

Aktenzeichen:
15 Verg 8/20



Oberlandesgericht Karlsruhe

VERGABESENAT

Beschluss

In Sachen

Müller Reisen GmbH & Co. KG, vertreten durch d. Geschäftsführer Hartin Müller, Viktoria Müller, Arnbacher Straße 58, 75217 Birkenfeld
- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

Oppenländer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Börsenplatz 1, 70174 Stuttgart

gegen

- 1) **Enzkreis**, vertreten durch d. Landrat Bastian Rosenau, Zähringerallee 3, 75177 Pforzheim
- Antragsgegner und Beschwerdeführer -
- 2) **Stadt Pforzheim**, vertreten durch d. Eigenbetrieb Pforzheimer Verkehrs- und Bäderbetriebe, Heinrich-Witzenmann-Straße 13, 75179 Pforzheim
- Antragsgegner und Beschwerdeführer -
- 3) **Landkreis Calw**, vertreten durch d. Landrat Helmut Rieger, Vogteistraße 42-46, 75365 Calw
- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

Prozessbevollmächtigte zu 1 - 3:

Rechtsanwälte **BBG und Partner**, Contrescarpe 75 A, 28195 Bremen, Gz.: 63/20/80 LW-vs

Weitere Beteiligte:

- 1) **Richard Eberhardt GmbH**, Industrieweg 14, 75331 Engelsbrand
- Beigeladene -
- 2) **Regionalbusverkehr Südwest GmbH (RVS)**, Gutschstraße 4, 76137 Karlsruhe
- Beigeladene -

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - Vergabesenat - durch Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Hemmerich-Dornick, Richterin am Oberlandesgericht Dittmar und Richter am

Oberlandesgericht Dr. Delius aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2020 beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegner gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 31. Juli 2020 – 1 VK 27/20 – wird zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegner haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen einschließlich der Kosten der Antragstellerin, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren.
3. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 125.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Beauftragung der Beigeladenen mit der Durchführung von Buslinienverkehr.

2017 hatten die Antragsgegner Busverkehrsleistungen ausgeschrieben. Auf Antrag der Antragstellerin wurde ihr die Einrichtung, Linienführung und der Betrieb des Linienverkehrs im eigenwirtschaftlichen Verkehr bis 12.12.2026 genehmigt. Den Betrieb nahm sie im Dezember 2018 auf. Durch Schreiben vom 21.1.2020 beantragte sie die Entbindung von ihrer Betriebspflicht zum 28.2.2020. Aufgrund einer Besprechung vom 5.2.2020 nahm sie den Antrag zurück und stellte unter dem 11.2.2020 einen erneuten Antrag auf Entbindung zum 31.3.2020. Die Entbindungsanträge begründete sie mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten aufgrund der fehlenden Zuschreibung prognostizierter Fahrgelder, erhöhter Treibstoffkosten und der Reduzierung von Zahlungen nach § 45 a PBefG. Durch Bescheid der Genehmigungsbehörde, des Regierungspräsidiums, vom 12.3.2020 wurde die Antragstellerin zum 14.4.2020 von der Betriebspflicht entbunden. Durch Verträge vom 30.3.2020 und 6.4.2020 beauftragten die Antragsgegner die Beigeladenen

mit der Durchführung des Busverkehrs auf jeweils unterschiedlichen Linien für zwei Jahre, was am 20.5.2020 europaweit bekannt gemacht wurde. Diese direkte Vergabe der Leistungen rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 8.6.2020. Die Rüge wiesen die Antragsgegner zurück.

Am 18.6.2020 hat die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren eingeleitet und beantragt, die Unwirksamkeit der mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge festzustellen.

Sie hat beanstandet, trotz mehrfach zum Ausdruck gebrachten Interesses an der Auftragsvergabe nicht beteiligt worden zu sein. Die Voraussetzungen für eine Notvergabe oder eine Dringlichkeitsvergabe hätten nicht vorgelegen. Die Antragsgegner hätten eine Ausschreibung mit vorheriger Bekanntmachung in die Wege leiten können. Sie, die Antragstellerin, habe bereits am 21.1.2020 die Entbindung von der Betriebspflicht beantragt. Die Erforderlichkeit einer Anschlussvergabe sei auch Gegenstand des Gesprächs vom 5.2.2020 gewesen. Die Mindestfristen für eine Bekanntmachung hätten eingehalten werden können. Die Antragsgegner hätten spätestens nach dem ersten Entbindungsantrag mit den Vorbereitungen für die Anschlussvergabe beginnen müssen. Davon abgesehen hätte nur eine Interimsvergabe erfolgen dürfen und keine Beauftragung für zwei Jahre. Die Antragsgegner hätten ihr, der Antragstellerin, die Möglichkeit zur Abgabe eines Angebots einräumen müssen. Das Verhandlungsverfahren hätte die Beteiligung von mindestens drei Unternehmen erfordert. Die Antragsgegner seien jedoch für jedes Los jeweils nur mit einem Unternehmen in Kontakt getreten.

Die Antragsgegner haben erwidert, die Antragstellerin habe ihr Nachprüfungsrecht verwirkt. Ihr sei spätestens aufgrund eines Telefonats vom 18.3.2020 bekannt gewesen, dass sie im Rahmen der Dringlichkeitsvergabe nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werde. Sie habe aber nicht innerhalb der Frist von zehn Tagen gerügt, dass sie nicht einbezogen werde. Die Antragstellerin könne auch nicht die Länge der Vertragslaufzeit und die Wahl einer unzulässigen Verfahrensart rügen, da sie auszuschließen gewesen wäre. Sie, die Antragsgegner, hätten den Auftrag aufgrund besonderer Dringlichkeit ohne vorherige Bekanntmachung vergeben können. Aufgrund der Entbindung der Antragstellerin von der Betriebspflicht durch Bescheid des Regierungspräsidiums vom 12.3.2020 habe eine Unterbrechung der Verkehrsbedienung ab 14.4.2020 gedroht. Eine Entbindung von der Betriebspflicht sei erst in und nach der Besprechung vom 5.2.2020 plausibel geworden, weil nach den vorgelegten Unterlagen unmittelbar eine Insolvenz gedroht habe. Endgültig festgestanden habe der Termin der Entbindung erst aufgrund des Bescheids vom 12.3.2020. In der zur Verfügung stehenden Zeit vom 12.3.2020 bis 14.4.2020 hätte selbst bei intensiver Vorbereitung ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht mehr rechtzeitig abgeschlossen werden können. Neben der Mindestfrist für die Abgabe von Angeboten bzw. Teilnahmeanträgen und der Wartezeit bis zum Zuschlag hätte berücksichtigt werden müssen, dass ein Unternehmen eine

Rüstzeit von mehr als einem Monat benötige, um den Linienverkehr ordnungsgemäß aufnehmen zu können. Für die Dauer eines als Notmaßnahme geschlossenen Vertrags gebe es keine Vorgaben. Bei der Auswahl der Vertragspartner sei die Antragstellerin nicht berücksichtigt worden, weil sie eine wesentliche Anforderung bei der Durchführung des Busverkehrs nicht erfüllt habe und es zu einer vorzeitigen Beendigung gekommen sei. Eine Vergabe an sie hätte weiterhin zu einer beihilferechtlich unzulässigen Abgeltung der Betriebspflicht geführt und in ihr ein Fehlanreiz gelegen, verbindliche Zusicherungen und die Betriebspflicht im Rahmen eigenwirtschaftlicher Verkehre nicht einzuhalten. Aus den Angaben der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Entbindung von der Betriebspflicht sei zudem zu schließen gewesen, dass sie nicht über hinreichende Liquiditätsreserven verfüge, die eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung habe erwarten lassen.

Durch den angefochtenen Beschluss, auf den verwiesen wird, hat die Vergabekammer festgestellt, dass die mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge unwirksam sind.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Eine Rüge hätte der Antragstellerin nicht obliegen. Allein entscheidend sei, dass sie den Nachprüfungsantrag innerhalb der Frist von 30 Tagen nach Auftragsbekanntmachung eingereicht gehabt habe. Das Recht auf Nachprüfung habe die Antragstellerin auch nicht verwirkt. Sie habe nicht lange mit der Rüge und deren Weiterverfolgung abgewartet. Die Antragsgegner hätten nicht auf den Bestand der Vertragsschlüsse vertrauen dürfen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Antragsgegner hätten die Durchführung des Vergabeverfahrens nicht ausreichend dokumentiert und dadurch gegen das Transparenzgebot verstoßen. Die Entscheidungen der Antragsgegner könnten nicht nachvollzogen werden. Weder die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten noch die tatsächlichen Angebote der Beigeladenen oder Protokolle über Verhandlungen befänden sich bei den Unterlagen. Erhebliche Zweifel bestünden auch, ob der Vergabevermerk sukzessiv mit Fortschreiten der einzelnen Verfahrensabschnitte erstellt worden sei. Er erwecke den Eindruck, dass mit der Prüfung eines Ausschlusses erst nach Zustellung des Nachprüfungsantrags an die Antragsgegner begonnen worden sei. Auch gebe es in den Unterlagen unterschiedliche Angaben, mit wie vielen Unternehmen verhandelt worden sei. Die Antragstellerin habe nicht ausgeschlossen werden können. Die Antragsgegner hätten keine tragfähigen nachvollziehbaren Aussagen darüber getroffen, dass die Antragstellerin die Dienstleistungsaufträge nicht hätte ordnungsgemäß erfüllen können. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin den Busbetrieb eigenwirtschaftlich nicht mehr habe führen können, reiche nicht. Die mit den Beigeladenen vereinbarten Abrechnungsmodalitäten ließen vermuten, dass der Antragstellerin die Leistung unter den dort genannten Bedingungen auch möglich gewesen wäre. Eine ausreichende Prognoseentscheidung sei nicht getroffen worden. Rechtswidrig sei auch der

Ausschluss der Antragstellerin mangels wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit. Die Antragsgegner hätten keine Eignungskriterien aufgestellt und eine Eignungsprüfung der Bieter nicht dokumentiert. Aus dem Umstand, dass die Antragstellerin die Leistungen nicht habe eigenwirtschaftlich erbringen können, lasse sich nicht automatisch schließen, dass sie zu keiner Dienstleistung mehr in der Lage sei. Die Antragsgegner hätten mit den Verkehrsleistungen nicht aufgrund Dringlichkeit die Beigeladenen beauftragen dürfen. Es liege ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vor. Ausweislich der Unterlagen hätten zwei Unternehmen ihr Interesse verloren, nachdem sie sich mit den Beigeladenen über eine Unterauftragsvergabe geeinigt hätten. Weiterhin sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegner geeignete Unternehmen ausgewählt und danach zur Abgabe von Erstangeboten aufgefordert hätten. Vielmehr hätten lediglich mehrere Unternehmen sich aufgrund der Kenntnis von den Schwierigkeiten der Antragstellerin von allein gemeldet. Gedanken zur Auswahl von in die Verhandlung einzubeziehenden Unternehmen hätten die Antragsgegner sich nicht gemacht. Sie hätten lediglich ausweislich des Vergabevermerks mit zwei, nach den Gremiovorlagen mit drei Unternehmen Verhandlungen aufgenommen. Näheres sei den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen. Die Antragsgegner seien aber verpflichtet gewesen, mindestens drei Bewerber anzusprechen. Darüber hinaus hätten keine Verträge mit einer Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen werden dürfen. Möglich gewesen wäre eine Direktvergabe als vorübergehende Interimsvergabe für einen sehr kurzen Zeitraum, die ermöglicht hätte, ein wettbewerbliches Interimsvergabeverfahren abzuschließen.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer haben die Antragsgegner sofortige Beschwerde eingelegt. Der Nachprüfungsantrag sei entgegen der Ansicht der Vergabekammer unzulässig. Die Antragstellerin habe ein Nachprüfungsrecht verwirkt. Schon vor Auftragserteilung habe sie positive Kenntnis davon erlangt, dass sie nicht berücksichtigt werde, spätestens durch das Telefonat vom 18.3.2020, wie sich aus deren Schreiben vom 3.4.2020 ergebe. Daraus sei auch ersichtlich, dass ihr eine Dringlichkeitsvergabe mit einer Laufzeit von zwei Jahren bekannt gewesen sei. Für die Geltendmachung der Vergabeverstöße könne nicht auf die Frist von 30 Tagen ab Bekanntmachung des Vertragsschlusses abgestellt werden. Die Antragstellerin sei am Vergabeverfahren nicht völlig unbeteiligt gewesen. Der Antragstellerin seien schon im Vorfeld der Beauftragung die angeblichen Verstöße offenkundig gewesen und von ihr als rechtswidrig empfunden worden. Wenn vor erfolgter Auftragserteilung eine Rügeobliegenheit aufgrund positiver Kenntnis bestanden habe und ungenutzt verstrichen sei, lebe das prozessuale Nachprüfungsrecht nicht durch die erfolgte Auftragserteilung wieder auf, sondern bleibe endgültig verwirkt. Die Beanstandung der Vertragslaufzeit und die Nichtberücksichtigung der Antragsteller könnten auch nicht zu einer Unwirksamkeit führen, wenn die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsvergabe erfüllt sei-

en. Wenn ein Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung vergeben werden könne, könne lediglich dies, nicht aber ein Fehler im Rahmen der Durchführung der Vergabe zur Unwirksamkeit führen. Der Nachprüfungsantrag wäre auch unbegründet. Entgegen den Ausführungen der Vergabekammer sei der Vergabevermerk in elektronischer Form jeweils zeitnah zu den jeweiligen Verfahrensschritten erstellt und in der chronologischen Abfolge sukzessive ergänzt worden. Die Zweifel der Vergabekammer seien nicht gerechtfertigt. Davon abgesehen führe eine unzureichende Dokumentation nicht per se zum Erfolg eines Nachprüfungsantrags. Eventuelle Dokumentationslücken wären zudem durch schriftsätzliches Vorbringen der Antragsgegner gefüllt worden. Sie, die Antragsgegner, seien berechtigt gewesen, im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb die Beigeladenen zu beauftragen. Die Auftragserteilung sei dringlich gewesen. Mit dem Antrag der Antragstellerin, sie von den Betriebspflichten zu entbinden, sei nicht vorhersehbar gewesen, ob und zu welchem Zeitpunkt eine Entbindung erfolgen würde. Erst durch die Entscheidung vom 12.3.2020, eigentlich sogar erst nach Bestandskraft des Bescheids, habe sich die Notwendigkeit der Neuvergabe ergeben, was ihnen, den Antragsgegnern, weder zuzurechnen gewesen sei noch habe vorhergesehen werden können, da die Genehmigungsbehörde unabhängig und eigenständig sei. Ausgehend vom 12.3.2020 hätten die Mindestfristen für eine wettbewerbliche Vergabe nicht eingehalten werden können. Den Unternehmen habe nämlich zur Vorbereitung vor Beginn der Leistungen ein ausreichender Zeitraum von drei bis vier Wochen gewährt werden müssen. Der Wettbewerb sei ordnungsgemäß durchgeführt worden; mit ihnen sei getrennt verhandelt worden. Die Beigeladenen seien ihnen als zur Leistung bereite und befähigte Unternehmen bekannt gewesen. Innerhalb der kurzen Rüstzeit seien nur diese zur ordnungsgemäßen Betriebsaufnahme in der Lage gewesen. Sie, die Antragsgegner, hätten auch nicht mit mindestens drei Bietern verhandeln müssen. In einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gebe es keine Mindestanzahl. Die Einbeziehung von mindestens drei Bewerbern sei zeitlich nicht möglich gewesen. Selbst wenn an einem Verhandlungsverfahren mindestens drei Bieter beteiligt werden müssten, sei jedenfalls für Verhandlungen mit den Beigeladenen deshalb eine Ausnahme zu machen gewesen. Dass eine Laufzeit von zwei Jahren angemessen sei, ergebe sich aus Art. 5 Abs. 5 der Verordnung 1370/2007. Im allgemeinen Vergaberecht existiere keine Regelung zur Laufzeit von Verkehrsverträgen. Die gewählte Vertragslaufzeit sei gerechtfertigt, da zwischen dem Beginn eines Verfahrens über die Vergabe von Verkehrsleistungen im Linienverkehr und dessen Vorabbekanntmachung ein Jahr liegen und sechs Monate vor Betriebsaufnahme noch die Liniengenehmigung beantragt werden müsse, was das obsiegende Unternehmen aber erst nach Zuschlagserteilung machen könne. Rechtskonform sei es auch gewesen, die Antragstellerin aufgrund ihrer fehlenden Eignung nicht zu berücksichtigen. Sie sei aufgrund der Genehmigung der eigenwirtschaftlichen Erbringung der Verkehrsleistungen verpflichtet gewesen, den Betrieb bis

zum Ende der Genehmigungslaufzeit aufrecht zu erhalten. Die Betriebspflicht sei durch eine verbindliche Zusicherung gemäß § 12 Abs. 1 a PBefG qualifiziert gewesen. Der Umstand, dass das Regierungspräsidium aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Antragstellerin deren Antrag auf Entbindung von der Betriebspflicht genehmigt habe, ändere nichts daran, dass diese eine zwingende öffentlich-rechtliche Verpflichtung zum Betrieb des Verkehrs eingegangen gewesen sei, dass sie die Pflicht auch in ihrem, der Antragsgegner, Interesse zu erfüllen gehabt habe und dass sie auf eigenes Betreiben aus der Erfüllung dieser Pflicht entlassen worden sei, weil sie nach eigenen Angaben zur Erfüllung der selbst übernommenen Pflichten nicht mehr bereit gewesen sei. Dieser Leistungsausfall stelle einen Grund für den Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB dar. Der Leistungsausfall sei Grundlage der Ermessensentscheidung gewesen. Auch die weiteren Erwägungen über beihilferechtliche und ökonomische Folgen seien im Vergabevermerk dokumentiert. Nicht zu beanstanden sei auch, die Antragstellerin als ungeeignet anzusehen. Diese habe ihre Verpflichtungen des eigenwirtschaftlichen Betriebs schlecht erfüllt und angekündigt, die Verpflichtung nicht mehr erfüllen zu wollen. Dadurch habe sie ihre Unzuverlässigkeit bekundet.

Die Antragsgegner beantragen,

den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg bei dem Regierungspräsidium Karlsruhe vom 31.7.2020 – 1 VK 27/20 – aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin und Beschwerdegegnerin zurückzuweisen und die Hinzuziehung der anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Es sei nicht richtig, dass sie ihre Betriebspflicht verletzt gehabt habe. Sie habe bis zu ihrer Entbindung den Verkehr aufrechterhalten. Die im Rahmen der Genehmigung erfolgte Zusicherung beziehe sich nicht auf die Erfüllung der Betriebspflichten bis zum Ende des Genehmigungszeitraums, sondern auf näher bezeichnete Qualitäten der Betriebsdurchführung. Die Entbindung von der Betriebspflicht sei nicht deswegen erfolgt, weil sie für die Antragstellung unzutreffend kalkuliert habe. Das Regierungspräsidium habe die Kalkulation geprüft und keine Zweifel gehabt, dass der Verkehr auf Dauer eigenwirtschaftlich hätte durchgeführt werden können. Erst nachträglich hätten sich die Kalkulationsgrundlagen verändert; fehlerhafte Zuschreibungen von Fahrgeldern durch die Antragsgegner hätten die eigenwirtschaftliche Durchführung unmöglich gemacht. Beanstandungen der Antragsgegner an der Durch-

führung des Betriebs seien nicht berechtigt gewesen. Die Erwägungen, die nach dem Vergabevermerk der Nichtberücksichtigung zugrunde lägen, seien nicht tauglich für eine Prognoseentscheidung. Sie sei auch nicht ungeeignet. Die Antragsgegner hätten keine Eignungskriterien aufgestellt, die sie nicht hätte erfüllen können. Sie sei wirtschaftlich und finanziell leistungsfähig, wenn man den Betrieb der defizitären Linien außer Betracht lasse. Die Dringlichkeitsvergabe sei unzulässig gewesen und fehlerhaft durchgeführt worden. Die Entbindung von ihrer Betriebspflicht sei für die Antragsgegner vorhersehbar gewesen und damit auch die Notwendigkeit einer anstehenden Interimsvergabe bis zur dauerhaften Vergabe. Jedenfalls spätestens nach dem 5.2.2020 hätte den Antragsgegnern klar sein müssen, dass sie von ihrer Betriebspflicht entbunden werde oder wegen Insolvenz den Betrieb einstellen müsse. Im Interesse der Antragsgegner sei der erste Antrag mit einer Entbindung zum 28.2.2020 zurückgenommen und ein zweiter Antrag zur Entbindung erst zum 31.3.2020 gestellt worden. Am 5.2.2020 sei besprochen worden, dass den Antragsgegnern durch die Verlängerung des Betriebs die Möglichkeit gegeben werde, eine ordnungsgemäße Anschlussvergabe durchzuführen. Schließlich sei sie im Interesse der Antragsgegner sogar erst zum 14.4.2020 von der Verpflichtung entbunden worden. Die Fristen für die Bekanntmachung in einem offenen Verfahren hätten noch eingehalten werden können, wenn diese am 12.3.2020 abgesandt worden wäre. Einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sei zudem eine Auswahl anzusprechender Unternehmen vorzulagern. Zurecht habe die Vergabekammer auch ausgeführt, dass die Antragsgegner den Geheimwettbewerb verletzt hätten. Dadurch, dass sich nach der Interessensbekundung von Bietern und in Kenntnis weiterer Angebote Beziehungen zwischen Haupt- und Subunternehmer gebildet hätten, sei der Wettbewerb eingeschränkt worden. Zutreffend habe die Vergabekammer weiterhin festgestellt, dass die Antragsgegner auch im Falle einer Dringlichkeitsvergabe mindestens drei Bieter hätte beteiligen müssen, zumindest aber alle interessierten Bieter. Sie, die Antragstellerin, habe ihr Interesse am Auftrag mehrfach gegenüber den Antragsgegnern formuliert.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, hat aber keinen Erfolg.

1. Zutreffend hat die Vergabekammer entschieden, dass der Nachprüfungsantrag zulässig ist.

- a) Er ist statthaft. Die mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge sind öffentliche Aufträge gemäß § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB. Für sie gilt gemäß § 8a Abs. 2 Satz 1 PBefG, Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Antragstellerin kann daher die Unwirksamkeit der mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB geltend machen.
- b) Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat im Rahmen der Entbindung von ihrer Betriebspflicht im eigenen wirtschaftlichen Verkehr gemäß § 12 PBefG ihr Interesse bekundet, mit den Busverkehrsleistungen beauftragt zu werden. Ihr Interesse hat sie weiterhin nach Bekanntmachung der Auftragsvergabe durch Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zum Ausdruck gebracht. Dadurch, dass sie in das Vergabeverfahren nicht einbezogen wurde, ist ihr möglicherweise der Auftrag entgangen und damit ein Nachteil entstanden.

Die Entstehung eines Schadens ist nicht dadurch von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragsgegner geltend machen, die Antragstellerin habe bei der Vergabe der Aufträge nicht berücksichtigt werden können, weil sie ihrer Betriebspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei, sie unzuverlässig und auch finanziell zur Auftragsdurchführung nicht in der Lage sei. Die Antragstellerin hat nämlich eingewandt, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nicht vorgelegen hätten und nicht vorliegen würden. Ob die Vorbehalte der Antragsgegner gegen eine Beauftragung der Antragstellerin zutreffen, ist nicht als Frage des Zugangs zum Nachprüfungsverfahren zu klären. Der Einwand steht einer Entscheidung in der Sache nicht entgegen.

- c) Der Nachprüfungsantrag ist nicht unzulässig, weil die Antragstellerin nicht vor Abschluss der Verträge zwischen den Antragsgegnern und den Beigeladenen die Verstöße gegen Vergabevorschriften rügte. Gemäß § 160 Abs. 3 S. 2 GWB besteht keine Rügeobliegenheit vor Stellung eines Antrags auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Dadurch, dass die Antragstellerin erst nach der Bekanntmachung der Auftragsvergabe die Nachprüfung mit dem Ziel beantragt hat, die Unwirksamkeit der mit der Beigeladenen geschlossenen Verträge festzustellen, und nicht schon vor den Vertragsschlüssen eventuelle Verstöße gegen Vergabevorschriften rügte, hat die Antragstellerin nicht ihr Recht auf Durch-

führung eines Nachprüfungsverfahrens verwirkt. Wie schon erwähnt, regelt § 160 Abs. 3 S. 2 GWB i. V. m. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, dass die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags eine Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht erfordert, wenn der Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben worden ist. Besondere Umstände, die es rechtfertigen könnten, von der gesetzlichen Vorschrift abzuweichen, liegen nicht vor. Die Antragstellerin erfuhr am 18.3.2020 davon, dass sie „nicht berücksichtigt wurde“, wie sie im Schreiben vom 3.4.2020 an den Kreisrat Bächle ausführte, auf das die Antragsgegner sich für den Nachweis der Kenntniserlangung beziehen. In dem gleichen Schreiben erwähnt die Antragstellerin auch, dass am 26.3.2020 im Kreistag über die Notvergabe abgestimmt wurde. Vom 30.3.2020 datieren die ersten Unterschriften auf den Verträgen. Angesichts des engen zeitlichen Rahmens und des Fehlens jeglicher der Antragstellerin zuzurechnender Umstände, aufgrund derer die Antragsgegner darauf hätten vertrauen dürfen, dass diese ihre Ausgrenzung und die Entscheidungen der Antragsgegner hinnehmen würde, fehlen schon im Ansatz die Voraussetzungen für eine Verwirkung.

2. Zurecht hat die Vergabekammer festgestellt, dass die mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam sind. Durch die Abschlüsse der Verträge Ende März/Anfang April 2020 haben die Antragsgegner gegen Vergabevorschriften verstoßen.

a) aa) Die Antragsgegner haben die Aufträge ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben, ohne dass dies aufgrund des Gesetzes gestattet war. Sie haben sich für die Zulässigkeit einer Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung darauf berufen, dass der Linienbusverkehr aufrechterhalten werden musste und ihnen keine ausreichende Zeit zur Verfügung stand, ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen. Diese zeitliche Enge, die eine Vergabe nach vorheriger Bekanntmachung unmöglich machte, lässt sich aber auf der Grundlage der Vergabeunterlagen und des Vortrags der Antragsgegner nicht feststellen. Diese haben die Notwendigkeit, auf eine Bekanntmachung zu verzichten, nicht plausibel gemacht.

bb) Gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV kann ein öffentlicher Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dür-

fen dem öffentliche Auftraggeber nicht zuzurechnen sein.

Der Antrag der Antragstellerin auf Entbindung ihrer eigenwirtschaftlichen Durchführung der Verkehrsleistungen mag nicht (länger) vorhersehbar gewesen sein. Auch mögen die Umstände, die zur kurzfristigen Beauftragung mit den Verkehrsdienstleistungen führten, den Antragsgegnern nicht zuzurechnen sein. Jedoch haben sie nicht überzeugend dargelegt, dass sie die Mindestfristen für ein offenes Verfahren nicht einhalten konnten. Zutreffend ist zwar, dass das Regierungspräsidium am 12.3.2020 über den Antrag der Antragstellerin entschied und diese deshalb ab dem 14.4.2020 nicht mehr Verkehrsleistungen zu erbringen hatte. Sehr fraglich erscheint es, ob der Zeitraum, der zur Verfügung stand, zu kurz gewesen wäre, um ein Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der notwendigen Rüstzeit ordnungsgemäß durchzuführen, wie die Antragsgegner vermerkt haben. Im offenen Verfahren hätten die Antragsgegner die Angebotsfrist gemäß § 15 Abs. 3 VgV auf bis zu 15 Tage verkürzen können. Außerdem hätten sie die Wartefrist zwischen der Information der Bieter und dem Zuschlag durch Versenden der Information auf elektronischem Weg oder per Fax gemäß § 134 Abs. 2 GWB auf 10 Tage beschränken können. Wegstrecken, Haltestellen und Fahrpläne der auszusprechenden Buslinien konnten sie übernehmen. Berücksichtigt man, dass die Antragsgegner von der Entscheidung des Regierungspräsidiums nicht überrascht wurden, sie vielmehr mit der Entbindung der Antragstellerin seit deren erstem Entbindungsantrag im Januar 2020, insbesondere aber aufgrund des Gesprächs vom 5.2.2020 beim Regierungspräsidium rechnen mussten, verblieben für Angebotswertung und Rüstzeit der Unternehmer zehn Tage. Im Vergabevermerk ist, wie erwähnt, nicht konkret dargelegt, dass in den zur Verfügung stehenden 35 Tage / fünf Wochen ab dem 12.3.2020 ein offenes Verfahren unter Einhaltung der Mindestfristen nicht hätte durchgeführt werden können. Dort ist lediglich ausgeführt, dass auch bei maximal zulässiger Verkürzung der Fristen die notwendige Rüstzeit für eine rechtzeitige Betriebsaufnahme nicht hätte erreicht werden können, weil ein Nachfolgebetreiber bereits etwa einen Monat später, d.h. nach der Entscheidung des Regierungspräsidiums, den Betrieb aufnehmen musste. Die Länge einer Rüstzeit ist aber nicht festgehalten. Im Nachprüfungsverfahren haben die Antragsgegner die notwendige Rüstzeit mit einem Monat bzw. drei bis vier Wochen angegeben. Die Ansatz eines solchen Zeitraums steht aber im Widerspruch dazu, dass der Beigeladenen zu 2 gerechnet vom Tag der Vertragsunterzeichnung, dem 6.4.2020, lediglich acht Tage zur Verfügung standen. Außerdem gingen einige Unternehmen von der Einstellung des Linienbetriebs durch die Antragstellerin aus, bereiteten sich offenbar auf eine Übernahme des Linienverkehrs vor. Denn ohne Ausschreibung der Antragsgegner, lediglich auf Gerüchte hin meldeten die Beigeladenen, diese schon im Januar 2020, und wei-

tere Unternehmer Interesse daran an, den Linienbetrieb im Auftrag der Antragsgegner fortzuführen.

cc) Jedoch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegner lediglich den Zeitraum vom 12.3.2020 bis zum 14.4.2020 zur Durchführung des Vergabeverfahrens hätten nutzen können und nutzten. Das durchgeführte Vergabeverfahren begann deutlich vor dem 12.3.2020, so dass den Antragsgegnern mehr als fünf Wochen zur Verfügung gestanden haben müssen. Dass das Regierungspräsidium den Zeitpunkt der Entbindung entgegen dem Antrag der Antragstellerin, die zum 31.3.2020 entbunden werden wollte, ohne Absprache mit dieser und mit den Antragsgegnern eigenmächtig auf den 14.4.2020 festlegte, ist kaum denkbar. Dass sie von der Entscheidung des Regierungspräsidiums überrascht wurden, haben die Antragsgegner im Vergabevermerk nicht angedeutet. Dort wurde lediglich ausgeführt und dies haben sie auch vorgetragen, dass erst am 12.3.2020 für sie feststand, dass der Nachfolgebetreiber bereits etwa einen Monat später den Betrieb aufnehmen musste.

In dem Gespräch vom 5.2.2020 beim Regierungspräsidium, an dem auch die Antragsgegner teilnahmen, vereinbarten die Beteiligten, dass die Antragsgegner Gelder zur Abwendung einer Insolvenz der Antragstellerin zur Verfügung stellen, um die Fortsetzung des Linienbetriebs zu ermöglichen sowie um die Entbindung und die Anschlussvergabe zu prüfen, sowie dass die Antragstellerin deswegen ihren Antrag vom Januar 2020 zurücknimmt und sie einen neuen Antrag mit einer Entbindung zum 31.3.2020 stellt. Außerdem wurde, so die Antragsgegner, in dem Gespräch in den daraufhin übergebenen Unterlagen plausibel, dass die Antragstellerin den eigenwirtschaftlichen Linienbetrieb finanziell nicht tragen konnte. Aufgrund dieses Gesprächsinhalts gingen die Antragsgegner davon aus, dass sie den Linienbusverkehr in Auftrag geben mussten. Sie befassten sich nämlich tatsächlich ungefähr ab diesem Zeitpunkt mit der Vergabe der Busverkehrsleistungen nach Ende der Leistungspflicht der Antragstellerin. Dies ist daraus zu schließen, dass der Antragsgegner zu 1 auf die Interessensbekundung eines dritten Unternehmers an einer Beauftragung mit den Busbetriebsleistungen durch E-Mail vom 3.3.2020 diesem durch E-Mail vom 6.3.2020 mitteilte, dass er mit einer kurzfristigen Einstellung des Verkehrs durch die Antragstellerin rechnete und deswegen gezwungen war, äußerst kurzfristig für eine Auffanglösung zu sorgen; die Gespräche über diese Lösung stünden kurz vor dem Abschluss. Zu diesem Zeitpunkt hatte also der Antragsgegner zu 1 nach eigenem Bekunden schon Verhandlungen bis (fast) zur Vertragsreife geführt. Die Antragsgegner bereiteten somit nicht erst ab dem 12.3.2020 die Vergabe der Busleistungen im Anschluss an die eigenwirtschaftliche Durchführung der Antragstellerin vor, wie sie vorgetragen haben, sondern hatten schon deutlich zuvor auf die Interessensbekundungen der

Beigeladenen aus dem Januar 2020 reagiert. Weitere Daten aus Verhandlungen mit den Beigeladenen, die dem Ergebnis entgegenstehen könnten, haben die Antragsgegner nicht dargelegt und sind auch der Vergabeakte nicht zu entnehmen. Dort finden sich außer den genannten Interessensbekundungen keine Unterlagen über Vertragsverhandlungen bis auf die von den Antragsgegnern und den Beigeladenen unterschriebenen Verträge. Insbesondere lässt sich weder dem Vergabevermerk noch anderen Unterlagen entnehmen, dass die Antragsgegner erst nach dem 12.3.2020 mit dem Verfahren zur Vergabe der Busverkehrsleistungen begannen. In der mündlichen Verhandlung wurden „Vorgespräche wegen der erforderlichen Rüstzeit“ erwähnt.

Einer Bekanntmachung vor dem 12.3.2020 stand auch nicht eine fehlende „Vergabereife“ entgegen. Vor der Entscheidung des Regierungspräsidiums bestand zwar in tatsächlicher Hinsicht aufgrund der Betriebspflicht der Antragstellerin kein Beschaffungsbedarf für die Busverkehrsleistungen, jedenfalls so lange, bis diese wirtschaftlich nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die Buslinien zu betreiben. Sicherlich kannten die Antragsgegner am 5.2.2020 auch noch nicht sicher den Zeitpunkt, zu dem die Antragstellerin von ihrer Betriebspflicht entbunden würde. Andererseits sahen die Antragsgegner schon vor dem 12.3.2020 die Notwendigkeit einer Beschaffung, sei es aufgrund einer alsbaldigen Entbindung der Antragstellerin von der Betriebspflicht durch das Regierungspräsidium, sei es aufgrund deren alsbaldiger Insolvenz. Sie führten jedenfalls schon vor dem 12.3.2020 Gespräche mit den Beigeladenen über eine Fortführung des Busverkehrs durch diese. Wie erwähnt, teilten sie einem Dritten am 6.3.2020 mit, dass sie kurz vor einem Vertragsschluss stünden. Die Einzelheiten des Beschaffungsgegenstands, der Betrieb der Buslinien, die gemäß § 29 und 31 VgV in einer Bekanntmachung anzugeben gewesen wären, waren aufgrund des bis dato durchgeführten Betriebs in Einzelheiten, mit Wegstrecken, Haltestellen und Fahrzeiten, bekannt. Lediglich der Beginn der Leistungen war vielleicht vor dem 12.3.2020 noch unbekannt, was sie aber, wie gesagt, nicht daran hinderte, Gespräche mit den Beigeladenen über die Durchführung des Busbetriebs zu führen. Leiteten die Antragsgegner aber das Vergabeverfahren vor der Entscheidung des Regierungspräsidiums ein, konnten sie ihre Absicht, den Auftrag zu vergeben, trotz Ungewissheit bekannt machen. Sie hätte auf die Ungewissheiten durch klare und unmissverständliche Vorbehalte in der Bekanntmachung hinweisen können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.6.2015 - Verg 39/14 - NZBau 2015, 572 Rn. 22).

dd) Ein zusätzlicher Zeitbedarf für die Einschaltung zuständiger Gremien der Antragsgegner braucht in die Dauer, die ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung erforderte,

nicht einberechnet zu werden. Die gesetzlichen Vertreter entschieden laut Vergabebericht, die Antragsgegner haben anderes auch nicht vorgetragen, im Rahmen ihrer Kompetenzen allein.

Auch ein zusätzlicher Zeitbedarf für ein Nachprüfungsverfahren ist nicht zu berücksichtigen. Die Antragsgegner haben ein solches im Rahmen der zeitlichen Prognose nicht einkalkuliert. Es hat daher nunmehr außer Betracht zu bleiben.

- b) Erhebliche Bedenken bestehen auch dagegen, dass die Verträge, die die Antragsgegner mit den Beigeladenen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb geschlossen haben, wenn man die Wahl des Verfahrens gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für zulässig hielte, eine Laufzeit von zwei Jahren haben.

Der Wettbewerbsgrundsatz und das Gebot der Transparenz (§ 97 Abs. 1 GWB und § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV) verlangen, dass erforderliche Maßnahmen lediglich soweit unter Einschränkung des Wettbewerbs getroffen und Aufträge vergeben werden, wie die Dringlichkeit es gebietet. Wie die Vergabekammer zurecht entschieden haben dürfte, müssen daher Dauer-schuldverhältnisse wie die Beauftragung mit Verkehrsleistungen, die wegen Dringlichkeit gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV aufgrund eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb eingegangen werden, auf einen Zeitraum beschränkt werden, in dem eine Auftragsvergabe aufgrund eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens möglich ist (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.1.2014 – 11 Verg 15/13 – juris Rn. 54; Dieckmann in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV / VgVO, 2. Aufl., § 14 VgV Rn. 73; Willweber in Juris PK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 14 VgV Rn. 136 f.; Dörn in Beckscher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 14 VgV Rn. 51; Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 14 VgV Rn. 65; Pünder in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 14 VgV Rn. 79; Hirsch/Kaelble in Müller-Wrede, VgV / UVgO, § 14 VgV Rn. 226 ; Kulartz in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 14 Rn. 60). Grundsätzlich ist daher die Dauer eines Vertrags auf den Zeitraum zu beschränken, der für die Erhaltung der Kontinuität der Leistungserbringung während der Vorbereitung und Durchführung eines sich anschließenden ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens erforderlich ist (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O.).

Von den genannten Grundsätzen und einer Ausschreibung des Verkehrs für rund zwei Jahre abzuweichen bestand kein Anlass. Zwar ist mit einem Vorlauf von ungefähr zwei Jahren für eine „dauerhafte“ Vergabe der Busverkehrsleistungen zu rechnen, da nach Art. 7 Abs. 2 der VO (EG) 1370/2007 spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens

rens oder ein Jahr vor der Direktvergabe das geplante Vergabeverfahren bekannt gegeben werden muss und bis zur Vergabe ein weiteres Jahr vergehen kann (vgl. Hirsch/Kaelble a.a.O.). Auch lässt Art. 5 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 - Art. 5 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 ist gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 der VO (EG) Nr. 1370/2007 allerdings nicht anzuwenden, da die Antragsgegner die Aufträge nicht als Dienstleistungskonzessionen vergeben haben - eine Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen als Notmaßnahme für bis zu zwei Jahren zu. Den Antragsgegnern lagen aber keine Anhaltspunkte dafür vor, dass es bei einem wettbewerblichen Verfahren für die Überbrückung des Zeitraums bis zu einer langfristigen Vergabe Schwierigkeiten geben könnte. Im Gegenteil. Die Unterlagen für eine Ausschreibung konnten kurzfristig zusammengestellt werden, da sie vorhanden waren. Schon auf Gerüchte hin boten mehrere Interessenten ihre Dienste an. Die Beigeladene zu 1 merkte in ihrer Interessensbekundung vom 21.1.2020 an, dass sie befürchtet habe, dass die Antragstellerin einen Antrag auf Entbindung von der Betriebspflicht stellen würde. Deshalb habe sie selbst keinen Antrag auf eigenwirtschaftlichen Verkehr in dieser Region gestellt.

Da die Verträge mit den Beigeladenen aus anderen Gründen unwirksam sind, kann letztlich offenbleiben, ob § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, wenn die Voraussetzungen vorgelegen hätten, den Antragsgegnern ermöglichte, die Beigeladene für die Dauer von zwei Jahren mit den Busverkehrsleistungen zu beauftragen.

- c) Die Antragsgegner führten weiterhin kein ordnungsgemäßes Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV durch.

Die Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 3 VgV erfordert im Regelfall einen angemessenen Bieterwettbewerb, um dem Wettbewerbsprinzip gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 GWB Rechnung zu tragen (vgl. Dieckmann a.a.O. Rn. 75; Willweber a.a.O. Rn. 138). Der öffentliche Auftraggeber hat gemäß § 51 Abs. 2 S. 1 VgV grundsätzlich mindestens drei Bewerber einzuladen. Gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 VgV gilt dies für alle Verfahrensarten. Der Umstand, dass lediglich § 17 Abs. 4 Satz 2 VgV auf § 51 VgV verweist, bedeutet nicht, dass in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb § 51 Abs. 2 VgV nicht anzuwenden ist. Wie erwähnt, bestimmt § 51 Abs. 1 VgV, dass die Vorschrift auf alle Verfahrensarten anzuwenden ist. Hinzu kommt, dass § 17 Abs. 4 VgV eine Regelung zum Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb trifft, in dem der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auffordert. Dann macht die Möglichkeit der Beschränkung Sinn. Dagegen

werden in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählte – und damit eine von vornherein begrenzte Anzahl von – Unternehmen unmittelbar zur Abgabe von Erstangeboten aufgefordert (§ 17 Abs. 5 VgV).

Aus dem Vergabevermerk und der Vergabeakte ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegner sich nicht auf den Kontakt mit zwei Unternehmen beschränkten. Der Vergabevermerk hält fest, dass mit zwei geeigneten Verkehrsunternehmen Verhandlungen aufgenommen worden seien, die durch E-Mail vom 21.1.2020 bzw. 23.1.2020 ihr Interesse an der Durchführung der Fahrten bekundet hätten. Das sind die Beigeladenen. Neben den Interessenbekundungen befinden sich aber, wie oben schon erwähnt, lediglich die Verträge bei den Akten, durch die der Buslinienbetrieb auf die Beigeladenen aufgeteilt wird. Ein dritter Interessent wurde, wie oben ebenfalls ausgeführt worden ist, ohne Einbeziehung in das Verfahren abgewiesen. Anderes haben die Antragsgegner auch nicht vorgetragen. Daher ist nicht einmal zu erkennen und von den Antragsgegnern auch nicht dargelegt, dass sogar mit den Beigeladenen nicht jeweils lediglich über den Betrieb der Buslinien verhandelt wurde, mit dem sie auch beauftragt wurden. Nicht ersichtlich ist, dass Dringlichkeitsgründe die Einbeziehung weiterer Interessenten in die Verhandlungen nicht zuließen.

3. Die Entscheidung der Antragsgegner, die Antragstellerin bei der Vergabe nicht zu berücksichtigen, ist ebenfalls vergaberechtswidrig.

a) aa) Die Antragsgegner haben ihre Entscheidung darauf gestützt, dass die Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB von der Teilnahme auszuschließen sei.

Nach dieser Vorschrift kann ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Die Voraussetzungen waren nicht erfüllt. Die Entscheidung des Regierungspräsidiums vom 12.3.2020 führte zwar zu einer vorzeitigen Beendigung der Betriebspflicht der Antragstellerin gemäß § 12 PBefG. Die Entbindung von der Betriebspflicht erfolgte aber nicht wegen Pflichtverletzungen oder wegen einer mangelhaften Durchführung des Buslinienbetriebs, sondern deswegen, weil die eigenwirtschaftliche Durchführung des Busverkehrs nach vom Regierungspräsidium gebilligter Auffassung der Antragstellerin mangels kostendeckender Einnahmen und Mittelzuweisungen nicht möglich war. Solange die Antragstellerin der Betriebspflicht

gemäß § 12 PBefG unterlag, führte sie den Linienbusverkehr durch. Sie kam somit den gesetzlichen Anforderungen nach und verletzte ihre Verpflichtungen nicht. Die folgende Beendigung der Verkehrsleistungen war ihr gestattet. Dass sie nach dem 14.4.2020 keine Leistungen mehr erbrachte, war daher nicht pflichtwidrig.

bb) Soweit die Antragsgegner der Antragstellerin vorwerfen, sie hätte einige Busfahrten, zu denen sie verpflichtet war, nicht durchgeführt und Haltestellen nicht eingerichtet, führte nicht dies zur vorzeitigen Beendigung der Leistungspflicht oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge, was aber zur Erfüllung des Tatbestands von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erforderlich gewesen wäre. Vielmehr lagen der Entbindung der Betriebspflicht wirtschaftliche Gründe zugrunde, die eine Fortführung unzumutbar machten (vgl. § 12 Abs. 4 PBefG). Zudem lagen die angeblichen Verstöße der Antragstellerin schon im Jahr 2019. Anlass dafür, Zwangsmaßnahmen gegen die Antragstellerin zu ergreifen oder die der Antragstellerin erteilte Genehmigung zur eigenwirtschaftlichen Durchführung des Verkehrs zu widerrufen, haben die Antragsgegner bzw. das Regierungspräsidium nicht gesehen.

cc) Mit ihrer Rüge, dass kein Ausschlussgrund vorliegt, ist die Antragstellerin nicht präkludiert. Zwar kann die Präklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB auch materiell Bedeutung gewinnen. Da jedoch § 160 Abs. 3 S. 2 GWB die Präklusionsvorschrift § 160 Abs. 1 S. 1 GWB gerade für nicht anwendbar erklärt, muss dies auch die materiell-rechtlichen Wirkungen einer nicht (rechtzeitig) erhobenen Rüge betreffen. Somit sind wie in einem Schadenersatzverfahren in einem Nachprüfungsverfahren auf Feststellung der Unwirksamkeit eines geschlossenen Vertrags Antragsteller grundsätzlich allein mangels Rüge nicht mit Einwendungen ausgeschlossen.

- b) Ein „beihilfenrechtswidriges Entgegenkommen“ stand einer erneuten Beauftragung der Antragstellerin nicht entgegen. Ein solches Entgegenkommen ist weder nach § 123 GWB noch nach § 124 GWB als Ausschlussgrund geregelt. Abgesehen davon, dass die Antragsgegner nicht ausführen, was sie unter einem beihilferechtswidrigen Entgegenkommen verstehen, kann sich die Frage bei der Erteilung eines Auftrags, bestimmte Linienbusverkehrsleistungen durchzuführen, nach Beendigung des eigenwirtschaftlichen Betriebs nicht mehr stellen.

Der Antragstellerin keinen Auftrag zu erteilen kann nicht erfolgreich damit begründet werden, dass dadurch ein Fehlanreiz, verbindliche Zusicherung von eigenwirtschaftlichen Verkehren nicht einzuhalten, gesetzt würde. Die Entbindung der Betriebspflicht lag nicht im Ermessen

der Antragstellerin. Die Kalkulation des Bewerbers für den eigenwirtschaftlichen Verkehr wird ebenso von der Genehmigungsbehörde geprüft wie nach Entbindungsantrag die wirtschaftliche Unzumutbarkeit, den Verkehr eigenwirtschaftlich fortzuführen.

- c) Die Antragsgegner haben auch keine ausreichenden Gründe dafür festgehalten bzw. dargelegt, dass die Antragstellerin aufgrund von Liquiditätsschwierigkeiten nicht leistungsfähig ist und ihr deswegen ein Auftrag nicht erteilt werden konnte.

Die Antragsgegner überschritten den ihnen zustehenden Spielraum bei der Beurteilung der Eignung der Antragstellerin dadurch, dass sie ohne Weiteres, jedenfalls ohne weitere dokumentierte Beurteilungsgrundlage als den Antrag auf Entbindung der Betriebspflicht wegen drohender Insolvenz zum Ergebnis kamen, dass diese aus finanziellen Gründen nicht in der Lage (gewesen) wäre, in ihrem Auftrag die Busverkehrsleistungen durchzuführen. Sie berufen sich darauf, dass die im Zusammenhang mit dem Gespräch vom 5.2.2020 übergebenen Unterlagen ersehen ließen, dass die Antragstellerin nicht über eine ausreichende Liquiditätsreserve verfügte. Dies ist aber nicht begründet und mangels näherer Darlegung nicht nachvollziehbar; welche Unterlagen die Beurteilungsgrundlage bildeten, ist unbekannt. Die Antragsgegner können ihre Entscheidung auch nicht auf die Entbindung von der Betriebspflicht stützen. Die Antragstellerin begründete ihren Antrag auf Entbindung von der Betriebspflicht damit, dass die Kosten des Busverkehrs die Einnahmen erheblich überstiegen und dass sie nicht in der Lage sei, ein monatliches Defizit von 50.000 € aufzufangen. Sie müsse bei einer defizitären Fortführung einen Insolvenzantrag stellen. Die Antragsgegner haben aber bei ihrer Entscheidung nicht beachtet, dass ab dem 14.4.2020 die Antragstellerin nicht mehr verpflichtet war, eigenwirtschaftlich den Busverkehr durchzuführen und ab diesem Zeitpunkt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auf anderer Grundlage zu beurteilen war, jedenfalls haben sie nicht ausgeführt, dass die unterschiedlichen Situationen wirtschaftlich gleich zu beurteilen sind. Sie konnten somit nicht mehr auf die Unfähigkeit bzw. Unzumutbarkeit, den Verkehr eigenwirtschaftlich durchzuführen, abstellen und der Antragstellerin Fehlkalkulation unterstellen. Auf eine ausreichende finanzielle Fähigkeit deutet - im Nachhinein - hin, dass die Antragstellerin keinen Insolvenzantrag zu stellen brauchte, auch wenn sie aufgrund der Vereinbarungen vom 5.2.2020 lediglich geringere Unterstützungsbeträge von den Antragsgegnern erhielt als die, die sie für eine eigenwirtschaftliche Durchführung des Busverkehrs mit ausgeglichener Bilanz für notwendig erachtete.

Andere Gründe, die die Antragstellerin davon abgehalten hätte, ein Angebot abgeben zu können, das ihre Kosten deckte oder sogar darüber läge, haben die Antragsgegner nicht vorge-

bracht.

Keine Anhaltspunkte bestehen dafür, dass die Antragstellerin nicht über ausreichende Busse oder Personal verfügte. Dem steht schon entgegen, dass sie bis zum 14.4.2020 die Busverkehrsleistungen erbrachte.

Eine Unzuverlässigkeit der Antragstellerin, die einer Auftragserteilung entgegenstehen könnte, können die Antragsgegner schließlich nicht (allein) darauf stützen, dass diese teilweise nicht fahrplanmäßig fuhr oder Haltestellen nicht einrichtete. Sie hat bei dieser Beurteilung wiederum nicht beachtet, dass diese bei der Durchführung des eigenwirtschaftlichen Verkehrs darauf achten musste, dass (nach Möglichkeit) die Kosten durch Einnahmen gedeckt wurden. Die Situation ist aber eine andere, wenn die Antragstellerin ein Kosten deckendes Angebot für eine Beauftragung mit den Verkehrsleistungen abgibt.

III.

Da die Antragsgegner mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg haben, entspricht es der Billigkeit, dass sie gemäß §§ 175 Abs. 2, 78 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin tragen.

Die Beigeladenen haben sich am Beschwerdeverfahren nicht aktiv beteiligt, sodass es nicht billig wäre, ihnen Kosten aufzuerlegen.

Der Streitwert von 125.000 € entspricht 5 % des Vertragsvolumens für zwei Jahre.

Dr. Hemmerich-Dornick
Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

Dittmar
Richterin
am Oberlandesgericht

Dr. Delius
Richter
am Oberlandesgericht

Hartin Müller

Von: Ulshöfer, Matthias <Ulshoefer@oppenlaender.de>
Gesendet: Freitag, 4. Dezember 2020 12:28
An: Hartin Müller; Viktoria Müller
Cc: Esposto, Elena
Betreff: WG: beA-Eingang i.S. Müller-Reisen 574-20 [OPP-DMS.FID488367]
Anlagen: 20201204 Beschluss OLG Karlsruhe 574-20.PDF; 20201204 Mitteilung OLG Karlsruhe 574-20.PDF; 20201204 Verkündungsvermerk OLG Karlsruhe 574-20.PDF

Sehr geehrter Herr Müller,
sehr geehrte Frau Müller,

unmittelbar nach unserem Telefonat hat uns nun das OLG die als Anhang beigefügten Beschlüsse zugestellt. Erwartungsgemäß haben Sie auf voller Linie obsiegt, d.h. die Sofortigen Beschwerden der Aufgabenträger wurden eindeutig zurückgewiesen. Die Antragsgegner haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Die Begründung haben wir noch nicht in allen Einzelheiten gelesen. Es ist aber so, dass insbesondere klargestellt wurde, dass es zu Lasten Ihres Unternehmen keine Ausschlussgründe gab und auch nicht ersichtlich wäre, dass Sie den Auftrag aus finanziellen Gründen nicht hätten ausführen können. Auch diese Ausführungen des OLG sind natürlich erfreulich.

Mit freundlichen Grüßen

Matthias Ulshöfer

Dr. Matthias Ulshöfer
Rechtsanwalt und Partner
OPPENLÄNDER Rechtsanwälte
Börsenplatz 1 (Friedrichsbau), 70174 Stuttgart
Tel.: 0711-60187-290
Fax: 0711-60187-222

E-Mail: ulshoefer@oppenlaender.de

www.oppenlaender.de

OPPENLÄNDER Rechtsanwälte ist eine Partnerschaft mbB, AG Stuttgart, PR 720025

Der Inhalt dieser E-Mail einschließlich etwaiger Anlagen ist vertraulich und kann gesetzlich privilegiert oder anderweitig geschützt sein. Sollten Sie nicht der bestimmungsgemäße Empfänger sein, ist Ihnen jegliche Nutzung, Vervielfältigung oder sonstige Verarbeitung des Inhalts untersagt. Bitte löschen Sie in diesem Fall die Inhalte von allen Systemen und informieren unverzüglich den Absender.

OPPENLÄNDER nutzt zum E-Mail Versand standardmäßig eine Transportverschlüsselung. Jede Kommunikation per E-Mail weist allerdings gewisse Sicherheitslücken auf. Zur Erhöhung des



Oberlandesgericht Karlsruhe
VERGABESENAT

Oberlandesgericht Karlsruhe, Hoffstraße 10, 76133 Karlsruhe

Rechtsanwälte
Oppenländer Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
Börsenplatz 1
70174 Stuttgart

Datum: 04.12.2020
Durchwahl: 0721 926-2994
Aktenzeichen: **15 Verg 8/20**
(Bitte bei Antwort angeben)

In Sachen
Müller Reisen GmbH & Co. KG ./ Landkreis Enzkreis u.a.
wg. Vergabesache

Sehr geehrte Damen und Herren Rechtsanwälte,
anliegend erhalten Sie den Beschluss vom 04.12.2020.

Mit freundlichen Grüßen

Bernhart
Justizobersekretärin
Dieses Schreiben wurde elektronisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

Informationen zum Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung durch die Justiz nach Artikel 13 und Artikel 14 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung finden sich auf der Internetseite des Gerichts unter dem Menüpunkt „Service“ / „Informationen zum Datenschutz in der Justiz“. Auf Wunsch übersenden wir diese Informationen auch an Verfahrensbeteiligte in Papierform.

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE



Oberlandesgericht Karlsruhe
Vergabesenat
Hoffstraße 10
76133 Karlsruhe

Dr. Matthias Ulshöfer

Börsenplatz 1
70174 Stuttgart
T 0711/60187-290
Ulshoefer@oppenlaender.de

000574-20 Ul/JO/ee
2451885v1

11.12.2020

Per beA

15 Verg 8/20

In Sachen

Müller Reisen GmbH & Co. KG

./.

Landkreis Enzkreis u.a.

sehen wir uns zu der Festsetzung des Streitwertes des Beschwerdeverfahrens auf 125.000 € im Beschluss des Senates vom 23.11.2020 zu der folgenden **Gegenvorstellung** veranlasst.

Wir **beantragen**, den Streitwert auf 450.000 € festzusetzen.

Prof. Dr. Albrecht Bach
Dr. Thomas Baumann
Dr. Thomas Trölitzsch
Prof. Dr. Markus Köhler
Prof. Dr. Christofer Lenz
Dr. Timo Kieser
Dr. Rolf Leinekugel
Dr. Matthias Ulshöfer

Dr. Andreas Hahn
Dr. Donata Beck
Dr. Christina Koppe-Zagouras
Dr. Ulrich Klumpp
Dr. Christian Gunßer
Dr. Matthias Lorenz
Dr. Felix Born
Dr. Torsten Gerhard

Dr. Christoph Wolf
Dr. Florian Schmidt-Volkmar
Dr. Katharina Köbler
Dr. Malte Weitner
Dr. Corina Jürschik
Dr. Daniel Schillerwein
Dr. Hannes Dreher
Dr. Martin Fink

Dr. Anne-Kathrin Bichweiler
Marius Bücke
Dr. Kalina Haack
Dr. Svenja Buckstegge
Dr. Carl Höfer
Simon Schmauder
Dr. Clemens Birkert
Torsten Stirner

Dr. Natalie Seitz
Dr. Damian Schmidt
Dr. Joachim Ott
Dr. Henrike Schulte
Veronica Ammann
Dr. Jens Ritter

Begründung

Eine Gegenvorstellung gegen die Streitwertfestsetzung ist zulässig (vgl. Neun, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 47, Rdnr. 44). Der Streitwert bemisst sich nach § 50 Abs. 2 GKG zu 5% der Bruttoauftragssumme. Die Bruttoauftragssumme umfasst nicht nur den kalkulierten Zuwendungsbedarf, sondern vielmehr sämtliche Leistungen, die dem Vertragspartner im Vertragszeitraum zufließen. Die vorliegend angenommene Auftragssumme von 2,5 Millionen Euro, gerechnet auf zwei Jahre, kann nicht alle zu berücksichtigenden Leistungen enthalten. Wir gehen davon aus, dass der Senat nur die Zuwendungen in Höhe von 2,5 Millionen Euro für die Berechnung der Bruttoauftragssumme berücksichtigt hat.

Zur Berechnung der Bruttoauftragssumme ist aber bei Verträgen zur Personenbeförderung nach ständiger Rechtsprechung auf die geschätzten jährlichen Nettogesamteinnahmen des Dienstleisters einschließlich der zu erwartenden Ausgleichsleistungen der beteiligten Behörden sowie der Einnahmen aus dem Fahrcheinverkauf abzustellen (vgl. VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 17.11.2014, VK 1 – 28/14, Rdnr. 51 bei juris).

Das Brandenburgische Oberlandesgericht führt zur Streitwertfestsetzung aus:

„Es ist dabei zu berücksichtigen, dass der erfolgreiche Bieter im streitgegenständlichen Vergabeverfahren für die Erbringung seiner Personenbeförderungsleistungen zum einen öffentliche Mittel erhält, zum anderen von den Fahrgästen zu entrichtende Beförderungsentgelte. Es kann nicht, wie die Antragstellerin meint, allein auf den von ihr kalkulierten Zuwendungsbedarf abgestellt und die Fahrgeldeinnahmen außer Betracht gelassen werden, weil die Auftraggeberin nicht in der Lage sein soll, Liniengenehmigungen zu erteilen, die Voraussetzung für die Erzielung von Fahrgeldeinnahmen wären. Derartige Überlegungen spielen für die Streitwertfestsetzung im Nachprüfungsverfahren keine Rolle.

Die Leistung, die die Auftraggeberin mit der streitgegenständlichen Ausschreibung beschaffen will, ist eine Dienstleistung. Für diese Dienstleistung fließen dem Gewinner der Ausschreibung nach dem Ausschreibungskonzept aus verschiedenen Quellen Geldbeträge zu: aus den Fahrgeldeinnahmen, aus den Erstattungszahlungen für die Schwerbehindertenbeförderung, aus den Ausgleichszahlungen für rabattierte Zeitfahrausweise des

Schülerverkehrs, aus den Landeszuwendungen für den ÖPNV und aus einem Zuschuss aus dem Haushalt des Aufgabenträgers. Wirtschaftlich gesehen stellen diese Geldbeträge die Vergütung des erfolgreichen Bieters dar. Diese Beträge bestimmen das wirtschaftliche Interesse des Bieters am Auftrag und damit den Streitwert.“ (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.12.2010, Verg W 12/10, Rdnr. 13, 14 bei juris).

Auch das OLG München hat entschieden, dass neben den Zuschüssen, die von den Aufgabenträgern für auftretende Defiziten geleistet werden müssen, auch die Fahrgeldeinnahmen berücksichtigt werden müssen (vgl. OLG München, Beschl. v. 12.08.2008, Verg 6/08, Rdnr. 14 bei juris). Gleiches gilt für das OLG Düsseldorf, das bei der Streitwertfestsetzung sowohl „die mutmaßlichen Fahrgeldeinnahmen sowie die Ausgleichsleistungen zugrunde“ legt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011, Verg 48/10, Rdnr. 152 bei juris).

Die Antragstellerin hatte im Verfahren vor der Vergabekammer mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 18.06.2020 ausführliche Darlegungen zur Berechnung des Auftragswertes gemacht (B.I.1., S. 11 ff. mit Anlage ASt 14). Sie hat als Anlage ASt 14 eine Aufstellung über die Einnahmen aus der Bedienung der verfahrensgegenständlichen Buslinien vorgelegt. Wir legen diese zur Erleichterung der Lesbarkeit mit diesem Schriftsatz nochmals als Anlage vor.

Daraus ergibt sich, dass sich die Einnahmen (Fahrgeldeinnahmen, Ausgleichszahlungen nach § 45a und nach Schwerbehindertengesetz) für die hier verfahrensgegenständlichen Verkehrsleistungen auf insgesamt 3.277.760,05 € pro Jahr belaufen. Die Aufstellung nach Anlage 14 ist in dem Verfahren von den Beteiligten nicht in Zweifel gezogen worden. Die dort aufgeführten Einnahmen waren nicht ausreichend, um eine eigenwirtschaftliche Durchführung der Verkehre zu ermöglichen. Die Antragsgegner haben den Beigeladenen deshalb mit den für unwirksam erklärten Verträgen darüber hinausgehende Zuschüsse in Höhe von 1,25 Millionen Euro jährlich gewährt. Daraus ergibt sich ein jährlicher Auftragswert von ca. 4,5 Millionen Euro. Gerechnet auf zwei Jahre ist deshalb von einer Auftragssumme von 9 Millionen Euro auszugehen. Der daraus berechnete Streitwert liegt bei 450.000 €.

Die Vergabekammer Baden-Württemberg ist zutreffend von diesem Streitwert ausgegangen. Sie hat die Kosten des Verfahrens in ihrem Beschluss vom

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE

31.07.2020 auf 8.575 € festgesetzt. Nach der insoweit entsprechend anwendbaren Gebührentabelle der Vergabekammer des Bundes entspricht dieser Betrag einem Auftragswert von 9 Millionen Euro.

Dem Senat ist eine Überprüfung des festgesetzten Streitwertes von Amts wegen unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen möglich (vgl. KG Berlin, Beschl. v. 05.02.2019, Verg 7/17, Rdnr. 2 bei juris). Wir bitten insoweit um Prüfung und erneute Festsetzung des Streitwertes unter Berücksichtigung der dargestellten Erwägungen.

Dr. Matthias Ulshöfer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

Dr. Joachim Ott
Rechtsanwalt

qualifiziert elektronisch signiert