99 mit Hinweis auf die BT-Drucksache 13/9340 S. 15). Grundsätzlich kann somit die Form des Vertrages für die Zuordnung zum Vergaberecht nicht maßgeblich sein, zumal die Abgrenzung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen oftmals unklar ist und sich in einer Grauzone bewegen kann (vgl. OLG Naumburg vom 19.10.2000 Az.: 1 Verg 9/00). Unter Berücksichtigung des Sinn und Zwecks des GWB (nämlich die Beschaffung von Dienstleistungen im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB) ist vielmehr entscheidend, ob der Vertrag eher auf den Erwerb von Marktleistungen oder eher auf die Ausübung öffentlicher Gewalt gerichtet ist.

Die Erbringung von SPNV-Leistungen ist vor diesem Hintergrund im vorliegenden Fall als Marktleistung zu qualifizieren. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Mit der Privatisierung der DB wurde ab 01.01.1994 das Monopol der Bahn aufgehoben und die Voraussetzungen zur Entstehung von Marktstrukturen auf dem Gebiet des SPNV geschaffen. Seither bieten mehrere Eisenbahnunternehmen, die zueinander im Wettbewerb stehen, entsprechende Leistungen an. Bundesweit werden gegenwärtig ca. 30 % der Nahverkehrsleistungen im freien Wettbewerb ausgeschrieben. Auf dem deutschen Schienennetz sind insgesamt 220 Wettbewerber tätig (vgl. Hartmut Mehdorn: "Chefsache Europa" in "Die Bahn in Europa" - Werbeschrift der DB AG; Stand April 2002).

Auch der Gesetzgeber hat der Öffnung des Marktes Rechnung getragen. Nach Artikel 87 e Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz werden die Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt.

Gemäß § 1 Abs. 2 AEG haben die Bundesregierung und die Landesregierungen darauf hinzuwirken, dass die Wettbewerbsbedingungen der Verkehrsträger angeglichen werden und dass durch einen lautereren Wettbewerb der Verkehrsunternehmen eine volkswirtschaftlich sinnvolle Aufgabenteilung ermöglicht wird. Nach § 14 AEG haben Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland das Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur von Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die dem öffentlichen Verkehr dienen. Dies trifft auch für den SPNV zu. Diese Vorschriften setzen somit das Vorliegen von Wettbewerb und damit von Marktstrukturen voraus.

Gegen die Einordnung als Marktleistung spricht auch nicht, dass nach § 1 Regionalisierungsgesetz die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr als Aufgabe der Daseinsvorsorge den Ländern übertragen wurde. Das Land Sachsen-Anhalt hat zur Umsetzung dieser Aufgabe das Gesetz zur Gestaltung des Öffentlichen Personennahverkehrs in Land Sachsen-Anhalt (ÖPNVG LSA) verabschiedet. Das Gesetz regelt beispielsweise die Organisation und die Gewährleistung des SPNV sowie dessen Finanzierung. Es verweist hinsichtlich der Erbringung von Verkehrsleistungen auf § 15 AEG.

Das ÖPNVG LSA beinhaltet jedoch keine vergleichbare Regelung wie § 3 Abs. 2 Satz 1 Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (RettDG-LSA), wonach die Leistungserbringer unmittelbar hoheitlich tätig werden. Diese Vorschrift war bei der o.g. Entscheidung des OLG Naumburg von maßgeblicher Bedeutung.

b) Schwellenwert

Bei dem o. a. Verfahren ist der dabei maßgebliche Schwellenwert (€ 200.000,--) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Abs. 3 VgV für das Gesamtvorhaben um ein Vielfaches überschritten.

c) Antragsbefugnis

Die Antragstellerinnen sind auch antragsbefugt.

Nach § 107 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerinnen haben an Aufträgen zur Erbringung des SPNV ihr Interesse bekundet. Allein die Tatsache, dass sie dieses Nachprüfungsverfahren betreiben, erfüllt unter den gegebenen Umständen die Voraussetzungen der vorgenannten Norm. Hierbei ist unschädlich, dass die Antragstellerinnen für das gesamte Netz oder für andere Teilnetze als das Vorharz-Netz bislang kein Angebot abgegeben hatten. Dies war den Antragstellerinnen angesichts der Tatsache, dass die Vergabestelle bislang kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt hatte, auf bloßen Verdacht hin nicht zumutbar. Da beispielsweise noch ungewiss ist, inwieweit die Vergabestelle Teillose bildet, kann von den Antragstellerinnen auch nicht verlangt werden, darzulegen, dass sie bei einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren zumindest insoweit den Auftrag erhalten hätten. Vielmehr reicht die Darlegung, dass ihnen durch die Missachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit genommen wurde, ein ordnungsgemäßes Angebot abzugeben (vgl. auch OLG Düsseldorf Verg 3/01 vom 20.06.2001). Soweit in Bezug auf das "Harznetz" Angebote vorlagen, waren diese mangels einer Leistungsbeschreibung nicht vergleichbar und damit einer Wertung nicht zugänglich. Bei dem jetzigen Verfahrensstand kann von den Antragstellerinnen auch nicht gefordert werden, ihre Eignung zur Leistungserbringung im Einzelnen nachzuweisen. Dies ist erst im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach der VOL/A erforderlich.

d) Treu und Glauben

Die Geltendmachung der Ansprüche der Antragstellerinnen verstößt unter Berücksichtigung aller Umstände auch nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB.

Grundsätzlich ist widersprüchliches Verhalten missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde oder wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch München, 61. Auflage 2002 § 242 Rdnr. 55). Hier ist einzuräumen, dass sich beide Antragstellerinnen auf vergaberechtswidrige Verhandlungen mit der Vergabestelle eingelassen haben und erst die Durchführung eines formellen Vergabeverfahrens einforderten, nachdem für sie absehbar war, dass sie den Auftrag für den SPNV in Bezug auf das "Harznetz" nicht erhalten sollten. Es ist jedoch andererseits zu berücksichtigen, dass die Vergabestelle die Antragstellerinnen nicht darüber unterrichtete, dass sie das "Harznetz", anders als ursprünglich beabsichtigt, als Bestandteil des gesamten SPNV-Netzes in Sachsen-Anhalt einheitlich an die Beigeladene vergeben wollte.

Das Vernähen der Antragstellerinnen begründete hinsichtlich des Erfordernisses der Anwendung der Vergabevorschriften im Übrigen keinen Vertrauenstatbestand. Vielmehr ergibt sich dieses Erfordernis aus dem geltenden Recht. Bei der Abwägung sind auch öffentliche Interessen von Bedeutung (vgl. Palandt, § 242 Rdnr. 45). Wäre den Antragstellerinnen aufgrund ihres früheren Verhaltens Rechtsschutz versagt, so könnte die Vergabestelle davon absehen, ein transparentes Vergabeverfahren durchzuführen. Dies widerspricht aufgrund der damit verbundenen Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dem Interesse an einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung. Vor diesem Hintergrund kann den Antragstellerinnen ein treuwidriges Verhalten nicht zur Last gelegt werden.

e) Keine Rügeobliegenheit

Die Antragstellerinnen waren bei der gegebenen Sachlage nicht gehalten, die vorgebrachten Vergabeverstöße gegenüber der Vergabestelle zu rügen. Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Diese Vorschrift findet jedoch nach ihrem Wortlaut keine Anwendung, soweit der Auftraggeber ein solches Verfahren überhaupt nicht durchgeführt hatte. Anders als nach §§ 102, 104 Abs. I GWB, wo lediglich von einer Vergabe öffentlicher Aufträge die Rede ist, spricht der Gesetzgeber hier von einem Vergabeverfahren.

Dies deutet darauf hin, dass er hierbei die Durchführung eines solchen Verfahrens im formellen Sinne vorausgesetzt hat (vgl. OLG Düsseldorf Verg 3/01 vom 20.06.2001, S. 39; im Ergebnis ebenso VK Münster VK 14/01 vom 17.07.2001, S. 11 ff.). Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Die Norm enthält eine Präklusionsregelung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Diese beruht darauf, dass Auftraggeber und Bieter eine Vertrauensgemeinschaft mit wechselseitigen Rechten und Pflichten bilden. Diese Vertrauensgemeinschaft kann jedoch erst dann entstehen, wenn der Auftraggeber ein Vergabeverfahren eingeleitet hat. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob die Schriftsätze der Antragstellerinnen, die an die Vergabestelle adressiert wurden, als unverzügliche Rügen im Sinne des Gesetzes angesehen werden können.

2. Begründetheit

Die Anträge sind begründet. Hierbei ist die Vergabekammer an den Wortlaut der Anträge im Einzelnen nicht gebunden (vgl. § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB).

a) Anspruch auf Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens

Die Antragstellerinnen haben nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle die Leistungen des SPNV im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens im Sinne des § 97 Abs. 1 beschafft.

Aus den vorausgegangenen Ausführungen ergibt sich, dass die Vergabestelle öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB ist. Die hier zu vergebende Leistung im SPNV ist ab öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren. Die Vergabestelle ist daher verpflichtet, diese Leistung nach § 97 Abs. 1 GWB im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu vergeben. Hierauf haben die Antragstellerinnen nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch. Nach § 4 Abs. 1 VgV haben Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Bestimmungen des 2. Abschnittes der VOL/A anzuwenden.

Nach § 1 a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A werden Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen nach Anhang I B sind (worunter die hier in Rede stehenden Dienstleistungen nach Kategorie 18 "Eisenbahnen" CPC-Nr. 711 fallen), nach den Bestimmungen der Basisparagraphen und der §§ 8a und 28a vergeben. Dabei muss nach § 3 Nr. 2 VOL/A eine Öffentliche Ausschreibung stattfinden, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Dies hat die Vergabestelle im Einzelnen zu prüfen und in einem Vergabevermerk nach § 30 Nr. 1 VOL/A u.a. zu dokumentieren.

b) Teilung in Lose

Die Antragstellerinnen haben weiter einen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle dabei ihre Interessen durch die Bildung von Teillosen berücksichtigt (§ 97 Abs. 3 GWB).

Nach § 5 Abs. 1 VOL/A hat der Auftraggeber in jedem Falle, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können.

Dabei ist der Begriff "kleine und mittlere Unternehmen" für die zu vergebende Leistung nicht anhand absoluter, zahlenmäßiger Grenzen bestimmbar. Entscheidend ist vielmehr die relative Größe der Marktteilnehmer, wobei auf die vorhandenen Marktstrukturen abzustellen ist (vgl. Müller in: Daub/Eberstein VOL/A § 5 Rdnr. 10). Unter diesem Gesichtspunkt hat die Vergabestelle im Voraus, vor Durchführung des Vergabeverfahrens, zu prüfen, ob es solche Unternehmen auf dem relevanten Markt gibt und danach zu entscheiden, ob eine Aufteilung der Leistung in Lose erfolgt. Die Antragstellerinnen sind im Verhältnis zur Beigeladenen, die vor der Bahnreform den gesamten SPNV in der Bundesrepublik bediente und insoweit eine Monopolstellung innehatte, als mittelständische Unternehmen anzusehen. Die Beigeladene führt auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt den allergrößten Teil des SPNV im Bundesgebiet durch. Der Sinn und Zweck der Vorschrift besteht darin, einen möglichst breiten Wettbewerb sicherzustellen. Dies wäre ausgeschlossen, wenn Neueinsteiger aufgrund der bisherigen monopolartigen Strukturen fast keine Chance hätten, auf dem Markt Fuß zu fassen.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine Aufteilung der Verkehrsdienstleistung in Lose unwirtschaftlich oder unzweckmäßig ist.

Soweit die Vergabestelle und die Beigeladene vortragen, dass eine Aufteilung in einzelne Strecken zur Uneinheitlichkeit und Ineffizienz führe, so ist dies nicht nachvollziehbar. Dieser Gefahr kann vielmehr durch die Erstellung einer exakten Leistungsbeschreibung begegnet werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass zweckmäßigerweise nicht jede einzelne Strecke losweise zu vergeben sein wird, sondern lediglich einzelne Teilnerze. Es ist nicht ersichtlich, dass Fragen der Schnittstellen nicht im Voraus geklärt werden können. Schließlich ist nicht nachvollziehbar dargelegt, dass die möglicherweise erforderliche Schaffung von Verkehrsverbänden mit erheblichen kalkulatorischen Risiken verbunden sein soll. Sollte die Losbildung bei der Ausschreibung einen größeren Aufwand erfordern, ist dies in Kauf zu nehmen, um einen möglichst umfassenden Wettbewerb zu ermöglichen. Die Vergabestelle ist dabei auch gehalten, die Frage der Vorhaltung von Reserven zu klären.

Soweit die Vergabestelle die Einführung von Regionalfaktoren plant, sind diese in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Hierbei dürfen einzelne Bieter nicht willkürlich bevorzugt oder benachteiligt werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V. Abs. 3 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner. Vor diesem Hintergrund sind die Vergabestelle und die Beigeladene als Unterliegende anzusehen, da sie mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen sind.

Die Vergabestelle ist nicht von der Zahlung der Gebühr nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG befreit. § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB trifft insoweit eine speziellere Regelung. Nach dieser Vorschrift entsteht die Kostenschuld unabhängig von dem Befreiungstatbestand nach § 8 Abs. 1 VwKostG.

Hätte der Gesetzgeber die entsprechenden Beteiligten von der Gebührenpflicht freistellen wollen, hätte es nahegelegen, dass er dies bei der Regelung der Kostenpflicht unmittelbar zum Ausdruck gebracht hätte. In dem Verfahren vor der Vergabekammer ist ein Beteiligter zumeist Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Der Wert war nach § 3 Zivilprozessordnung (ZPO) zu schätzen. Hierbei war der finanzielle Betrag in Höhe von € 9,56 pro Zugkm sowie eine Höhe von 20,0 Mio. Zugkm pro Jahr zugrunde zu legen, (vgl. § 3 Abs. 1 des Verkehrsvertragesentwurfes). Die Vertragsparteien gingen offenbar davon aus, dass das Entgelt in dieser Höhe zu beziffern war. Dies ergibt pro Jahr einen Betrag in Höhe von € 191,2 Mio.

Der Gegenstandswert war nach § 3 Abs. 3 Satz 3 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) zu bestimmen. Diese Vorschrift ordnet bei nicht absehbarer Vertragsdauer an, dass bei der Bemessung des Vertragswertes die monatliche Zahlung multipliziert mit 48 zugrunde zu legen ist. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist die Vertragsdauer nicht absehbar. Diese hat vielmehr die Vergabestelle in einem Vergabeverfahren vorzugeben. Somit ist der geschätzte Wert, bezogen auf 48 Monate, der Berechnung zugrunde zu legen. Dies ergibt einen Betrag in Höhe von € 764,8 Mio.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer (deren Grundlage die Formel: € 2.500,- plus 0,05% des Auftragswertes ist) ergibt dies einen Richtwert, der die Höchstgebühr von € 25.000,- nach § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB überschreitet. Angesichts des personellen und sachlichen Aufwandes der Vergabekammer ist eine weitere Erhöhung nach § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB nicht gerechtfertigt. Vielmehr ist die Höchstgebühr von € 25.000,- angemessen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Dies waren nach den vorangegangenen Ausführungen die Vergabestelle und die Beigeladene, die in entsprechender Anwendung des § 154 Abs. 3 VwGO ebenfalls zur Kostentragung verpflichtet ist.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerinnen notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V. mit § 80 Abs. 2 VwVfG LSA).

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06118 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten wird, sowie die Angaben der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Entscheidung stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea

Wendler

Ebert