

69d - VK - 03/2016

Leitsätze:

1. An die Schadensdarlegung gemäß § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Sie muss lediglich schlüssig sein und ein Schaden muss denkbar sein. Eine völlig vage und pauschale Behauptung einer Rechtsverletzung reicht jedoch nicht aus.
2. Die Frist zur Vorabbekanntmachung gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 i.V.m. § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG dient dazu, dass potentielle Betreiber eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes angemessen auf die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für Personenverkehr reagieren können; sie dient nicht dem Konkurrentenschutz. Die Klärung der Frage, ob die Auftraggeber zuvor geprüft haben, ob eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen möglich ist, gehört deshalb nicht zum Prüfungsumfang im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff GWB.

Stichworte: Anforderung an die Schadensdarlegung; Vorabbekanntmachungsfrist zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungen für Personenverkehr; Prüfungsumfang im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren hinsichtlich Verkehrsbedienung

Normen: § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB, Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 i.V.m. § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG

Streitgegenstand: Buspersonennahverkehr,
offenes Verfahren nach VOL/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

_____e-

- Antragstellerin-

gegen



- Antragsgegner -

wegen: Vergabeverfahren über Buspersonennahverkehr [REDACTED]
[REDACTED]

offenes Verfahren nach VOL/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden, Regierungsdirektor Harnisch, die hauptamtliche Beisitzerin, Regierungsdirektorin Roth, und den ehrenamtlichen Beisitzer, Regierungsoberrat Wentz, ohne mündliche Verhandlung am 21. Januar 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird nicht übermittelt.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.

Gründe

I.

Mit Vorinformation vom 28. Oktober 2014 hat der Antragsgegner seine Absicht, im offenen Verfahren die Vergabe von Verkehrsdienstleistungen im Buspersonennahverkehr einzuleiten, europaweit vorabbekanntgemacht (EU-ABl. [REDACTED] HAD-Ref.: [REDACTED]: Ausschreibung [REDACTED]. Diese Vorabbekanntmachung betrifft u.a. das Linienbündel [REDACTED] ab dem Fahrplanjahr 2017.

Mit Auftragsbekanntmachung vom 26. September 2015 hat der Antragsgegner diese Dienstleistung im offenen Verfahren nach VOL/A europaweit ausgeschrieben (EU-ABl. [REDACTED] AKZ: [REDACTED]. Der Auftrag wurde in Losen aufgeteilt, wobei jedem Los ein bestimmtes lokales Linienbündel zugeordnet wurde; Los 3 enthielt das Linienbündel [REDACTED]

Daraufhin gab die Antragstellerin mit Schreiben vom 4. November 2015 einen Tag vor dem Ende der Frist für den Eingang der Angebote ein Angebot zu diesem Los bzw. Linienbündel ab.

Im Anschluss an die Bieterinformation vom 30. November 2015, wonach ihrem Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden sollte, rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 7. Dezember 2015 die Vorabbekanntmachung. Diese würde den Anforderungen von §§ 8a Abs. 2, 12 Abs. 6 BPefG nicht genügen.

Der Antragsgegner erklärte ihr mit Schreiben vom 9. Dezember 2015, er zieht die vorliegende Bieterinformation zurück und erteilt keinen Zuschlag ohne erneute Bieterinformation.

Am 18. Dezember 2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, die Vorabbekanntmachung durch Korrekturbekanntmachung vom selben Tage (HAD-Ref.: [REDACTED] V-Nr./AKZ: [REDACTED] berichtigt zu haben, so dass ihre Rüge sich erledigt habe; eine Rechtsbehelfsbelehrung war beigefügt. Die Korrekturbekanntmachung bezog sich nicht auf das Linienbündel [REDACTED] (Los 3).

Am 28. Dezember 2015 beantragte die Antragstellerin die Erteilung einer Genehmigung für den Weiterbetrieb eines Linienverkehrs mit Kraftfahrzeugen nach § 42 PBefG auf dem Linienbündel [REDACTED]

Mit Schreiben vom 11. Januar 2016 informierte der Antragsgegner gemäß § 101a GWB die Antragstellerin darüber, dass er den Zuschlag hinsichtlich dieses Linienbündels auf das Angebot eines anderen Bieters erteilen wolle. Zudem teilte er ihr mit, ihre Rüge vom 7. Dezember 2015 sei unbegründet, da ein Vergaberechtsverstoß nicht vorliegen würde.

Daraufhin stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 18. Januar 2016 einen Nachprüfungsantrag, der am 19. Januar 2016 bei der Vergabekammer einging.

Darin beantragt sie,

1. ihr Akteneinsicht zu gewähren;

2. dem Antragsgegner den Zuschlag auf das Linienbündel [REDACTED] (Los 3) zu untersagen;
3. der Vergabestelle aufzugeben, bei fortbestehender Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren erst nach fruchtlosem Ablauf der Dreimonatsfrist gemäß §§ 8a Abs. 2, 12 Abs. 6 PBefG zu beginnen;
4. der Vergabestelle aufzugeben, bei fortbestehender Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren erst nach Ablauf der Zwölfmonatsfrist nach einer gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 und § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG wirksamen Vorabbekanntmachung zu beginnen; eine Notvergabe gemäß Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 bliebe hiervon unberührt;
5. dem Antragsgegner und bei entsprechenden Anträgen der Beizuladenden diesen jeweils die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antrag sei zulässig, da sie in ihren Rechten dadurch verletzt worden sein, dass sie zur Wahrung ihrer Chancen auf eine rechtswidrige Ausschreibung bieten müsse; außerdem drohe ein Schaden auch durch getätigte Aufwendungen für ein Angebot, das letztlich gar nicht bezuschlagt werden könne. Im Übrigen begründete sie ihn im Wesentlichen mit ihrer bereits vorgebrachten Rüge. Zudem sei Vergabereife nicht gegeben, weil das Vergabeverfahren schon vor der Zwölfmonatsfrist gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 begonnen hätte. Auch sei gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen worden.

Sie wies darauf hin, dass Zuschlagserteilung am 22. Januar 2016 drohe.

II.

- 1.) Der Nachprüfungsantrag wird nicht gemäß § 110 Abs. 2 S. 3 GWB übermittelt, weil seine Überprüfung gemäß § 110 Abs. 2 S.1 GWB ergeben hat, dass er jedenfalls offensichtlich unbegründet ist.

Die nach § 102 GWB zuständige Vergabekammer hat zudem ernstliche Zweifel an der Zulässigkeit des Antrags.

Diese ernstlichen Zweifel betreffen sowohl die Antragsbefugnis als auch die Rechtzeitigkeit der am 7. Dezember 2015 gegen die etwaigen Vergaberechtsverstöße erhobenen Rügen der Antragsstellerin. Sie führen aber nicht zu dem Ergebnis, dass der Antrag offensichtlich unzulässig ist.

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 GWB 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.

Zwar macht die Antragsstellerin als ein Unternehmen, das Interesse am Auftrag hat, geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein - zu den verschiedenen vergaberechtlichen Verstößen: s. im Einzelnen unter II.2. -, es bestehen aber erhebliche Zweifel daran, ob sie hinreichend substantiiert dargelegt hat, dass ihr durch die behauptete Verletzung ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe.

Nach Auffassung der Vergabekammer kann ein solcher Schaden nur darin bestehen, dass durch die einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstöße die Aussichten des Antragsstellerin auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können. Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewährung von Primärrechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, eine solche Chancenbeeinträchtigung begründen zu können.

Die Anforderungen gemäß § 107 Abs. 2 GWB sind dabei hinsichtlich eines drohenden Schadens nicht zu hoch anzusetzen. Es genügt, wenn es nach dem Vorbringen der Antragsstellerin möglich erscheint, dass diese ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß ernsthaft als Vertragspartnerin der Auftraggeber in Betracht käme (VK Nordbayern, B. v. 19. September 2014 - Az.: 21.VK - 3194 - 22/14).

Zudem sind an die Schadensdarlegung keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Sie muss lediglich schlüssig sein und ein Schaden muss denkbar sein (BVerfG, B. v. 29. Juli 2004 - Az.: 2 BvR 2248/03; BGH, B. v. 26. September 2006 - Az.: X ZB 14/06; B. v. 18. Mai 2004 - Az.: X ZB 7/04;). Eine völlig vage und pauschale Behauptung einer Rechtsverletzung reicht jedoch nicht aus (OLG Düsseldorf, B. v. 28. Dezember 2007 - Az.: VII - Verg 40/07; B. v. 19. Juli 2006 - Az.: VII - Verg 27/06; B. v. 23. Februar 2005 - Az.: VII - Verg 92/04; OLG Karlsruhe, B. v. 16.

Juni 2010 - Az.: 15 Verg 4/10; VK Baden-Württemberg, B. v. 17. Juni 2010 - Az.: 1 VK 31/10; 3. VK Bund, B. v. 9. Mai 2011 - Az.: VK 3 - 47/11; B. v. 21. April 2011 - Az.: VK 3 - 47/11; 1. VK Sachsen, B. v. 3. März 2008 - Az.: 1/SVK/002-08; VK Münster, B. v. 25. September 2007 - Az.: VK 20/07).

Außerdem hat die antragstellende Partei für jeden einzelnen gerügten Verstoß gegen die Vergabevorschriften schlüssig und nachvollziehbar darzulegen, dass der betreffende Vergabefehler ihre Aussichten auf den Zuschlag tatsächlich beeinträchtigt hat oder dass die Zuschlagschancen zumindest verschlechtert worden sein können (OLG Düsseldorf, B. v. 9. Juli 2003 - Az.: Verg 26/03, B. v. 16. September 2003 - Az.: VII - Verg 52/03; 1. VK Sachsen, B. v. 3. März 2008 - Az.: 1/SVK/002-08).

Unter diesen Voraussetzungen erscheint es sehr fraglich, ob der Vortrag der Antragsstellerin all dem Rechnung trägt. Die Antragsstellerin legt lediglich dar, dass ihr ein Schaden durch nutzlose Aufwendungen für ein Angebot drohe, dass letztlich gar nicht bezuschlagt werden könne. Bieter hätten einen Anspruch, von einer Ausschreibung „ins Blaue hinein“ verschont zu bleiben. Eine Ausschreibung ohne klare Zuschlags- und Umsetzungsperspektive wäre eine unzulässige Markterkundung.

Dass die Aufwendungen für ein Angebot immer dann nutzlos sind, wenn ein Nachprüfungsverfahren zur Aufhebung des Vergabeverfahrens führt, liegt in der Natur der Sache. Das betrifft alle Wettbewerber gleichermaßen. Dies dürfte jedoch keine Chancenbeeinträchtigung im vorbezeichneten Sinne darstellen.

Gleichwohl liegt es nicht völlig fern, dass der Antragsstellerin aufgrund der gerügten Vergaberechtsverstöße ein Schaden zu entstehen droht, weswegen der Antrag nicht offensichtlich unzulässig ist.

Der Antrag ist auch nicht deshalb offensichtlich unzulässig, weil die geltend gemachten vergaberechtlichen Verstöße nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist - hier bis zum 5. November 2015 - gegenüber den Auftraggebern gerügt worden sind, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB.

Die Vergabekammer geht zwar nach ihrer vorläufigen Einschätzung davon aus, dass die unter dem 7. Dezember 2015 gerügten Vergabeverstöße - s. im Einzelnen sogleich - aufgrund der Vorabbekanntmachung der Auftraggeber vom 28. Oktober 2014 bzw. aufgrund dessen Auftragsbekanntmachung vom 26. September 2015 für die Antragsstellerin auch laienhaft erkennbar waren und deshalb zu

spät gerügt worden sind. Dass die Vergabeverstöße in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennbar waren, ist jedoch nicht offensichtlich.

2.) Der Nachprüfungsantrag ist aber offensichtlich unbegründet.

Ein Nachprüfungsantrag ist unbegründet, wenn sicher ausgeschlossen werden kann, dass die Vergaberechtsverstöße des öffentlichen Auftraggebers die Bieterchancen des Antragstellers beeinträchtigt haben können (OLG Düsseldorf, B. v. 24. September 2014 - Az.: VII-Verg 17/14; B. v. 25. April 2012 - Az.: VII-Verg 107/11; B. v. 25. April 2012 - Az.: VII-Verg 100/11; 1. VK Bund, B. v. 15. März 2012 - Az.: VK 1 - 10/12). Ein darin begründeter Schaden bzw. eine darin begründete eigene Rechtsverletzung ist zwingende Voraussetzung für den Erfolg des Nachprüfungsverfahrens. Die Notwendigkeit einer tatsächlichen Rechtsverletzung geht insoweit über die für die Zulässigkeit des Antrags ausreichende Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus.

Die Antragsstellerin macht drei vergaberechtliche Verstöße geltend: Namentlich die Abweichung von in § 8a Abs. 2 S. 2 PBefG und Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 ausdrücklich geregelten Anforderungen bzw. Fristen sowie einen Verstoß gegen das Transparenzgebot.

Selbst wenn die Vergabekammer die Richtigkeit des diesbezüglichen Vortrags der Antragsstellerin unterstellt, vermag sie unter keinem erdenklichen rechtlichen Gesichtspunkt zu erkennen, warum die Bieterchancen der Antragsstellerin beeinträchtigt worden sein sollten. Ihr war es, trotz eines etwaigen Vorabbekanntmachungsfehlers - der in § 8a Abs. 2 S. 2 PBefG geforderte Hinweis auf die Antragsfrist in § 12 Abs. 6 PBefG dürfte in der Tat nicht erteilt worden sein - und trotz ei

ner angesichts des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 verfrühten Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens, offensichtlich möglich, ein wertungsfähiges Angebot abzugeben. Dieses soll nun aber nur deshalb den Zuschlag nicht erhalten, weil es nicht das wirtschaftlichste ist, § 21 EG Abs. 1 S. 1 VOL /A. Auch bei Vermeidung der etwaigen Vergabefehler hätte die Antragsstellerin keinerlei Aussicht auf den Zuschlag.

Fehl geht dabei der Hinweis der Antragsstellerin, dass die Frist des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 dazu diene, dass mit hinreichender Sicherheit geklärt werden könne, dass keine eigenwirtschaftlichen Anträge vorlägen, die Aussicht auf Erfolg hätten. Diese Frist dient einzig und allein dem in Erwägungsgrund 29 VO (EG) Nr. 1370/2007 benannten Zweck, dass potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes angemessen auf die Vergabe reagieren können. Die Reaktion kann wahlweise in der Vorbereitung auf das anstehende wettbewerbliche Verga-

beverfahren oder in der Abwehr der drohenden Direktvergabe an einen internen Betreiber oder einen Konkurrenten liegen (Saxinger/Winnes-Fandrey, PBefG, 9. EL September 2015, VO 1370, Art. 7 Abs. 2 Rn. 1). Sie dient mithin nicht der Perpetuierung des immer noch vom PBefG bezweckten Konkurrentenschutzes, sondern ihrem genauen Gegenteil. Die Klärung der Frage, ob die Auftraggeber zuvor geprüft haben, ob eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen möglich ist, gehört deshalb nicht zum Prüfungsumfang im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff GWB (OLG Düsseldorf, B. v. 2. März 2011 - Az.: VII Verg 48/10; OLG Jena, B. v. 23. Dezember 2011 - Az.: 9 Verg 3/11; zu den Konsequenzen der davon abweichenden Entscheidung der VK Münster, B. v. 29. Mai 2013 - Az.: VK 5/13; Saxinger/Winnes-Winnes, PBefG, 2. EL September 2013, PBefG, § 8a Abs. 1 Rn. 17 f).

Nach alledem war der Antrag nicht zu übermitteln.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, 1. Aufl. 2011, § 128 GWB Rn. 4) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier mit der Prüfung des Nachprüfungsantrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, GWB, 3. Aufl. 2014, § 128 Rn. 16) - ihr

Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter - wie aus § 128 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz GWB folgt - Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede/Schröder, GWB, 2. Aufl. 2014, § 128 Rn. 4, 6, 7). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, B. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14; Weyand, ibronline-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 128 GWB Rn. 19, 283; Heiermann/Zeiss-Summa, jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, Stand: 2. Juli 2015, VT 2 zu § 128 GWB, Rn. 9, 10). Aus dem angebotenen Auftragswert, der ausweislich des Kalkulationsschemas zum Angebot der Antragstellerin vom 4. November 2015 als Net-

topreis angegeben war, war daher der Bruttopreis zu ermitteln. Aus diesem ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von [REDACTED] €. Gründe für eine Ermäßigung gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB sind nicht ersichtlich.

Wegen der Nichtübermittlung des Nachprüfungsantrags erübrigt sich eine Entscheidung über einen Kostenerstattungsanspruches eines möglichen weiteren Beteiligten und über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch diese (§ 128 Abs. 4 GWB).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -,
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.



Vorsitzender

Hauptamtliche Beisitzerin