



Beschluss vom 25.03.2011

Az.: Z3-3-3194-1-63-11/10

Vollzug des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),
der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) und
der Bayer. Nachprüfungsverordnung (BayNpV);
Nachprüfungsverfahren

Leistung: Erbringung des öffentlichen Personennahverkehrs
im Stadtverkehr der Stadt L

Vergabeart: Direktvergabe nach der Verordnung EG Nr. 1370/2007

Antragsteller: Fa. R GmbH
vertreten durch die Geschäftsführer I und

Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Röling & Partner
Schloßstr. 20 a, 49074 Osnabrück
Herrn RA Dr. Sebastian Röling

Antragsgegnerin: Stadt L
vertreten durch die Oberbürgermeisterin

Bevollmächtigte:

Beigeladene: S GmbH
vertreten durch den Geschäftsführer I

Nachprüfungsantrag vom 05.11.2010

Briefanschrift
Maximiliansstraße 39
80538 München

U4/U5 Lehel
Tram 17/19 Maxmonument

Telefon
+49 (89) 2176-2411

Telefax
+49 (89) 2176-2847

E-Mail
vergabekammer.suedbayern@reg-ob.bayern.de

Internet
www.regierung-oberbayern.de



Die Regierung von Oberbayern - Vergabekammer Südbayern - erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 17.02.2011 - durch den Vorsitzenden Herrn Nikui, den hauptamtlichen Beisitzer Herrn Pilz und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Schneider folgenden

Beschluss:

1. Es wird festgestellt, dass der Antrag unter Punkt 1 des Nachprüfungsantrages vom 05.11.2010, die Unwirksamkeit der im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/ S201-289432 vom 17.10.2009 bekannt gemachte Direktvergabe festzustellen, zurückgewiesen wird.
2. Die Antragsgegnerin wird vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens aufgegeben, das im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/S 201-289432 vom 17.10.2009 bekannt gemachte Leistungsvolumen im Rahmen eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens nach den Vorschriften des GWB, der Vergabeordnung und der einschlägigen Verdingungsordnung für Leistungen zu vergeben.
3. Die Antragsgegnerin hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen. Diese ist jedoch von der Zahlung der Kosten befreit.
4. Für das Verfahren wird eine Gebühr i. H. v. 18.762 Euro festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Antragsgegnerin hat die dem Antragsteller zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu tragen. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch den Antragsteller wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin ist der im räumlichen Betätigungsfeld des Antragstellers für den öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen zuständige Aufgabenträger gem. Art. 8 des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Bayern (Bay-ÖPNVG) vom 30.07.1996. Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin gem. Art. 9 Abs. 1 BayÖPNVG aufgrund einer Übertragung der Aufgabenträgerschaft auch Aufgabenträger für das Stadtgebiet L. im Landkreis Li

Bis zum 30.09.2010 führte die St. GmbH & Co. KG, deren alleiniger Gesellschafter die Antragsgegnerin ist, den Stadtbusverkehr durch und bediente sich hierfür des Antragstellers als Subunternehmer. Bereits am 27.01.2009 beschloss der Stadtrat der Antragsgegnerin, den öffentlichen Personennahverkehr neu zu organisieren und die Führung desselben ab dem 01.10.2010 nicht mehr durch die St. GmbH & Co. KG mit Unterauftragsvergabe an einen privaten Dritten zu vergeben. Mit der Durchführung sollte die St. GmbH, die eine 100prozentige Tochter der St. GmbH & Co. KG betraut werden. Nachdem das entsprechende öffentlich ausgelegte Stadtbuskonzept durch den Stadtrat der Antragsgegnerin am 29.09.2009 beschlossen wurde, erließ dieser mit gleichem Tag die Betrauungsanweisung. Aufgrund eines Fehlers, der von der Antragsgegnerin eingeräumt wurde, wurde in dieser am 29.09.2009 unterzeichneten Betrauungsanweisung, die eine Geltungsdauer vom 30.09.2009 bis 31.10.2018 hat und in der die Antragsgegnerin die St. GmbH mit der Durchführung der Verkehrsleistungen in der Stadt Li betraut, in der Unterschriftenleiste nicht die St. GmbH, sondern die St. GmbH & Co. KG als Vertragspartner benannt.

In der Folge stellte der Antragsteller am 30.09.2009 bei der Regierung vor einen Antrag auf Zustimmung zur Änderung des Fahrplans der Linie von L. nach H. ab dem 01.10.2010, in dem dieser auch einen Teil des seitens der St. GmbH am Tag darauf beantragten Stadtbuslinien abdecken wollte. Die St. GmbH beantragte am 01.10.2010 wiederum die Wiedererteilung der Liniengenehmigung für die Linien bis . Die bestehenden Liniengenehmigungen waren zu diesem Zeitpunkt bereits vom bisherigen Inhaber

der St. [redacted] GmbH & Co KG bestandskräftig auf die St. [redacted] GmbH übertragen worden.

Mit Vorabinformation vom 17.10.2009 teilte die Antragsgegnerin dann im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/ [redacted] mit, das man beabsichtige, einen Leistungsgegenstand im Umfang von ca. 900.000 Wagenkilometern mit einem geschätzten Auftragswert von 3.000.000 Euro direkt und ohne wettbewerbliches Verfahren zu vergeben. Weiter wurde unter Punkt II.1) dieser Vorabinformation mitgeteilt, dass die Direktvergabe des Stadtbusverkehrs L [redacted] an die St. [redacted] GmbH erfolgen soll. Eine Interessenabfrage fand zuvor nicht statt. Auch wurde der genaue Zeitpunkt der Direktvergabe nicht bekannt gegeben.

Seitens der Regierung [redacted] wurde mit Bescheid vom 17.03.2010 dem Antrag der St. [redacted] GmbH für die vier Stadtverkehrslinien (1 [redacted] [redacted] [redacted] [redacted]) stattgegeben. Dem Antrag des Antragstellers zur Änderung des Fahrplans auf der Regionalbuslinie [redacted] von L [redacted] nach H [redacted] wurde mit Bescheid vom 04.05.2010 mit Einschränkungen dahingehend stattgegeben, dass der Genehmigung hinsichtlich der Stadtverkehrslinien an die St. [redacted] GmbH nicht widersprochen wurde. Der Antragsteller wandte sich gegen beide Bescheide. Seitens der Regierung [redacted] wurde das Widerspruchsverfahren auf Wunsch des Antragstellers ausgesetzt, bis über den Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Südbayern entschieden worden ist.

Im Hinblick auf die Bekanntgabe der Vorabinformation vom 17.10.2009 bat der Antragsteller mit Schreiben vom 27.07.2010 unter Bezugnahme auf §§ 101a und 101b GWB um Mitteilung darüber, ob ein entsprechender Dienstleistungsauftrag bereits erteilt worden sei und zu welchem Zeitpunkt die Auftragsvergabe erfolgen solle. Nachdem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24.08.2010 lediglich mitteilte, dass eine Direktvergabe bisher nicht erfolgt sei, wandte sich in der Folge der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers mit Schreiben vom 17.09.2010 an die Antragsgegnerin. Hierin wurde gerügt, dass die beabsichtigte Direktvergabe aufgrund eines Verstoßes gegen den aus dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) folgenden Vorrang kommerzieller Verkehre, gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie gegen die RL 20085/14/EG für rechtswidrig gehalten werde. Der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers begründete dies ausführ-

lich und vertrat weiter die Auffassung, dass an der Beauftragung des Antragstellers kein Weg vorbeiführe.

Die Antragsgegnerin teilte daraufhin durch seinen Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 24.09.2010 mit, dass eine Direktvergabe an den Antragsteller schon wegen der Überschreitung der Schwellenwerte des Art. 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/07 ausscheide. Überdies handle es sich nicht um einen internen Betreiber im Sinne der Verordnung.

Der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers wiederholte in der Folge mit Schreiben vom 27.09.2010 nochmals die Forderung der Bekanntgabe des Zeitpunktes des Vertragsschlusses.

Die Antragsgegnerin kam dieser Forderung mit Schreiben vom 06.10.2010 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten nach und teilte mit, dass bisher kein Vertrag über die Erbringung des Stadtbusverkehrs abgeschlossen worden sei, ein solcher Vertrag aber auch nicht abgeschlossen werde. Als Begründung wurde angeführt, dass sich hierfür keine Notwendigkeit ergäbe, da der Landkreis L mit Verordnung vom 21.09.2009 die Planung, Organisation und Sicherstellung des öffentlichen Personennahverkehrs für das Gebiet der Stadt L der Stadt L übertragen habe. Diese habe als zuständige Behörde die St GmbH mit der Durchführung des Stadtbusverkehrs betraut, was auch durch den diesbezüglichen Beschluss des Stadtrates vom 27.01.2009 gedeckt sei.

Der Antragsteller wandte sich deshalb durch seinen Verfahrensbevollmächtigten mit Telefax vom 05.11.2010 an die Vergabekammer Südbayern und stellte folgende Anträge:

- 1) Es wird festgestellt, dass die von der Antragsgegnerin im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009 : am 17.10.2009 als Vorinformation bekannt gemachte Direktvergabe unwirksam ist.
- 2) Der Antragsgegnerin wird vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens aufgegeben, das im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/ am 17.10.2009 als Vorinformation bekannt gemachte Leistungsvolumen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu europaweit bekannt zu machen und im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben.

3) Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers durch diesen für notwendig zu erklären.

4) Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragstellers.

Für den Fall, dass die Antragsgegnerin dem Antrag zu 2. ohne Ausspruch der Vergabekammer freiwillig und umgehend nachkommen, sowie für den Fall, dass die Antragsgegnerin dauerhaft vom Beschaffungsvorhaben Abstand nehme, wird hilfsweise beantragt, wie folgt zu erkennen:

5. Es wird festgestellt, dass die von der Antragsgegnerin im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/i am 17.10.2009 bekannt gemachte Direktvergabe unwirksam war.

6. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers durch diese wird für notwendig erklärt.

7. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragstellers.

Nach Einschätzung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers sei der Nachprüfungsantrag statthaft, da es sich bei der beabsichtigten Vergabe um eine unzulässige de facto Vergabe, aber nicht um eine nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007 zulässige Direktvergabe handle.

Nach Auffassung des Antragstellers seien Vergaben nach der VO 1370/2007 auch von den nationalen Vergabekammern zu überprüfen, da schon der Wortlaut des Art. 5 Abs. 7 VO 1370 unmissverständlich zum Ausdruck bringe, dass Direktvergaben im öffentlichen Personennahverkehr wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüfbar sein müssen.

Auch sei die Norm der Rechtsmittelrichtlinie Art. 1 Abs. 2 RL 89/665/EWG eng nachgebildet und aus dem Erwägungsgrund 21 könne nur geschlossen werden, dass die Vergabekammern für derartige Überprüfungen zuständig seien. Diese Auffassung habe auch die Vergabekammer Münster in ihrer Entscheidung vom 07.10.2010, VK 6/10 vertreten.

Letztlich werde aber vorgebracht, dass es sich vorliegend um keine zulässige Direktvergabe nach den Regeln der VO (EG) Nr. 1370/2007, sondern um eine unzulässige de facto Vergabe handle, für die zweifelsohne die Vergabekammern zuständig seien.

Da die Vorabinformation über die Direktvergabe am 17.10.2009 veröffentlicht worden sei, das Vergabeverfahren mithin nach dem 24.04.2009 begonnen habe, sei nach § 131 Abs. 8 GWB das durch Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 geänderte Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

maßgeblich. Nachdem der Auftraggeber bisher keine Bekanntmachung über vergebene Aufträge getätigt habe, laufe die 30-Tages-Frist des § 101 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht.

Der Antrag des Antragstellers sei unter Anwendung dieses rechtlichen Maßstabes zulässig und auch begründet. Bei der angekündigten Direktvergabe der Antragsgegnerin handle es sich um eine vergaberechtlich unzulässige de facto Vergabe, die den Antragsteller in seinen Rechten als am Auftrag interessierten Wettbewerber verletzte und deren Unwirksamkeit nach dem novellierten GWB der Feststellung durch die Vergabekammer bedürfe. Auch liege keine Dienstleistungskonzession oder ein Inhouse - Geschäft vor. Auf die näheren Ausführungen des 150-seitigen Nachprüfungsantrages wird verwiesen.

Mit Schreiben vom 08.11.2010 stellte die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag per Telefax zu und forderte sämtliche die Vergabe betreffenden Unterlagen an, die am 29.11.2010 bei der Vergabekammer Südbayern eingingen.

Mit Schreiben vom 15.11.2010 sowie 09.12.2010 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin eine Fristverlängerung zur Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag bis zum 20.12.2010, die durch die Kammer mit Schreiben vom 17.11.2010 sowie 10.12.2010 genehmigt wurde.

Durch den Vorsitzenden der Vergabekammer Südbayern wurde in Folge dessen mit Beschluss vom 08.12.2010 die Frist bis zur Entscheidung gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB auf den 31.01.2011 verlängert.

Im Rahmen der Prüfung der der Kammer vorliegenden Unterlagen zum strittigen Vergabeverfahren wurde festgestellt, dass die S _____ GmbH & Co KG bis zum 21.10.2010 Inhaberin aller vier personenbeförderungsrechtlichen Liniengenehmigungen gem. § 42 PBefG hinsichtlich des aus vier Linien bestehenden Stadtbusverkehrs in L _____ war und der Antragsteller für die St _____ i GmbH & Co KG die Verkehrsdienstleistungen im Stadtverkehr L _____ erbracht hat. Weiter konnte dem Nachprüfungsantrag entnommen werden, dass von der Antragsgegnerin offenbar bei der Regierung _____ die Übertragung der Liniengenehmigungen für den Stadtverkehr in L _____ beantragt und offenkundig auch genehmigt wurde. Nachdem dem Nachprüfungsantrag diesbezüglich zu entnehmen war, dass „über die Wiedererteilung der personenbeförderungsrechtlichen Liniengenehmigungen zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin Streit im Rahmen

eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens besteht“, wurden beide Beteiligten mit Schreiben vom 09.12.2010 bis zum 15.12.2010 um eine Stellungnahme dahingehend gebeten, was die Ausführungen des Antragstellers im Nachprüfungsantrag zu bedeuten haben.

Der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers äußerte sich hierzu mit Schreiben vom 14.12.2010 dahingehend, dass es sich hierbei um eine gewerberechtliche Erlaubnis handle und die vergaberechtliche Beurteilung der angegriffenen De facto Vergabe hiervon formal unabhängig zu sehen sei. Der direkt vergebene Vertrag stelle lediglich die Finanzierung des beantragten Verkehrs sicher und nicht die Antragsgegnerin sondern die Regierung als zuständige Behörde erteile die personenbeförderungsrechtliche Genehmigung. Nicht die Genehmigung sei notwendige Voraussetzung für die Finanzierung des Verkehrs, sondern das Gegenteil sei der Fall. Ohne die direkt durch die Antragsgegnerin zugesagten Finanzmittel sei diese nicht in der Lage, den Verkehr zu betreiben. Voraussetzung der Erteilung und Behaltendürfens der Genehmigung sei aber die hinreichende Leistungsfähigkeit des Inhabers. Verfüge dieser aber nicht mehr über die erforderlichen Finanzmittel, verliere er die erforderliche Leistungsfähigkeit und die Genehmigungsbehörde müsse die Genehmigung zwingend widerrufen. Die Finanzierung des Verkehrs sei damit der vorgreifliche, entscheidende Part des „Wettbewerbs um den Markt“. Gerade hieraus ergebe sich das extrem wettbewerbsverfälschende Potential der von der Antragsgegnerin mutmaßlich durchgeführten Direktvergabe.

Auch könne vom Antragsteller infolge der Defactovergabe nicht mehr als die Behauptung, dass sich dieser an einer rechtmäßigen Ausschreibung beteiligt hätte, weil er Interesse am Auftrag habe zur Darlegung der Antragsbefugnis verlangt werden. Mangels vorliegender Ausschreibungsunterlagen und eines Angebotes des Antragstellers lasse sich gar nicht feststellen, ob der Antragsteller tatsächlich chancenlos gewesen wäre. Angesichts der umfangreichen Tätigkeit des Antragstellers im Personenbeförderungsmarkt und deren Erfolge in diversen Ausschreibungswettbewerben sei hiervon jedenfalls nicht ohne Weiteres auszugehen. Sollte die Vergabekammer die Unwirksamkeit der Direktvergabe feststellen, werde der Antragsteller auch im Rahmen einer Ausschreibung ein Angebot abgeben.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin äußerte sich mit Schriftsatz vom 15.12.2010 hingegen dahingehend, dass beim Antragsteller kein Interesse an der vergebenen Verkehrsleistung bestehe, da dieser den innerstädtischen Verkehr nur abschnittsweise bedienen wolle und eine Erweiterung des Regionalverkehrs in

die Stadt hinein durch Verdichtung und Vertaktung der von ihm betriebenen Regionallinie begehre. Er habe also nur Interesse an einem völlig anderen Auftrag. Im Übrigen würde auch eine Aufteilung der einzelnen Linien in Lose aus wirtschaftlichen und tatsächlichen Gründen ausscheiden. Bei einer Aufteilung würde die Möglichkeit wegfallen, Verluste aus unprofitablen Linien mit Gewinnen aus profitablen Linien auszugleichen. Der Antragsteller habe vorliegend am 30.09.2009 lediglich einen Antrag bei der Regierung auf Zustimmung zur Änderung des Fahrplans der Linie ab dem 01.10.2010 in das Stadtgebiet L hinein gestellt.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2010 äußerte sich der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin ausführlich zum Nachprüfungsantrag und vertrat hierbei die Auffassung, dass Streitgegenstand nicht eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/07, sondern eine Inhouse - Vergabe nach allgemeinem Vergaberecht sei. Für die vom Antragsteller gerügte Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/07 sei schon der Vergaberechtsweg nicht eröffnet. Auch sei der Antragsteller wie bereits im Schriftsatz vom 15.12.2010 ausgeführt wurde nicht antragsbefugt. Zudem wurde der Antrag nicht fristgemäß eingereicht und der Antragsteller habe den angeblichen Vergabeverstoß nicht fristgerecht gerügt. Bereits durch die freiwillige Bekanntgabe im Amtsblatt der EU sei dieser über die Direktvergabe informiert gewesen. Zudem gehe aus dem Bescheid der Regierung von Schwaben vom 17.03.2010 auf Seite 7 hervor, dass eine Betrauungsanweisung erlassen worden sei. Da der Antragsteller auch den Genehmigungsbescheid der Antragsgegnerin zur Kenntnis erhielt, bestand Kenntnis über die erfolgte Betrauungsanweisung. Hinzukomme, dass die „sechs Monatsfrist“ (so die Ausführungen der Antragsgegnerin) des § 101 b GWB abgelaufen sei, so dass die Unwirksamkeit der Betrauungsanweisung schon nicht mehr angegriffen werden könne.

Der Antrag sei aber auch unbegründet, da eine zulässige Direktvergabe erfolgt sei. Die Stadtverkehr L GmbH wurde durch die Betrauungsanweisung vom 29.09.2009 mit der Durchführung des Stadtbusverkehrs ab Oktober 2010 betraut. Im Zeitpunkt der Betrauung war die VO 1370 zeitlich noch nicht anwendbar, da diese gem. Art. 12 erst am 3. Dezember 2009 in Kraft getreten sei. Im Übrigen sei die Inhouse-Vergabe entsprechend der Rechtssprechung des EuGH durchgeführt worden. Vorliegend handle es sich um eine zulässige Inhouse-Vergabe die der grundlegenden Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Teckal“ vom 18.11.1999, RS C – 108/98 nicht widerspreche. Nach dieser grundlegenden Entscheidung des EuGH sei eine vergabefreie Inhouse-Vergabe möglich, wenn zum einen der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienst-

stelle ausübt, so dass dem Auftragnehmer keine eigene Entscheidungsgewalt zukomme und zum anderen das beauftragte Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber, der die Anteile halte, verrichte. Beide Kriterien seien vorliegend erfüllt.

In der Folge wurde die Regierung mit Schriftsatz vom 21.12.2010 um eine Aussage darüber gebeten, welche Anträge mit welchen Inhalten von welcher Partei gestellt worden seien und wie mit welcher Begründung entschieden worden sei. Beide Beteiligten wurden hiervon in Kenntnis gesetzt und darauf hingewiesen, dass die Ausführungen der Regierung im Hinblick auf die Antragsbefugnis des Antragstellers - aus Sicht der erkennenden Kammer - von entscheidender Bedeutung sein werden.

Mit Schreiben vom 28.12.2010, eingegangen bei der Vergabekammer Südbayern am 04.01.2011, teilte die Regierung mit, dass maßgeblich für die getroffene Entscheidung, der S' GmbH die beantragten Genehmigungen für die Stadtbuslinien bis zu erteilen gewesen sei, dass es keine vergleichbaren gleichwertigen Angebote der S' GmbH und der R' GmbH gegeben habe. Weiter wurde ausgeführt, dass die R' GmbH bereits bei der Antragstellung deutlich gemacht habe, dass es sich bei der Ausweitung des Angebotes der Regionalbuslinie lediglich um die Zustimmung zur Ausweitung eines Fahrplans und nicht um die Beantragung einer Verkehrsleistung, mit der die vorhandene Erscheinungsform des ÖPNV von vier Stadtbuslinien in der Stadt L übernommen werden sollte. Auch wenn die R' GmbH versucht habe dies im Rahmen des Anhörungsverfahrens zu relativieren, ändere dies nichts daran, dass rechtlich gesehen seitens der R' GmbH inhaltlich nur die Änderung eines Fahrplans der Regionalbuslinie und nicht ein Angebot zur Sicherstellung des Verkehrs der Innenstadt von L beabsichtigt worden sei. Aus diesem Grunde wurden die Genehmigungen der S' GmbH wiedererteilt und die Zustimmung auf Änderung des Fahrplans für die Regionalbuslinie auf die Bereiche beschränkt, die den erteilten Genehmigungen an die S' nicht widersprechen. Man habe daher im Rahmen des Abhilfeverfahrens nach § 72 VwGO festgestellt, dass den Widersprüchen nicht abzuwehren sei, sondern ein ablehnender Widerspruchsbescheid ergehen werde, wenn die R' GmbH an den Widersprüchen festhalte.

Die Vergabekammer Südbayern teilte daraufhin am 18.01.2011 mit, dass nach derzeitiger Auffassung der Nachprüfungsantrag vom 05.11.2010 als unzulässig bewertet werde und infolgedessen zu verwerfen sei. Dem Antragsteller könne das gem. § 107 Abs. 2 GWB notwendige Rechtsschutzbedürfnis nicht zugestanden werden. Diesem sei spätestens zum Zeitpunkt des Anhörungsverfahrens im Dezember 2009 im Zusammenhang mit den Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz klar gewesen, dass es sich bei der angekündigten Direktvergabe um ein In-house-Geschäft handle, das man für vergaberechtswidrig halte. Dennoch sei die beabsichtigte Vergabe erstmals am 17.09.2010 gegenüber der Antragsgegnerin gerügt worden. Zudem werde im Hinblick auf die vom Antragsteller beantragten Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem streitgegenständlichen Umfang der vermeintlichen De-facto-Vergabe die sich vom Umfang her widersprechen keine Antragsbefugnis gesehen. Der Antragsteller wurde deshalb darauf hingewiesen, dass eine fristgerechte Entscheidung ohne mündliche Verhandlung angestrebt werde, zuvor aber bis spätestens 21.01.2011 die Möglichkeit zur Antragsrücknahme gewährt werde.

Auf telefonisch vorgebrachte Einwendungen des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers hin wurde wiederum mit Schriftsatz vom 20.01.2011 mitgeteilt, dass an der bereits getroffenen Rechtsauffassung festgehalten werde, auch wenn möglicherweise keine wirksame Übertragung auf die S: GmbH zustande gekommen sei. Der Antragsteller habe sowohl für den Fall der Anwendbarkeit des § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB, gegen die Rügepflicht innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, als auch für den Fall, dass von der in einem laufenden Vergabeverfahren bestehenden Rügeverpflichtung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB auszugehen sei, verstoßen.

Nachdem der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers einen Antrag auf Akteneinsicht in die Betrauungsanweisung verlangte, wurde diese mit Schreiben vom 26.01.2011 gewährt.

Der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers brachte in der Folge mit Schreiben vom 27.01.2011 vor, dass, nach der erfolgten Akteneinsicht in die Betrauungsanweisung festzuhalten sei, dass diese die Stadt Li als Aufgabenträger und die S GmbH & Co KG als „Gesellschafter“ unterzeichnet habe. Eine Unterzeichnung der mit der Durchführung des Stadtbusverkehrs zuständigen S GmbH sei nicht erfolgt. Es sei infolgedessen die Frage zu klä-

ren, ob, wann und wodurch die S GmbH nun tatsächlich den öffentlichen Dienstleistungsauftrag erhalten habe.

Hinsichtlich der aufgeworfenen Problematik der Rügeverpflichtung dürfe bei De - facta Vergaben auf § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB verwiesen werden.

Auch die Präklusionsfrist des § 101 b Abs. 2 Satz 1, Alt. 2 GWB (Sechsmonatsfrist) habe vorliegend nicht angefangen zu laufen, da es einen Vertragsschluss zwischen der Antragsgegnerin und der S GmbH nicht gäbe. Der Antragsteller habe bis dato keine positive Kenntnis, ob und wann zwischen den Parteien ein Dienstleistungsvertrag geschlossen worden sei. Unterstelle man, dass ein wirksamer Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der S

GmbH zustande gekommen sein sollte, so wäre dieser Vertragsschluss, sollte man sich auf eine Direktvergabe im Wege der Direktvergabe gem. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 berufen nichtig. In der Bekanntmachung vom 17.10.2009 sei eine Direktvergabe angekündigt. Diese sei aber ausweislich des Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07 vor Ablauf eines Jahres unzulässig und nichtig, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde. Auch die in § 14 der Betrauungsanweisung vorgesehenen Ausgleichsregelungen genügen weder den vier Kriterien der Entscheidung Altmark Trans, noch den Vorgaben des Art. 4 i. V. m. dem Anhang der VO 1370/07.

Mit Verfügung vom 28.01.2011 wurde durch den Vorsitzenden gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB die Frist zur Entscheidung nochmals bis zum 28.02.2011 verlängert und mit Beschluss vom 31.01.2011 die S GmbH, zum Vergabeproofungsverfahren beigeladen, bevor mit Schreiben vom 01.02.2011 die Beteiligten für den 17.02.2011 zur mündlichen Verhandlung geladen wurden.

Die Antragsgegnerin vertrat in der Folge durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Schriftsatz vom 04.02.2011 die Auffassung, dass diese die Beigeladene mit der Durchführung des Stadtbusverkehrs nicht durch einen Vertrag, sondern mittels Verwaltungsakt betraut habe, wodurch man hoheitlich gehandelt habe. Ein Verwaltungsakt sei aber gem. Art. 43 Abs. 1 BayVwVfG mit seiner Bekanntgabe wirksam. Bekanntgegeben wurde der Verwaltungsakt Herrn W am 29.09.2009, der zu diesem Zeitpunkt persönlich haftender Gesellschafter der S GmbH & Co KG gewesen sei. Am 30.09.2009 wurde Herr W auch Geschäftsführer der Beigeladenen, so dass der Verwaltungsakt gegenüber der Beigeladenen an diesem 30.09.2009 durch Zusammentreffen der Kenntnis des Geschäftsführers und der Existenz des Adressaten wirksam geworden sei. Aber auch für den

Fall, dass man die Betrauungsanweisung als Vertrag qualifizieren würde, wäre dieser wirksam zustande gekommen, da die Vorschriften der §§ 177 ff BGB entsprechend gelten, wenn jemand im Namen einer erst zu gründenden juristischen Person handle. Mit der tatsächlichen Durchführung des Inhalts der Betrauungsanweisung stimmte die Beigeladene dem Vertrag konkludent zu. Im Übrigen sei der Antragsteller sowohl nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB als auch nach § 101 b Abs. 2 GWB präkludiert. Auch fehle es dem Antragsteller an der Antragsbefugnis.

Auch der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers äußerte sich im Vorfeld zur mündlichen Verhandlung nochmals mit Schriftsatz vom 09.02.2011 und stellte fest, dass der vorgelegte Betrauungsakt in Anbetracht der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.07.2010, VII Verg 21/10 nicht Gegenstand der Erbringung des Stadtverkehrs sein könne. Insofern bestehe nur die Möglichkeit, dass bis heute kein Auftrag an die Beigeladene vorläge oder diese zu einem späteren Zeitpunkt erstmalig tatsächlich beauftragt worden sei. Der Antragsteller hätte vorliegend keinen Nachprüfungsantrag gestellt, wenn eine Präklusion erkennbar gewesen wäre. Die diesbezügliche Anfrage des Antragstellers sei von der Antragsgegnerin nicht hinreichend beantwortet worden. Verweigere aber die Antragsgegnerin die gerade bei Ausnahmetatbeständen zum allgemeinen Vergaberecht nötige Transparenz, müsse sie nach Auffassung des Antragstellers die Folgen hierfür tragen, jedenfalls in kostenrechtlicher Hinsicht. Auf § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB werde diesbezüglich verwiesen.

Im Rahmen der am 17.02.2011 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde von der Vergabekammer festgestellt, dass der Nachprüfungsantrag als zulässig und begründet einzustufen sei. Die Betrauungsanweisung entfalte vorliegend keine Wirksamkeit, da die hierfür notwendige Unterschrift des Vertreters der Beigeladenen fehle. Der Antrag unter Punkt 1 des Nachprüfungsantrages vom 05.11.2010 stelle sich deshalb nicht mehr. Ausgehend vom Punkt 2 des Nachprüfungsantrages bleibe aber festzustellen, dass die beabsichtigte Inhouse - Vergabe auf Basis der Betrauungsanweisung vom 29.09.2009 aufgrund der Regelungen im § 7 derselben als unzulässig einzustufen sei. Da beide Mängel heilbar seien, erklärten die Parteien, sich außerhalb des Verfahrens einigen zu wollen, wofür den Beteiligten eine zweiwöchige Frist bis zum 03.03.2011 gewährt wurde und die Frist zur Entscheidung gem. § 113 GWB infolgedessen bis zum 11.03.2011 verlängert wurde.

Der Antragsteller teilte dann am 03.03.2011 mit, dass es zu einer außergerichtlichen Einigung nicht gekommen sei und um Entscheidung gebeten werde, weshalb durch die Kammer die Frist erneut bis zum 28.03.2011 verlängert wurde.

Die Beigeladene vertrat im Schriftsatz vom 03.03.2011 die Auffassung, dass man den Inhalt der Betrauungsanweisung am 30.09.2010 zustimmend zur Kenntnis genommen habe, nachdem ein schriftliches Exemplar des Verwaltungsaktes dem damaligen Geschäftsführer übergeben worden sei und diese deshalb ihre volle Wirksamkeit entfalte.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin vertrat im Schriftsatz vom 04.03.2011 ebenfalls die Auffassung, dass es sich bei der Betrauungsanweisung um einen Verwaltungsakt und nicht um einen Vertrag handle. Auch sei die Auffassung der Kammer zur Zulässigkeit der Öffnungsklausel des § 7 der Betrauungsanweisung unzutreffend und es werde in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 02.03.2011, VII Verg 48/10 in einem entsprechenden Fall zum Wesentlichkeitskriterium verwiesen, in der ausgeführt worden sei, dass die Möglichkeit der Vergabe von Subunternehmerleistungen grundsätzlich nicht In-House-schädlich sei. Auch fände keine Umgehung des Vergaberechts statt, da die Beigeladene als Sektorenauftraggeber gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und §§ 97 ff. GWB und der SektVO zur Einhaltung des Vergaberechts verpflichtet sei. Ergänzend werde darauf hingewiesen, dass tatsächlich keine Subunternehmer Verkehrsleistungen erbringen können, da die Gesellschaftsverträge der Beigeladenen und der S GmbH & Co. KG am 25.01.2011 abgeändert worden seien und eine Leistungserbringung durch Dritte nun verboten sei.

Mit Schriftsatz vom 21.03.2011 äußerte sich der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers zu den obigen Ausführungen und stellte fest, dass entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die Betrauungsanweisung nicht wirksam geworden sei. Selbst wenn man von einem Verwaltungsakt ausginge, sei dieser der Beigeladenen nicht wirksam bekannt gegeben worden. So werde mit Nichtwissen bestritten, dass die Beigeladene den Inhalt der Betrauungsanweisung am 30.09.2010 zustimmend zur Kenntnis nahm und dem damaligen Geschäftsführer diese am selben Tag übergeben worden sei. Insbesondere auch deshalb, weil die Beigeladene erst am 28.10.2009 existent gewesen sei und erst zum 01.01.2010 ihren Betrieb aufgenommen habe.

Unabhängig davon erfordere das Bayerische Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG) mehr als eine bloße Kenntnisnahme. Das Bundesverwaltungsgericht habe klargestellt, dass insbesondere im Fall versehentlicher Bekanntgabemängeln eine wirksame Bekanntgabe nicht vorläge (BVerwG 22, 14 = NVwZ 1987, 632). Von einer Wirksamkeit sei aber bereits aufgrund der damals willentlichen Bekanntgabe nur gegenüber der Tochter der Antragsgegnerin nicht auszugehen, da sich ein Bekanntgabewille noch nicht konkretisiert haben könne, weil die Beigeladene zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtlich existent gewesen sei.

Unabhängig davon sei der inhouseschädliche Passus in § 7 Abs. 7 Buchst. f) des Vertrages nach wie vor nicht geändert worden. Die Möglichkeit der Subvergabe bestehe ungeachtet etwaiger „Klarstellungen“ fort und eine Leistungserbringung durch Dritte sei entgegen der Ausführungen der Antragsgegnerin angesichts der geänderten Gesellschaftsverträge gerade nicht untersagt.

Hinsichtlich der angesprochenen Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 02.03.2011, VII Verg 48/10 dürfe darauf hingewiesen werden, dass darin die vorangegangene Entscheidung der Vergabekammer Münster vom 07.10.2010, VK 6/10 bestätigt worden sei. Die zitierte Textpassage stelle lediglich allgemeine Ausführungen zur Frage der Subunternehmerschädlichkeit dar und es dürfe darauf hingewiesen werden, dass der Vorsitzende des Senats während der mündlichen Verhandlung an dem der Unterzeichner teilgenommen habe, deutlich gemacht habe, dass der Senat diesen Punkt ohne EuGH-Vorlage nicht entscheiden könne.

Gelange das Auftragsvolumen in den Markt, liege keine Eigenerbringung mehr vor. Diese Vorstellung habe der EuGH auch jüngst erneut in der Entscheidung EuGH, Rs. C-480-06 bestätigt. Auch läge eine Wettbewerbsverzerrung deshalb vor, weil die Beigeladene rechtlich gesehen lediglich als Sektorenauftraggeber gem. § 98 Nr. 4 GWB einzustufen, die Antragsgegnerin aber öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 1 GWB sei. Dies führe dazu, dass die Antragsgegnerin Teilbereiche zwingend im Wege des europaweiten offenen Verfahrens ausschreiben müsste; die Beigeladene jedoch in der Wahl des Vergabeverfahrens frei sei. Eine Wettbewerbsverfälschung liege auch darin, dass der Antragsteller durch die Subunternehmervergabe dauerhaft auf den „zweiten Markt“ verwiesen und vom „ersten Markt“ dauerhaft ausgeschlossen werden würde.

Vorliegend handle es sich auch nicht um eine zulässige Dienstleistungskonzession, da auch diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht feihändig vergeben werden dürfe und auch hier die Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zu beachten seien.

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Im Einzelnen wird auf deren Inhalt sowie die weiteren vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

II.

1.) Umfang des Nachprüfungsantrages

Der Antragsteller wandte sich vorliegend durch seinen Verfahrensbevollmächtigten mit Telefax vom 05.11.2010 an die Vergabekammer Südbayern und stellte gem. § 101 b Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 101 b Abs. 2 GWB unter Punkt 1 seines Nachprüfungsantrages den Antrag, die im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/S201-289432 am 17.10.2009 als Vorinformation bekannt gemachte Direktvergabe als unwirksam zu erklären.

Weiter wurde unter Punkt 2 des Nachprüfungsantrages beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Auftrag unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer Südbayern neu europaweit bekannt zu machen und im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben.

2.) Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

2.1)

Zulässig ist insbesondere der Antrag unter Punkt 1 des vorliegenden Nachprüfungsbegehrens vom 05.11.2010 nur, wenn er sich nicht gegen ein Vergabeverfahren richtet, das bereits durch einen wirksamen Zuschlag beendet ist.

Vorliegend hat die Antragsgegnerin bereits in einer öffentlichen Stadtratssitzung am 17.01.2009 beschlossen, den Stadtbusverkehr ab dem 01.10.2010 künftig durch eine noch zu gründende Enkeltochter durchführen zu lassen und hat in diesem Zusammenhang am 29.09.2009 eine Betrauungsanweisung geschlossen. Darüber hinaus wurde am 17.10.2009 eine Vorabinformation über die beabsichtigte Direktvergabe veröffentlicht.

Nach § 101 b Abs. 2 GWB kann im Nachprüfungsverfahren zwar die Nichtigkeit einer De-facto-Vergabe festgestellt werden. Diese Regelung wurde indes aber erst mit der Novelle 2009 in das GWB eingefügt. Nach § 131 Abs. 8 GWB gelten die

Regelungen der GWB-Novelle nicht für Vergabeverfahren, die vor dem 24.04.2009 begonnen haben (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.04.2011, Verg. W 5/10). Das OLG München führte hinsichtlich des Beginns eines Vergabeverfahrens in seiner Entscheidung vom 12.11.2010, Verg 21/10 aus, dass der Beginn eines Vergabeverfahrens zwar nicht legaldefiniert sei, jedoch in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit dahingehend bestehe, dass sog. Vorbereitungsmaßnahmen zur Vergabe noch nicht dem Begriff des Vergabeverfahrens im Rechtssinne zuzurechnen seien. Erforderlich sei vielmehr eine nach außen erkennbare Handlung der Vergabestelle im Hinblick auf die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, welches erkennbar zu einem konkreten Vertragsabschluss führen solle. Im Hinblick auf europaweite Vergaben sei dieser Wille erst dann erkennbar, wenn die Absendung der Vergabebekanntmachung an das EU-Amtsblatt erfolgte (vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 08.10.2009, 1 Verg 9/09). Das OLG München führte diesbezüglich weiter aus, dass eine bloße Vorinformation über die beabsichtigte Auftragsvergabe demgegenüber noch keine konkrete Entäußerung der Vergabestelle darstelle, dass nunmehr ein Vertragsschluss herbeigeführt werden soll.

Ausgehend von der obigen Rechtsprechung ist im strittigen Vergabenachprüfungsverfahren weder der Stadtratsbeschluss vom 17.01.2009 noch die Vorabinformation über die beabsichtigte Direktvergabe an die Beigeladene vom 17.10.2009, sondern vielmehr die Vertragsunterzeichnung in Form der Betrauungsanweisung vom 29.09.2009 als Beginn des Vergabeverfahrens zu bewerten, da hier eine Bindungswirkung zu Lasten der Auftragsgeberin die angekündigte Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt vergeben zu wollen eintritt.

Das anhängige Vergabenachprüfungsverfahren richtet sich demzufolge vorliegend gem. § 131 Abs. 8 GWB nach der Neufassung des GWB, so dass der Nachprüfungsantrag insbesondere im Hinblick auf den unter Punkt 1 des Nachprüfungsantrages vom 05.11.2010 gestellten Antrag als zulässig einzustufen ist

2.2)

Die Vergabekammer Südbayern ist vorliegend auch für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB bzw. § 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung zur Regelung von Organisation und Zuständigkeiten im Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (BayNpV). Auch die örtliche Zuständigkeit liegt nach § 2 Abs. 2 Satz 1 BayNpV vor, da die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Schwaben hat.

§ 104 Abs. 2 GWB regelt, dass nur solche Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, vor den Vergabekammern geltend gemacht werden können. Vorliegend macht der Antragsteller in seinem Nachprüfungsantrag vom 05.11.2010 geltend, dass die Antragsgegnerin unter Umgehung der vergaberechtlichen Bestimmungen den Stadtbusverkehr für die Stadt L¹ im Wege einer unzulässigen Direktvergabe an den Beigeladenen vergeben hat.

Nach § 104 Abs. 2 GWB wird Rechtsschutz zwar grundsätzlich nur während eines Vergabeverfahrens gewährt. Der Begriff des „Vergabeverfahrens“ ist aber materiell zu verstehen, und nicht nur förmlich. Es ist somit in Abgrenzung zur bloßen Markterkundungen darauf abzustellen, ob und inwieweit der öffentliche Auftraggeber einen Beschaffungsvorgang organisatorisch und planerisch bereits eingeleitet und mit potenziellen Anbietern Kontakte mit dem Ziel aufgenommen hat, das Beschaffungsvorhaben mit einer verbindlichen rechtsgeschäftlichen Einigung abzuschließen (OLG Düsseldorf, 20.6.2001, Verg 3/01; OLG Düsseldorf, 12.01.2004, Verg 71/03).

Das war hier ohne Zweifel der Fall, weil die Antragsgegnerin bereits konkret am 27.01.2009 im Stadtrat beschlossen hat, den öffentlichen Personennahverkehr neu zu organisieren und die Führung desselben ab dem 01.10.2010 auf die zu gründende Enkeltochter zu übertragen. Weiter wurden in der Folge alle hierfür notwendigen organisatorischen Maßnahmen in die Wege geleitet. Überdies wurde die beabsichtigte Maßnahme in einer Vorabinformation am 17.10.2009 europaweit bekannt gemacht und eine entsprechende Betrauungsanweisung geschlossen.

2.3)

Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 99 Abs. 1 und 4 GWB.

2.4)

Die Antragsgegnerin ist auch als Gebietskörperschaft grundsätzlich öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB. Da die Antragsgegnerin selbst keine Buslinien betreibt, also solche Tätigkeiten in diesem Sektor (Verkehr) nicht ausübt, sondern die Durchführung des Stadtbusverkehrs der Stadt L¹ auf die Beigeladene übertragen hat, ist die Antragsgegnerin kein Sektorenauftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 4 GWB (vgl. OLG Düsseldorf 21.07.2010, Verg 19/10). Die Antragsgegnerin ist damit den Auftraggebern zuzuordnen, welche gemäß § 98 Nr. 1 GWB

in Verbindung mit § 4 der Vergabeverordnung (VgV) den 2. Abschnitt der VOL/A anzuwenden haben.

2.5)

Auch ist der Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB und der BayNpV eröffnet, da der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert übersteigt (§ 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 2 BayNpV).

§ 100 Abs. 1 GWB verweist bezüglich der Schwellenwerte auf eine Rechtsverordnung nach § 127 GWB. Die Bundesregierung hat mit der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) eine Rechtsverordnung i. S. d. § 127 Nr. 1 GWB erlassen. Die Schwellenwerte ergeben sich vorliegend aus § 2 Nr. 3 VgV. Nach § 2 Nr. 3 liegt der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 04.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte bei 206.000 € netto.

Für das Nachprüfungsverfahren ist vorliegend von dem in der Vorinformation vom 17.10.2009 bekannt gemachten Umfang von ca. 900.000 Wagenkilometern mit einem jährlich geschätztem Auftragswert von 3 Mio. Euro und einer Vertragslaufzeit von 8 Jahren auszugehen. Der geschätzte Auftragswert der Durchführung des Stadtbusverkehrs für die Stadt L überschreitet den Schwellenwert daher bei weitem.

2.6)

Auch eine Ausnahmebestimmung des § 100 Abs. 2 Buchst. g) GWB liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Der Abschluss eines Vertrages - ohne Einbindung der Regelungen des Vergaberechts - mit der Beigeladenen ist aufgrund eines Ausschließlichkeitsrechts (vgl. Art. 18 RL 2004/18/EG) nicht gerechtfertigt. Der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 Buchst. g) GWB setzt auf Seiten des Auftragnehmers ein Monopol zur Leistungserbringung voraus. Weiterhin bestimmt der Gesetzestext, dass das ausschließliche Recht zur Leistungserbringung auf einem Gesetz oder einer Verordnung beruhen muss, was vorliegend nicht zutrifft. Die Begründung durch einen Rechtsakt anderer Art, wie z.B. durch einen Verwaltungsakt, durch einen Vertrag oder einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, genügt diesem Erfordernis nicht, Dippel, in Hattig/Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, § 100 Rn 97, 101.

2.7)

Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob hier tatsächlich die Regelungen aus der Verordnung Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße zur Anwendung kommen und die Vergabekammer Südbayern dann nach Art. 5 Abs. 7 derselben überhaupt die zuständige Nachprüfungsinstanz ist. Einerseits äußert sich schon der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 20.12.2010 dahingehend, dass von der Vergabestelle keine Direktvergabe nach obiger Verordnung, sondern eine Inhouse - Vergabe erfolgt sei. Andererseits bleibt festzustellen, dass nach Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 diese erst am 3.12.2009 in Kraft getreten ist, also erst nach Abschluss der Betrauungsanweisung vom 29.09.2009. Insofern kann die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 keine Berücksichtigung auf in der Vergangenheit bereits abgeschlossene Sachverhalte finden, da es insoweit an einer Übergangsregelung fehlt.

Weiterhin findet auf solche Sachverhalte auch nicht die Übergangsregelung in Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Anwendung. Denn Art. 8 erfasst als Übergangszeitraum die Zeit ab dem 3.12.2009 (Inkrafttreten der EG Verordnung) bis zum 3.12.2019 (vgl. hierzu auch VK Münster, Beschluss vom 18.03.2010, VK 1/10).

3.1) Zulässigkeit des Punktes 1 des Nachprüfungsantrages

Der Antragsteller wandte sich vorliegend durch seinen Verfahrensbevollmächtigten mit Telefax vom 05.11.2010 an die Vergabekammer Südbayern und stellte gem.

§ 101 b Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 101 b Abs. 2 GWB den Antrag, die im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/... am 17.10.2009 als Vorinformation bekannt gemachte Direktvergabe als unwirksam zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag erweist sich diesbezüglich als zulässig.

3.1.1) Antragbefugnis

Soweit der Antragsteller die Feststellung der Unwirksamkeit der im Supplement zum EU - Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/... am 17.10.2009 angekündigten Direktvergabe an die S... GmbH beantragt hat, ist er diesbezüglich auch – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin - nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Die Antragsbefugnis setzt -kumulativ -voraus, dass ein antragsbefugtes Unternehmen ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht und ein allgemeines Rechtsschutzinteresse (noch) besteht (VK Schleswig-Holstein, B. v. 14.09.2005, VK-SH 21/05).

Der Antragsteller macht vorliegend geltend, dass er ein Unternehmen sei, das Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) mit Bussen im räumlichen Zuständigkeitsgebiet der Antraggegnerin anbiete und erbringe und Interesse am streitgegenständlichen Auftragsgegenstand habe. Weiter wird mit Nachprüfungsantrag vom 05.11.2010 geltend gemacht, dass dem Antragsteller durch die rechtswidrige De facto Vergabe der Antraggegnerin die Zuschlagschance bzw. die Chance auf einen über die beabsichtigte Laufzeit wirksamen Vertrag genommen werde, welche er hätte, wenn man an einer Ausschreibung als Bieter teilnehmen könnte, was man täte. Den Vergabeunterlagen ist zu entnehmen, dass der Antragsteller bis zum 30.09.2010 im Wege der Unterbeauftragung mit der Durchführung des strittigen Stadtbusverkehrs in L beauftragt war. Insofern ergeben sich keine Zweifel daran, dass es sich beim Antragsteller um ein antragsbefugtes Unternehmen handelt.

Im strittigen Vergabenachprüfungsverfahren ergibt sich vorliegend die Problematik, dass der Antragsteller im Vorfeld zum nachfolgenden Nachprüfungsantrag hinsichtlich der notwendigen personenbeförderungsrechtlichen Liniengenehmigungen gem. § 42 PBefG bei der Regierung von Schwaben mit Datum vom 30.09.2009 lediglich einen Antrag auf Zustimmung zur Änderung des Fahrplans der Linie von L nach H ab dem 01.10.2010 beantragt hatte. Der Beigeladene hatte wiederum mit Datum vom 01.10.2009 eine Genehmigung für die strittigen Linien bis die den gesamten Stadtbusverkehr abdecken, beantragt. Die Antraggegnerin sieht deshalb die Antragsbefugnis nicht für gegeben an.

Nach Auffassung der erkennenden Kammer führt dieser Umstand jedoch nicht dazu, dass dem Antragsteller ein Interesse am Auftrag aberkannt werden kann, denn nach Einführung des § 101b GWB kommt es nicht mehr darauf an, ob der Antragsteller eine Bieterstellung hatte oder als Interessent wahrgenommen werden konnte, so wie dies § 13 VgV a. F. forderte. Der § 101b GWB knüpft lediglich daran

an, ob ein objektiver Vergabeverstoß vorliegt und jedes Unternehmen, das antragsbefugt i. S. v. § 107 Abs. 2 GWB ist, kann einen solchen Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung stellen. Bereits der EuGH, 11.1.2005, Rs. C-26/03, hat entschieden, dass ein Bieter eine formale Bieter- oder Bewerbungsbereitschaft gerade nicht innehaben muss, um antragsbefugt zu sein, so auch die VK Münster, 6.5.2008, VK 4/08. Denn dies kann im Falle von De facto Vergaben gar nicht mit der entsprechenden Gewissheit festgestellt werden, weil es keine Angebote gibt und auch keine Vergabeunterlagen, aus denen sich die Anforderungen ergeben (OLG Brandenburg, B. v. 22.04.2010 - Verg W 5/10, OLG Düsseldorf, B. v. 06.02.2008, VII - Verg 37/07; VK Münster, B. v. 18.03.2010 -VK 1/10). Zur Darlegung der Antragsbefugnis ist der Antragsteller nicht gehalten im Nachprüfungsverfahren vorzubringen, welches eventuell aussichtsreiche Angebot er im Fall seiner Beteiligung am Vergabeverfahren abgegeben hätte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII -Verg 37/07).

Die Kammer schließt sich dieser Meinung an und vertritt die Auffassung, dass – auch wenn die beantragte personenbeförderungsrechtliche Genehmigung des Antragstellers sich nicht mit dem hier strittigen Streitgegenstand deckt -, dieser dennoch antragsbefugt ist, weil mit dem Nachprüfungsantrag vom 05.11.2010 ein Interesse am Auftrag zum Ausdruck gebracht wurde und sich der Antragsteller schlüssig auf eine Verletzung des im Vergabeverfahren grundsätzlich zu beachtenden Gebots der Ausschreibungspflicht eines Auftrages dieser Größenordnung berufen hat. Ihm droht infolge der behaupteten Rechtsverletzungen auch ein Schaden, der darin besteht, dass er aufgrund der Direktvergabe kein für einen Zuschlag in Frage kommendes, chancenreiches Angebot abgeben konnte. Abgesehen davon dürfen an die Darlegung, dass das Unternehmen ein „Interesse am Auftrag“ hat, keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden (BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2. BvR 2248/03). Auch ist deshalb von einem Interesse des Antragstellers am Auftrag auszugehen, da dieser unmittelbar vor der Direktvergabe an die Enkeltochter der Antragsgegnerin mit der Durchführung des streitgegenständlichen Stadtbusverkehrs beauftragt war. Auch der Umstand, dass der Antragsteller die Direktvergabe gerügt hat und das aufgrund des hohen Auftragswertes von 24 Mio. Euro hohe wirtschaftliche Risiko eines Nachprüfungsverfahrens eingegangen ist, spricht für sein Interesse an dem Auftrag (siehe hierzu auch OLG Celle, VergabeR 2007, 79,81).

3.1.2) Formerfordernis

Gemäß § 108 Abs. 1 i. V. m. § 108 Abs. 2 GWB ist der Nachprüfungsantrag schriftlich bei der Vergabekammer einzureichen und unverzüglich zu begründen. § 108 Abs. 2 GWB führt hierzu aus, dass die Begründung die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten sowie darlegen muss, dass die Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist; sie soll, soweit bekannt, darüber hinaus die sonstigen Beteiligten benennen. Die Anforderungen des Nachprüfungsantrages an das Formerfordernis sind vorliegend erfüllt.

3.1.3) Rügeobliegenheit

Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich des Antrages unter Punkt 1 auch nicht aufgrund der Regelungen des § 107 Abs. 3 GWB als präkludiert einzustufen.

Im strittigen Vergabenachprüfungsverfahren bleibt festzustellen, dass dem Genehmigungsbescheid der Regierung vom 17.03.2010 an die Beigeladene zu entnehmen ist, dass dem Antragsteller im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach dem Personenbeförderungsgesetz im Rahmen des Anhörungsverfahrens die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben wurde. Im Rahmen der hier abgegebenen Stellungnahme vom 29.12.2009, die der Kammer vorliegt, wurde durch den Antragsteller klar zum Ausdruck gebracht, dass man bereits im Dezember 2009 die Entscheidung der Antragsgegnerin zur Direktvergabe an die Beigeladene als vergaberechtswidrig eingestuft hat. Dennoch erfolgte, - obwohl auch aus der Vorabinformation vom 17.10.2009 klar ersichtlich war, dass die Stadt L den Stadtbusverkehr künftig durch die St GmbH durchführen lassen will - erst am 17.09.2010, nachdem durch die Regierung von Schwaben die Genehmigung für die Durchführung von Linienverkehren im St erteilt wurde, gegenüber der Antragsgegnerin eine entsprechende Rüge.

Dieser Sachverhalt steht vorliegend der Zulässigkeit des Begehrens des Antragstellers nicht aufgrund der Rügeverpflichtung des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB entgegen, wonach der Nachprüfungsantrag unzulässig ist, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und nicht unverzüglich gerügt hat. Schon nach seinem Wortlaut ist § 107 Abs.3 Satz 1 GWB auf Verstöße im Vergabeverfahren bezogen und beschränkt. Das schließt es

aus, eine zur Präklusion führende Rügeobliegenheit anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber – wie vorliegend - überhaupt kein Vergabeverfahren durchführt (BayObLG, VergabeR 2002, 244, 247; OLG Düsseldorf, NZBau 2001, 696, 703; OLG Frankfurt, NZBau 2004, 692, 693). Insofern ist der Rechtsauffassung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers beizupflichten. Die Beschränkung der Rügepräklusion nach § 107 Abs.3 Satz 1 GWB auf Vergabeverfahren wird auch durch die Neufassung des § 107 Abs. 3 GWB aufgrund des Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 bestätigt, wonach die Rügepräklusion im Falle eines Antrages auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages, der nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB de facto vergeben worden ist nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die Rügeobliegenheit versteht sich als eine Mitwirkungspflicht des Bieters innerhalb eines geregelten Vergabeverfahrens. Dadurch sollen möglichst frühzeitig aufwendige Nachprüfungsverfahren vermieden werden. Hat sich aber ein Auftraggeber entschieden, kein geregeltes Vergabeverfahren nach dem GWB durchzuführen, weil er wie hier beispielsweise der Auffassung ist, dass eine Direktvergabe möglich und zulässig ist, dann kann auch einem Antragsteller keine aus § 242 BGB abgeleitete Rügeobliegenheit auferlegt werden. Denn auch in einem solchen Fall würde die Verpflichtung des Bieters zur Rüge eine einseitige Belastung der Bietersseite bei gleichzeitiger Privilegierung des öffentlichen Auftraggebers bewirken, die schon deshalb nicht gerechtfertigt ist, weil der öffentliche Auftraggeber und nicht der Bieter der verantwortliche Normadressat für die Beachtung des Vergaberechts ist, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 19.7.2006, Verg 26/06; OLG Düsseldorf, 23.5.2007, Verg 50/06, VK Bezirksregierung Münster, 07.10.2010, VK 6/10, OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09).

3 1.4) Verwirkung

Der Antrag unter Punkt 1 des Nachprüfungsantrages ist auch nicht gem. § 242 BGB wegen Verwirkung unzulässig.

So führte das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 02.10.2008, Az.: Verg 25/08 aus, dass durch die Beteiligung am Vergabeverfahren zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und Bewerbern oder Bietern eine vorvertragliche Sonderbeziehung entsteht, die in materiell-rechtlicher und prozessualer Hinsicht gegenseitige Verhaltenspflichten, insbesondere die Pflicht zur Loyalität und Rücksichtnahme, erzeugt (vgl. BGHZ 120, 281, 284, 124, 64; 139, 273; BGH, Ur. v. 7.6.2005 - X ZR 19/02, BauR 2005, 1618 = VergabeR 2005, 617 = WuW/E Verg 1134; Wiese in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 107 GWB Rn. 53). Das OLG Düsseldorf führte in diesem Zusammenhang weiter aus, dass für den Fall,

dass die Auftragsvergabe – wie auch im hier strittigen Verfahren - in einem unregulierten Vergabeverfahren stattfindet, dies den öffentlichen Auftraggeber daran hindert, dass darauf bezogene Verhaltenspflichten der betroffenen Bieter zur Entstehung gelangen können und der Vorwurf einer gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßenden Pflichtverletzung mit Erfolg erhoben werden kann. Eine einseitige Anwendung der auf Treu und Glauben beruhenden Verhaltenspflichten zu Lasten des Bieters ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf mit dem Normzweck des § 242 BGB nicht zu vereinbaren.

Unabhängig davon würde man aber auch im Lichte der Entscheidung des OLG Celle vom 29.10.2009, Az.: 13 Verg 8/09 zu dem Ergebnis gelangen, dass selbst wenn im hier strittigen Vergabenachprüfungsverfahren zweifelsfrei geklärt werden konnte, dass der Antragsteller die positive Kenntnis von der vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit der Direktvergabe des Stadtbusverkehrs an die Beigeladene bereits im Dezember 2009 erlangt hat, dieser sein Recht auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens im November 2010 nicht verwirkt hatte. Grund hierfür ist, dass für eine derartige Verwirkung die seit langem bestehende positive Kenntnis des später vorgebrachten Vergaberechtsverstoßes nicht genügt. Die Verwirkung des § 242 BGB erfordert den Ausführungen der obigen Entscheidung des OLG Celle zufolge zudem, dass der Auftraggeber wegen des Verhaltens des von der Vergaberechtsverletzung betroffenen Unternehmers darauf vertrauen darf, dass dieser seine Schutzansprüche nicht mehr geltend machen wird, das er tatsächlich darauf vertraut hat und das deswegen der Nachprüfungsantrag gegen Treu und Glauben verstößt.

Ein solcher Sachverhalt liegt vorliegend aber schon deshalb nicht vor, weil zum Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer Südbayern keine wirksame Betrauungsanweisung zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen erfolgt ist. Wie im Laufe des Nachprüfungsverfahrens festgestellt wurde, beschloss der Stadtrat der Stadt L in einer öffentlichen Sitzung am 27.01.2009 den öffentlichen Personennahverkehr neu zu organisieren und die Führung desselben ab dem 01.10.2010 nicht mehr durch die S GmbH & Co KG (Tochter der Antragsgegnerin) mit Unterauftragsvergabe an einen privaten Dritten zu vergeben, sondern von der zu gründenden Enkeltochter (Beigeladene) durchführen zu lassen. Allein der Beschluss des Stadtrates stellt nach den kommunalrechtlichen Vorschriften allerdings noch keine rechtsverbindliche Willenserklärung der Antragsgegnerin nach außen dar. Hierzu bedurfte es einer entsprechenden Umsetzung. Gemäß Art 36 GO hat vorliegend die Oberbürgermeister-

rin der Stadt L obigen Beschluss des Stadtrates vom 17.01.2009 sowie vom 29.09.2009 zu vollziehen. Art. 38 Abs. 1 und 2 GO regelt, dass die Oberbürgermeisterin die Stadt nach außen vertritt und Erklärungen, durch die die Stadt verpflichtet werden soll, der Schriftform bedürfen, was insoweit mit der Betrauungsanweisung vom 29.09.2009 geschehen ist. Die Betrauungsanweisung entwickelte aber dennoch keine Wirksamkeit. Diese ist zwar einerseits – wie durch die Gemeindeordnung vorgegeben - von der Oberbürgermeisterin der Antragsgegnerin unterzeichnet worden. Andererseits erfolgte aber die Unterzeichnung der Betrauungsanweisung des zweiten Vertragspartners (fälschlicherweise) nicht durch den Geschäftsführer des Vertragspartners, nämlich der Beigeladenen, sondern durch den Geschäftsführer der Tochter der Antragsgegnerin. Dieser Sachverhalt geht eindeutig aus der Unterschriftenleiste der Betrauungsanweisung hervor und wird im Übrigen auf Seiten der Antragsgegnerin auch nicht bestritten. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Unterzeichner sowohl Geschäftsführer der Tochter der Antragsgegnerin als auch Geschäftsführer der Beigeladenen war.

Daraus folgt, dass unabhängig davon, ob es sich bei der Betrauungsanweisung um einen Vertrag oder - wie durch die Antragsgegnerin vorgebracht - einen Verwaltungsakt handelt, die Übertragung der Durchführung des Stadtbusverkehrs nicht wirksam gegenüber dem richtigen Adressaten erfolgt ist. Insofern stimmt die Kammer den Ausführungen des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers vom 21.03.2011 zu und lässt es daher dahingestellt, ob es sich – wie vorgebracht - um einen Verwaltungsakt handelt oder nicht. Auch den Ausführungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen im Hinblick auf die Wirksamkeit der Vereinbarung durch konkludentes Handeln oder durch wie von der Antragsgegnerin vorgebracht „Zusammentreffen der Kenntnis des Geschäftsführers und der Existenz des Adressaten,“ kann Seitens der erkennenden Kammer nicht gefolgt werden. Diesbezüglich darf auch hier auf die Entscheidung des OLG Celle vom 29.10.2009, 13 Verg 8/09 verwiesen werden, in dem dieses bei einem ähnlich gelagerten Fall zu dem Schluss gekommen ist, dass die Wirksamkeit einer Vereinbarung durch konkludentes Handeln unter Umgehung der vorgeschriebenen Form nicht möglich ist und die Beseitigung des Formmangels auch nicht durch Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB, sondern lediglich durch Neuvernahme der maßgeblichen Verpflichtungserklärung unter Einhaltung der Förmlichkeiten möglich ist. Dem schließt sich die Kammer auch für den hier zur Entscheidung stehenden Fall an.

Bestand somit zum Zeitpunkt der Einleitung des Nachprüfungsantrages am 08.11.2010 durch die Vergabekammer Südbayern keine wirksame kommunalrechtliche rechtsverbindliche Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und der Bei-

geladenen, ohne dass dies auf den Antragsteller zurückzuführen war, fehlte es an einem Anknüpfungspunkt für einen ausreichenden Vertrauenstatbestand, auf den sich die Antragsgegnerin verlassen haben könnte und wegen dessen die späte Einleitung des Nachprüfungsverfahrens für sie als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte erscheinen muss.

3.1.5) Verstoß gegen die Fristen des § 101 b Abs. 2 GWB

Der Punkt 1 des Nachprüfungsantrages ist auch nicht wegen § 101 b Abs. 2 GWB unzulässig.

§ 101 b Abs. 1 i. V. m. § 101 b Abs. 2 GWB regelt, dass die Unwirksamkeit eines Vertrages nur dann festgestellt werden kann, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist.

Die Anwendung der Fristen des § 101 b Abs. 2 GWB scheitert vorliegend schon daran, dass es – wie bereits ausgeführt wurde – an einem wirksam geschlossenen Vertrag fehlt.

3.2 Begründetheit des Punktes 1 des Nachprüfungsantrages

Im Rahmen der Begründetheit des Antrages des Antragstellers, die vorgenommene Direktvergabe der Durchführung des Stadtbusverkehrs der Stadt L an die Beigeladene gem. § 101 Abs. 2 GWB für unwirksam zu erklären, bleibt festzustellen, dass der Antrag unter Punkt 1 des Nachprüfungsantrages vom 05.11.2010 aufgrund der unter Punkt 3.1.4 dargelegten Unwirksamkeit der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen abgeschlossenen Betrauungsanweisung vom 29.09.2009 ins Leere läuft unbegründet und damit zurückzuweisen ist.

4.1) Zulässigkeit des Punktes 2 des Nachprüfungsantrages

Der Antragsteller beantragte unter Punkt 2 des Nachprüfungsantrages weiter, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Auftrag unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer Südbayern neu europaweit bekannt zu machen und im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben.

Der Nachprüfungsantrag erweist sich diesbezüglich als zulässig.

4.1.1) Antragsbefugnis

Soweit der Antragsteller die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens bei Fortbestehendem Beschaffungswillen beantragt hat, ist dieser auch hier grundsätzlich nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Der Antragsteller hat auch im Hinblick auf die Antragsbefugnis für den Antrag unter Punkt 2 seines Nachprüfungsantrages in ausreichender Weise dargelegt, dass ein Interesse am Auftrag besteht. Auch wurde eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht, wodurch dem Antragsteller ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht. Auf die Ausführungen unter Punkt 3.1.1 darf – um Wiederholungen zu vermeiden – verwiesen werden.

Es bleibt in diesem Zusammenhang jedoch darüber hinaus festzustellen, dass dem Antragsteller dann keine Antragsbefugnis mehr zugestanden werden kann, wenn durch die Vergabekammer Südbayern im Rahmen der Begründetheit des Antrages unter Punkt 1 des Nachprüfungsantrages festgestellt werden sollte, dass die durch die Antragsgegnerin vorgenommene Direktvergabe Wirksamkeit erlangt hat. Dem Antragsteller könnte dann kein Schaden mehr entstehen.

4.1.2) Formerfordernis

Die Anforderungen des Nachprüfungsantrages hinsichtlich des Antrages unter Punkt 2 desselben an das Formerfordernis sind gem. § 108 Abs. 1 i. V. m. § 108 Abs. 2 GWB erfüllt.

4.1.3) Rügeobliegenheit

Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich des Antrages unter Punkt 2 des Nachprüfungsantrages auch nicht aufgrund der Regelungen des § 107 Abs. 3 GWB als präkludiert einzustufen. Auf die Ausführungen unter Punkt 3.1.3 darf auch hier – aus Wiederholungsgründen – verwiesen werden.

4.1.4) Verwirkung

Der Antrag unter Punkt 2 des Nachprüfungsantrages ist auch nicht gem. § 242 BGB wegen Verwirkung unzulässig. Auf die Ausführungen unter Punkt 3.1.4) wird verwiesen.

4.2) Begründetheit des Punktes 2 des Nachprüfungsantrages

Bei der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Direktvergabe der Durchführung des Stadtbusverkehrs der Stadt L an die Beigeladene mittels der in Streit stehenden Betrauungsanweisung vom 29.09.2010 handelt es sich entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer Südbayern um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG und des § 99 GWB. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin liegt vorliegend weder eine ausschreibungsfreie Dienstleistungskonzession noch eine zulässige Inhouse-Vergabe vor. Aufgrund der Regelung des § 7 der Betrauungsanweisung besteht die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung, die mit den strengen Vorgaben des Inhouse-Geschäfts nicht vereinbar ist. Der Antragsgegnerin war damit vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens aufzugeben, das im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/ vom 17.10.2009 bekannt gemachte Leistungsvolumen im Rahmen eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens nach den Vorschriften des GWB, der Vergabeordnung und der einschlägigen Verdingungsordnung für Leistungen zu vergeben. Punkt 2 des Nachprüfungsantrages erweist sich diesbezüglich als begründet.

4.2.1) Dienstleistungskonzession

Nach Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG sind unter Dienstleistungskonzessionen Verträge zu verstehen, die von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist hierbei maßgeblich, ob die Beigeladene das Betriebsrisiko vollständig oder zumindest einen wesentlichen Teil davon trägt.

Ob der beabsichtigte Auftrag hinsichtlich der Durchführung des Stadtbusverkehrs der Stadt L zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen im Hinblick auf die obigen Vorgaben einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB oder eine Dienstleistungskonzession darstellt, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Wie der Antragsteller durch seinen Verfahrensbevollmächtigten in seinem Schriftsatz vom 21.03.2011 zu Recht darauf hinweist, müssen auch bei einer Dienstleistungskonzession die Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung beachtet werden. Auf die Ausführungen unter Punkt 2 des obigen Schreibens diesbezüglich darf verwiesen werden. Da diese Grundsätze

GmbH mit Dienstleistungen betrauen möchte, es sich entsprechend der Rechtsprechung des EuGH dann nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB handelt, wenn der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen eine ähnliche Kontrolle über den Auftragnehmer ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und sich die mit der Dienstleistung betraute juristische Person in seinem alleinigen Anteilsbesitz befindet. Zum zweiten muss der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten, die seine Anteile innehaben (BGH, B. v. 03.07.2008 - Az.: I ZR 145/05; OLG Celle, B. v. 29.10.2009 - Az.: 13 Verg 8/09, OLG Düsseldorf, B. v. 04.05.2009 - Az.: VII-Verg 68/08). Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen und sind eng auszulegen (EuGH, Urteil vom 11.01.2005 – C26/03, OLG Düsseldorf, B. v. 04.05.2009 - Az.: VII-Verg 68/08). Trifft dies zu, wird der Sache nach kein anderer mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragt; es kommt vielmehr zu einem sog. „Inhouse-Geschäft“, bei dem die Dienstleistung von einer Stelle erbracht wird, die der öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist.

Ausgehend von den gesellschaftlichen Strukturen bleibt festzustellen, dass die Antragsgegnerin alleinige Gesellschafterin der S _____ GmbH & Co KG ist. Persönlich haftender Gesellschafter dieser KG ist die S _____ Verwaltungs-GmbH. Alleiniger Gesellschafter der S _____ Verwaltungs-GmbH ist ebenfalls die Antragsgegnerin. Die Beigelade ist 100prozentige Tochter der S _____ GmbH & Co KG. Die Antragsgegnerin ist damit gem. § 2 Punkt 5 der Betrauungsanweisung vom 29.09.2009 mittelbar über ihre Tochter zu 100 Prozent an der Beigeladenen beteiligt. Die Beigeladene befindet sich demzufolge im alleinigen Anteilsbesitz der Antragsgegnerin.

Der öffentliche Auftraggeber muss entsprechend der Vorgaben des EuGH zudem bei einer zulässigen Inhouse-Vergabe über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle haben. Bei der Beurteilung, ob das Merkmal der "Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle" erfüllt ist, sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die fragliche Einrichtung einer Kontrolle unterworfen ist, die es z.B. der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Einrichtung einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Hierbei sind

neben der Beteiligung am Kapital auch die Zusammensetzung der Beschlussorgane und der Umfang der Befugnisse ihres Verwaltungsrats zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung des BGH sieht dieses Tatbestandsmerkmal als erfüllt an, wenn alle Geschäftsanteile von öffentlichen Auftraggebern gehalten werden, die Auswahl der Rechtsform des künftigen Auftragnehmers (insbesondere z. B. als GmbH) dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund der z. B. der GmbH eigenen Organisationsstruktur umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten einräumen, die sicherstellen, dass der künftige Auftragnehmer keine eigene Entscheidungsgewalt hat. Die VK Arnberg (B. v. 5.8.2003 - Az.: VK 2-13/2003) und das OLG Düsseldorf (B. v. 15.10.2003 - Az.: VII - Verg 50/03, im Ergebnis ebenso B. v. 12.1.2004 - Az.: VII - Verg 71/03) definieren folgende Voraussetzungen für eine notwendige Beherrschung und Kontrolle. So muss demnach der Auftraggeber alle Geschäftsanteile des künftigen Auftragnehmers halten und diese die Rechtsform der GmbH tragen um umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten zu bieten. Weiter muss der Aufsichtsrat mehrheitlich aus Vertretern des Auftraggebers bestehen und eine umfassende Berichtspflicht der Geschäftsführer gegenüber dem Auftraggeber bestehen. Ebenso besteht ein zustimmungspflichtiger Katalog von Aufgaben, die der Geschäftsführer nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vornehmen darf.

Ausgehend von diesen Vorgaben übt die Antragsgegnerin über die Beigeladene zweifellos eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus.

Vorliegend hält die Antragsgegnerin – wie bereits ausgeführt - zu 100 Prozent mittelbar die Geschäftsanteile der Beigeladenen. Auch wurde die Rechtsform der GmbH gewählt. Der Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen bestimmt in § 6 als Organe der Gesellschaft die Geschäftsführung, den Aufsichtsrat und die Gesellschaftsversammlung. In § 7 Abs. 2 wird bestimmt, dass der jeweilige Geschäftsführer der Si GmbH & Co KG auch zum Geschäftsführer der Beigeladenen bestimmt wird. § 8 Abs. 1 legt in Verbindung mit § 8 Abs. 2 fest, dass die Gesellschaft einen Aufsichtsrat hat, der aus elf Mitgliedern besteht, die von der Stadt L und hier insbesondere durch den jeweiligen Oberbürgermeister der Stadt L als Vorsitzenden aus Mitgliedern des Stadtrates als Gesellschafter entsandt werden. Der Aufsichtsrat besteht damit nicht nur mehrheitlich aus Mitgliedern der Antragsgegnerin, sondern ausschließlich aus Mitgliedern der Antragsgegnerin. Auch ist der Geschäftsführer der Beigeladenen entsprechend der Betrauungsanweisung vom 29.09.2009 zu einer umfassenden Berichtspflicht gegenüber der Auftraggeberin verpflichtet. So wird der Geschäftsführer im § 2 Nr. 9 zu einem jährlichen Nachweis der wirtschaftlichen Führung des Unternehmens gegenüber

der Antragsgegnerin verpflichtet. Weitere Informationspflichten im Hinblick auf erkennbare negative Tendenzen sind in § 5 verankert. In § 13 ist verankert, dass die Beigeladene die ordnungsgemäße Erbringung der vereinbarten sowie der zusätzlich erbrachten Verkehrsleistungen durch die Übersendung von Leistungsnachweisen an die Antragsgegnerin zu dokumentieren hat. Gleichzeitig wird in der Betrauungsanweisung die Handlungsfreiheit des Geschäftsführers der Beigeladenen auf den laufenden Betrieb beschnitten und er wird verpflichtet, die Vorgaben des Stadtbuskonzeptes zu beachten. Die starke Beschneidung der Handlungsfreiheit des Geschäftsführers ist unzweifelhaft unter anderem auch aus den Vorgaben des § 8 Nr. 3 und 4, § 10 Nr. 3 sowie § 13 der Betrauungsanweisung ersichtlich.

Der hier zur Rede stehenden streitgegenständlichen Direktvergabe fehlt es nach Auffassung der erkennenden Kammer aber aufgrund der Regelungen des § 7 der Betrauungsanweisung vom 29.09.2010 an den für eine zulässige Inhouse-Vergabe notwendigen Erfordernissen. In § 7 wird geregelt, dass die Beigeladene berechtigt ist, die ihr zuvor von der Antragsgegnerin übertragenen Aufgaben teilweise von Dritten ausführen zu lassen.

Grundsätzlich darf ein öffentlicher Auftraggeber seine im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu seinen Dienststellen gehören (EuGH, 13.11.2008, Rs. C-324/07-Coditel Brabant; EuGH, 09.06.2009, Rs. C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg). Vergabefrei sind solche Vergaben aber nur deshalb, weil diese den Bereich der kommunalen Gesellschaften nie verlassen. Demzufolge wird kein „Auftrag“ erteilt, weil keine unterschiedlichen Personen beteiligt sind. Es tritt daher keine Wettbewerbsverzerrung ein, weil bei einer Aufgabenerfüllung durch einen öffentlichen Auftraggeber kein Wettbewerb besteht, um den auch private Unternehmen konkurrieren könnten.

Vor diesem Hintergrund ist das vom EuGH aufgestellt Erfordernis dahingehend zu sehen, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichten muss, die seine Anteile innehaben, damit die Richtlinie 93/36 (jetzt RL 2004/18/EG) anwendbar bleibt (EuGH, 11.05.2006, Rs. C-340/04-Carbotermo).

Wie bereits die VK Münster in ihrer Entscheidung vom 07.10.2010, VK 6/10 festgestellt hat, findet eine unzulässige Marktberührung auch dann statt, wenn sich – wie im hier strittigen Fall – eine Gesellschaft zwar mit den übertragenen Aufgaben be-

schäftigt, diese aber nicht selbst ausführen kann oder will, weil z. B. die dafür erforderlichen Betriebsmittel, wie Busse und Personal fehlen.

Es ist dabei auch nicht entscheidend, ob die Beigeladene bereits Teilbereiche der ihr übertragenen Aufgaben auf Subunternehmer übertragen hat, sondern, dass der Beigeladenen infolge der Regelung des § 7 der Betrauungsanweisung die Möglichkeit hierzu eröffnet wird. Es ändert sich an dieser Bewertung auch der Umstand nicht, dass zwischenzeitlich eine Änderung der Gesellschaftsverträge der Beigeladenen sowie der Tochter der Antragsgegnerin vorgenommen wurde. Die Antragsgegnerin vertrat diesbezüglich im Schriftsatz vom 04.03.2011 die Ansicht, dass infolge der Änderung der Gesellschaftsverträge tatsächlich keine Subunternehmer mehr Verkehrsleistungen erbringen können. Diesem Gedankengang kann die Kammer jedoch nicht folgen, denn vorliegend hätten dazu nicht die § 2 der Gesellschaftsverträge, sondern zwingend der § 7 der Betrauungsanweisung geändert werden müssen. Nur weil im § 2 der Gesellschaftsverträge der Gegenstand des Unternehmens im Rahmen seiner kommunalen Aufgabenstellung, Planung, Aufbau und Betrieb öffentlicher Personennahverkehrsdienst um den Gelegenheits- und freigestellten Schulverkehr ergänzt wurde, entfällt für die Beigeladene nicht die Möglichkeit der Subvergabe. Insofern teilt die Kammer diesbezüglich die Rechtsauffassung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers vom 21.03.2011.

Aufgrund der nach wie vor existierenden Regelung des § 7 der Betrauungsanweisung besteht weiterhin die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung, die mit den strengen Vorgaben des Inhouse-Geschäfts nicht vereinbar ist. Die Vergabekammer Südbayern vermag im Gegensatz zur Antragsgegnerin in der kürzlich ergangenen Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 02.03.2011, VII – Verg 48/10 auch keine Öffnungsklausel für Subvergaben zu erkennen.

Wie der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers zudem zu Recht darauf hinweist, ist die Beigeladene rechtlich gesehen lediglich als Sektorenauftraggeber gem. § 98 Nr. 4 GWB einzustufen, während die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 1 GWB sei. Dies führt dazu, dass die Antragsgegnerin Teilbereiche zwingend im Wege des europaweiten offenen Verfahrens ausschreiben müsste, die Beigeladene jedoch in der Wahl des Vergabeverfahrens frei sei. Auch dies stellt nach Auffassung der Kammer eine Wettbewerbsverzerrung dar. Der Auffassung der Antragsgegnerin vom 04.03.2011 kann auch hier nicht beigeplichtet werden, die die Meinung vertritt, dass eine Umgehung des Vergaberechts nicht stattfindet, weil die Beigeladene als Sektorenauftraggeberin zur Einhaltung des Vergaberechts verpflichtet sei.

Im Ergebnis liegt basierend auf der Betrauungsanweisung vom 29.09.2010 kein vergabefreies Eigengeschäft vor. Die Antragsgegnerin müsste bei unveränderter Betrauungsanweisung den Stadtbusverkehr der Stadt L auf Grund der Einstufung als entgeltlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 GWB die Vergabe entsprechend dem förmlichen Kartellvergaberecht nach dem 4. Teil des GWB vergeben.

5) Kosten des Verfahrens

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Unterlegener im strittigen Vergabenachprüfungsverfahren ist vorliegend der Antragsgegner. § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB bestimmt darüber hinaus, dass ein Beteiligter der im Nachprüfungsverfahren unterliegt, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Gegners zu tragen hat.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB beträgt die Gebühr mindestens 2.500 Euro und soll gem. § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB die Gebühr von 50.000 Euro nicht überschreiten. Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens und war vorliegend auf 18.762,50 Euro festzusetzen. Die Antragsgegnerin ist von der Zahlung der Gebühr befreit. Dies ergibt sich aus § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG.

Vom Antragsteller wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500,00 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskraft zurück erstattet.

Die Zuziehung eines Bevollmächtigten des Antragstellers auch als notwendig angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da eine umfassende Rechtskenntnis und damit eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nach dem GWB von ihm nicht erwartet werden kann. Zur Durchsetzung seiner Rechte ist der Antragsteller hier aufgrund der komplexen Rechtsmaterie auf anwaltliche Vertretung angewiesen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann binnen einer Notfrist von zwei Wochen (§ 117 GWB), die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, die sofortige Beschwerde (§ 116 GWB) schriftlich beim Oberlandesgericht München eingelegt werden. Die Briefanschrift lautet:

Oberlandesgericht München
- Vergabesenat -
Prielmayerstr. 5
80335 München

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird
 2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt
- Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

München, 25.03.2011


Nikui
Vorsitzender