

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

der

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

die

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

weitere Beteiligte:

Firma

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen

Bereitstellung und Betrieb von Geschwindigkeitsmessanlagen in

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden, Regierungsdirektor Harnisch, die hauptamtliche Beisitzerin, Regierungsdirektorin Ulber, und den ehrenamtlichen Beisitzer, Regierungsoberrat Wentz,

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2014
am 20. Januar 2015
beschlossen:

- I. Der Antragsgegnerin wird, soweit diese ihre Vergabeabsicht beibehält, aufgegeben, die Vergabe des Auftrags zur Bereitstellung und zum Betrieb von Geschwindigkeitsmessenanlagen zur Überwachung des öffentlichen Straßenverkehrs europaweit auszuschreiben.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin und Beigeladenen trägt die Antragsgegnerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von EUR festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin und Vergabestelle forderte drei Unternehmen - darunter die Beigeladene - auf, für die Errichtung von mindestens zwei stationären Geschwindigkeitsmessenanlagen zur Überwachung des öffentlichen Straßenverkehrs in ihrem Stadtgebiet ein Angebot abzugeben. Die Antragstellerin forderte sie nicht auf.

Die Unternehmen legten daraufhin ihre Angebote vor, welche die Antragsgegnerin wertete.

Am 11. Juni 2014 entschied die Antragsgegnerin, den Zuschlag an die Beigeladenen zu erteilen. Den nicht zu bezuschlagenden Unternehmen gab sie mit Schreiben vom 13. Juni 2014 eine dementsprechende Mitteilung. Auch die Antragstellerin erhielt - eingegangen bei ihr am 24. Juni 2014 - irrtümlicherweise solch eine Mitteilung. Der Beigeladenen teilte sie mit Schreiben vom selben Tage u.a. wie folgt mit: „(...) auf der Grundlage Ihres Angebotes für die Bereitstellung und den Betrieb von stationären und mobilen Geschwindigkeitsmessenanlagen vom 30. April 2014, teile ich Ihnen mit, dass sich der Magistrat (...) in seiner Sitzung vom 11. Juni 2014 für eine Zusammenarbeit mit der Firma _____ ausgesprochen hat und ich Ihnen hiermit den Auftrag erteile. Ich bitte um eine zeitnahe Übersendung eines Vertragsentwurfes (...).“. Dieses Schreiben wurde vom Bürgermeister der Antragsgegnerin unterzeichnet.

Der Auftrag sah nunmehr u.a. die Installation und dauerhaften Betrieb von zwei stationären Geschwindigkeitsmessanlagen, die Durchführung von mobilen Geschwindigkeitsmessungen an 28 Tagen im Jahr sowie die Übermittlung der dabei gewonnen Messdaten an die Antragsgegnerin vor, damit sie diese auswerten und sodann weitere behördliche Maßnahmen treffen kann. Die Leistungen der Antragstellerin sollten durch eine sog. Falldatenpauschale jährlich entgolten werden; diese sollte sich nach der Anzahl verwertbarer Messdaten multipliziert mit einem Geldbetrag in bestimmter Höhe bemessen. Es war eine Leistungsdauer von fünf Jahren vorgesehen.

Am 17. Juni 2014 ging der Betreibervertrag der Beigeladenen bei der Antragsgegnerin ein. Er enthielt keine Unterschriften.

Die Antragstellerin wies mit Schreiben vom 20. Juni 2014 die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie von ihr an der Angebotsabfrage nicht beteiligt worden war, und bat zur Prüfung von Rechtsschutzmöglichkeiten um bestimmte Angaben.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2014 erinnerte die Antragstellerin an ihr vorheriges Schreiben, das unbeantwortet geblieben war.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2014 stellte sie ihren Nachprüfungsantrag, der am selben Tag bei der Vergabekammer einging.

Sie begründet ihn im Wesentlichen damit, dass der Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt worden sei, ohne dass sie am Vergabeverfahren beteiligt worden wäre, obwohl dies wegen Überschreitung des einschlägigen Schwellenwertes durch eine europaweite öffentliche Ausschreibung erforderlich gewesen wäre. Von der De-Fakto-Vergabe habe sie Anfang Juni 2014 erfahren; am 24. Juni 2014 sei sie von der Antragsgegnerin über die Auftragsvergabe informiert worden.

Sie beantragt,

1. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin an eine unbekannte Firma vergebene Vertrag von Anfang an unwirksam ist;
2. hilfsweise das Vergabeverfahren in den Stand vor der Ausschreibung zurückzusetzen;
3. ihr Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Mit Verfügung vom 11. Juli 2014 - zugestellt am selben Tag - übermittelte die Vergabekammer der Antragsgegnerin den Antrag; unter Fristsetzung gewährte sie ihr dazu rechtliches Gehör.

Gegenüber Mitwirkenden im Vergabeverfahren äußerte die Antragsgegnerin, dass der Schwellenwert sehr wahrscheinlich überschritten sei.

Die Vergabeakte legte sie der Vergabekammer am 4. August 2014 vor.

Die Antragsgegnerin erwiderte mit Schriftsatz vom 31. Juli 2014 erstmals auf den Nachprüfungsantrag.

Sie beantragt,

die Anträge kostenpflichtig zurückzuweisen.

Zur Begründung trägt sie vor, dass der Vergaberechtsweg nicht gegeben sei, da das Vergabeverfahren eine Dienstleistungskonzession zum Gegenstand hätte. Deren Merkmale lägen hier vollständig vor. Insbesondere spreche eine fehlende Dreier-Beziehung nicht dagegen. Maßgebend sei vielmehr das wirtschaftliche Risiko und zwar dahingehend, Investitionsaufwendungen und Kosten für die Erbringung der Dienstleistung möglicherweise nicht erwirtschaften zu können. Dies hänge hier davon ab, dass die Geschwindigkeitsmessanlage funktioniere und dass Dritte Geschwindigkeitsüberschreitungen in ausreichendem Maße begehen; dieses Risiko liege bei der Antragstellerin. Die sog. Falldatenpauschale werde für Installation und Vorhalten der Messanlagen entrichtet; bei dieser Pauschale handele es sich aber um die Zahlung eines Dritten, nämlich des jeweils zur Zahlung von Verwarn- bzw. Bußgeld Verpflichteten, zumal die Antragsgegnerin daraus Einnahmen erziele, von denen sie einen Teil - Höhe der Pauschale pro Fall - gegenüber der Beigeladenen auskehre. Die Art und Weise des Zahlungsflusses bzw. dass er durch Dritte erfolge, sei für die Dienstleistungskonzession unbedeutend. Vielmehr sei ebenso maßgebend das Recht zur Nutzung der Dienstleistung, welches die Beigeladene für ihre erbrachten Dienstleistungen einschließlich Datenerfassung, -aufarbeitung und -übermittlung erhalte, und dass sie daraus finanzielle Ansprüche herleiten kann. Dieses Nutzungsrecht bestünde hier darin, dass die Beigeladene die von ihr installierten, gewarteten und betriebenen Messanlagen kommerziell nutzen dürfte, um dadurch - fallbezogen zu ermittelnde - Einnahmen zu erzielen; deren Leistungen seien nicht hoheitlich. Zudem stünde dem Vergaberechtsweg entgegen, dass der Schwellenwert nicht schätzbar sei, da die Anzahl der Geschwindigkeitsüberschreitungen nicht prognostizierbar sei. Daher sei der Schwellenwert im Zweifel als nicht erreicht anzusehen.

Am 13. August 2014 sah die Antragsgegnerin in die Vergabeakte ein.

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2014 wies die Vergabekammer darauf hin, dass sich beabsichtigt, wegen Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags nach Lage der Akten zu entscheiden, da nicht ersichtlich war, dass ein Vertrag i.S.v. § 101 b Abs. 1 GWB geschlossen wurde.

Dem trat die Antragsstellerin mit Schreiben vom 28. Oktober 2014 entgegen. Sie meinte, dass der Beschluss der Antragsgegnerin, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, konstitutiv für den Vertragsschluss gewesen sei.

Am 5. November 2014 wurde die Beigeladene beigeladen. Ihr wurde rechtliches Gehör gewährt, was sie auch wahrnahm.

Die Beigeladene schließt sich dem Antrag der Antragsgegnerin an.

Mit Verfügung vom selben Tag wies die Vergabekammer die Beteiligten darauf hin, dass nach ihrer Ansicht aufgrund des Schreibens der Antragsgegnerin vom 13. Juni 2014 ein Auftrag bereits erteilt worden sei. Damit hat sie ihren vorherigen Hinweis nicht mehr aufrecht erhalten.

Die Antragsgegnerin trat diesem weiteren Hinweis mit Schriftsatz vom 13. November 2014 entgegen. Ein Vertrag sei nicht zu Stande gekommen, da ihr der Rechtsbindungswille gefehlt habe. Zudem hielt sie ihren Standpunkt, es läge eine Dienstleistungskonzession vor, weiterhin aufrecht. Ihre Ausführungen zum wirtschaftlichen Risiko, das durch die Unwägbarkeit des Marktes gekennzeichnet sei, vertiefte sie mit einem Vergleich zum Betrieb einer Parkfläche und den daraus resultierenden Einnahmen aus den Parkgebühren, worin sie die Vergabe einer Dienstleistungskonzession sah. Ferner behauptete sie, dass die Antragstellerin spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe durch eines der nicht zu bezuschlagenden Unternehmen Kenntnis vom geltend gemachten Verstoß erlangt gehabt hätte, weil sie mit diesem seinerzeit verflochten gewesen sei; aufgrund dessen hätte sie den Verstoß verspätet gerügt. Auch sei der Antragstellerin mangels ausreichend eigener Mitarbeiter kein Schaden entstanden.

Am 11. Dezember 2014 fand die mündliche Verhandlung statt, an der alle Beteiligten teilnahmen. Dabei wurde der Antragstellerin das Schreiben der Antragsgegnerin vom 13. Juni 2014 erstmals zur Kenntnis gegeben. Die Vergabekammer wies die Beteiligten darauf hin, dass mangels Zweitunterschrift eine rechtsverbindliche, vertragsschließende Erklärung nicht vorliegt. Daraufhin stellten die Beteiligten ihre Anträge in vorstehend dargelegter Fassung.

Eine gütliche Einigung, um die sich Antragstellerin und Beigeladene nach mündlicher Verhandlung bemühten, kam nicht zu Stande.

II.

Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages im Vergabeverfahren ist unzulässig (1.). Indessen dringt die Antragstellerin mit dem von ihr hilfsweise gestellten Antrag durch (2.).

1. Der gemäß § 101 b GWB gestellte Antrag ist unzulässig. Die Vergabekammer kann nach dieser Vorschrift die kartellvergaberechtliche Wirksamkeit eines Vertrages nur dann überprüfen, wenn dieser überhaupt geschlossen wurde.

Dies ist nicht der Fall.

Wegen § 71 Abs. 2 Satz 1 f. HGO hätte die Antragsgegnerin, weil es sich bei der Vergabe nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt, eine auf den Vertragsschluss gerichtete Erklärung nur schriftlich und - rechtsverbindlich - nur durch Unterzeichnung durch den Bürgermeister oder seinem allgemeinen Vertreter sowie durch ein weiteres Mitglied des Gemeindevorstands abgeben können. Diesen Formerfordernissen hat die Antragsgegnerin jedoch nicht genügt.

Ausweislich der Vergabeakte enthält der der Antragsgegnerin von der Beigeladenen übermittelte Betreibervertrag (Bl. 126 - 130 d. Vergabeakte) nicht die erforderlichen Unterschriften und diesbezügliche Datumsangaben zeichnungsbefugter Vertreter der Vertragsparteien (Bl. 128, Rückseite, d. Vergabeakte).

Die E-Mail der Antragsgegnerin vom 14. Juli 2014, mit der sie der Beigeladenen erklärte, aufgrund des Nachprüfungsantrages mit der Vertragsunterzeichnung bis auf Weiteres warten zu müssen (Bl. 141 d. Vergabeakte), trägt dem Rechnung.

Ein wirksam erteilter Zuschlag i.S.v. 114 Abs. 2 Satz 1 GWB ist zudem nicht mit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 13. Juni 2014 an die Beigeladene (Bl. 121 d. Vergabeakte) erteilt worden. Zwar entspricht der Erklärungsinhalt, der Beigeladenen unter Bezugnahme auf ihr Angebot sowie aufgrund der Magistratssitzung den Auftrag zu erteilen, der Annahme eines Angebotes gemäß § 21 EG Abs. 2 VOL/A. Doch bedarf es - wie dargelegt - zur rechtsverbindlichen Wirksamkeit dieser Erklärung gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 HGO der Unterschrift des Bürgermeister oder seines allgemeinen Vertreters und eines weiteren Mitglieds des Gemeindevorstands.

Hier weist das ebengenannte Schreiben jedoch nur die Unterschrift des Bürgermeisters der Antragsgegnerin auf. Die erforderliche Zweitunterschrift eines weiteren Gemeinde-vorstandsmitglieds fehlt.

2. Der Hilfsantrag ist mit Blick auf das Antragsziel zulässig (a.). Er hat auch in der Sache Erfolg (b.).

Der auf die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Ausschreibung gerichtete Hilfsantrag war hier gemäß der allgemeinen Auslegungsgrundsätze dahingehend auszulegen, dass die Antragsstellerin die Möglichkeit der Teilnahme an einem vergaberechtlichen Bieterwettbewerb schlechthin anstrebt und von der Vergabekammer die jeweiligen Maßnahmen begehrt, die sich für die Verwirklichung dieses Rechtsschutzziels eignen.

- a. Der Hilfsantrag erfüllt im Übrigen die Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist insbesondere auch der Rechtsweg zur Vergabekammer eröffnet.

Die Vergabe von Dienstleistungen im Rahmen der Überwachung des Straßenverkehrs ist ein vergaberechtsrelevanter Beschaffungsvorgang im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB, der, weil zudem der maßgebliche Schwellenwert erreicht ist, der Überprüfung durch die Vergabekammer zugänglich ist. Nach dieser Vorschrift sind öffentliche Dienstleistungsaufträge entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Dienstleistungen.

So liegt es hier.

Die Antragsgegnerin - als Rechtsträgerin - will dem Bürgermeister - als örtlicher Ordnungsbehörde -, der die Aufgabe der Geschwindigkeitsüberwachung des Straßenverkehrs in alleiniger Verantwortung wahrnimmt (vgl. §§ 4 Abs. 2 S. 4 HGO, 44 Abs. 1 S. 1 StVO, § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c 1. Hs. StVRZustV HE), sogenannte Datensätze zum Zwecke der Amtsermittlung beschaffen, die der Bürgermeister sodann in einer Vielzahl von Ordnungswidrigkeitenverfahren verwertet. Die geschuldete Leistung besteht mithin in einer technischen Hilfe i.S.v. Ziff. 2.2 des Erlasses des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport vom 6. Januar 2006 (StAnz. 5/2006 S. 286), die in die Übertragung von verwertbaren Daten, u.a. Lichtbildern, mündet. Die Antragsgegnerin lässt sich dabei auf ein Entgeltmodell ein, bei dem nicht die Zahlung eines Festbetrags geschuldet ist, sondern der Leistungserbringer für seine Investition und Tätigkeit durch eine Fall-pauschale pro verwertbaren Datensatz entlohnt wird. Damit übernimmt der Leistungs-erbringer zwar das Risiko, dass er Verluste aus der Durchführung des Vertrages erleidet, weil sich beispielsweise die von ihm prognostizierten Fallzahlen nicht einstellen, er ist dabei aber keinem mit den Unwägbarkeiten des Marktes einhergehenden Betriebsrisiko (vgl. nur Wagner-Cardenal/Dierkes, NZBau 2014, 738 [739] m.w.N.) ausgesetzt, wie es die Antragsgegnerin behauptet und die deshalb in der Vergabe eine Dienstleistungskonzession erblicken möchte, auf die der 4. Teil des GWB nicht anwendbar sei (BT-Drs. 16/10117, S. 17, zu Nr. 4 [§99], zu Buchstabe a [Absatz 1]).

Gegenstand der Vergabe ist vorliegend aber ein Dienstleistungsauftrag.

Ob ein Vorgang als Dienstleistungskonzession oder als öffentlicher Dienstleistungsauftrag einzustufen ist, ist ausschließlich anhand des Rechts der Europäischen Union (EU) zu beurteilen (vgl. u.a. EuGH, NZBau 2011, S. 239 [Rettungsdienst Stadler] = EuZW 2011, S. 353 Rn. 23 m.w.N.). Die Vergabekammer orientiert sich daher bei der rechtlichen Abgrenzung dieser Begriff vorrangig an den Richtlinien (RL) 2014/23/EU und 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 26. Februar 2014 (EU-ABl. L 94 S. 1 und S. 65). Da es allen Trägern der öffentlichen Gewalt in den Mitgliedstaaten der EU obliegt, die zur Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung von EU-Normen erforderlichen Maßnahmen zu treffen, so dass nationales Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen ist (BGH, Urt. v. 5. Februar 1998 - Az.: I ZR 211/95 -, in: NJW 1998, 2208), können neue EU-Richtlinien bereits bestimmte Vorwirkungen entfalten

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2014 - Az.: Verg 30/14 -). Unabhängig davon, ob und inwieweit die Voraussetzungen dieser Vorwirkungen hier gegeben sind, sieht sich die Vergabekammer im Interesse richterlicher Rechtsfortbildung und -anwendung (BGH, wiewor) nicht gehindert, im vorliegenden Fall zumindest die in den Erwägungsgründen vorgenannter Richtlinien mitgeteilten Motive des Unionsgesetzgebers zu beachten, zumal dieser den Klärungsbedarf beim Begriff „Konzession“ erkannt hat (1., 4. und 18. Erwägungsgrund RL 2014/23/EU).

Aus den in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 RL 2014/24/EU und Art. 5 Nr. 1 lit. c RL 2014/23/EU definierten Begriffen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungs-konzession geht hervor, dass der Unterschied zwischen diesen Begriffen in der Gegenleistung für die erbrachte Leistung liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber - wie hier - unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung bzw. Verwertung der Dienstleistung besteht (s. 18. Erwägungsgrund RL 2014/23/EU). Bei der Dienstleistungskonzession lässt der öffentliche Auftraggeber einen Konzessionär gerade selbst wirtschaftlichen Nutzen aus seiner erbrachten Dienstleistung ziehen (Hövelberndt NZBau 2010, S. 599 [S. 600, 602]).

Ein solches Recht soll dem Leistungserbringer vorliegend aber nicht eingeräumt werden. Er nutzt nichts, er verwertet nichts; er wird auch nicht zur Verfolgung von Verkehrsordnungswidrigkeiten ermächtigt. Denn eine Nutzung der Messanlagen, mit denen er - in Anlehnung an den Rechtsgedanken von § 100 BGB - Erträge oder Gebrauchsvorteile erzielen kann, soll ihm nicht eingeräumt werden. Vielmehr soll er allein Installation und Vorhalten der Anlagen sowie die durch Messungen gewonnene Datenerfassung, -aufarbeitung und -übermittlung leisten. Damit verwendet er lediglich die Anlagen als Mittel zur Erfüllung ihm obliegender Leistungspflichten. Die Leistungen erbringt er ausschließlich gegenüber der Antragsgegnerin, für die er von ihr eine Gegenleistung in Form von Falldatenpauschalen erhält, die diese unmittelbar aus ihrem allgemeinen Haushalt zahlt. Dritte entrichten dem Leistungserbringer keine Zahlungen, auch wenn die der Antragsgegnerin zugewiesenen Einnahmen aus den geahndeten Geschwindigkeitsüberschreitungen in ihren Haushalt fließen. Die Weiterverwendung dieser Einnahmen unterliegt jedoch ausschließlich dem Willen der Antragsgegnerin.

Zwar geht der Leistungserbringer - wie dargelegt - mit der nicht im Voraus bestimmbar Anzahl von verwertbaren Geschwindigkeitsüberschreitungen ein gewisses Kalkulationsrisiko ein. Doch nicht jede Risikoübernahme macht aus einem öffentlichen Auftrag eine öffentliche Dienstleistungskonzession (im Anschluss an 2. VK Hessen, Beschl. v. 16. Juni 2006 - Az.: 69d-VK 26/2006 -). Das Risiko, dass die an den Leistungserbringer gezahlten Fallpauschalen nicht kostendeckend sein können, ist für die Einstufung als Konzession nicht ausschlaggebend, da derartige Risiken jedem

Vertrag, sei es ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession, innewohnen (20. Erwägungsgrund RL 2014/23/EU). Das Risiko ist lediglich Ausdruck des gewöhnlichen Wagnisses, das jeder Angebotskalkulation immanent ist (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 25. Juli 2012 - Az.: 1 VK 21/12 -).

Die Überschreitung des Schwellenwertes ergibt sich wiederum aus der Beschlussvorlage der Antragsgegnerin vom 26. Mai 2014 (Bl. 111 - 115 d. Vergabeakte), die ihrer Entscheidung zur Zuschlagserteilung voraus ging.

Nach § 100 Abs. 1 GWB sind die §§ 97 ff GWB und die vergaberechtlichen Rechtsschutz gewährenden Vorschriften bei öffentlichen Aufträgen anwendbar, welche die durch Rechtsverordnung bestimmten Schwellenwerte überschreiten (Müller-Wrede-Sternier, GWB, 2. Auflg. 2014, § 100 Rn. 3).

Gemäß § 3 Abs. 1 VgV i.V.m. der Verordnung Nr. 1336/2013 der EU-Kommission vom 13. Dezember 2013 (EU-ABl. L 335 S. 17) beträgt der Schwellenwert für - wie hier - Dienstleistungsaufträge EUR (Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 19. Dezember 2013 [BAnz. AT 31.12.2013 B1]). Es sind dabei Netto-Beträge zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 1 VgV); bei Aufträgen über Dienstleistungen, für die - wie hier - kein Gesamtpreis angegeben wird und eine Laufzeit von mehr als 48 Monaten vorgesehen ist, ist Berechnungsgrundlage der 48-fache Monatswert (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV).

Hier war der in der Beschlussvorlage ausgewiesene Betrag an jährlichen Aufwendungen zu Grunde zu legen, allerdings ohne die veranschlagten Personalkosten, weil es sich dabei ausweislich des diesbezüglichen Vermerks um Kosten des Personals der Antragsgegnerin handelt (Bl. 111 d. Vergabeakte). Obwohl insbesondere mit Blick auf die Falldatenpauschale die Anzahl von verwertbaren Messdaten bzw. Geschwindigkeitsüberschreitungen nicht exakt vorhersehbar ist, reichen -vermerkte Kostenpositionen und -höhe der - als hier fiktiv bezeichneten - Aufwendungen für die vorzunehmende Schätzung aus. Denn an diese sind keine übertriebenen Anforderungen zu stellen, zumal es dabei um eine nur vorläufige Prognose handelt (s. nur Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 15. Oktober 2014, § 3 VgV Rn. 16, 17/1 - jew. m.w.N.).

Der nach alledem zu schätzende, schwellenrelevante Auftragswert ergibt somit EUR. Dieser Betrag überschreitet den einschlägigen Schwellenwert.

Davon ging selbst die Antragsgegnerin in ihrer E-Mail vom 23. Juli 2014 aus, die sie an zumeist Mitwirkende im Vergabeverfahren versendete (Bl. 142 d. Vergabeakte). Darin war die Rede von „(...) einer sehr wahrscheinlichen Überschreitung des Schwellenwertes (...)“.

Die Antragsstellerin ist zudem gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Die Antragstellerin hat mit ihren Anträgen ihr Interesse am Auftrag bekundet; allein der Umstand, dass eine Verletzung der gesetzlichen Publizitätsvorschriften denkbar erscheint und der Antragsstellerin deshalb die Möglichkeit genommen wurde am

Vergabeverfahren teilzunehmen, lässt eine Verletzung in eigenen Rechten möglich erscheinen (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Dem Darlegungserfordernis des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB wurde wiederum mit dem Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 28. Oktober 2014 und ihrem Vortrag in der mündlichen Verhandlung entsprochen.

Schließlich hat sie gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB den Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren durch die entsprechende Stellung des Hilfsantrags auch unverzüglich gerügt. Die Antragstellerin konnte bis zur weiteren Eröffnung des Inhalts der Vergabeakte durch die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung nur von einer De-Facto-Vergabe des Auftrags an die Beigeladene ausgehen. In diesem Wissen hat die Antragstellerin gemäß § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB den behaupteten Vergaberechtsverstoß innerhalb von 30 Kalendertagen nach Kenntniserlangung vor der Vergabekammer geltend gemacht.

Die Kenntnis erhielt sie erstmals mit dem an sie gerichteten Schreiben der Antragsgegnerin vom 13. Juni 2014 (Bl. 119 d. Vergabeakte), das bei ihr - unstreitig - am 24. Juni 2014 eingegangen ist. Damit war die Kenntniserlangung erst zu diesem Zeitpunkt (24. Juni 2014) gegeben.

Anhaltspunkte, die für eine frühere Kenntniserlangung und deshalb womöglich für eine Verwirkung des Hilfsantrages sprächen, liegen nicht vor. Die Behauptung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin hätte spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe durch eines der nicht zu bezuschlagenden Unternehmen Kenntnis vom geltend gemachten Verstoß erlangt gehabt, da sie mit diesem verflochten gewesen sei, ist nicht nachvollziehbar. Solch eine Verflechtung ist weder den Unterlagen der Vergabeakte noch dem Auszug aus dem Handelsregister des Amtsgerichts Memmingen (HRB 15519) und schließlich auch nicht dem Auszug aus dem Handelsregister des Amtsgerichts Cottbus (HRB 7573 CB) zu entnehmen, soweit diese Schriftstücke die beiden Unternehmen betreffen. Auch den Internetauftritten dieser Unternehmen ist nichts dergleichen entnehmbar.

b. Der Hilfsantrag hat auch in der Sache Erfolg.

Gemäß §§ 2, 15 EG VOL/A sind öffentliche Dienstleistungsaufträge von öffentlichen Auftraggebern, die den Schwellenwert i.S.v. § 2 VgV i.V.m. der Verordnung Nr. 1336/2013 der EU-Kommission vom 13. Dezember 2013 (EU-ABl. L 335 S. 17) erreichen oder überschreiten, sind europaweit auszuschreiben. Darauf hat die Vergabekammer mit ihrer Verfügung vom 17. Oktober 2014 die Beteiligten hingewiesen.

Die Voraussetzungen dieser Ausschreibungspflicht sind - wie dargelegt - hier gegeben.

Eine europaweite Ausschreibung des verfahrensgegenständlichen Auftrages hat die Antragstellerin aber nicht durchgeführt.

Damit hat sie das Recht der Antragstellerin, ihr eine Beteiligung am Vergabeverfahren überhaupt zu ermöglichen, verletzt.

Um diese Rechtsverletzung zu verhindern und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, die hier im dem Begehren der Antragstellerin auf Beteiligung am Vergabeverfahren besteht, war durch die Vergabekammer der Antragsgegnerin, soweit diese den verfahrensgegenständlichen Auftrag weiterhin erteilen will, die europaweite Ausschreibung aufzugeben. Diese Maßnahme ist geeignet und erforderlich, weil sie der Rechtsverletzung abhilft und der Erfüllung der Ausschreibungspflicht Rechnung trägt. Sie ist auch angemessen, da sie die jeweiligen Interessen der Beteiligten am wenigsten beeinträchtigt. Die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wird somit gewährleistet.

Zugleich wird dem Begehren der Antragstellerin entsprochen, so dass ihr Hilfsantrag im Ergebnis als begründet anzusehen ist.

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, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, GWB, 2. Aufl. 2014, § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragsgegnerin - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 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.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren EUR. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Aus dem geschätzten Auftragswert, für den keine Brutto-Angaben vorlagen, ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von EUR.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und Beigeladenen zu tragen (§§ 128 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB); die Beigeladene hat sich - wie erforderlich (Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) - mit demselben Rechtsschutzziel wie die Antragsgegnerin aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt, indem sie mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen sowie Informationen über außerprozessuale Vergleichsverhandlungen Schriftsätze

eingereicht sowie an der mündlichen Verhandlung aktiv und antragstellend teilgenommen hat. Die Hinzuziehung eines jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten durch diese Beteiligten war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der im Vergabenachprüfungsverfahren grundsätzlich geltenden kurzen Frist und der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).

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,

einzulegen. 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.

Harnisch
Vorsitzender

Ulber
Hauptamtliche Beisitzerin