

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69d · VK - 25/2014



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

der

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

die Stadt

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

weitere Beteiligte:

Verfahrensbevollmächtigte:

- Beigeladene -

wegen

Bereitstellung und Betrieb von Geschwindigkeitsmessanlagen in

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsdirektorin Ulber und den ehrenamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Wentz auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2014 am 10. Februar 2015 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin und Vergabestelle forderte vier Unternehmen – darunter die Beigeladene – auf, für die Errichtung von sechs stationären Geschwindigkeitsmessanlagen für den öffentlichen Straßenverkehr in ihrem Stadtgebiet ein Angebot abzugeben. Die Antragstellerin forderte sie nicht auf.

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

Am 14. April 2014 entschied der Magistrat der Antragsgegnerin durch Beschluss, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen.

Der Auftrag sah u.a. die Installation von nun vier stationären Geschwindigkeitsmessanlagen und die Durchführung von mobilen Geschwindigkeitsmessungen sowie die Übermittlung der Messdaten an die Antragsgegnerin vor, damit sie diese auswerten und so dann 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 zuzüglich einer Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr vorgesehen.

Am 13. Mai 2014 unterschrieb die Beigeladene einen entsprechenden „Dienstleistungsvertrag mit Falldatenerstellung“; am 4. Juli 2014 erfolgte die Gegenzeichnung durch die Antragsgegnerin.

Zwischenzeitlich – zwischen dem 17. und 27. Juni 2014 – hatte ein Telefonat zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin stattgefunden. Dabei hatte ein Mitarbeiter der Antragstellerin, Herr [Name] einen leitenden Mitarbeiter der Antragsgegnerin, den Zeugen [Name] gefragt: „Wie sieht es aus mit dem Projekt?“, woraufhin ihm das Ergebnis des Magistratsbeschlusses mitgeteilt worden ist. Anschließend hatte er gefragt, ob auch die Stellung von Dienstfahrzeugen in dem Vertrag geregelt ist. Herrn [Name] war das von ihm bezeichnete „Projekt“ bereits bekannt.

Am 30. Juli 2014 rief die Antragstellerin erneut bei der Antragsgegnerin an und erhielt die Auskunft, dass man vor Kurzem einen Vertrag mit einer anderen Firma abgeschlossen hatte.

Mit Schreiben vom 13. August 2014 stellte sie ihren Nachprüfungsantrag in Form eines Feststellungsantrags gemäß § 101 b GWB, der am 15. August 2014 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 erforderlich gewesen wäre. Zudem sei Auftragsgegenstand gerade nicht eine Dienstleistungskonzession gewesen - deren Merkmale seien hier nicht gegeben -, so dass auch aus diesem Grund eine europaweite öffentliche Ausschreibung hätte durchgeführt werden müssen. Von der De-Fakto-Vergabe habe sie anlässlich eines Presseartikels erfahren, den sie am 13. August 2014 im Internet entdeckt hatte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der Auftrag zur Lieferung und Einrichtung von vier stationären Verkehrsüberwachungsanlagen von Anfang an unwirksam erteilt wurde;
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Mit Verfügung vom 15. August 2014 - zugestellt am selben Tag - übermittelte die Vergabekammer der Antragsgegnerin den Antrag; unter Fristsetzung gewährte sie ihr dazu rechtliches Gehör. Zudem forderte sie binnen bestimmter Frist die Vergabeakte an.

Durch Vertrag vom 11. September 2014 wurde die Leistungsdauer auf ein Jahr zuzüglich einer Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr geändert.

Am 15. September 2014 stellte die Antragsgegnerin eine Kostenschätzung auf, mittels derer sie den Auftragswert für das erste Jahr der Leistung durch die Beigeladene und für die Folgejahre schätzte. Dabei nahm sie eine erhebliche Wertminderung ab dem zweiten Leistungsjahr an. Ihre Schätzung ergab einen unterschwelligen Auftragswert.

Mit Schriftsatz vom 29. September 2014 legte sie der Vergabekammer die Vergabeakte vor.

Zugleich erwiderte sie erstmals auf den Nachprüfungsantrag.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag kostenpflichtig zurückzuweisen;
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen 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 Dienst-

leistung 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 ausweislich ihrer Kostenschätzung der Schwellenwert nicht erreicht sei.

Am 17. Oktober 2014 sah die Antragsgegnerin in die Vergabeakte ein.

Mit Verfügung vom selben Tage wies die Vergabekammer die Beteiligten darauf hin, dass sie Zweifel hat, dass der Schwellenwert nicht erreicht oder überschritten wurde; sie bat die Antragsgegnerin um konkrete Darlegung, worauf die Faktoren in ihrer Kostenschätzung beruhen. Zudem gab sie den Beteiligten den Hinweis, dass sie beabsichtige, das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession zu verneinen; dazu räumte sie den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme ein. Schließlich bat sie die Antragstellerin um Mitteilung, wann sie vom Vertragsabschluss, der von ihr als Verstoß geltend gemacht wurde, Kenntnis erhalten hatte.

Die Antragsgegnerin äußerte sich mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2014 zu den Hinweisen der Vergabekammer. Hinsichtlich des Schwellenwertes legte sie u.a. dar, welche Faktoren in welcher Höhe bei der Schätzung des Auftragswertes mindernd zu berücksichtigen seien. Hinsichtlich der Dienstleistungskonzession trat sie der Ansicht der Vergabekammer vollumfänglich entgegen.

Am 31. Oktober 2014 wurde die Beigeladene beigeladen. Es wurde ihr rechtliches Gehör gewährt, was sie auch wahrnahm.

Mit Schreiben vom 6. November 2014 teilte sie mit, dass ihrer Ansicht nach der Schwellenwert nicht erreicht sei. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag verspätet, wobei sie auf das Erstellungsdatum – 22. April 2014 – des von der Antragsgegnerin erwähnten Presseartikels verwies.

Die Beigeladene schließt sich dem Antrag der Antragsgegnerin an.

Die Antragstellerin erklärte mit Schreiben vom 19. November 2014, von der De-Fakto-Vergabe habe sie erst im Rahmen des Telefonats mit der Antragsgegnerin am 30. Juli 2014 erfahren.

Am 11. Dezember fand die mündliche Verhandlung statt, an der alle Beteiligten aktiv teilnahmen. Dabei erklärte die Antragsgegnerin, sie hätte bereits bei einer Magistratsvorlage am 10. April 2014 eine Kostenschätzung aufgestellt gehabt; der Auftragswert sei untermenschellig beziffert gewesen. Zudem wurde auf – unangekündigten – Antrag der Antragsgegnerin der Zeuge über ihre Behauptung, er habe mit Herrn

Ende Juni 2014 über die Auftragsvergabe telefoniert, von der Vergabekammer vernommen. Der Zeuge machte Angaben zur Behauptung und bestätigte sie.

Auf Anforderung der Vergabekammer äußerte sich die Antragsgegnerin nochmals zum Inhalt ihrer Kostenschätzung und legte eine „Kostenschätzung für Magistratsvorlage vom 10.04.2014“ vor.

Mit Verfügung vom 17. Dezember 2014 wurde sie von der Vergabekammer gebeten, die Magistratsvorlage mit Anlage vollständig, insbesondere mit Angaben zum Verfasser und Anfertigungsdatum, vorzulegen.

Daraufhin erklärte sie mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2014, es sei ihr nicht nachvollziehbar, wann die Kostenschätzung erstellt worden ist.

In der Folgezeit nahmen die Beteiligten - zuletzt die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4. Februar 2014 - zur Zeugenaussage kontrovers Stellung.

Eine gütliche Einigung, um die sich Antragstellerin und Beigeladene nach mündlicher Verhandlung bemüht hatten, ist nicht zu Stande gekommen.

II.

1. Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages im Vergabeverfahren ist unzulässig. Gleichwohl dessen Statthaftigkeit gegeben ist, mangelt es an der erforderlichen fristgerechten Geltendmachung des Verstoßes i.S.v. § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB.

- a.) Der Schwellenwert ist nach Schätzung des Auftragswertes überschritten.

Die Anwendbarkeit einschlägiger Vorschriften ist hier gegeben.

Nach § 100 Abs. 1 GWB sind die §§ 97 ff GWB und vergaberechtlichen Rechtsschutz gewährenden Vorschriften bei öffentlichen Aufträgen anwendbar, welche die durch Rechtsverordnung bestimmten Schwellenwerte überschreiten (Müller-Wrede-Sterner, GWB, 2. Aufl. 2014, § 100 Rn. 3). Zum Gegenstand des vergaberechtlichen Rechtsschutzes zählen auch - wie hier - Anträge gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB (s. Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 102 Rn. 6; s. Ziekow/Völlink-Dittmann, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 102 GWB Rn. 17).

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 € (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 der Schätzung sind alle Optionen oder etwaige Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 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 Monats (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV).

Hier waren der Schätzung zunächst die Kostenschätzung der Antragsgegnerin vom 15. September 2014 (Bl. 46 - 47 d. Vergabeakte) i.V.m. ihren Angaben, die sie in ihrem Schriftsatz vom 27. Oktober 2014 einschließlich dazugehöriger Anlage gemacht hat, zu Grunde zu legen.

Zwar wurden diese entgegen § 3 Abs. 9 VgV nicht an dem Tag erbracht, an dem die Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe oder das Vergabeverfahren auf andere Weise eingeleitet wurde, sondern später. Gleichwohl steht dies ihrer Berücksichtigung nicht entgegen, zumal für das Manipulationsverbot gemäß § 3 Abs. 2 VgV vorliegend kein Raum ist. Weil damit verhindert werden soll, dass die Anwendung des Vergaberechts umgangen wird und somit Bieterrechte ausgehöhlt werden (s. Pünder/Schellenberg-Alexander, Vergaberecht, 1. Auflg. 2011, § 3 VgV Rn. 11), kommt es darauf an, ob die Manipulation bis zum maßgeblichen Zeitpunkt von § 3 Abs. 9 VgV durchgeführt wurde. Dazu zählt auf jeden Fall der Zeitpunkt, in welchem noch kein Angebot eines Bieters vorliegt (Pünder/Schellenberg-Alexander, a.a.O., § 3 VgV Rn. 6). Hier wurde die Kostenschätzung zeitlich weit nach Angebotsvorlage der angeschriebenen Unternehmen aufgestellt; dass dies auch erst nach Eingang des Nachprüfungsantrages erfolgte, ist unschädlich, weil dadurch Bieterrechte nicht ausgehöhlt werden konnten.

Da die Schätzung des Auftragswertes nicht zum maßgeblichen Zeitpunkt geschah, steht dies dem Fehlen einer ordnungsgemäßen Ermittlung durch den Auftraggeber gleich. In einem solchen Fall ist der Auftragswert von Amts wegen im Nachprüfungsverfahren von der Vergabekammer zu schätzen (Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 1. Auflg. 2013, § 3 VgV Rn. 5 [a.E.]; i.E. wohl auch Pünder/Schellenberg-Alexander, a.a.O., § 3 VgV Rn. 3).

Bei der Schätzung waren die Faktoren in voller Höhe zu berücksichtigen, die in der Kostenschätzung vom 15. September 2014 genannt wurden. Als Minderungsfaktoren sind nur der Lerneffekt und, aus Gründen der Sachnähe, der Publizitätseffekt - jeweils in ihrer genannten Höhe - zu beachten, da sie sowohl in der eben genannten Kostenschätzung als auch in den Angaben zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 27. Oktober 2014 zur Geltung kamen. Die übrigen Minderungsfaktoren, welche die Antragsgegnerin zu ihrem Schriftsatz darlegte, wurden noch nicht einmal ansatzweise in ihrer Kostenschätzung erwähnt; sie sind auch nicht weiteren Unterlagen in der Vergabeakte zu entnehmen. Demnach waren sie weder bei Vorlage der Bieterangebote noch bei Vorlage der Vergabeakte bei der Vergabekammer von Bedeutung und sind daher als interessengesteuerte Meinungsäußerung eines Verfahrensbeteiligten anzusehen.

Ohne Belang ist die Vertragslaufzeit des Vertrages vom 11. September 2014. Zwar würde - trotz der zu berücksichtigenden Verlängerungsoption - die Schätzung auf dieser Grundlage nur einen unterschwelligen Auftragswert ergeben, doch wurde der Vertrag erst nach Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer geschlossen. Um eine Aushöhlung von Bieterrechten zu verhindern, ist dieser Vertrag bei der Schätzung des Auftragswertes unbeachtlich.

Hier ist allein die Laufzeit des Vertrages vom 13. Mai/4. Juli 2014 Berechnungsgrundlage und zwar gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV mit dem 48-fachen Monatswert.

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

b.) Der Rechtsweg zur Vergabekammer ist eröffnet.

Die Vergabe von Dienstleistungen im Rahmen der Überwachung des Straßenverkehrs ist ein vergaberechtsrelevanter Beschaffungsvorgang im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB, der 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 Fallpauschale pro verwertbaren Datensatz entlohnt wird. Damit übernimmt der Leistungserbringer 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 ist (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 Begriffsvorrangig 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 Dienstleis-

tungskonzession 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, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises (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, 599 [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 Leistungen. Diese Leistungen erbringt er ausschließlich gegenüber der Antragsgegnerin, für die er von ihr eine Gegenleistung in Form von Falldatenpauschalen erhält. Diese leistet sie gerade selbst, indem sie die Pauschalen unmittelbar aus ihrem allgemeinen Haushalt zahlt; Dritte entrichten dem Leistungserbringer keine Zahlungen. In den Haushalt der Antragsgegnerin fließen gleichwohl die ihr zugewiesenen Einnahmen aus den geahndeten Geschwindigkeitsüberschreitungen. Die Weiterverwendung dieser Einnahmen unterliegt jedoch ausschließlich dem Willen der Antragsgegnerin, nicht aber dem der Dritten, die wegen des Ordnungswidrigkeitenrechts zur Zahlung verpflichtet sind - und zwar nicht gegenüber der Antragstellerin.

Zwar geht der Leistungserbringer - wie dargelegt - mit der nicht im Voraus bestimmbaren 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 -).

Nach alledem ist das Vergabenachprüfungsverfahren statthaft.

- c.) Allerdings wurde der Antrag, mit dem die Unwirksamkeit des Vertrages geltend gemacht wird, nicht innerhalb der formellen Ausschlussfristen von § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB gestellt.

Danach kann die Unwirksamkeit eines unmittelbar an ein Unternehmen erteilten Auftrages, ohne dass andere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt wurden, nur festgestellt werden, wenn sie innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kennt-

nis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist.

Kenntnis eines Vergabeverstoßes setzt voraus, dass der Antragsteller die Fakten kennt, die dem Vergabeverstoß zu Grunde liegen und daraus auf den Vergaberechtsverstoß schließt (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 15. Oktober 2014, § 101 b GWB Rn. 39).

Die Antragstellerin hat es versäumt, innerhalb der 30-Tage-Frist die Unwirksamkeit des Vertrages geltend zu machen, da sie bereits im Juni 2014 von der De-Fakto-Vergabe erfuhr. Dies ergibt sich aus der Aussage des Zeugen [Name] die er mündlich in der Verhandlung vor der Vergabekammer am 11. Dezember 2014 gemacht hat. Danach hat der Zeuge bekundet, nach seiner Urlaubsrückkehr vom Vertreter der Antragstellerin, Herrn [Name] gegen Ende Juni 2014 einen Telefonanruf erhalten und mit diesen über die Auftragsvergabe gesprochen zu haben.

Die Aussage des Zeugen ist glaubhaft. Die Aussage geht von nicht sachfremden Tatsachen aus, ist schlüssig sowie frei von Fehlern und Widersprüchen. Sie beruht auf eigener, unmittelbarer Wahrnehmung des Zeugen und ist ergiebig zur festzustellenden Tatsache, mithin dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch die Antragstellerin; die mündliche Aussage trägt der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung Rechnung, so dass sich die Vergabekammer ein eigenes Bild vom Zeugen und seiner Aussage machen sowie sich von Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit überzeugen konnte. Nachweise, aus denen sich Gegenteiliges ergibt, sind nicht ersichtlich.

Seine Zeitangaben zum Telefonat hat der Zeuge auf den Zeitraum zwischen 17. und 27. Juni 2014 präzisiert; das Fehlen genauerer Zeitangaben - etwa durch Angabe des Tages - steht der Glaubhaftigkeit der gemachten Angaben nicht von vornherein entgegen, zumal sie durch gegenteilige Anhaltspunkte nicht widerlegt werden. Zudem sind die Zeitangaben schlüssig und widerspruchsfrei zu den - ebenso unwiderlegten - Angaben zur Urlaubsrückkehr des Zeugen, die am 2. Juni 2014 stattgefunden hatte.

Seine Angaben zum Inhalt des Telefonats lassen darauf schließen, dass er seinerzeit Herrn [Name] über die Auftragsvergabe in Kenntnis gesetzt hatte. Dies beruht darauf, dass Herrn [Name] das Projekt - mithin das Vorhaben, das Gegenstand des Auftrags war - bereits bekannt war, zumal dieser beim Telefonat sich danach direkt erkundigte. Hinzukommt die Mitteilung des Zeugen über das Ergebnis des Magistratsbeschlusses, womit er dessen Frage beantwortete, in Verbindung mit der Anschlussfrage des Herrn Fabricius, ob auch die Stellung von Dienstfahrzeugen in dem Vertrag geregelt sei. Anknüpfungspunkt für diesen Dialog ist hier ebenfalls der Auftragsgegenstand. Des Weiteren befasst sich der Dialog mit Entscheidungen zum Auftragsgegenstand und auftragspezifischen Detailregelungen.

Die Antragstellerin ist der Zeugenaussage zwar damit entgegengetreten, Herr [Name] könne sich an ein solches Telefonat nicht erinnern; auch lasse sich aus seinen und den Unterlagen der Antragstellerin kein Hinweis auf ein solches Telefonat entnehmen. Erinnerungslücken reichen vorliegend aber nicht aus, um die

Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage zu erschüttern, denn sie lassen die Möglichkeit, die Zeugenaussage könnte richtig sein, durchaus zu. Gleiches gilt im Ergebnis für mögliche Lücken in der Dokumentation des Telefonates. Die Antragstellerin behauptet selbst nicht, die Dokumentation von Telefonaten des Herrn sei lückenlos. Sie stellt insoweit lediglich auf gebräuchliche Geschäftsabläufe ab, was nach Ansicht der Vergabekammer nicht hinreichend aussagekräftig ist. Denn schon nach allgemeiner Lebenserfahrung sind dadurch Dokumentationsfehler nicht ausgeschlossen.

Nach einer Gesamtwürdigung der Zeugenaussagen ist die Vergabekammer davon überzeugt, dass die Antragstellerin bereits in den letzten beiden Wochen des Monats 2014 - spätestens am 27. Juni 2014 - die gemäß § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB erforderliche Kenntnis erlangt hatte.

Für die Kenntniserlangung nach dieser Vorschrift genügt die laienhafte Wertung, dass das Handeln des Auftraggebers eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren enthält (Weyand, a.a.O., § 101 b GWB Rn. 39).

Hier konnte Herr Fabricius aus seiner bereits vorhandenen Kenntnis des Auftragsgegenstands und der Mitteilung des Ergebnisses des Magistratsbeschlusses nur annehmen, dass der Auftrag erteilt worden war, ohne dass die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt gewesen wäre. Dafür spricht auch der Umstand, dass in seiner Anschlussfrage von einer vertraglichen Regelung die Rede war. Ohne Belang sind weitere Rechtswirksamkeitserfordernisse, wie die Unterzeichnung des Vertrages, weil zum einen danach nicht gefragt wurde und zum anderen es bei der 30-Tages-Frist von § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB gerade nicht auf einen Vertragsschluss, sondern auf einen Vergaberechtsverstoß - nämlich die fehlerhafte unmittelbare Vergabe des Auftrages an ein Unternehmen (Weyand, a.a.O., § 101 b GWB Rn. 38/1, 12) - ankommt.

Auf der Grundlage dieser laienhaften Kenntnis konnte Herr auf den Vergaberechtsverstoß schließen, denn die Vergabe hätte einer europaweiten Auftragsbekanntmachung bedurft, die nicht erfolgt war.

Die Kenntnis des Herrn ist der Antragstellerin auch zuzurechnen, da es entsprechend § 166 Abs. 1 BGB bei der Wissenszurechnung auf das Wissen des Vertreters und nicht des Vertretenen ankommt (Weyand, a.a.O., § 101 b GWB Rn. 43). Herr war als Leiter des Gesamtvertriebs bei der Antragstellerin tätig, so dass naheliegenderweise angenommen werden darf, dass er in dieser Eigenschaft auch an Vertragsabschlüssen beteiligt war oder zumindest um diese wußte. Soweit die Antragstellerin schließlich meint, von dem Angebot des Zeugenbeweises in der mündlichen Verhandlung überrascht worden zu sein, kann das an der Bewertung der Zeugenaussage nichts ändern, denn im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB kann sich die Vergabekammer grundsätzlich jeder Erkenntnisquelle bedienen (s. Kulartz/Kus/Portz-Ohlerich, GWB, 3. Aufl. 2014, § 110 Rn. 23, 27 ff). Dem hat die Vergabekammer hier mit der Zeugenvernehmung Rechnung getragen.

Demnach wurde der Antrag vom 13. August 2014 erst nach der 30-Tages-Frist, die hier spätestens am 27. Juli 2014 endete, mithin verspätet gestellt.

Nach alledem war dem Antrag nicht stattzugeben.

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, a.a.O., § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 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 Antragstellerin - 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 € . 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 € .

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 Vergabenaachprüfungsverfahren 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,

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.

Harnisch
Vorsitzender

Ulber
Hauptamtliche Beisitzerin