



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: Verg 05/08

Vergabekammer Südbayern – Z3-3-3194-12/07 -

Verkündet am 21.05.2008

Die Urkundsbeamtin:

Steinbichler

Justizangestellte

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München hat unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin am Oberlandesgericht Vavra sowie der Richterin am Oberlandesgericht Willner und des Richters am Oberlandesgericht Rieger

in dem

Nachprüfungsverfahren

betreffend Leistungen im Schienenpersonennahverkehr im Raum Regensburg inklusive Donautalbahn

Beteiligte:

1. XXX

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

2. XXX

- Antragsgegnerin zu 1) und Beschwerdegegnerin zu 1) -

3. XXX

- Antragsgegnerin zu 2) und Beschwerdegegnerin zu 2)

4. XXX

- Beigeladene –

am 21.5.2008

beschlossen:

- I. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 29.2.2008 wird zurückgewiesen.

- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beigeladenen.

- III. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf € 1.805.416,80 festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerinnen beabsichtigen gemeinsam die Erbringung von Leistungen im Schienenpersonennahverkehr im Raum Regensburg inklusive Donautalbahn (ca. 5,4 Mio. Zugkilometer pro Jahr) für die Zeit vom 12.12.2010 bis 31.12.2022 zu vergeben und schrieben dies in einer EU-weiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften nach den Regelungen des Ersten Abschnitts der VOL/A und der §§ 8a, 28a VOL/A am 04.04.2007 als Dienstleistung der Dienstleistungskategorie Nr. 18 aus. Als Eventualposition sind zusätzlich für diesen Zeitraum 447.000 Zugkilometer pro Jahr für Express-Verkehr auf der

Donautalbahn zwischen Ulm und Regensburg ausgeschrieben. Der Zuschlag soll lt. Punkt IV. 2.1. der Bekanntmachung auf das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Verdingungs/Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind, erteilt werden. Unter III.2 Teilnahmebedingungen ist unter e) aufgeführt, dass bei der Übertragung von Verkehrsdienstleistungen auf Unterauftragnehmer die im einzelnen aufgeführten Nachweise über die Zuverlässigkeit und die fachliche Leistungsfähigkeit auch für die bei Angebotsabgabe vorgesehenen Unterauftragnehmer vorzulegen sind. Der Bieter hat darzulegen, in welchem Zugkilometerumfang er Verkehrsleistungen auf von ihm benannte Unterauftragnehmer übertragen möchte. Die Beigeladene hat mit Ausgliederungsvertrag vom 10.5.2007 durch Ausgliederung die B.-GmbH gegründet und auf die neu gegründete Gesellschaft den Teilbetrieb „Expansion“ übertragen. Nach Ziffer 2.4 des Vertrages übertrug die Beigeladene auf die B.-GmbH sämtliche Verträge und alle sonstigen Rechtsstellungen, die dem Teilbetrieb Expansion zuzurechnen sind. 49% der Anteile an der B.-GmbH sind zwischenzeitlich von einem privaten Investor übernommen worden.

Laut Leistungsbeschreibung soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten fiktiven Preis erteilt werden. Die Bewertung der Angebote erfolgt anhand folgender Formel: P_f (fiktiver Preis) = P_a (Preis des jeweiligen Angebots) – Q (Abzugsbetrag, der vom Preis entsprechend der nach dem Angebot des Bieters angebotenen Qualitäten abgezogen wird). Im weiteren heißt es in der Leistungsbeschreibung:

10. Tarife und Einnahmen - 10.1 Einnahmerisiko

Der Verkehrsdurchführungsvertrag, der zwischen dem Verkehrsunternehmen und den Auftraggebern abgeschlossen wird, ist als sog. Netto-Vertrag konzipiert (vgl. Anlage 6). Das bedeutet, dass das Verkehrsunternehmen die Erlöschance hat, aber auch das Erlösisiko trägt.

Im Verkehrsdurchführungsvertrag heißt es u.a. in § 3 Abs. 3:

Das Verkehrsunternehmen kann sich zur Erbringung der nach diesem Vertrag geregelten Leistungen einer Projektgesellschaft zum Beispiel in der Rechtsform einer GmbH bedienen. Das Verkehrsunternehmen ist befugt, seine sämtlichen Rechte und Pflichten aus diesem

Vertrag auf diese Projektgesellschaft zu übertragen. Die Auftraggeber sind sechs Monate vor Übertragung der Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf die Projektgesellschaft zu informieren. Diese Informationspflicht beinhaltet die Angabe der Gesellschafter der Projektgesellschaft und den Nachweis ihrer Qualifikation zur Erbringung der Verkehrsleistung sowie Angaben, zu welchen Konditionen (Leistungspflichten, Vergütung) die Projektgesellschaft tätig werden soll. Entsprechen die Gesellschafter der Projektgesellschaft nicht denen des Verkehrsunternehmens bedarf die Übertragung einer gesonderten Genehmigung der Auftraggeber.

In dem Verkehrsdurchführungsvertrag sind unter §§ 4, 4a Ausgleichszahlungen des Bestellers geregelt. § 4 Abs.1 lautet wie folgt:

Das Verkehrsunternehmen erhält ab Betriebsbeginn und für die Vertragslaufzeit (§ 2 dieses Vertrages) für alle Leistungen nach diesem Vertrag kalenderjährlich eine pauschale Gesamtzahlung zur Abgeltung des Zuschussbedarfs. Die Höhe dieser Ausgleichszahlungen errechnet sich über eine Multiplikation des vom Verkehrsunternehmen angebotenen Betrages pro Zugkilometer mit den auf Grundlage einer Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien tatsächlich erbrachten Zugkilometern des jeweiligen Jahres. Nicht erbrachte Verkehrsleistungen werden nicht vergütet; für durchgeführte Ersatzleistungen erhält das Verkehrsunternehmen eine verringerte Ausgleichszahlung, die sich ebenfalls auf Grundlage des angebotenen Betrages pro Zugkilometer errechnet (§ 5 Abs. 2 dieses Vertrages). Während der Vertragslaufzeit wird der jeweils aktuelle Betrag pro Zugkilometer unter den in § 6 dieses Vertrages genannten Voraussetzungen angepasst. Die im jeweiligen Jahr anfallenden Gebühren für die Benutzung der Infrastruktur werden dem Verkehrsunternehmen unter den in § 4 a dieses Vertrages beschriebenen Voraussetzungen zusätzlich erstattet. Bei Leistungsmängeln verringert sich die Ausgleichszahlung (§ 5 Abs. 1 dieses Vertrages).

Zum Abgabetermin am 17.10.2007 legten fünf Bieter, darunter auch die Antragstellerin, insgesamt 5 Haupt- und 2 Nebenangebote vor. Die Beigeladene lag an erster Stelle, die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot an zweiter Stelle. Das Ergebnis der Auswertung legten die Antragsgegnerinnen mit Vermerk vom 14.11.2007 nieder. Danach war das Angebot der Beigeladenen mit weitem Abstand am günstigsten. Nach dem Angebot der Beigeladenen fielen im Gegensatz zu den übrigen Haupt- und Nebenangeboten bereits ab 2011 keine Ausgleichszahlungen mehr an. Im Allgemeinen Teil des Angebotes teilte die Beigeladene mit, dass eine

Vertragsübernahme durch die B.-GmbH nach Zuschlagserteilung beabsichtigt sei, die wiederum beabsichtige, die Verkehrsleistung an eine neu zu gründende, regional verankerte Betreibergesellschaft zu übertragen. In einer Vorinformation wurde weiter mitgeteilt, dass die Vertragsübernahme die Zustimmung der Antragsgegnerinnen voraussetze und für den Fall der Verweigerung der Zustimmung die Beigeladene berechtigt und verpflichtet bleiben solle. Weiter wurden die Antragsgegnerinnen davon in Kenntnis gesetzt, dass die Beigeladene den Bereich „Expansion“ in die B.-GmbH ausgegliedert habe, aber ohne die Beteiligtenstellung im vorliegenden Ausschreibungsverfahren. Mit Vertrag vom 25.5.2007 vereinbarten die Beigeladene und die B-GmbH, dass die B.-GmbH im Falle des Zuschlags einen Antrag auf Umschreibung stellen werde und bei Nichtgenehmigung sich die B.-GmbH verpflichtet, der Beigeladenen das Personal sowie alle notwendigen Gegenstände und Materialien sowie Finanzmittel, welche für die Ausführung des Auftrages notwendig sind, zur Verfügung zu stellen.

Mit Schreiben vom 30.11.2007, eingegangen bei der Antragstellerin am 30.11.2007, teilte die Vergabestelle mit, dass das Hauptangebot der Antragstellerin an zweiter und das Nebenangebot an dritter Stelle läge, nicht berücksichtigt werden könne und der Zuschlag an die Beigeladene erteilt werden solle. Maßgeblich seien insbesondere preisliche Gründe gewesen. Selbst wenn die Antragstellerin bei der Bewertung der Bereiche Fahrzeuge, Qualität und Verkehrsstationen die volle Punktzahl erhalten hätte, hätte sie den Abstand zum an erster Stelle liegenden Angebot nicht ausgleichen können.

Die Antragstellerin rügte daraufhin durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom gleichen Tage diese Vergabeentscheidung. Die Beigeladene sei eine 100%ige Tochter der HGV, deren Anteile zu 100% in der Hand der Stadt H. lägen. Gesellschaftszweck der Beigeladenen sei die Versorgung der Stadt H. sowie des Umlandes mit öffentlichem Personennahverkehr. Aus den öffentlich zugänglichen Geschäftsberichten der Beigeladenen ergebe sich, dass diese seit Jahren ein strukturelles Defizit von 60 Mio. € erwirtschaftete, welches durch einen Verlustausgleich im Rahmen des konzerninternen Unternehmensverbundes aufgrund eines Ergebnisabführungsvertrages ausgeglichen werde. Letztlich

übernehme damit die Stadt H. das mit der Erfüllung von Aufgaben des öffentlichen Personennahverkehrs in der Stadt H. verbundene Einnahmerisiko. Es verstoße gegen fundamentale Prinzipien des fairen Wettbewerbs, wenn ein derart durch finanzielle Ausgleichsleistungen eines öffentlichen Auftraggebers gestärktes Verkehrsunternehmen in Konkurrenz zu privatwirtschaftlich arbeitenden Unternehmen trete. Nach der Rechtsprechung des EuGH müsse ein solches Unternehmen, welches über In-House Geschäfte verfüge, seine Leistung im wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber erbringen. Die In-House-Vergabe stehe einer Marktausrichtung eines Unternehmens entgegen. Dies sehe die VO (EG) Nr. 1370/2007, welche ab 2009 in Kraft trete, in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b und c ausdrücklich vor. Der EuGH habe sich hinsichtlich der Frage, ob eine vorherige Wettbewerbsteilnahme des zu beauftragenden Unternehmens eine spätere „Inhouse“ - Beauftragung ausschließe, mit Beschluss vom 11.05.2006, Az: Rs. C-340/04 dahingehend festgelegt, dass eine im Zeitpunkt der „Inhouse“ - Vergabe bestehende Wettbewerbsausrichtung einer „Inhouse“ - Beauftragung entgegenstehe. Im Umkehrschluss müsse daher gelten, dass einem Unternehmen, das einen „Inhouse“ - Auftrag inne habe, die Teilnahme an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren verwehrt werden müsse. Das Erfordernis, dass der In-House-Anbieter praktisch ausschließlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig sei, solle gerade verhindern, dass ein so gestärkter Konkurrent in Wettbewerb zu anderen privaten Anbietern treten könne.

Die Pressestelle der Beigeladenen teilte in einer Pressemitteilung vom 02.12.2007 mit, dass in dem vorliegenden Vergabeverfahren der Zuschlag „an die B.-GmbH“ erfolgen solle. Für den Betrieb werde die B.-GmbH ein eigenes Eisenbahnverkehrsunternehmen vor Ort gründen.

Daraufhin monierte die Antragstellerin mit Schreiben vom 07.12.2007, dass offensichtlich der Auftrag nicht durch den Bieter durchgeführt werden solle, dem ausweislich der Vorabinformation vom 30.11.2007 der Zuschlag erteilt werden solle. Eine Auswechslung des Bieterunternehmens zwischen Angebotsabgabe und Zuschlag sei unzulässig (OLG Düsseldorf vom 18.10.2006 – Verg 30/06 = VergabeR 2007, 92), weil der Austausch des künftigen Auftragnehmers zu einer unzulässigen

Änderung des Angebotsinhaltes und zu einer Intransparenz führe. Unzulässig sei es aber auch, wenn unmittelbar nach Zuschlagserteilung der Vertrag auf die B.-GmbH übergeleitet werden solle, weil dann die Beigeladene nur Vermittlerin des Auftrags sei (BayObLG vom 29.10.2004 – Verg 22/04 = VergabeR 2005, 74). Auch sei die Auswechslung des Auftragnehmers nach Zuschlagserteilung als Vergabe eines neuen Auftrages zu werten, so dass eine unzulässige Direkt-Vergabe erfolgen solle. Die Ausgliederung des „Expansionsgeschäftes“ auf die B.-GmbH durch die Beigeladene führe dazu, dass der Beigeladenen wegen der fehlenden Kapazität die Eignung fehle. Der rein formale Zuschlag an die Beigeladene stelle eine Umgehung der Rechtsprechung zur Bieteridentität dar.

Die Antragsgegnerinnen wiesen die Rügen der Antragstellerin mit Schreiben vom 6.12. und 11.12.2007 zurück, baten aber die Beigeladene um Aufklärung bezüglich der Pressemitteilung. Die Beigeladene bestätigte mit Schreiben vom 11.12.2007 ihre bisherigen Angaben zu den Firmenverhältnissen.

Mit Fax vom 12.12.2007 stellte daraufhin die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung mit dem Ziel, eine Untersagung der Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen und eine erneute Wertung der Angebote zu erreichen.

Die Antragsgegnerinnen haben beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Zur Begründung führten sie aus, dass eine von der Antragstellerin vermutete Auswechslung des Bieters während des Vergabeverfahrens nicht stattgefunden habe. Die Ausgliederung des Expansionsbetriebes der Beigeladenen in die B. - GmbH habe sich nicht auf die Beteiligtenstellung im hiesigen Verfahren bezogen. Der Ausgliederungsvertrag entfalte nur Binnenwirkung zwischen der Beigeladenen und der B. – GmbH; die Beigeladene sei keinesfalls lediglich Vermittlerin. Die Beigeladene verfüge nach Prüfung auch über ausreichende Kapazitäten, welche im übrigen nicht bis Angebotsabgabe nachzuweisen gewesen seien.

Das Angebot der Beigeladenen sei nicht wegen „unzulässiger Wettbewerbsteilnahme“ vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die VO (EG) Nr. 1370/2007 sei noch nicht in Kraft. Letztlich wende sich die Antragstellerin gegen eine in der Vergangenheit liegende möglicherweise zu Unrecht erfolgte In-House-Vergabe. Es sei aber schon faktisch unmöglich, dass die öffentlichen Auftraggeber die Rechtmäßigkeit sämtlicher zuvor an die Bieter vergebener Aufträge überprüfen müssten. Vorliegend hätten die Antragsgegnerinnen schon keine Kenntnis darüber, ob die Beigeladene zur Erbringung der Verkehrsdienstleistungen in H. den Auftrag im Wege eines „Inhouse-Geschäfts“ erhalten habe. Zudem fehle der enge zeitliche Zusammenhang zwischen In-House-Auftrag und Teilnahme an der Ausschreibung. Außerdem lasse sich aus der Tatsache, dass die Verordnung in ihrem Art. 5 Abs. 2 Buchst. b und c Regelungen enthalte, die einem sog. „internen Betreiber“ die anschließende Teilnahme an Wettbewerben außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Aufgabenträgers im Grundsatz verbiete, im Gegenteil ableiten, dass eine solche Wettbewerbsteilnahme ohne eine entsprechende Regelung zulässig sei. Denn ansonsten entfielen die Regelungsnotwendigkeit der neuen Verordnung.

Bei der Beigeladenen handele es sich auch nicht um eine Bieterin, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen habe. Es sei unerfindlich, welchen Wettbewerbsvorteil die Beigeladene aus dem Ausgleich von Verlusten in H. für ihre Kalkulation im hiesigen Verfahren ziehen solle. Es bestehe auch keine Verpflichtung zur Überprüfung, ob Beihilfen europarechtskonform gewährt würden (OLG Düsseldorf vom 26.7.2002 – Verg 22/02).

Die Vergabekammer wies mit Beschluss vom 29.2.2008 den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurück. Zur Begründung führte die Vergabekammer aus, dass sie für den vorliegenden Antrag sachlich nicht zuständig sei. Der vorgesehene Verkehrsdurchführungsvertrag sei als Dienstleistungskonzession einzustufen. Die Kennzeichen einer Konzession lägen vor, da das Verkehrsunternehmen durch den abzuschließenden Vertrag eindeutig die Übertragung des Rechts zur Verkehrsdienstleistung für den Raum R. inkl. Donautalbahn umfasse und darüber hinaus der Konzessionär zum überwiegenden Teil das wirtschaftliche Nutzungsrisiko

trage. Die Tatsache, dass die Auftraggeberin dem künftigen Verkehrsbetrieb die vertragsgemäß in § 4 des Verkehrsdurchführungsvertrages zugesagten Ausgleichszahlungen zahle, stelle nicht die Zahlung einer Vergütung oder einen vergleichbaren geldwerten Vorteil dar. Selbst wenn man zu der Auffassung kommen sollte, dass die Zahlung der Ausgleichszahlungen als Gegenleistung zu bewerten wäre, würde dies an der Einordnung des Vertrages als Dienstleistungskonzession nichts ändern, da das wirtschaftliche Risiko im Wesentlichen beim Konzessionär verbleibe. So deckten die Zuschüsse im Fall der Beigeladenen für das Kalenderjahr 2011 lediglich 3,3 % der prognostizierten Betriebskosten, danach entfielen sie vollständig.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde, mit welcher sie die Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer, die Untersagung der Zuschlagserteilung an die Beigeladene und die erneute Wertung der Angebote erreichen will. Nach der mündlichen Verhandlung beantragte die Antragstellerin hilfsweise, der Antragsgegnerin zu untersagen, einer Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Verkehrsdurchführungsvertrag auf die B.-GmbH oder einer ihrer Tochtergesellschaften zuzustimmen. Weiter regte sie an, dem Europäischen Gerichtshof gem. Art.234 EG die Frage vorzulegen, ob die Einhaltung des 2. „Teckal-Kriteriums“ von einem Wettbewerber auf Drittmärkten durchgesetzt werden kann.

Sie trägt zusätzlich zum bisherigen Vorbringen vor, es handele sich um einen Dienstleistungsauftrag und nicht um eine Dienstleistungskonzession. Voraussetzung für das Vorliegen einer Konzession sei, dass die Verwertung des Rechts originär Sache des Auftraggebers sei. Die Antragsgegnerin zu 1 könne aber nicht entscheiden, ob sie die Handlung selbst vornehme, da sie lediglich für die Planung zuständig sei. Sie könne sich lediglich entscheiden, ob sie dem Verkehrsunternehmen vertraglich das Fahrgeldeinnahmerisiko zuweise (Nettovertrag) oder ihm einen Bruttoausgleich zahle, der die Kosten der gesamten Verkehrsleistung abdecke, wobei die Einnahmen dann dem Aufgabenträger zufließen. Das Verhältnis von Zuschuss und Fahrgelderlösen sei ex ante zu prognostizieren. Im öffentlichen Personennahverkehr werde eine Dienstleistungskonzession

angenommen, wenn die festgeschriebenen Ausgleichszahlungen jährlich lediglich 4 bis 9 % des prognostizierten Gesamtaufwands deckten. Die Vergabekammer übersehe, dass die vom Aufgabenträger getragenen Infrastrukturentgelte einen erheblichen Kostenfaktor bei der Erbringung von Verkehrsleistungen ausmachen. Damit erhöhe sich der Zuschuss auf nahezu oder über 50 % der Gesamtkosten. Die vergaberechtliche Rechtsprechung habe bislang auch Nettoverträge im Schienenpersonennahverkehr als Dienstleistungsaufträge qualifiziert (OLG Koblenz vom 5.9.2002 – 1 Verg 2/02 = VergabeR 2002, 617). Die Annahme einer Dienstleistungskonzession könne zudem nicht davon abhängen, in welcher Größenordnung die Bieter die Fahrgelderlöse prognostizierten. Maßgebend sei vielmehr, dass der Vertrag ohne Bezuschussung durch den öffentlichen Auftraggeber nicht erfüllbar sei.

Nach Gewährung von Akteneinsicht hat die Antragstellerin weiter gerügt, dass die bemaßte Skizze nach Ziffer 4.7 bei Angebotsabgabe nicht vorgelegen habe, die Darstellung des eigenen Datenerhebungssystems nach Ziffer 5.2.1 gefehlt habe und dass die Daten der DB-Netz AG nur als Rückfallebene bezeichnet worden seien. Weiter wird das Fehlen von Eignungsnachweisen der B.-GmbH gerügt sowie die fehlende Darstellung, wie bei Nichtzustimmung der Antragsgegnerinnen zur Übertragung der Zugriff auf Kapazitäten der B.-GmbH erfolgen solle. Desweiteren liege ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vor.

Die Antragsgegnerinnen beantragen die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde.

Sie tragen zusätzlich vor, es liege eine Konzession vor. Bei einem Brutto-Vertrag erhalte das Verkehrsunternehmen einen Zuschuss, der das jeweils entstehende Defizit zwischen den Kosten und den vom Unternehmen vereinnahmten Fahrgeldeinnahmen ausgleiche. Das Erlösrisiko werde daher vom Auftraggeber getragen. Beim Netto-Vertrag – wie hier – erhalte das Verkehrsunternehmen dagegen einen festen Betrag für ein bestimmtes festgelegtes Verkehrsangebot. Darüber hinausgehende Erlöse seien eine Gewinnmöglichkeit, dahinter zurückbleibende Erlöse ein Verlustrisiko. Die konkrete Ausschreibung betreffe einen

Netto-Vertrag. Das Recht zur Übertragung der Nutzung schließe die Befugnis ein, die Leistung selbst erbringen zu dürfen.

Zu den weiteren Verstößen tragen die Antragsgegnerinnen vor, dass grundsätzlich nur Verstöße gegen die §§ 8a und 28a VOL/A sowie gegen die vergaberechtlichen Grundsätze geltend gemacht werden könnten (OLG Stuttgart vom 7.6.2004 – 2 Verg 4/04). Die bemaßte Skizze sei dem Angebot der Beigeladenen als Anlage 27 beigefügt gewesen; die Darstellung aller Sitzteiler sei nicht verlangt worden. Die Beigeladene habe erklärt, auf die Daten der DB Netz AG zuzugreifen; die Zweifel der Antragsgegnerinnen seien durch zulässige Verhandlungen nach § 24 VOL/A ausgeräumt worden. Eignungsnachweise für die B.-GmbH seien ebensowenig verlangt worden wie die Kapazitätszusage; zudem sei in der Ausschreibung die Beschaffung der Betriebsmittel bis zum 12.12.2010 vorgesehen. Die Prüfung habe ergeben, dass kein Missverhältnis vorliege; die Beigeladene habe sowohl Kosten als auch Einnahmen nachvollziehbar kalkuliert

Die Beigeladene trägt vor:

Die Auffassung der Vergabekammer in ihrem Beschluss vom 29.2.2008, nicht die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, sondern eine Vergabe einer Dienstleistungskonzession stehe in Rede, sei vertretbar. Der Antragstellerin sei darin zuzustimmen, dass für die Annahme einer Dienstleistungskonzession es nicht auf die Höhe des zu leistenden Zuschussbetrages ankommen könne. Dass die ausgewählten Verkehrsunternehmen im vorliegenden Fall einen Zuschussbetrag in nennenswerter Höhe erhalten sollten, stehe der Einordnung des hiesigen Vorgangs als Dienstleistungskonzession nicht entgegen. Denn dieser Zuschuss werde nicht geleistet, um das Verkehrsunternehmen vom Betreiberrisiko zu entlasten, sondern diene dazu, der öffentlichen Verantwortung im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge dadurch gerecht zu werden, dass über den zu leistenden Zuschuss für die Fahrgäste bezahlbare Fahrpreise ermöglicht werden würden.

Die Bieterstellung der Beigeladenen sei durch die Ausgliederung des Expansionsgeschäftes nicht tangiert worden, weil die Ausgliederung zeitlich vor

Abgabe des Angebotes erfolgt sei. Der notarielle Vertrag zeige, dass die Bieterstellung der Beigeladenen nicht Gegenstand der Ausgliederung gewesen sei. Es heiÙe ausdrücklich, dass die Ausgliederung nicht schwebende Vertragsverhandlungen bzw. die entsprechenden Verfahren im Hinblick auf neue Verkehrsprojekte enthalte. Die Beigeladene habe ihre Bieterstellung auch nicht durch andere Akte auf die B.-GmbH übertragen.

Die Eignung der Beigeladenen sei von der Vergabestelle festgestellt worden. Die Ausgliederung habe keinerlei Auswirkung auf die Eignung der Beigeladenen. Die B.-GmbH habe sich ausdrücklich dazu verpflichtet, der Beigeladenen alle für die Vertragserfüllung notwendigen Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Eine mögliche Vertragsübernahme unmittelbar nach Zuschlagserteilung könne nicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gerügt werden.

Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen unzulässiger Wettbewerbsteilnahme könne nicht erfolgen. Bis zum Inkrafttreten der EU Verordnung sei die Wettbewerbsteilnahme sogenannter interner Betreiber zulässig. Es bestehe auch keine Verpflichtung, etwa zu niedrige Angebotspreise um etwaige europarechtswidrige Beihilfen zu bereinigen, wie § 25a Nr. 2 Satz 1 VOL/A zeige.

Die nachträglichen Rügen griffen nicht durch.

II.

Die zulässige Beschwerde erwies sich als unbegründet.

- A. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern nach § 102 GWB ist eröffnet, da der ausgeschriebene Verkehrsdurchführungsvertrag eine zu erbringende Dienstleistung und keine Dienstleistungskonzession beinhaltet.

Gemäß Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG sind unter Dienstleistungskonzessionen Verträge zu verstehen, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind öffentliche Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich der RL 92/50 und damit vom Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen (EuGH vom 18.7.2007 – C-382/05 m.w.N.). Ob Verträge als Dienstleistungskonzessionen einzustufen sind oder nicht, ist anhand des Gemeinschaftsrechts zu beurteilen. Der EuGH hat schon mehrfach entschieden, dass sich aus der Definition in Art. 1 a RL 92/50 ergibt, dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne dieser Richtlinie eine Gegenleistung umfasst, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird (EuGH aaO; EuGH vom 13.10.2005 – C-458/03). Zum anderen hat der EuGH dann eine Dienstleistungskonzession angenommen, wenn die vereinbarte Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung besteht und impliziert, dass er das mit den fraglichen Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko trägt (EuGH vom 18.7.2007 – C-382/05; EuGH vom 13.10.2005 – C-458/03). In einer weiteren Entscheidung hat es der EuGH als charakteristisch für eine öffentliche Dienstleistungskonzession bezeichnet, dass der öffentliche Verkehrsdienst im Gebiet einer Gemeinde zumindest teilweise über den Kauf von Fahrkarten durch die Benutzer finanziert wird (EuGH vom 6.4.2006 – C-410/04). Allerdings hat sich der EuGH nicht mit der Frage zu befassen gehabt, welche Höhe von dem Auftraggeber geleistete Zuschüsse erreichen dürfen.

Grundsätzlich hindert die Zahlung eines Zuschusses die Annahme einer Dienstleistungskonzession nicht (vgl. OLG Karlsruhe vom 13.7.2005 - 6 W 35/05, Willenbruck/Bischoff Vergaberecht § 99 GWB Rn.54). In Rechtsprechung und Literatur wird als ein geeignetes Abgrenzungskriterium zwischen Dienstleistung oder Dienstleistungskonzession die Höhe des Anteils der Ausgleichszahlungen bzw. des Zuschusses an den prognostizierten Gesamtkosten angesehen. So hat das Oberlandesgericht Karlsruhe (a.a.O.) entschieden, dass bei einem Zuschuss von bis zu 9 % des prognostizierten Gesamtaufwandes das wirtschaftliche Risiko im überwiegendem Umfang bei dem Verkehrsunternehmen verbleibt, so dass das dort ausgeschriebene Angebot nicht als Dienstleistung einzustufen war. Insoweit die Ansicht vertreten wird, dass bei einem Verlustausgleich ex ante das wirtschaftliche Risiko bei dem Verkehrsunternehmen verbleibt, da es letztendlich darauf angewiesen ist, dass die kalkulierten Fahrgelderlöse erzielt werden können, wird dann das Bestehen eines eigenen Finanzierungsrisikos in Frage gestellt, wenn mehr als 50 % der Kosten des Verkehrsunternehmens im Wege von Ausgleichszahlungen bestritten werden (vgl. Tödtmann Aktuelle Rechtsfragen zum öffentlichen Personennahverkehr NVwZ 2008,1). Es ist jedenfalls grundsätzlich darauf abzustellen, ob der Auftraggeber bei der Ausschreibung das wirtschaftliche Risiko ganz oder zum überwiegenden Teil auf den Auftragnehmer überträgt.

Die konkret ausgeschriebene Vertragsleistung beinhaltet nicht nur das Recht und die Pflicht des Verkehrsunternehmens die Verkehrsdienstleistung zu erbringen. Der Vertrag sieht neben der Erstattung der Infrastrukturnutzungsentgelte auch Ausgleichszahlungen zur Abgeltung des Zuschussbedarfs vor. Die vorliegende Vertragsgestaltung beinhaltet einen Verlustausgleich ex ante, das heißt, der prognostizierte Verlust wird seitens des Auftraggebers ausgeglichen. Damit kann die Bereitschaft des Verkehrsunternehmens, das wirtschaftliche Risiko teilweise oder zum überwiegenden Teil zu übernehmen, nicht vor Abgabe der Angebote

festgestellt werden. Nach dem ausgeschriebenen Verkehrsdurchführungsvertrag kann der Anteil der Zuschussleistungen (ohne Infrastrukturkosten) theoretisch zwischen 0 und 100 % der prognostizierten Betriebskosten liegen. Die Zuschüsse sind weder betragsmäßig noch prozentual begrenzt. Die Frage, inwieweit der Unternehmer bereit ist, ein wirtschaftliches Risiko zu übernehmen, kann erst nach Auswertung der Ausschreibungen anhand von Unterlagen und Angeboten beantwortet werden.

Aus Rechtssicherheitsgründen ist es geboten, dass vor Ausschreibung die Verfahrensart und die Nachprüfungsmöglichkeiten feststehen. Kann eine sichere Aussage über die Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht getroffen werden, und besteht deshalb die Möglichkeit, dass das wirtschaftliche Risiko in nennenswertem Umfang beim Auftraggeber verbleibt, ist im Interesse eines fairen und transparenten Wettbewerbs von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen. Es bestünde sonst die Möglichkeit, dass ein Auftrag, der sich nach Angebotabgabe als Dienstleistungsauftrag herausstellt, nicht ausgeschrieben und zu Unrecht dem Vergaberecht entzogen worden ist.

- B. Die Beigeladene ist Bieterin. Sie hat das Angebot weder als Vertreterin noch als Vermittlerin abgegeben. Eine Bieterauswechslung ist nicht erfolgt.
- I. Aus dem Angebotsschreiben der Beigeladenen vom 16.10.2007 geht für den Empfänger eindeutig hervor, dass die Beigeladene das Angebot in eigenem Namen und nicht als Vertreterin ihrer Tochtergesellschaft abgeben will. Im Schreiben heißt es unter anderem: „Angebot der H. AG“, „Die H. AG gibt das anliegende Angebot ab.“. Weiter ist das Schreiben von zwei Vorständen der Beigeladenen unterzeichnet worden.

Der Umstand, dass die Anfragen der Bieterin weitgehend von der B-GmbH formuliert worden sind, ist unbeachtlich. Die Geschäftsführer der B-GmbH, die daneben auch leitende Funktionen bei der Beigeladenen wahrnehmen.

sind in den Angebotsschreiben ausdrücklich als Ansprechpartner benannt worden. Es steht im Übrigen einem Bieter frei, mit der Durchführung der Bieteranfragen dritte Personen zu beauftragen.

Das Angebot der Beigeladenen sieht als Partei des abzuschließenden Vertrages die Beigeladene vor. Die Beigeladene legte die Absicht offen, nach Zuschlag die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf die B-GmbH zu übertragen, sowie die Absicht der B-GmbH nach Übertragung eine Projektgesellschaft zu gründen. Dadurch wird weder die Bieterstellung der Beigeladenen noch die Identität zwischen Bieter und Vertragspartner in Frage gestellt. Die Beigeladene will, wie sich aus dem Angebot ergibt, Vertragspartnerin werden und dann die Rechte und Pflichten des Vertrages auf eine Tochtergesellschaft übertragen. In § 3 des ausgeschriebenen Verkehrsdurchführungsvertrags ist die Möglichkeit der Übertragung der Rechte und Pflichten auf eine Projektgesellschaft ausdrücklich vorgesehen.

Insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt von dem Beschluss des BayObLG vom 29.10.2004, Verg 22/04. Dort benannte der Bieter im Angebot ein anderes Unternehmen als Vertragspartner. Daraus war zu folgern, dass der Bieter nicht selbst Auftragnehmer für die maßgebliche Vertragsleistung werden, sondern als Vermittler des Auftrags für den Dritten fungieren wollte.

Auch wenn die von der Beigeladenen kundgetane Absicht nicht vollends mit der Regelung in § 3 in Einklang steht, ändert dies nichts daran, dass die Beigeladene das Angebot im eigenen Namen abgegeben hat und Vertragspartnerin werden will. Die Beigeladene hat ihr Angebot auch nicht davon abhängig gemacht, dass die von ihr beabsichtigte Vertragsübertragung als vertragskonform anerkannt bzw. genehmigt wird. Sie hat vielmehr durch Vorlage des Vertrages vom 25.5.2007 und mit Schreiben vom 11.12.2007 klargestellt, dass sie im Falle, dass einer Übertragung nicht zugestimmt wird, die Leistungen selbst erbringen will und kann.

Lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass eine Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Verkehrsdurchführungsvertrag von der Beigeladenen auf die B-GmbH bedenklich erscheint, weil nur eine Übertragung auf eine Projektgesellschaft gestattet ist. § 3 gestattet im übrigen nach dem Verständnis des Senats nur eine einmalige Weiterübertragung von Rechten und Pflichten auf eine Projektgesellschaft, nicht aber weitere nachfolgende Übertragungen auf andere Gesellschaften.

II. Das Angebot war nicht wegen Bieterauswechslung auszuschließen.

Nach Abgabe des Angebotes darf keine Änderung der Bieterstellung erfolgen, und zwar auch nicht im Zuge von Nachverhandlungen gemäß § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A (OLG Düsseldorf vom 18.10.2006 – Verg 30/06).

Eine Bieterauswechslung nach Angebotsabgabe ist nicht erfolgt. Die Beigeladene hat in dem Angebot die Ausgliederung des sogenannten Expansionsgeschäftes auf die B-GmbH dargelegt. Die Ausgliederung erfolgte am 10.05.2007 vor Abgabe des Angebotes. Ungeachtet dessen hat die Beigeladene das Angebot abgegeben und ist als Bieterin aufgetreten. Der Zuschlag soll auch nicht an die Firma B-GmbH erfolgen, sondern an die Beigeladene. Die Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem ausgeschriebenen Vertrag ist bisher nur avisiert und wegen der fehlenden Gesellschafteridentität von der Zustimmung der Antragsgegnerinnen abhängig. Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene gewillt ist, die Vertragsübernahme ohne diese Zustimmung vorzunehmen, fehlen. Die Pressemitteilung der Beigeladenen vom 2. Dezember 2007 war objektiv unzutreffend, da nicht das Tochterunternehmen B-GmbH, sondern die Beigeladene den Zuschlag nach der Bieterinformation vom 30.11.2007 erhalten sollte. Auf Aufforderung der Vergabestelle hat die Beigeladene dies mit Schreiben vom 11.12.2007 auch richtig gestellt.

- III. Das Angebot der Beigeladenen war nicht wegen einer möglichen vorangegangenen In-House Vergabe auszuschließen.

Es ist zunächst festzustellen, dass weder eine gültige nationale Norm noch europarechtliche Verordnungen oder Vorgaben der Rechtsprechung bestehen, die einem Unternehmen, das möglicherweise einen In-House Auftrag erhalten hat, die Tätigkeit auf Drittmärkten verbietet.

1. Der Beteiligung eines intern beauftragten Unternehmens an Vergabeverfahren auf Drittmärkten stehen weder die Rechtsprechung des EuGH noch europarechtliche Vorschriften entgegen.

Der EuGH hatte sich bisher lediglich mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen eine so genannte In-House bzw. Direktvergabe zulässig ist. Als eine der Voraussetzungen für eine In-House Vergabe stellte der EuGH das Kriterium auf (2. „Teckal-Kriterium“), dass das Unternehmen, an das ein Lieferauftrag direkt vergeben werden soll, seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat (EuGH vom 18. 11. 1999 - C-107/98 - Teckal; EuGH vom 11.5.2006 – C- 340/04 Carbotermo). Weiter hat der EuGH entschieden, dass die Übertragung der Abfallbeseitigung auf eine zunächst zu 100% im Besitz der Gemeinde Mödling stehende Gesellschaft bei einer unmittelbar nach Übertragung erfolgten Anteilsveräußerung ausschreibungspflichtig ist (EuGH Urt. vom 10.11.2005 RS C-29/04 - Mödling).

Der EuGH hat sich bisher aber nicht dazu geäußert, ob ein Unternehmen, das einen Auftrag intern erhalten hat, als Konsequenz nicht auf Drittmärkten tätig werden darf. Die Rechtssache Mödling bietet darauf keine Antwort, da unmittelbar nach einer internen Beauftragung die Voraussetzungen eines In-House-Geschäftes in Wegfall gerieten. Aus der damaligen Entscheidung des EuGH, bei dieser Konstellation sei

der Auftrag auszuschreiben gewesen, kann nicht die Folgerung gezogen werden, dass ein Unternehmen, das möglicherweise vor vielen Jahren direkt mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen beauftragt worden ist, nunmehr auf Drittmärkten nicht mehr tätig werden darf. Es liegt nach Auffassung des Senates näher, nach einem möglichen Wegfall der Voraussetzung einer In-House Vergabe den intern vergebenen Auftrag in Frage zu stellen und nicht das Tätigwerden auf Drittmärkten.

Eine Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen, die sogenannte In-House-Aufträge ausführen, hätte erhebliche Folgen bei der Privatisierung der lange Zeit von der öffentlichen Hand wahrgenommen Aufgaben der Daseinsvorsorge. Der Kreis erfahrener Bieter wäre eingeschränkt, ein echter Wettbewerb auf diesem Markt gefährdet. Es ist Sache des europäischen Ordnungsgebers bzw. des nationalen Gesetzgebers, sofern sie Bedarf sehen, durch Verordnung oder Gesetz zu regeln, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen ein intern beauftragtes Unternehmen sich nicht an Ausschreibungen auf Drittmärkten beteiligen darf und ob ein Tätigwerden auf Drittmärkten Auswirkung auf den intern vergebenen Auftrag hat. Ohne entsprechende gesetzliche Grundlage kommt ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nicht in Betracht.

Die VO (EG) Nr.1370/2007, die in Art.5 Abs.2 vorsieht, dass ein interner Betreiber frühestens zwei Jahre vor Ablauf des direkt an ihn vergebenen Auftrags an fairen wettbewerblichen Vergabeverfahren teilnehmen kann, tritt erst zum 3.12.2009 in Kraft und sieht im übrigen vor, dass die Vergabe von Aufträgen für den öffentlichen Verkehr auf Schiene und Straße ab 3. Dezember 2019 im Einklang mit Artikel 5 erfolgen muss. Die Regelungen der Verordnung sprechen im übrigen eher dafür, dass ein Verbot für einen internen Betreiber, sich an Ausschreibungen auf Drittmärkten zu beteiligen, eines Rechtssetzungsaktes bedarf und kein unmittelbar anzuwendender europarechtlicher Grundsatz ist.

2. Auch aus nationalen Rechtsvorschriften kann ein Ausschlussgrund nicht hergeleitet werden.

Der Ausschluss nach § 7 Nr.6 VOL/A bezieht sich auf die genannten Einrichtungen sowie ähnliche Einrichtungen der öffentlichen Hand, die einem sozialpolitischen Zweck dienen. Die Vorschrift ist als Ausnahmegesetz grundsätzlich einer Analogie nicht zugänglich (vgl. OLG Düsseldorf 17.11.2004 VII- Verg 46/04)

Ein Ausschluss der Beigeladenen wegen Verstosses gegen den Grundsatz des Wettwerbes bzw. wegen unlauterer Verhaltensweise (§ 97 GWB, § 2 VOL/A) kommt nicht in Betracht. Da kein Verbot von Unternehmen der öffentlichen Hand an der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen besteht, kann sich eine unlautere Verhaltensweise nicht aus § 1 UWG ergeben. Die Teilnahme privatrechtlich organisierter Unternehmen der öffentlichen Hand an öffentlichen Ausschreibungen ist unter wettbewerbsrechtlichen Gründen auch außerhalb des eigenen Hoheitsbereichs des öffentlichen Trägers grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. Weyand Vergaberecht § 97 GWB Rn.173).

C. Die weiteren Rügen der Antragstellerin greifen nicht durch.

- I. Der Prüfungsmaßstab der Ausschreibung bestimmt sich nach § 1 a VOL/A Abschnitt 2. Die ausgeschriebene Dienstleistung stellt eine Dienstleistung nach Anhang I B zu VOL/A Abschnitt 2 dar. Nach § 1 a Abs. 2 Nr. 2 VOL/A Abschnitt 2 werden Aufträge, deren Gegenstände Dienstleistungen nach Anhang I B sind, nach den Bestimmungen der Basisparagrafen dieses Abschnitts und der §§ 8 a und 28 a vergeben.

Aus diesem klaren Wortlaut ergibt sich, dass sämtliche Basisparagrafen dieses Abschnittes anzuwenden sind. Der Auftraggeber bleibt bei der Vergabe an nationales Recht gebunden, so dass neben den europarechtlich

indizierten Regeln der §§ 8 a und 28 a VOL/A auch die Basisparagrafen gelten (Marx in Kulartz VOL/A § 1a VOL/A Rn.43)

Der Senat kann angesichts des klaren Wortlautes der Bestimmung der Auffassung nicht beitreten, dass nur die §§ 8 a und 28 a VOL/A anzuwenden sind. Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof hatte trotz der gegenteiligen Entscheidung des OLG Stuttgart (OLG Stuttgart vom 7.6.2004 – 2 Verg 4/04) nicht zu erfolgen. Zum einen handelt es sich bei der Stuttgarter Entscheidung um eine vorläufige Eilentscheidung, zum anderen ist die Frage im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich.

- II. Die Rüge, dass die Beigeladene die nach 4.7 der Leistungsbeschreibung verlangte Skizze nicht bzw. erst nach Aufforderung der Vergabestelle vorgelegt hat, greift nicht durch (§ 25 Abs.2 Nr.1 a, 21 Abs.1 Nr.1 S.1 VOL/A).

Die von der Beigeladenen als Anlage 27 zu ihrem Angebot vorgelegte Skizze genügt den in 4.7 aufgestellten Anforderungen. Neben der Darstellung der aufgeführten Mindestanforderungen an die Innenausstattung war die Vorlage einer bemaßten und leserlichen Skizze gefordert worden. Der Vorgabe kann nicht entnommen werden, dass die Skizze zur Überprüfung sämtlicher Mindestanforderungen dienen muss, insbesondere dass jede Sitzgruppe mit einer Bemaßung zu versehen ist. Die Skizze Anlage 27 ist maßstabsgerecht und leserlich. Sie enthält insbesondere Angaben zu Sitzen, Fensterteilern und Bestuhlung.

Da die eingereichte Skizze 27 den Anforderungen entsprach, stellt die Ergänzung der Skizze mit Schreiben vom 12.11.2007 keine unzulässige Ergänzung des Angebots, sondern eine nach § 24 Abs.1 VOL/A zulässige Aufklärung dar. Die nachgereichten Skizzen enthalten außer der Eintragung weiterer Bemaßungen keine inhaltlichen Änderungen.

- III. Die Angaben der Beigeladenen zur Ermittlung der Pünktlichkeitsdaten entsprechen den Ausschreibungsbedingungen.

Nach Ziffer 5.2.1 sind die Daten entweder von der DB Netz AG zu beziehen oder von dem Verkehrsunternehmen selbst zu erheben, wobei für letzteren Fall, die Art und Weise der Datenerhebung und das Format der Datenlieferung näher darzustellen ist.

Die Beigeladene hat auf Seite 51 ihres Angebots ausgeführt, dass eine automatische tägliche Generierung der Daten aus dem eigenen Betriebsleitsystem erfolgt und die Daten aus dem Leitsystem der DB Netz AG zur Verfügung stehen. Weiter erklärt die Beigeladene auf Seite 60, dass die Daten von der DB Netz erfasst und täglich geliefert werden sowie entsprechend den Ausschreibungsbedingungen nach 5.2.1 aufbereitet werden. Daraus geht hervor, dass die Beigeladene die Daten der DB-Netz beziehen und verwenden will. Die Anfrage der Vergabestelle vom 30.10.2007 diente der Beseitigung möglicher Zweifel über die Verwendung eigener Daten oder der bezogenen Daten für den Qualitätsbericht. Die Antwort der Beigeladenen vom 12.11.2007 beinhaltet keine Änderung des Angebots, sondern lediglich eine Klarstellung.

- IV. Das Angebot der Beigeladenen war nicht nach § 25 Nr.2 Abs.1 VOL/A mangels Leistungsfähigkeit auszuschließen.

Die Beigeladene hat zur Darstellung ihrer finanziellen und fachlichen Leistungsfähigkeit ausweislich des Angebots auf die eigene finanzielle und fachliche Leistungsfähigkeit verwiesen und nicht auf Leistungen oder Einrichtungen der B-GmbH zurückgegriffen. Die Vergabestelle hat die finanzielle und fachliche Leistungsfähigkeit der Beigeladenen nach Prüfung der Unterlagen bejaht. Die Bewertung der Vergabestelle, dass die Beigeladene aufgrund ihrer Erfahrung mit dem Betrieb einer U-Bahn und mit Verkehrs- und Tarifkooperationen sowie der vorgelegten Genehmigung als Eisenbahnverkehrsunternehmen auch fachlich geeignet ist, ist nicht zu

beanstanden.

Auch die Übertragung des Expansionsgeschäftes auf die B-GmbH begründet keine Zweifel an der Eignung der Beigeladenen zur Durchführung des Auftrags. Zusätzlich hat die Beigeladene den Vertrag mit der B-GmbH vom 25.5.2007 vorgelegt, wonach sich die B-GmbH verpflichtet, für den Fall, dass einer Umschreibung des Vertrags nicht zugestimmt wird, das Personal und die Finanzmittel zur Durchführung des Auftrages zur Verfügung zu stellen.

Es bedurfte nach den Teilnahmebedingungen keiner Vorlage von Leistungsnachweisen der B-GmbH, da nach den Teilnahmebedingungen Leistungsnachweise nur für Subunternehmer gefordert wurden.

V. Das Angebot war nicht nach § 25 Nr.3 Abs.1 VOL/A auszuschließen.

Es kann offen bleiben, ob die Vorschrift bieterschützend ist, da keine Anhaltspunkte vorliegen, dass der Gesamtpreis in einem offenbaren Missverhältnis zu der Leistung steht.

Die Vergabestelle hat nach umfassender Prüfung ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung verneint. Bei der Überprüfung der einzelnen Positionen wurden keine Anhaltspunkte gefunden, dass die kalkulierten Kosten nicht kostendeckend sein dürften. Hinsichtlich der kalkulierten Einnahmen ergab sich, dass die Beigeladene zwar im Vergleich zu den anderen Bietern die höchsten Einnahmen ansetzt, diese jedoch nicht weit über den am zweithöchsten kalkulierten Einnahmen liegen.

D. Der Anregung der Antragstellerin, dem EuGH gemäß Art. 234 EG die Frage vorzulegen, ob die Einhaltung des 2. „Teckal-Kriteriums“ von einem Wettbewerber auf Drittmärkten durchgesetzt werden kann, konnte nicht gefolgt werden, da die Voraussetzungen für die Vorlage nach Art. 234 EG Vertrag nicht gegeben sind. Der Gerichtshof entscheidet im Wege der

Vorabentscheidung nur über die Auslegung des EG-Vertrags oder über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der EZB, sowie über die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit diese Satzungen dies vorsehen. Vorliegend geht es aber nur um ein von der Rechtsprechung selbst entwickeltes Kriterium.

- E. Dem Hilfsantrag konnte nicht entsprochen werden. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens kann nur die Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung bzw. des beabsichtigten Zuschlags überprüft werden (§ 102 GWB), nicht aber Fragen der späteren Vertragsabwicklung.
- F. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung der §§ § 97 Abs.1, 101 Abs. 1 ZPO; sie umfasst auch die Kosten des Verfahrens nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB. Die Festsetzung des Geschäftswertes des Beschwerdeverfahrens wird gemäß § 50 Abs. 2 GKG auf 5 % der Bruttoauftragssumme der Antragstellerin festgesetzt.

Vavra

Vorsitzende Richterin

am Oberlandesgericht

Willner

Richterin

am Oberlandesgericht

Rieger

Richter

am Oberlandesgericht

Leitsatz:

RL 2004/18/EG Art. 1 Abs. 4

GWB § 99 Abs. 4

Kann eine sichere Aussage über die wirtschaftliche Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht getroffen werden, und besteht deshalb die Möglichkeit, dass das wirtschaftliche Risiko in nennenswertem Umfang beim Auftraggeber verbleibt, ist im Interesse eines fairen und transparenten Wettbewerbs von einem Dienstleistungsauftrag und nicht einer Dienstleistungskonzession auszugehen.

OLG München, Vergabesenat

Beschluss vom 21.5.2008

Verg 5/08