

69d - VK - 33/2016

Leitsätze:

1. Die als Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 bekanntgemachte Absicht einer Direktvergabe stellt eine nachprüffähige Entscheidung dar.
2. Zur Vergabereife zählt, dass die Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben ist sowie die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für einen fristmäßigen Beginn der Auftragsausführung vom Auftraggeber geschaffen worden sind.
3. Art. 5 VO (EG) 1370/2007 enthält sektorspezifische Vergaberegeln.
4. Zu den Anforderungen des sog. Gebietskriteriums in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007.
5. Die Dokumentationspflicht konkretisiert die Begründungspflicht gemäß Art. 7 Abs. 4 VO (GG) 1370/2007. Zur Sicherstellung, dass dabei die tatsächlich angestellten Erwägungen nachvollziehbar und korrekt wiedergegeben werden, sind die Gründe für die Direktvergabe zeitnah zu dokumentieren.

Stichworte: Nachprüffähigkeit der Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007; Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007; Gebietskriterium i.S.v. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007; Vergabereife; Dokumentationspflicht

Normen: § 107 Abs. 2 GWB; Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b, Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007

Streitgegenstand: Transport- und Beförderungsdienstleistungen in einem Stadtgebiet, Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007, §§ 8a, 8b PBefG

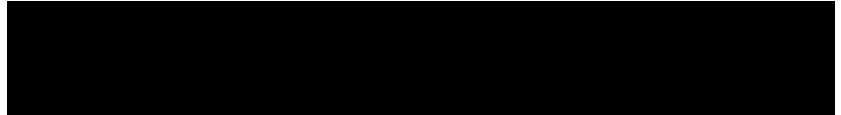
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren



- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:



gegen

1.)



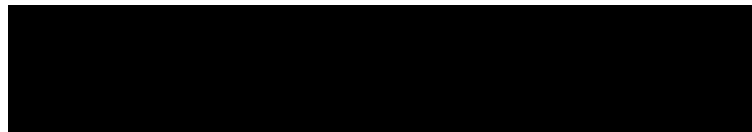
- Antragsgegnerin zu 1 -

2.)

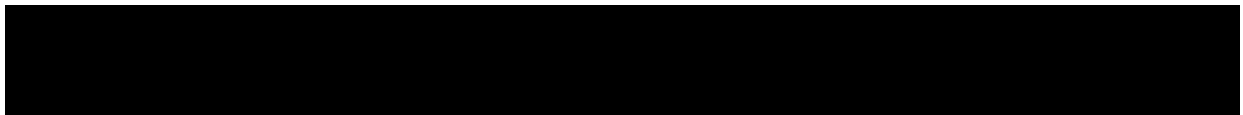


- Antragsgegnerin zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigte:



weitere Beteiligte:



- Beigeladene -

wegen

Transport- und Beförderungsdienstleistungen in



Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007, §§ 8a, 8b PBefG,

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

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2017
am 23. Februar 2017 beschlossen:

- I. Den Antragsgegnerinnen wird untersagt, die beabsichtigte Direktvergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten im Stadtgebiet von Bad Wildungen an die Beigeladene, europaweit bekanntgegeben als Vorinformation für öffentliche Dienstleistungsaufträge vom 26. März 2016 (ABl. 2016/S 061-102621), zu vergeben.
- II. Die Antragsgegnerinnen werden bei Aufrechterhaltung des Beschaffungsvorhabens verpflichtet, diesen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nur nach vorheriger Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, welche die Antragsgegnerinnen jeweils zur Hälfte zu tragen haben. Sie haften als Gesamtschuldner.
- IV. Die Antragsgegnerinnen haben die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Sie haften als Gesamtschuldner; sie tragen diese Kosten je zur Hälfte.
- V. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerinnen veröffentlichten mit europaweiter Bekanntmachung vom 26. März 2016 im Wege der Vorinformation für öffentliche Dienstleistungsaufträge, dass sie beabsichtigen, solch einen Auftrag i.S.d. der Verordnung (VO) (EG) Nr. 1370/2007 vom 23. Oktober 2007 über die Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen im Stadtgebiet [REDACTED] direkt zu vergeben (EU-ABl. 2016/S 061-102621).

Der Auftrag soll gemäß Ziff. II.1. dieser Vorinformation an die Beigeladene vergeben werden; laut Ziff. IV.1 der Bekanntmachung handelt es sich bei ihr um einen internen Betreiber i.S.v. Art. 5 Abs. 2 der ebengenannten Verordnung.

Gemäß Ziff. II.1.3 der Vorinformation soll der Auftrag sämtliche Verkehrsleitungen des Linienbündels [REDACTED] - [REDACTED] - umfassen; diese Leitungen befinden sich ausschließlich im Stadtgebiet von [REDACTED].

Als geplanter Beginn der Dienstleistung wurde der 1. April 2017 bestimmt (Ziff. II.3 der Vorinformation).

Ziff. III.1.1 der Vorinformation lautet wie folgt: „Ausgeglichen wird das jährliche Vorab von dem Auftraggeber genehmigte Planergebnis aus Aufwendungen und Erträgen (Net-

toeffekt), das der Erbringung der vergebenen öffentlichen Personenverkehrsdienste als Gesamtleistung zuzurechnen ist.“

Nach Ziff. III.1.2 der Vorinformation soll der Beigeladenen zum Schutz der vergebenen Dienstleistungen ein ausschließliches Recht gemäß Art. 2 lit. f VO (EG) 1370/2007 i.V.m. § 8a Abs. 8 PBefG gewährt werden.

An der Beigeladenen ist die Antragsgegnerin zu 1 als Gesellschafterin mit einem Anteil von [REDACTED] % beteiligt; zudem sind an der Beigeladenen als Mitgesellschafter der Landkreis [REDACTED] zu [REDACTED] % und der [REDACTED] - [REDACTED] zu ebenfalls [REDACTED] % beteiligt. Die Antragsgegnerin zu 2 ist eine Tochtergesellschaft dieses Zweckverbandes.

Die Antragsgegnerin zu 1 ist auch an der [REDACTED] [REDACTED] ([REDACTED]) als Gesellschafterin beteiligt. Ihr Anteil beträgt dort [REDACTED] %.

Die Geschäfte dieser Gesellschaft werden von Herrn [REDACTED] geführt. Er ist zugleich Geschäftsführer der Beigeladenen

Der Geschäftsbetrieb der Beigeladenen umfasst u.a. den Betrieb von Omnibussen für öffentliche Personenverkehrsdienste im Stadtgebiet von [REDACTED]. Die Antragsgegnerin zu 2 nimmt solche Dienste für bestimmte Liniendübel außerhalb des Stadtgebietes wahr; dazu wurde sie vom Landkreis [REDACTED] durch Aufgaben- und Beleihungsvertrag vom 18. Februar 2005 betraut. Die [REDACTED] [REDACTED] betreibt u.a. Liniendübel für Straßenpersonenverkehr, wobei sie öffentliche Personenverkehrsdienste für weitere Gebiete durchführt, darunter die Liniendübel [REDACTED], [REDACTED]“ ab Dezember 2016 sowie [REDACTED], [REDACTED]“ ab Dezember 2015.

Mit Schreiben vom 30. März 2016 bekundete die Antragstellerin ihr Interesse an dem Auftrag. Daneben bat sie um Information zu den Gründen und Rahmenbedingungen für die beabsichtigte Direktvergabe. Zugleich rügte sie, dass die Voraussetzungen einer direkten Vergabe an die Beigeladene gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 schon deshalb nicht vorliegen würden, weil die Antragsgegner über die Beigeladene keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben würden. Auch würde die Beigeladene mittels des Geschäftsführens, den sie mit der [REDACTED] [REDACTED] gemeinsam hat, Einfluss auf das ebengenannte Unternehmen ausüben, welches jedoch entgegen Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 öffentliche Personenverkehrsdienste außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Antragsgegnerin zu 1 ausführen. Daneben beteilige sie sich an Wettbewerbsverfahren außerhalb dieses Zuständigkeitsbereichs. Schließlich weise die beabsichtigte Direktvergabe nicht die erforderlichen Merkmale einer Dienstleistungskonzession auf, denn aus Ziff. III.1.1 der Vorinformation folge, dass wegen der Ausgleichszahlungen die Beigeladene nicht das Betriebsrisiko trägt.

Am 23. Mai 2016 gab die Antragsgegnerin zu 1 ihr die erbetenen Auskünfte über die Gründe der beabsichtigten Direktvergabe. Außerdem teilte sie ihr mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen wird, da die Voraussetzungen einer Direktvergabe vorliegen würden. Insbesondere sei zum einen das nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 1370/2007 erforderliche Kontroll- und Gebietskriterium hier nicht gegeben, zum anderen - was die Dienstleistungskonzession anbelangt - habe die Beigeladene keinen Anspruch auf die Ausgleichszahlung i.S.v. Ziff. III.1.1 der Vorinformation, so dass bei ihr ein erhebliches Betriebsrisiko verbleiben würde.

Daraufhin stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 9. Juni 2016 ihren Nachprüfungsantrag - eingegangen am selben Tag -, den sie im Kern mit dem Inhalt ihrer erhobenen Rüge begründete.

Sie beantragt,

1. gegen die Antragsgegnerinnen ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG i.V.m. §§ 107 ff GWB einzuleiten;
2. den Antragsgegnerinnen die im EU-Amtsblatt vom [REDACTED] unter der Vergabenummer 2016/S 061-102621 bekannt gemachte beabsichtigte Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrages über die Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen im Stadtgebiet von [REDACTED] an die Beigeladene zu untersagen;
3. die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, für den Fall, dass sie am Beschaffungsvorhaben festhalten, den öffentlichen Dienstleistungsauftrag nur nach vorheriger Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und nach Maßgabe des Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;
4. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabe gemäß § 111 Abs. 1 GWB zu gewähren;
5. den Antragsgegnerinnen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
6. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Vergabekammer übermittelte unter Hinweis auf das Zuschlagsverbot den Nachprüfungsantrag am 10. Juni 2016 an die Antragsgegner, gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihnen die Vergabeakte an, die sie auch erhielt.

Mit Schriftsatz vom 24. Juni 2016 erwiderten diese darauf, indem sie beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten von Verfahren, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen der Antragsgegnerinnen aufzuerlegen; und
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen für notwendig zu erklären.

Zur Begründung legten die Antragsgegnerinnen im Wesentlichen den Inhalt ihrer Rügeantwort dar. Zudem trugen sie u.a. wie folgt vor: Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, da mangels Vergabereife kein Rechtsschutzbedürfnis bei der Antragstellerin vorliege; eine abschließende Vergabeentscheidung sei noch nicht getroffen worden. Im Übrigen verfüge die Antragstellerin über die Infrastrukturen für das zu leistende Stadtbussystem, so dass sie auch kein Interesse an der Leistungserbringung hätte.

In der Folgezeit vertieften diese Beteiligten ihre kontroversen Standpunkte. Dabei führte die Antragstellerin u.a. aus, dass die von den Antragsgegnerinnen angekündigte Um-

strukturierung bei der Aufgabenträgerschaft sowie bei den Gesellschaftsanteilen und bei der Geschäftsführung der Beigeladenen an der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Direktvergabe nichts ändern würde. Zudem beanstandete sie nach - soweit nicht Geheimhaltungsbedürftigkeit gegeben war - zwischenzeitlich erfolgter Akteneinsicht, dass die Antragsgegnerinnen gegen ihre Dokumentationspflicht nach Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 verstoßen hätten, weil die wesentlichen Gründe, die nach ihrer Auffassung eine Direktvergabe ermöglichen würden, in der Vergabeakte nicht dokumentiert seien.

Am 20. September 2016 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren beigezogen.

Mit Schriftsatz vom 29. September 2016 erklärte sie, dass sie keinen eigenen Antrag stellen und auch keine eigene Stellungnahme zum Streitstand abgeben wird.

Nachfolgend setzen die übrigen Beteiligten ihre Kontroverse fort.

Am 23. Januar 2017 fand die mündliche Verhandlung statt, an der die Antragstellerin und die Antragsgegnerinnen teilnahmen; die Beigeladene erschien nicht.

Antragstellerin und Antragsgegnerinnen hielten ihre kontroversen Standpunkte aufrecht. Die Antragsgegnerinnen erklärten, dass die angekündigte Umstrukturierung weiter vorangetrieben worden sei; eine abschließende Entscheidung stehe zwar noch aus, solle aber nach der bevorstehenden Begutachtung der Vermögenslage der von dieser Maßnahme Betroffenen eingeholt werden. Sie sicherten zu, die bereits getroffenen Beschlüsse binnen zwei Wochen der Vergabekammer vorzulegen.

Mit Schriftsatz vom 6. Februar 2016 legten die Antragsgegnerinnen diese Beschlüsse - der letzte wurde am 5. Dezember 2016 gefasst - in Kopie vor. Danach hatten die beiden Antragsgegnerinnen und der [REDACTED] jeweils der Umstrukturierung zugestimmt; letzterer hatte sich dafür ausbedungen, dass Einigung über den Wert der Einbringung erzielt wird. Die Antragsgegnerinnen erklärten, dass dem dadurch Rechnung getragen werden soll, dass ein gemeinsam bestellter Gutachter mit der Wertermittlung beauftragt wird.

Ein abschließender Beschluss zur Umstrukturierung wurde nicht vorgelegt.

Den übrigen Beteiligten wurde dazu binnen einer bestimmten Frist rechtliches Gehör gewährt.

Dies nahm die Antragstellerin wahr und meinte mit Schriftsatz vom 13. Februar 2017, dass die Voraussetzungen für die beabsichtigte Direktvergabe unverändert nicht erfüllt seien.

Die Beigeladene äußerte sich weiterhin nicht.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens richten sich nach den §§ 97, 107 ff GWB in der bis zum 17. April 2016 anwendbaren Fassung, weil das Verfahren über die gegenständliche Auftragsvergabe spätestens mit der Veröffentlichung der Vorinformation am [REDACTED], mithin vor dem maßgebenden 18. April 2016 eingeleitet wurde (§ 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17. Februar 2016 [BGBl. I S. 203]).

1. Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

a.) Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB und der Rechtsweg zur Vergabekammer sind gemäß §§ 102, 104 Abs. 1 und 2 GWB i.V.m. § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG eröffnet (s. Saxinger/Winnes-Saxinger-Schröder, Rechts des öffentlichen Personenverkehrs, 11. Aufl. Juni 2016, Art. 5 Abs. 1 VO 1370 Rn. 46). Denn die Antragsgegnerinnen sind öffentliche Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 [Antragsgegnerin zu 1] sowie 2 und 4 [Antragsgegnerin zu 2] GWB) und dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 1 GWB in Form eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 VO (EG) 1370/2007 für den Verkehr von Kraftfahrzeugen zu Grunde. Zudem wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren geltende Schwellenwert für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge - unstreitig - bei Weitem überschritten. Da gemäß § 104 Abs. 2 GWB vergaberechtlicher Rechtsschutz nur in einem laufenden Vergabeverfahren gewährt wird, gilt der bei Antragstellung gültige Schwellenwert i.H.v. 209.000,- € (§ 100 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB, § 3 Abs. 1 VgV i.V.m. der Delegierten Verordnung Nr. [EU] 2015/2170 der EU-Kommission vom 24. November 2015 (EU-ABl. L 307 S. 5) und der Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 18. Dezember 2015 [BAnz. AT 31.12.2015 B3]).

b.) Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB.

Für das erforderliche Auftragsinteresse i.S.v. § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB ist bei Direktvergabe gemeinhin bereits ausreichend, wenn das Unternehmen des Antragstellers der für den Auftrag in Betracht kommenden gewerblichen Branche angehört und somit generell dafür eingerichtet ist, den Auftrag auszuführen (Müller-Wrede-Hofmann, GWB, 2. Aufl. 2014, § 107 Rn. 7; Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 107 GWB Rn. 15).

Dies ist hier der Fall. Gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich.

Zudem hat die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 30. März 2016 hinreichend ihr Auftragsinteresse bekundet. Dass sie dies erst nach der Vorinformation tat, beruht auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Auftragsvergabe zuvor - unstreitig - nicht bekannt gegeben worden ist, und ist daher unschädlich.

Auch hat sie eine Verletzung in ihren Rechten mit der gebotenen Sachverhaltsdarstellung hinreichend geltend gemacht (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Dazu genügt ein Vortrag von Tatsachen, die auf eine Rechtsverletzung hindeuten und die der Antragsteller aus seiner Sicht für möglich oder wahrscheinlich halten darf, weil dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 107 GWB Rn. 18).

Dem ist hier so.

Die Antragstellerin hat aufgrund der Vorinformation namentlich einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a und b VO (EG) 1370/2007 geltend gemacht und dargelegt, dass damit die Antragsgegnerinnen die gegenständliche Verkehrsleistung einem wettbewerblichen Vergabeverfahren entziehen würden.

Kann der Antragstellerin - wie hier - die Möglichkeit einer Verletzung von Normen des Vergaberechts hinreichend substantiiert dartun, so liegt in der Regel

auch eine Betroffenheit in eigenen Rechten vor (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 10). Normen, die lediglich Ordnungsfunktion haben oder lediglich den Interessen der Allgemeinheit bzw. des Auftraggebers dienen, kann der Antragsteller jedoch nicht geltend machen (Müller-Wrede-Hofmann, wie vor).

Um solch eine Norm handelt es sich bei Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a und b VO (EG) 1370/2007 aber nicht. Art. 5 dieser Verordnung regelt Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge; diese Vorschrift enthält sektorspezifische Vergaberegeln (Ziekow/Völlink-Zuck, a.a.O., Einl. VO 1370 Rn. 33, Art. 5 VO 1370 Rn. 1); Abs. 2 dieser Vorschrift regelt die Voraussetzungen einer Direktvergabe durch die zuständige örtliche Behörde an einen internen Betreiber, die zum Wegfall von Wettbewerb führt (s. Ziekow/Völlink-Zuck, a.a.O., Art 5 VO 1370 Rn. 12; vgl. ders. Einl. VO 1370 Rn. 30; s. Saxinger/Winnes-Saxinger-Schröder, a.a.O., Art. 5 Abs. 2 VO 1370 Rn. 6-9).

Da hier die Antragstellerin dargelegt hat, dass die beabsichtigte Direktvergabe ihr die Teilnahme an einem vergaberechtlichen Wettbewerb verwehre, ist sie in eigenen Rechten betroffen.

So verhält es sich auch bei dem dargetanen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht, der unter Berufung auf die Rechtsprechung zur Begründungspflicht i.S.v. Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007, wonach im Wesentlichen ein bestimmter Mindestumfang für die Begründung einer Entscheidung zur Direktvergabe erforderlich ist (OLG Frankfurt, Beschl. v. 10. November 2015 - Az.: 11 Verg 8/15 -), geltend gemacht wird. Dem Erfordernis, das eine Verletzung dieser Vorschrift nicht isoliert nachprüfbar ist, mithin insoweit Rechtsschutz nur mit einem materiellen Verstoß gegen Bestimmungen über das Vergabeverfahren gewährt wird (Saxinger/Winnes-Saxinger-Schröder, a.a.O., Art. 7 Abs. 4 VO 1370 Rn. 20), wird hier schon mit der Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 Genüge getan.

Außerdem hat sie das Darlegungserfordernis eines entstandenen oder drohenden Schadens gemäß § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB erfüllt.

Dazu genügt, wenn der Antragsteller schlüssig darlegt, durch einen Vergabefehler schon an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren gehindert zu sein (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 13), so dass der Verlust des Auftrags im Raum steht (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 107 GWB Rn. 22).

Hier hat die Antragstellerin dem Rechnung getragen, indem sie dargelegt hat, dass sie aufgrund ihrer technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit den Auftrag durchführen könne und dass sie mit der Direktvergabe jegliche Chance auf die Erteilung des Auftrags verlieren würde.

- c.) Schließlich ist bei der Antragstellerin auch ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben.

Dies beruht bereits auf der Vorinformation vom 26. März 2016. Diese gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 bekanntgemachte Absicht einer Direktvergabe stellt eine nachprüffähige Entscheidung dar (OLG Frankfurt, Beschl. v. 10. November 2015 - Az.: 11 Verg 8/15 -). Denn hierbei handelt es sich um eine Maßnahme eines öffentlichen Auftraggebers, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag getroffen wird; diese Maßnahme ist keine reine interne Überlegung mehr, sondern hat diesen Bereich bereits verlassen und tut nach außen die Absicht einer Direktvergabe kund (OLG Frankfurt, wie vor). Da die in Art. 7 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 vorgeschriebene Bekanntmachungs-

verpflichtung im Wege einer veröffentlichten Vorinformation gerade dazu dient, die Rechtmäßigkeit der bekanntgemachten Entscheidung überprüfen zu können, soll mittels der Bekanntmachung potenziellen Bietern die Gelegenheit gegeben werden, dementsprechend zu reagieren (OLG Frankfurt, wie vor, m.w.N.).

Die in Rede stehende Vorinformation steht auch der Annahme einer fehlenden Vergabereife entgegen.

Zur Vergabereife zählt, dass die Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben ist sowie die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für einen fristmäßigen Beginn der Auftragsausführung vom Auftraggeber geschaffen worden sind (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. November 2013 - Az.: Verg 20/13 -).

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist hier der Vorinformation entnehmbar.

Dort ist in Ziff. III.1.3 der Vorinformation der Leistungsgegenstand hinreichend beschrieben, weil darin Auftragsform, Leistungsart und -ort dargetan sind. Danach soll ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag über die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen im Stadtgebiet von [REDACTED] vergeben werden. Insbesondere ist dort das zu bedienende Linienbündel mit den dazugehörigen Linien jeweils konkret bezeichnet. Aus Ziff. II.3 der Vorinformation ergeben sich Leistungsbeginn und -dauer, sodass auch der Leistungszeitraum klar bestimmt ist.

Mit der in Ziff. IV.1 der Vorinformation bekannt gegebenen Verfahrensart, wonach der Auftrag an einen internen Betreiber i.S.v. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 vergeben werden soll, und die veröffentlichte Bezeichnung der Vergabeform - mithin Direktvergabe - einschließlich der Benennung der Beigeladenen als vorgesehene Auftragsnehmerin (Ziff. II.1.1 der Vorinformation) sowie der kundgetanen Absicht, ihr zu ihrem Schutz ein ausschließliches Recht gemäß Art. 2 lit. f VO (EG) 1370/2007 i.V.m. § 8a Abs. 8 PBefG einzuräumen (Ziff. III.1.2 der Vorinformation), sind durch die Antragsgegnerinnen die tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen zu Beginn der Leistungsbringung hergestellt worden. Unschädlich ist, dass dies nicht bereits vor der Bekanntmachung erfolgt ist, weil die Vorinformation über die beabsichtigte Direktvergabe gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 ein Jahr zuvor zu veröffentlichen war. Da der Leistungsbeginn zum 1. April 2017 geplant war (Ziff. II.3 der Vorinformation) und die Vorinformation am 26. März 2016 bekannt gemacht wurde, wurde der Veröffentlichungspflicht nach der ebengenannten Vorschrift Genüge getan. Es bedurfte daher keiner der Vorinformation vorangehenden Bekanntmachung über den Leistungsgegenstand sowie geschaffene Voraussetzungen für fristgemäßen Ausführungsbeginn.

Auf eine abschließende Vergabeentscheidung kommt es daher beim Rechtsschutzbedürfnis - entgegen den Antragsgegnerinnen - nicht an.

2. Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt, da die Antragsgegnerinnen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten haben.

- a.) Die Begründetheit des Nachprüfungsantrags ist an Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 und die diese Vorschrift ergänzenden europarechtlichen und nationalen Bestimmungen zu messen.

Die von den Antragsgegnerinnen im Wege der Vorinformation für öffentliche Dienstleistungsaufträge beabsichtigten Direktvergabe über die Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen im Stadtgebiet [REDACTED] i.S.d. VO (EG) 1370/2007 erfüllt nicht die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 der genannten Verordnung.

- aa.) Dabei kann offen bleiben, ob die Antragsgegnerinnen über die Beigeladene eine Kontrolle im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Sätze 1, 2 lit. a VO (sog. Kontrollkriterium) ausüben.
- bb.) Denn die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 liegen jedenfalls nicht vor.

Nach dieser Vorschrift darf ein interner Betreiber bei einer Direktvergabe - abgesehen von abgehenden Diensten - nur innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde (Aufgabenträger) tätig werden (sog. Gebietskriterium).

Dabei kommt es nicht allein darauf an, ob die Beigeladene selbst nur in diesem Gebiet tätig wird. Denn diese Vorschrift erweitert das Erfordernis, nur im Gebiet des Auftraggebers tätig zu werden, auf "jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt" (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007).

Der Geschäftsbetrieb der Beigeladenen umfasst u.a. den Betrieb von Omnibussen für öffentliche Personenverkehrsdienste im Stadtgebiet von [REDACTED]. Damit wird sie im Gebiet der örtlich zuständigen Behörden, der Antragsgegnerinnen, tätig und erfüllt selbst insoweit zunächst einmal das Gebietskriterium.

Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 setzt jedoch weiter voraus, dass auch jede andere Einheit, auf die der interne Betreiber einen auch nur geringen Einfluss ausübt, das sog. Gebietskriterium erfüllen muss.

Diese Voraussetzung liegt nicht vor, denn die Beigeladene übt einen nicht nur geringen Einfluss auf die [REDACTED] aus, welche jedoch entgegen Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 öffentliche Personenverkehrsdienste außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Antragsgegnerin zu 1 und auch der Antragsgegnerin zu 2 ausführt.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen ist hierfür ihr Zuständigkeitsgebiet maßgeblich, und nicht das Verbundgebiet des [REDACTED].

Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des lit. b der ebengenannten Vorschrift, der auf das Zuständigkeitsgebiet der zuständigen örtlichen Behörde abstellt. Zuständige örtliche Behörde ist der Aufgabenträger und Auftraggeber, vorliegend in der Gestalt der Antragsgegnerinnen als Gruppe von Behörden. Der [REDACTED] tritt ausweislich der Vorinformation nicht als Auftraggeber auf. Auf die Frage, ob die zu vergebenden öffentlichen Verkehrsdienste außerhalb des Verbundgebietes des [REDACTED] durchgeführt werden, kommt es deshalb nicht an.

Das Zuständigkeitsgebiet der Antragsgegnerin zu 1 erstreckt sich auf das Gebiet der Stadt [REDACTED]. Das Zuständigkeitsgebiet der Antragsgegnerin zu 2 richtet sich nach dem Aufgaben- und Beleihungsvertrag vom [REDACTED]. Darin wurde sie vom Landkreis [REDACTED] mit der Wahrnehmung von Aufgaben eines Aufgabenträgers betraut. Diese Betrauung bezog sich auf das Kreisgebiet des Landkreises [REDACTED].

Die [REDACTED] führt Personenverkehrsdienste außerhalb des Kreisgebiets [REDACTED] und des darin enthaltenen Stadtgebiets von [REDACTED] durch; dabei sind abgehende Linien und Teildienste nicht berücksichtigt.

Sie betreibt u.a. Linienverkehr für Straßenpersonenverkehr im Linienbündel [REDACTED], [REDACTED] ab Dezember 2016 sowie [REDACTED], [REDACTED] ab Dezember 2015. Diese Linienverkehre werden zumindest teilweise außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen Behörden, der Antragsgegnerinnen, ausgeführt.

Das Linienbündel [REDACTED] umfasst Linienverläufe mit Ausgangs- und Endpunkten außerhalb des Kreisgebiets [REDACTED]. Es enthält etwa einen Linienverlauf [REDACTED] (Linie [REDACTED] der sich vollständig außerhalb des Kreisgebietes [REDACTED] befindet und damit außerhalb des Zuständigkeitsgebietes der Antragsgegnerinnen gelegen ist.

Bei der Linie [REDACTED] handelt es sich auch nicht um eine abgehende Linie oder sonstigen Teildienst, die in das Zuständigkeitsgebiet benachbarter zuständiger örtlicher Behörden i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Satz lit. b VO (EG) 1370/2007 führen.

Um eine aus dem Zuständigkeitsgebiet der Antragsgegnerinnen abgehende Linie handelt es sich schon deshalb nicht, weil der Ausgangspunkt [REDACTED] nicht im Landkreis [REDACTED] liegt.

Es handelt sich auch nicht um einen Teildienst im Zuständigkeitsgebiet einer benachbarten zuständigen örtlichen Behörde.

Nach den Leitlinien zur VO (EG) 1370/2007, EU-ABl. vom 29. März 2014 - Az.: C 92/10-11 - ist für die Beurteilung eines Dienstes als Teildienst das Kriterium entscheidend, dass es sich bei den außerhalb des maßgeblichen Gebiets erbrachten Teildienste nicht um den Hauptgegenstand der öffentlichen Verkehrsdienste im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags handelt, sondern um nachrangige Dienste.

Dies bewertet die Kommission anhand der entsprechenden Kilometerleistung mit dem Gesamtvolumen des von dem Vertrag des internen Betreibers - oder der anderen unter seinem Einfluss stehenden Einheit - abgedeckten öffentlichen Verkehrsdienstes (Leitlinien zur VO (EG) 1370/2007, EU-ABl. vom 29. März 2014 - Az.: C 92/10-11 -).

Das Linienbündel [REDACTED] hat seinen Schwerpunkt und seinen Hauptgegenstand außerhalb des Kreisgebiets [REDACTED]. Das ergibt sich daraus, dass nur die Orte [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] der Linie [REDACTED] innerhalb, jedoch alle übrigen Haltepunkte außerhalb des Kreisgebietes liegen. Das dürfte einer anteiligen Kilometerleistung am gesam-

ten Linienbündel von weniger als 10 Prozent entsprechen. Damit befindet sich der Hauptgegenstand des Verkehrsdienstes der [REDACTED] außerhalb des Zuständigkeitsgebietes der Antragsgegnerinnen.

Es bedarf keiner näheren Betrachtung, ob sich die [REDACTED] daneben auch an Wettbewerbsverfahren außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Antragsgegnerinnen beteiligt. Da das Gebietskriterium bereits unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Ausführung von Diensten außerhalb des Zuständigkeitsgebietes der Antragsgegnerinnen nicht erfüllt ist, kommt es auf weitere rechtliche Gesichtspunkte nicht mehr an.

Diese Nichterfüllung des Gebietskriteriums durch die [REDACTED] muss sich die Beigeladene auch zurechnen lassen, da sich die Anforderungen des Gebietskriteriums auch auf andere Einheiten, auf die die Beigeladene als interner Betreiber Einfluss ausübt, erstrecken.

Die Beigeladene übt auf die [REDACTED] einen nicht nur geringen Einfluss aus.

Ein solcher geringfügiger Einfluss ist anzunehmen, wenn der interner Betreiber an dem anderen Unternehmen etwa als Anteilseigner beteiligt ist (Ziekow/Völlink-Zuck, a.a.O., Art. 5 VO (EG) 1370/2007 Rn. 25).

Hinweise darauf, dass die Beigeladene über solche Beteiligungen an der [REDACTED] verfügt, gibt es vorliegend indes nicht.

Die Gebote des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit b VO (EG) 1370/2007 gelten jedoch auch für alle anderen Einheiten, bei denen zwar keine Beteiligung oder Eigentümerschaft vorliegt, aber in sonstiger Weise Einfluss genommen werden kann. Dies kann bei Leistungsbeziehungen zwischen dem internen Betreiber und der anderen Einheit, bei personellen Verflechtungen (z.B. gleiche Geschäftsführer) oder bei faktisch sonstiger Einflussnahme gegeben sein (Ziekow/Völlink-Zuck a.a.O., Art. 5 VO (EG) 1370/2007 Rn. 25).

Die Beigeladene und die [REDACTED] haben beide denselben Geschäftsführer, Herrn [REDACTED]. Durch die Personengleichheit in der Position des Geschäftsführers ist ein solcher - mindestens geringfügiger - Einfluss gegeben. Grundsätzlich wird die Gesellschaft nach § 35 Abs. 1 GmbHG durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Dies schließt etwa die Möglichkeit ein, für die Gesellschaft Verträge abzuschließen und wettbewerblich in das Geschehen am Markt einzugreifen.

Der Ordnungsgeber verfolgt mit der Regelung, die Gebote des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 auf andere Einheiten zu erstrecken, das Ziel, zu verhindern, dass die Beschränkung des wettbewerblichen Verhaltens des internen Betreibers außerhalb eines bestimmten Gebietes durch die Verflechtung mit anderen Unternehmen unterlaufen werden kann. Bei der Personenidentität der Geschäftsführer und der damit einhergehenden Befugnisse, wettbewerblich in den Markt einzugreifen, bestünde solch eine Gefahr des Unterlaufens.

Hier werden die Geschäfte der Beigeladenen als interner Betreiber werden von Herrn [REDACTED] geführt, der zugleich Geschäftsführer der [REDACTED] ist und für diese am Markt auftreten kann. Damit ist lit. b der genannten Vorschrift verletzt und die Voraussetzungen der Vergabe an einen internen Betreiber nicht erfüllt und die Vergabe somit rechtswidrig.

Die von der Antragsgegnerin zu 1 vorgetragenen geplanten Umstrukturierungen ändern nichts an diesem Ergebnis.

In der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2017 haben die Antragsgegnerinnen Umstrukturierungen bei der Aufgabenträgerschaft sowie bei den Gesellschaftsanteilen und der Geschäftsführung der Beigeladenen angekündigt. Die Antragsgegnerinnen erklärten, dass die angekündigte Umstrukturierung weiter vorangetrieben worden sei; eine abschließende Entscheidung stehe zwar noch aus, solle aber nach der bevorstehenden Begutachtung der Vermögenslage der von dieser Maßnahme Betroffenen eingeholt werden. Mit Schriftsatz vom 6. Februar 2016 legten die Antragsgegnerinnen diese Beschlüsse - der letzte wurde am 5. Dezember 2016 gefasst - in Kopie vor. Danach haben die beiden Antragsgegnerinnen und der [REDACTED] jeweils der Umstrukturierung zugestimmt; letzterer bedingte sich dafür aus, dass Einigung über den Wert der Einbringung erzielt wird. Die Antragsgegnerinnen erklärten, dass dem dadurch Rechnung getragen werden soll, dass ein gemeinsam bestellter Gutachter mit der Wertermittlung beauftragt wird.

Als weitere Maßnahme sei vorgesehen, die Geschäftsführung der Beigeladenen und der [REDACTED] mit unterschiedlichen Personen zu besetzen. Dadurch werde die Möglichkeit einer Einflussnahme der Beigeladenen auf die am Markt aktive [REDACTED] zukünftig ausgeschlossen. Zum Zeitpunkt der Direktvergabe werde das Gebietskriterium daher eingehalten.

Ob die geplanten Umstrukturierungen letztlich dazu führen, dass Direktvergaben an einen internen Betreiber vergaberechtskonform möglich sind, kann vorliegend offen gelassen werden.

Denn es genügt nicht, wenn die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 lit. b VO (EG) 1370/2007 erst bei der Direktvergabe eingehalten werden. Vielmehr müssen die genannten Voraussetzungen bereits bei der Vorinformation vorgelegen haben.

Dies ergibt sich aus Abs. 2 Satz 2 der vorgenannten Vorschrift, wonach dann, wenn eine zuständige Behörde den Beschluss zu einer Direktvergabe an einen internen Betreiber fasst, die Voraussetzungen der lit. a bis e der Vorschrift gelten. Damit stellt die Verordnung auf die Beschlussfassung durch den Aufgabenträger zur Direktvergabe als den maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen ab, wobei die Beschlussfassung durch die Vorinformation nach außen manifestiert wird. Spätestens zum Zeitpunkt der Vorinformation hätte sich die Sachlage so darstellen müssen, dass von einem Vorliegen der Voraussetzungen ausgegangen werden konnte.

Das ist hier aber nicht der Fall. Zum diesem Zeitpunkt lagen die die Voraussetzungen des lit. b der besagten Vorschrift nicht vor.

Dies ist nach den von den Antragstellerinnen mit Schreiben vom 6. Februar 2017 vorgelegten Unterlagen (Anlage AG 4) offenbar auch unstrittig, denn der Bürgermeister der Antragsgegnerin zu 1 hat am 5. Dezember 2016 in der Stadtverordnetenversammlung erklärt, dass die bisher praktizierte Direktvergabe ohne die Veräußerung rechtlich nicht mehr möglich sei. Damit geht die Antragsgegnerin zu 1 selbst nicht davon aus, die Voraussetzungen für eine Direktverga-

be an einen internen Betreiber hätten bereits zum Zeitpunkt der Vorinformation vorgelegen.

- cc.) Soweit die Antragstellerin geltend macht, bei der vorliegend beabsichtigten Direktvergabe handele es sich nicht um eine Dienstleistungskonzession, sondern um einen Dienstleistungsauftrag, ist dies vorliegend nicht zu entscheiden.

Nach der neueren Rechtsprechung kann eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 an eine „rechtlich getrennte Einheit“ sowohl als Dienstleistungskonzession als auch als Dienstleistungsauftrag im engeren Sinne ausgestaltet sein (OLG München, Beschl. v. 31.03. 2016 - Az.: Verg 14/15 -).

- b.) Schließlich haben die Antragsgegnerinnen auch gegen ihre Dokumentationspflicht verstoßen.

Solch eine Pflicht ergibt sich bei Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße aus dem Zusammenhang mit der Begründungspflicht gemäß Art. 7 Abs. 4 VO (GG) 1370/2007, die sie konkretisiert (OLG Frankfurt, Beschl. v. 10. November 2015 - Az.: 11 Verg 8/15 -). Nach dieser Vorschrift ist die zuständige Behörde als öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, auf Nachfrage die Gründe für die beabsichtigte Direktvergabe mitzuteilen.

Zwar ist diese Pflicht der Informationspflicht i.S.v. § 101a GWB ähnlich (Saxinger/Winnes-Saxinger-Schröder, a.a.O., Art. 7 Abs. 4 VO 1370 Rn. 20). Doch sind die Gründe für die Direktvergabe zur Sicherstellung, dass die tatsächlich angestellten Erwägungen nachvollziehbar und korrekt wiedergegeben werden, zeitnah zu dokumentieren. Denn damit wird dem Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 2 GWB Rechnung getragen, welches das gesamte Vergabeverfahren prägt und den öffentlichen Auftraggeber zu offenem, erkennbarem und nachvollziehbarem Beschaffungsverhalten verpflichtet (OLG Frankfurt, wie vor).

Die Sicherstellung von Transparenz ist bei - wie hier - wettbewerbsfreien Direktvergaben besonders geboten. Bei solchen Vergaben dient sie der Nachvollziehbarkeit, ob die zuständige Behörde von ihrem Wahlrecht bewusst Gebrauch gemacht sowie die rechtlichen Voraussetzungen für die Direktvergabe sorgfältig geprüft und intensiv abgewogen hat, ob im konkreten Fall ein wettbewerbliches Vergabeverfahren möglicherweise doch sinnvoll sein kann (Saxinger/Winnes-Saxinger-Schröder, a.a.O., Art. 7 Abs. 4 VO 1370 Rn. 1 m.w.N.). Als Mittel für die Nachvollziehbarkeit kommen schriftliche Unterlagen wie Vertragsentwürfe/Konzepte/Eckpunkte, Verhandlungsprotokolle, Vergabevermerke oder sonstige Vermerke in Betracht (s. OLG Frankfurt, wie vor).

Da das Erfordernis einer Dokumentation bereits der die Vorinformation tragenden Gründe umfasst (OLG Frankfurt, wie vor), ist ihm gerade schon vor der Bekanntmachung der Vorinformation zu genügen. Denn mit dieser Bekanntmachung bekundet der Auftraggeber nach außen seine Absicht, die streitgegenständliche Leistung im Wege der Direktvergabe zu vergeben. Die Dokumentation dieser Absicht zeitlich vor außenwirksamer Kundgabe ist daher nicht nur der Transparenz, son-

dern auch dem Entgegenwirken der Gefahr willkürlicher Entscheidungen oder gar Manipulationen durch den Auftraggeber sachdienlich.

Demnach hat der Auftraggeber noch vor der Vorinformation die tragenden Gründe der beabsichtigten Direktvergabe zu dokumentieren.

Hier sind diese Gründe erst dem Schreiben der Antragsgegnerin zu 1 vom 23. Mai 2016 zu entnehmen, gleichwohl die Vorinformation am 26. März 2016 veröffentlicht wurde. Als Gründe wurde - neben der Bejahung der Direktvergabevoraussetzungen - angegeben, dass im vorliegenden Fall eine öffentliche Ausschreibung keine wirtschaftlichen, technischen oder administrativen Vorteile gegenüber einer Direktvergabe bieten würde. Insbesondere seien aufgrund der direkten gesellschaftsrechtlichen Beteiligung namentlich der Antragsgegnerin zu 1 bei der Beigeladenen deren Einflussmöglichkeiten auf diese größer als bei einem Fremdunternehmen, was flexiblere Lösungsmöglichkeiten gewährleisten würde.

Zwar wurde damit die Begründungspflicht gemäß Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 erfüllt, jedoch enthält die vorgelegte Vergabeakte keinen Anhaltspunkt darüber, welche Erwägungen der Direktvergabe zu Grunde gelegen hätten, schon bevor die Bekanntmachung der Vorinformation erfolgte. Ein entsprechendes Dokument, das darüber Aufschluss geben könnte, ist nicht ersichtlich.

Nach alledem ist dem Nachprüfungsantrag 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.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- €. 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). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 128 GWB Rn. 19, 283; Heiermann/Zeiss-Summa, jurisPK-Vergaberecht, 4. Auflg. 2013/Stand: 2. Juli 2015, VT 2 zu § 128 GWB, Rn. 9, 10). Da jedoch dazu keine Angaben vorliegen, ist die Mindestgebühr von [REDACTED] € zu Grunde zu legen.

Da die Antragsgegnerinnen - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16, s. Rn. 17; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, GWB, 3. Auflg. 2014, § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht haben, sind sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Dies gilt nicht für die Beigeladene, da sie sich - wie für die Entscheidung über die Kostentragung erforderlich (Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 14; s.

Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16) – nicht selbst aktiv mit eigenen Sachvorträgen vor der Vergabekammer engagiert hat; mangels von ihr gestellter Anträge konnte in der Hauptsache auch nicht dagegen entschieden werden. Die Antragsgegnerinnen tragen damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten. Für diese Kosten haften diese Beteiligten gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB gesamtschuldnerisch; da keine erhebliche Verschiedenheit der Beteiligung am Verfahren vorliegt, haben sie – wie anerkannt (Kus/Kulartz/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 38) – die Kostenerstattung je zur Hälfte zu entrichten.

Die Antragsgegnerinnen haben die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen (§§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB), für die sie gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB gesamtschuldnerisch haften; aus den vorstehenden Gründen tragen sie die Aufwendungen hälftig.

Aufwendungen der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, da sie sich nicht – wie für die Erstattung vorausgesetzt wird (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) – mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt hat. Damit ist hier ein ausdrücklicher, bewusster und gewollter Interessengegensatz zwischen Beigeladener und Antragstellerin, der für die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen der Beigeladenen gemeinhin vorausgesetzt wird (Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 37; s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28), nicht gegeben.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts – wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 – Az.: 11 Verg 10/13 –; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 29; s. Müller-Wrede-Schröder, GWB, a.a.O., § 128 Rn. 33, 33a) – der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragsgegnerinnen notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG).

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 128 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 40; Müller-Wrede-Schröder, GWB, a.a.O., § 128 Rn. 36 ff; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 276).

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