

**2. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
 bei dem Regierungspräsidium Darmstadt  
 69 d · VK 22/2013



**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

der R:  
 schafterin R:  
 führer

vertreten durch die persönlich haftende Gesell-  
 t, diese vertreten durch die Geschäfts-

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Roling & Partner,  
 Schloßstraße 20a, 49074 Osnabrück

gegen

1. die Stadt L

- Antragsgegnerin zu 1) -

2. V T L  
 durch den Geschäftsführer,

mbH, endvertreten

- Antragsgegnerin zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte der  
 Antragsgegnerinnen zu 1) und 2):

beigeladen:

M GmbH & Co KG

wegen:

Erbringung von Verkehrsleistungen im Stadt-  
 gebiet der Antragsgegnerin zu 1)



hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2013 am 15. Oktober 2013 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Antragsgegnerin zu 1) mit Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 24. Mai 2013 Nr. 2013/79 und 2013/78 vorgenommene Interimsvergabe des Stadtverkehrs L an die Antragsgegnerin zu 2) und die Beigeladene unwirksam sind.
2. Die Antragsgegnerinnen werden bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht angewiesen, für den Interimsverkehr unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ein offenes Verfahren durchzuführen und dieses innerhalb eines Monats nach Bestandkraft oder Vollziehbarkeit dieses Beschlusses durch Veröffentlichung einer Bekanntmachung nach § 3 EG Abs.1 Satz 1 VOL/A zu beginnen.
3. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag abgelehnt.
4. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 8.100,- € festgesetzt. Diese tragen die Antragsgegnerinnen als Gesamtschuldner zu 90 v. H., die Antragstellerin zu 10 v.H.. Die Antragsgegnerin zu 1) ist von der Pflicht zur Zahlung von Gebühren befreit.
5. Die Antragsgegnerinnen haben der Antragstellerin 90 v.H. der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten. Die Antragstellerin hat den Antragsgegnerinnen als Gesamtgläubiger 10 v. H. der diesen zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu erstatten.
6. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten sowohl durch die Antragsgegnerinnen als auch durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

#### Gründe:

##### I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die tatsächliche Erbringung von Verkehrsleistungen für die Linien 01 bis 05 im Stadtverkehr der Antragsgegnerin zu 1) durch die Beigeladene. Sie begehrt zudem die Verpflichtung der Antragsgegnerinnen, für das verfahrensgegenständliche Linienbündel zeitnah den Wettbewerb durch die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens zu eröffnen.

Die Verkehrsverbund R N GmbH fungiert für den Kreis B den für den verfahrensgegenständlichen Verkehr zuständigen Aufgabenträger, gemäß § 5 Abs.1 des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Hessen (ÖPNVG)



nicht nur als Verkehrsverbund im Sinne des § 6 Abs. 3 ÖPNVG, sondern zugleich als lokale Nahverkehrsorganisation im Sinne des § 6 Abs. 1 Sätze 1 und 5 ÖPNVG. Als solche ist die Verkehrsverbund R N GmbH mit der Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse nach dem Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Hessen beauftragt, § 6 Abs. 1 Satz 2 ÖPNVG. Bis zum 12. Dezember 2012 galt dies auch für die Verkehre im Stadtgebiet der Antragsgegnerin zu 1).

Die Verkehrsverbund R N GmbH hatte am 14. April 2010 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/07 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (Amtsblatt L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1 - VO 1370/07) veröffentlicht und mitgeteilt, dass sie beabsichtige, gemäß Art. 5 Abs. 3 VO 1370/07 zum 13. Dezember 2011 für das o.g. Linienbündel einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der VO Nr. 1370/07 in Form einer Dienstleistungskonzession zu vergeben sowie, dass sie das Vergabeverfahren voraussichtlich im April 2011 einleiten werde.

Infolge dieser Bekanntmachung hatte die Verkehrsverbund R N GmbH mit der Antragsgegnerin zu 2) und der Beigeladenen als „Konzessionsnehmer“ am 23./28. Oktober 2011 - nach vorangegangenen Verhandlungen auch mit der Antragstellerin - einen „Konzessionsvertrag zur Sicherstellung und Finanzierung der Gewährleistung einer ausreichenden Verkehrsbedienung der Allgemeinheit im Linienbündel L geschlossen. Diesen Vertrag hat das für die Verkehrsverbund R N GmbH mit Sitz in Mannheim zuständige Oberlandesgericht Karlsruhe mit Beschluss vom 9. Oktober 2012 - 15 Verg 12/11 - (Juris) für unwirksam erklärt. Im Wesentlichen begründet der Vergabesenat die Feststellung der Unwirksamkeit damit, dass es sich bei dem geschlossenen Vertrag nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinne der VO 1370/07, sondern um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 und 4 GWB handele.

Am 1. Januar 2013 traten die durch das Gesetz zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften vom 14. Dezember 2012 (BGBl I 2012, 2598) beschlossenen Änderungen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) in Kraft. Die Novellierung erhebt erstmals den Anspruch, das Verhältnis zwischen dem im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelten Europäischen Vergaberecht und dem in der VO 1370/07 geregelten europäischen Personenbeförderungsrecht zu regeln. Sie enthält keine umfassende Übergangsregelung. § 62 Abs. 1 Satz 1 PBefG bestimmt lediglich, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VO 1370/07 bis zum 31. Dezember 2013 abweichend von Art. 5 Abs. 2 bis 4 der VO 1370/07 vergeben werden dürfen.



Im Anschluss an die Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe sowie die Übertragung der Bestellzuständigkeit von der Verkehrsverbund R - N GmbH auf die Antragsgegnerin zu 1) wurde der verfahrensgegenständliche Verkehr zunächst auf der Grundlage einer mündlichen Vereinbarung mit dem Inhalt des vom Oberlandesgericht Karlsruhe für unwirksam erklärten Vertrages durch die Beigeladene durchgeführt. Anfang 2013 beauftragte die Antragsgegnerin zu 2) die k GmbH mit der Vorbereitung und Durchführung sowohl einer Interimsvergabe als auch einer endgültigen Neuvergabe der verfahrensgegenständlichen Verkehrsleistungen.

Erst auf der Grundlage eines Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung der Antragsgegnerin zu 1) vom 24. Mai 2013 erfolgte eine interimswise, gestufte Vergabe der Verkehrsleistung rückwirkend zum 11. Dezember 2012. Zunächst wurde die Antragsgegnerin zu 2), eine 100%ige Tochtergesellschaft der Antragsgegnerin zu 1) und Inhaberin einer entsprechenden personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung, mit der Erbringung des Stadtverkehrs „bétraut“. In einem weiteren Schritt beauftragte die Antragsgegnerin zu 2) die Beigeladene mit der Erbringung der eigentlichen Verkehrsleistung.

Die Vergabe der Nachunternehmerleistung durch die Antragsgegnerin zu 2) erfolgte entsprechend dem Beschluss der Stadtverordnetenversammlung im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb und ebenfalls zu den Bedingungen der gescheiterten Vergabe durch die Verkehrsverbund R - N GmbH. Die Interimsbeauftragung soll längstens bis zum Fahrplanwechsel (Mitte Dezember) 2015 andauern.

Unter dem 6. August 2013 erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2013/S 161-262910) die Bekanntmachung gemäß § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07 betreffend die endgültige Vergabe der verfahrensgegenständlichen Verkehrsleistungen. Die Antragsgegnerinnen gehen davon aus, für den Fall, dass eigenwirtschaftliche Verkehre im Sinne des § 8 Abs. 4 PBefG innerhalb der Frist des § 12 Abs. 6 Satz 1 PBefG nicht eingehen bzw. entsprechende Anträge von der Genehmigungsbehörde abgelehnt werden, mit der Einleitung des Vergabeverfahrens nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch eine entsprechende Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union frühestens ein Jahr nach der am 6. August 2013 erfolgten Bekanntmachung beginnen zu dürfen.

Die Antragstellerin hat mit den Verfahrensbeteiligten immer wieder Kontakt aufgenommen, um sich nach dem Stand des Verfahrens zu erkundigen. Offenkundig fanden auch Verhandlungen zwischen der Beigeladenen und der Antragstellerin über eine gemeinsame Erbringung des Interimsverkehrs statt, die jedoch keinen Erfolg zeigten.



Mit anwaltlichem Schreiben vom 17. Juni 2013 rügte die Antragstellerin das Vorgehen der Antragsgegnerinnen und verlange Abhilfe bis zum 20. Juni 2013. Obwohl der ursprünglich geschlossene Vertrag mit Beschluss des OLG Karlsruhe vom 9. Oktober 2012 (a.a.O.) für unwirksam erklärt worden sei, werde der entsprechende Verkehr seit Dezember 2011 von der Beigeladenen erbracht. Im Hinblick auf das beabsichtigte weitere Verfahren seien seit dem Beschluss des Oberlandesgerichts trotz mehrfacher Nachfragen weder konkrete Auskünfte erteilt noch sonst Transparenz geschaffen worden.

Bei der Interimsbetrauung vom 24. Mai 2013 handele es sich um eine rechtswidrige Defacto- Vergabe. Obwohl bekannt gewesen sei, dass die Antragstellerin auch an der interimswisen Erbringung der Verkehrsleistungen interessiert sei, habe sie keine Gelegenheit erhalten, sich an einem förmlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Stattdessen sei ohne weiteres die Antragsgegnerin zu 2) beauftragt worden. Auch die Vergabe der Subunternehmerleistungen durch die Antragsgegnerin zu 2) an die Beigeladene stelle eine rechtswidrige De -facto -Vergabe dar.

Zudem sei die beabsichtigte Dauer der Interimsvergabe zu rügen. Gemäß Art. 5 Abs. 5 VO 1370/07 dürften Notvergaben längstens für einen Zeitraum von zwei Jahren erfolgen. Aufgrund der Unwirksamkeit des von der Verkehrsverbund R - N GmbH geschlossenen Vertrages würden seit Dezember 2011 Verkehrsleistungen auf der Grundlage einer Notvergabe erbracht, so dass diese bis längstens Dezember 2013 andauern dürfe. Die Antragsgegnerinnen gingen unzutreffend davon aus, dass die Veröffentlichung nach § 8a PBefG gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07 eine einjährige Wartepflicht auslöse. Diese Vorschrift finde lediglich für Vergaben nach der VO 1370/07 Anwendung.

Die Antragsgegnerinnen seien nach Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden und hätten den Beschluss des OLG Karlsruhe vom 9. Oktober 2012 (a.a.O.) auch dann umzusetzen, wenn sie nicht im eigentlichen Sinne verfahrensbeteiligt gewesen seien.

Im Hinblick auf die endgültige Vergabe der verfahrensgegenständlichen Verkehrsleistungen rügte die Antragstellerin, die beabsichtigte Bekanntmachung nach § 8a Abs. 2 PBefG sei diskriminierend und erkennbar auf den Betrieb und die Verhältnisse der Beigeladenen ausgerichtet. Zudem sei die Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibung durch die k GmbH rechtswidrig. Diese sei von der Antragsgegnerin zu 2), d.h. dem derzeitigen Auftragnehmer des Interimsverkehrs beauftragt worden und daher befangen.

Mit Schriftsatz vom 24. Juni 2013, eingegangen am selben Tag, hat die Antragstellerin die Einleitung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens beantragt. Darin nimmt sie zunächst Bezug auf ihr Rügeschreiben vom 17. Juni 2013.



Sie ist darüber hinaus der Auffassung, in Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 seien die Möglichkeiten einer direkten Beauftragung kommunaler Verkehrsunternehmen abschließend geregelt. Die allgemeinen Grundsätze über eine Inhouse-Vergabe seien daher vorliegend nicht anwendbar. Davon abgesehen seien die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 nicht gegeben, was bereits das Oberlandesgericht Karlsruhe entschieden habe. Zudem erbringe die Antragsgegnerin zu 2) nicht nur keinen überwiegenden Teil des Verkehrsdienstes im Sinne des Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO 1370/07, sie erbringe gar keinen.

Die Antragstellerin vertritt ferner die Auffassung, sie sei nicht gemäß § 101a GWB über den beabsichtigten, die Interimsvergabe betreffenden Zuschlag informiert worden, was gemäß § 101b Abs. 1 GWB zur Unwirksamkeit der geschlossenen Interimsverträge führe.

Schließlich ist die Antragstellerin der Auffassung, die (interimswise) Beauftragung der Antragsgegnerin zu 2) verstoße gegen beihilferechtliche Vorschriften. Die Antragstellerin beantragt zuletzt:

1. Es wird festgestellt, dass die von den Antragsgegnerinnen mit Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 24. Mai 2013 Nr. 2013/79 und 2013/78 vorgenommene Interimsvergabe des Stadtverkehrs L an die Verwaltungsgesellschaft mbH und das Unternehmen M unwirksam sind.
2. Die Antragsgegnerinnen werden vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens angewiesen, das Verfahren zur Interimsvergabe des Stadtverkehrs L in rechtsfehlerfreien Stand zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Die Antragsgegnerin zu 1) wird vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens angewiesen, unverzüglich die förmliche Vergabe des Stadtverkehrs L zu beginnen.
4. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerin zu 1),
  - a) ein Verfahren zur förmlichen Neuvergabe des Stadtverkehrs L bis dato nicht begonnen zu haben und erst zum 6. August 2014 beginnen zu wollen,
  - b) die Antragstellerin nicht an einem wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zur Vergabe der interimswisen Erbringung des Stadtverkehrs L beteiligt zu haben,
  - c) die Vorbereitung und Vergabe der interimswisen Beauftragung durch die von der Empfängerin des Interimsauftrages beauftragte Beratungsgesellschaft k mbH durchführen zu lassen,



d) die Vorbereitung der Neuvergabe durch die von der Empfängerin des Interimsauftrages beauftragte Beratungsgesellschaft k GmbH durchführen zu lassen,

in ihren Rechten verletzt ist.

Die Antragsgegnerinnen beantragen:

Der Vergabenachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 24. Juni 2013 mit den Anträgen Ziffer 1 bis 4 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerinnen meinen, der Nachprüfungsantrag sei bezogen auf die Interimsvergabe im Hinblick auf § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bereits unzulässig. Die Antragstellerin habe spätestens seit Februar 2013 Kenntnis davon gehabt, dass die Antragsgegnerin zu 1) die Antragsgegnerin zu 2) mit der interimswise Erbringung des Stadtverkehrs L betrauen wolle. Dies sei der Antragstellerin mit Schreiben vom 8. März 2013 ausdrücklich mitgeteilt worden. Der Nachprüfungsantrag sei nicht innerhalb der 15-tägigen Frist nach der Mitteilung, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, erhoben worden. Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB greife vorliegend nicht, da zwar kein förmliches Vergabeverfahren, wohl aber fortlaufende Verhandlungen mit der Antragstellerin stattgefunden hätten. In einer solchen Konstellation sei die ratio legis des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ohne weiteres anwendbar.

Der Antragstellerin fehle zudem die erforderliche Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB. Die Verhandlungen mit der Antragstellerin im Anschluss an die gescheiterte Vergabe durch die Verkehrsverbund R Ne GmbH geführten Verhandlungen hätten gezeigt, dass diese lediglich zur Erbringung eines Umlaufs willens und in der Lage sei. Im Hinblick auf den gesamten Stadtverkehr L fehlten der Antragstellerin somit sowohl die erforderlichen Kapazitäten als auch das erforderliche Interesse am Auftrag.

Auch der die Neuvergabe betreffende Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Ein Vergabeverfahren, das die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzen könne, sei noch gar nicht eingeleitet, sodass es der Antragstellerin auch insoweit an der gemäß § 107 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis fehle. Hinzukomme, dass wegen des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre noch gar nicht feststehe, ob das Linienbündel L überhaupt im Wettbewerb vergeben werde.



Der Nachprüfungsantrag sei darüber hinaus unbegründet. Die Antragsgegnerin zu 1) habe die Antragsgegnerin zu 2) vergaberechtskonform mit der interimswisei Durchföhrung des Stadtverkehrs L<sup>1</sup> betraut. Im Verhältnis der Antragsgegnerinnen untereinander lägen die Voraussetzungen für eine Inhouse- Vergabe vor. Die VO 1370/07 sei vorliegend nicht anwendbar, da es sich bei der Interimsvergabe - wie vom Oberlandesgericht Karlsruhe festgestellt - gerade nicht um eine Dienstleistungskonzession sondern um einen dem Kartellvergaberecht unterliegenden öffentlichen Dienstleistungsauftrag handele.

Selbst wenn man die Voraussetzungen einer Inhouse- Vergabe verneine, hätte die Antragsgegnerin zu 2) als Inhaberin der bestandkräftigen Liniengenehmigung gemäß § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A im Wege eines Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb beauftragt werden können. Darüber hinaus lägen auch die Voraussetzungen des § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A vor.

Auch im Hinblick auf die Neuvergabe sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Wenn nach Ablauf der entsprechenden Fristen feststehe, dass der verfahrensgegenständliche Verkehr nicht eigenwirtschaftlich erbracht werden könne, führe die Antragsgegnerin zu 1) in Übereinstimmung mit dem 2. Teil der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen ein europaweites Vergabeverfahren durch. An diesem Verfahren werde sich die Antragsgegnerin zu 2) nicht beteiligen. Im Rahmen dieses Vergabeverfahrens werde lediglich vorgegeben, dass der Antragsgegnerin zu 2) zur Erhaltung des steuerlichen Querverbundes die Betriebsführung zu übertragen sei. Im Übrigen sei es selbstverständlich, dass sie - die Antragsgegnerin zu 1) - die Qualität der zu vergebenden Verkehrsleistung definiere. Inwieweit die Antragstellerin hierdurch benachteiligt oder in ihren Rechten verletzt sein solle, erschließe sich nicht.

Mit Beschluss vom 9. August 2013 hat die Vergabekammer die Mi GmbH & Co.KG beigeladen. Die Beigeladene hat sich schriftsätzlich nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

In der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2013 hat die Vergabekammer die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten ausführlich erörtert. Die Vorsitzende hat am 23. September 2013 die Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 15. Oktober 2013 verlängert und wegen der außergewöhnlich hohen Arbeitsbelastung des hauptamtlichen Beisitzers mit Schreiben vom 14. Oktober 2013 bis zum 18. Oktober 2013 nochmals verlängert. Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die zwischen den Beteiligten ausgetauschten Schriftsätze sowie die von den Antragsgegnerinnen vorgelegte Akte (1 Band) verwiesen.



## II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits teilweise unzulässig (dazu A.). Soweit zulässig, ist er in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet (dazu B.). Im Übrigen war der Nachprüfungsantrag abzulehnen (dazu C.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist sowohl im Hinblick auf die Interimsvergabe (dazu I.) als auch im Hinblick auf die Neuvergabe des Stadtverkehrs L <sup>1</sup> (dazu II.) zulässig, im Hinblick auf die Anträge zu 4 a) bis d) jedoch unzulässig (dazu III.).
- I. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen ist der die Interimsvergabe betreffende Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die Anträge zu 1) bis 3) zulässig. Der Rechtsweg zur Vergabekammer ist eröffnet (dazu 1.). Außerdem fehlt der Antragstellerin weder die gemäß § 107 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis (dazu 2.) noch ist sie mit ihrem Vorbringen gemäß § 107 Abs. 3 GWB präkludiert (dazu 3.). Die begehrte Feststellung der Unwirksamkeit des mit der Beigeladenen geschlossenen Interimsvertrages ist auch nicht nach § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB ausgeschlossen (dazu 4.). Der Antragstellerin fehlt auch nicht das für die Feststellung der Unwirksamkeit der Interimsvergabe erforderliche Feststellungsinteresse (dazu 5.).
1. Der Rechtsweg zur Vergabekammer ist eröffnet. Die §§ 102 ff. GWB sind auf die vorliegend zu überprüfende Interimsvergabe sowohl im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 1) (dazu a)) als auch im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 2) (dazu b)) anwendbar.
- a) Im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 1) ergibt sich die Anwendbarkeit der §§ 102 ff. GWB vorliegend aus § 8a Abs. 7 PBefG. Im Anwendungsbereich der VO 1370/07 kann der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten entweder gemäß Art. 5 Abs. 7 VO 1370/07 in Verbindung mit § 8a Abs. 7 PBefG (dazu (1)) oder gemäß Art. 5 Abs. 1 VO 1370/07 in Verbindung mit § 8a Abs. 2 Satz 1 PBefG (dazu (2)) eröffnet sein. Eine dritte Variante ist nicht vorgesehen (dazu (3)).
- (1) Über § 8a Abs. 7 PBefG finden der Zweite und Dritte Abschnitt des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung, wenn es sich bei dem streitgegenständlichen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nicht zugleich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB handelt. Dies ist vor allem der Fall, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag in Form einer Dienstleistungskonzession abgeschlossen wird. In diesem Fall findet die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (RL 2004/18/EG) - und entsprechend der der Umsetzung dieser Richtlinie dienende Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - keine Anwendung.



- (2) Sind dagegen zugleich die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrages im Sinne der RL 2004/18/EG erfüllt, finden anstelle des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/07 eben die RL 2004/18/EG Anwendung: Im nationalen Recht enthält nunmehr § 8a Abs. 2 Satz 1 GWB eine entsprechende Regelung, indem die Vorschrift den Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für anwendbar erklärt.
- (3) Die VO 1370/07 sowie deren „Umsetzung“ im Personenbeförderungsgesetz eröffnen somit zwei Alternativen für den Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages, die – unabhängig vom Vorliegen eines öffentlichen Auftrages im Sinne der RL 2004/18/EG (bzw. des § 99 GWB) den Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten eröffnen. Eine dritte Variante, nämlich das Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages, der weder die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/07 noch die eines öffentlichen Auftrages im Sinne der RL 2004/18/EG erfüllt (mit der Folge, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach § 40 Abs. 1 VwGO gegeben wäre), ist nicht vorgesehen. Daraus ergibt sich zugleich, dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag entweder die Voraussetzungen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 erfüllt oder nicht. Eine dritte Variante – nämlich die Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach den allgemein anerkannten Grundsätzen einer Inhouse-Vergabe, ist nicht möglich. Diese Grundsätze werden durch die spezialgesetzliche Regelung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 verdrängt.

Es kann daher zur Beantwortung der Frage nach der Eröffnung des Rechtsweges zu den Nachprüfungsinstanzen dahingestellt bleiben, ob der von der Antragsgegnerin zu 1) an die Antragsgegnerin zu 2) erteilte öffentliche Dienstleistungsauftrag – wie diese meinen – die allgemein anerkannten Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe erfüllt. Im Anwendungsbereich der VO 1370/07 ist allein maßgeblich, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 erfüllt sind oder nicht. Die Prüfung, ob die Voraussetzungen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 vorliegen, obliegt gemäß § 8a Abs. 7 PBefG allein den Nachprüfungsinstanzen. Allein diese sind in der Lage, den durch Art. 5 Abs. 7 VO 1370/07 gestellten Anforderungen einer „wirksamen und raschen Überprüfung“ gerecht zu werden.

- b) Im Hinblick auf den von der Antragsgegnerin zu 2) an die Beigeladene erteilten öffentlichen Dienstleistungsauftrag kann dahinstehen, ob sich die Rechtswegzuständigkeit der Vergabekammer aus § 8a Abs. 2 Satz 1 oder aus § 8a Abs. 7 PBefG ergibt. Es steht fest, dass der verfahrensgegenständliche öffentliche Dienstleistungsauftrag keine Dienstleistungskonzession darstellt (dazu (1)), sodass jedenfalls der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten eröffnet ist (dazu (2)).



- (1) Aufgrund des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung der Antragsgegnerin zu 1) vom 24. Mai 2013 steht für die Vergabekammer fest, dass die Interimsvergabe den Inhalt des Dienstleistungsauftrages haben sollte bzw. hat, der Gegenstand der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe in seinem Beschluss vom 9. Oktober 2013 (a.a.O.) war. Zwar entfaltet die Entscheidung den Antragsgegnerinnen gegenüber keine Rechtskraft, da diese an dem Verfahren nicht beteiligt waren. Es sind jedoch keine Gründe vorgetragen oder ersichtlich, aus denen sich Zweifel an der Richtigkeit der Einordnung des Vertrages durch das Gericht ergeben. Im Kern ist für das Oberlandesgericht Karlsruhe (a.a.O., RdNr. 66) entscheidend, dass die „Ausgestaltung der den Bieter nach dem Inhalt des Konzessionsvertrages treffenden Rechte, Pflichten und Risiken zeigt, dass ihm zum einen kein nennenswerter Spielraum bei der Gestaltung seiner Leistungen und der dafür erhobenen Entgelte bleibt, zum anderen die Übernahme des Auftrags, die streitgegenständlichen Personenverkehrsdienstleistungen zu erbringen, für ihn nicht mit nennenswerten Risiken verbunden ist“. Die in der Entscheidung angewandten Kriterien zur Abgrenzung der Dienstleistungskonzession von einem Dienstleistungsauftrag decken sich mit den von der erkennenden Vergabekammer angewandten Kriterien (Vergabekammer Hessen, Beschluss vom 23. Juni 2006 - 69d VK 26/2006 - Juris).
- (2) Damit muss die Interimsvergabe der Antragsgegnerin zu 2) an die Beigeladene - wie gezeigt - entweder den Voraussetzungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Verbindung mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen oder eben den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/07 entsprechen. Jedenfalls ist die Rechtswegzuständigkeit der Vergabekammer (entweder nach § 8a Abs. 2 Satz 1 oder nach § 8a Abs. 7 PBefG) gegeben.
2. Der Antragstellerin fehlt entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen nicht die nach § 107 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis. Die Antragstellerin hat ein Interesse an dem (Interims-)Auftrag (dazu a)), die Möglichkeit einer Rechtsverletzung (dazu b)) sowie die Möglichkeit eines Schadens (dazu c)) vorgetragen.
  - a) Die Antragstellerin bemüht sich seit mehr als zwei Jahren um den Zuschlag für die endgültige Neuvergabe des Linienbündels L<sub>1</sub>. Entsprechend ist ihr auch ein Interesse an der Interimsvergabe zu unterstellen, zumal sie - insoweit unbestritten - zwischen Januar und Juni 2013 mehrmals ihr Interesse an einer Interimsvergabe bekundet hat.
  - b) Es ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die Anträge zu 1) und 2) begründet ist. Zwar ist bei bloßer Gesetzesanwendung festzustellen, dass § 101b GWB, auf den die Antragstellerin ihre Anträge zu 1) und 2) stützt, von der Verweisung in § 8a Abs. 7 PBefG nicht mit umfasst ist. Vielmehr verweist § 8a Abs. 7 PBefG auf § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB, wonach die



Vergabekammer in abgeschlossene Verträge nicht mehr eingreifen kann. Gleichwohl ist ein Erfolg der Antragstellerin nicht von vornherein ausgeschlossen. Denn vor allem im Hinblick auf Art. 5 Abs. 7 VO 1370/07, der eine „wirksame und rasche“ Überprüfung öffentlicher Dienstleistungsaufträge fordert, wird im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu prüfen sein, ob ein Beharren auf dem Wortlaut des § 8a Abs. 7 PBefG nicht durch eine europarechtkonforme Auslegung zu korrigieren ist.

- c) Schließlich ist auch die Möglichkeit eines drohenden Schaden nicht wegen einer fehlenden Eignung der Antragstellerin ausgeschlossen. Insoweit ist festzustellen, dass die Eignung der Antragstellerin im Rahmen der gescheiterten Vergabe der Verkehrsverbund Rhein-Neckar GmbH bejaht worden ist. Zwar gilt auch insoweit, dass die Antragsgegnerinnen an den Tenor der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe (a.a.O.) - und somit erst recht nicht an die der Entscheidung zugrundeliegenden Feststellungen - gebunden sind. Vor diesem Hintergrund wäre es theoretisch denkbar, dass die Antragsgegnerinnen die Eignung der Antragstellerin anders beurteilen, als seinerzeit die Verkehrsverbund Rhein-Neckar GmbH. Allerdings fehlt es - aufgrund des Fehlens eines förmlichen Vergabeverfahrens - an einer Bekanntmachung von Eignungskriterien und somit an einem Beurteilungsmaßstab. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen oder ersichtlich, dass sich gegebenenfalls für die Eignung der Antragstellerin maßgebliche Umstände seit dem Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe geändert hätten.

Zudem ist amtsbekannt, dass im Rahmen von Ausschreibungsverfahren im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs von den Bietern nicht verlangt wird, schon während des Vergabeverfahrens die für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags erforderlichen Fahrzeuge und sonstigen Ressourcen vorzuhalten. Vielmehr genügt in entsprechenden Verfahren die Erklärung der Bieter, zum Zeitpunkt des Auftragsbeginns über die entsprechenden Betriebsmittel zu verfügen. Daran ändert im vorliegenden Fall auch die Tatsache nichts, dass der Zeitraum zwischen einem Vergabeverfahren und der Aufnahme des Interimsverkehrs durch den in diesem Verfahren obsiegenden Bieter verhältnismäßig kurz bemessen sein dürfte. Die Antragstellerin hat - von den Antragsgegnerinnen unbestritten - vorgetragen, dass es auf dem Markt derzeit problemlos möglich sei, auch kurzfristig die für die Durchführung des Interimsverkehrs erforderlichen (Gebraucht-)Fahrzeuge zu erlangen.



3. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen ist die Antragstellerin mit ihrem Vortrag auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB präkludiert. Die Vorschrift findet im vorliegenden Fall unmittelbar keine Anwendung (dazu a)). Ob sich die Vergabekammer der Rechtsprechung anschließt, wonach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB in bestimmten Konstellationen analog anzuwenden ist, kann vorliegend dahinstehen, da eine entsprechende Konstellation nicht gegeben ist (dazu b)).
- a) In Fällen, in denen Antragsteller gemäß § 101b Abs. 1 GWB die Feststellung der Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags begehren, findet § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB keine Anwendung, § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB. § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB stellt gegenüber der allgemeinen Präklusionsvorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ein Spezialgesetz dar, das die Anwendbarkeit des allgemeineren Gesetzes verhindert (lex specialis derogat legi generali).
- b) Es muss vorliegend nicht entschieden werden, ob sich die Vergabekammer der von der Rechtsprechung (Vergabekammer Niedersachsen, Beschluss vom 3. Februar 2012 - VgK-1/12 - Juris, RdNr. 40 mit weiteren Nachweisen) zum Teil vertretenen Auffassung anschließt, wonach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB in bestimmten Konstellationen auch bei De-facto-Vergaben Anwendung findet.
- (1) Dies soll nach der vorgenannten Rechtsprechung dann der Fall sein, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar kein förmliches Vergabeverfahren, wohl aber Verhandlungen mit mehreren Interessenten an dem öffentlichen Auftrag durchführt. Aufgrund des dadurch entstehenden Nähe- und Vertrauensverhältnisses soll auch in solchen „Vergabeverfahren“ eine Rügeobliegenheit der „Bieter“ bestehen.
- (2) Hieran bestehen schon deshalb Zweifel, weil vieles dafür spricht, dass es sich bei § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB um eine den Zugang zum Nachprüfungsverfahren begrenzende Ausnahmegesetz handelt, die weder einer extensiven Auslegung noch einer analogen Anwendung zugänglich ist. Selbst wenn man im Rahmen nichtförmlicher Verhandlungen eine unterlassene Rüge als culpa in contrahendo bzw. als Pflichtverletzung im Sinne der §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB ansähe, wäre fraglich, ob sich als Rechtsfolge einer solchen Pflichtverletzung die Unzulässigkeit eines auf die Feststellung der Unwirksamkeit gerichteten Nachprüfungsantrages ergeben würde.

Hierauf kommt es vorliegend jedoch nicht an. Zwischen den Antragsgegnerinnen und der Antragstellerin haben keine Verhandlungen stattgefunden, die das Vorliegen eines Verhältnisses, das das Bestehen einer Rügeobliegenheit rechtfertigen würde, nahelegen. Aufgrund des Vortrags der Beteiligten geht die Vergabekammer vielmehr davon aus, dass Verhandlungen allenfalls zwischen der Beigeladenen und der Antragstellerin stattgefunden haben. Zwar bestanden zwischen den Beteiligten - auch zwischen den Antragsgegnerinnen und der Antragstellerin - Kontakte,



allerdings nicht in der Weise, dass für die Antragstellerin der Eindruck von - wenn auch formlosen - Verhandlungen der Antragsgegnerinnen einerseits und der Beigeladenen und der Antragstellerin andererseits entstehen musste. Jedenfalls sind mit einem „Vergabeverfahren“ vergleichbare Gespräche zwischen den Antragsgegnerinnen und der Antragstellerin nicht dokumentiert.

4. Die Antragstellerin ist auch für den Fall der Anwendbarkeit des § 101b GWB nicht gemäß § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB präkludiert.
  - a) Diese Vorschrift, die die Geltendmachung der Unwirksamkeit unter Verstoß gegen § 101a GWB zustande gekommener Verträge zeitlich begrenzt, dient dem Ausgleich der Interessen von Unternehmen an der Einhaltung des Vergaberechts einerseits und dem Interesse sowohl der Vertragsschließenden als auch der Öffentlichkeit an Rechtssicherheit durch eine Beendigung der schwebenden Unwirksamkeit eines solchen Vertrages andererseits. Vorliegend geht es der Antragstellerin dabei um den Auftrag mit dem Inhalt des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung der Antragsgegnerin zu 1) vom 24. Mai 2013. Jedenfalls im Hinblick auf den Zeitraum der Interimsbetreuung modifiziert dieser Beschluss den Inhalt des ursprünglich mündlich geschlossenen Vertrages zwischen der Antragsgegnerin zu 2) und der Beigeladenen. Da jene erste Beauftragung „bis auf weiteres“ geschlossen worden war, spricht vieles dafür, dass mit dem Beschluss der Stadtverordnetenversammlung zwar (auch) die in der Vergangenheit liegende Leistungserbringung durch die Beigeladene sanktioniert werden sollte, dass aber darüber hinaus für die Zukunft ein neuer, im Hinblick auf die Dauer der Leistungserbringung durch die Beigeladene konkretisierter Vertrag geschlossen wurde. Jedenfalls im Hinblick auf diesen Vertrag hat die Antragstellerin weder die Frist von 30 Tagen nach Erlangung der Kenntnis von der Interimsvergabe noch die absolute von sechs Monaten ab Vertragsschluss versäumt.
  - b) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen hatte die Antragstellerin vor dem vorgenannten Beschluss der Stadtverordnetenversammlung auch keinerlei Veranlassung, die Feststellung der Unwirksamkeit des mündlich geschlossenen Vertrages zu begehren. Die anwaltlich vertretene Antragstellerin weiß, dass (auch formlose) Interimsvergaben in dem Maße - und insbesondere für die Dauer - zulässig sind, in dem sie dazu dienen, den zur Vorbereitung und dem Abschluss einer förmlichen Interimsvergabe oder einer endgültigen Vergabe des verfahrensgegenständlichen Linienbündels erforderlich vertragslosen Zeitraum zu überbrücken. Bis zum Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 24. Mai 2013 konnte die Antragstellerin jederzeit mit dem Beginn einer förmlichen Interimsvergabe oder dem Beginn des Verfahrens für die endgültige Vergabe des Linienbündels Lampertheim rechnen. Ein Verstoß gegen § 101a Abs. 1 GWB manifestierte sich für die Antragstellerin erst mit der Verlautbarung des Willens der Antragsgegnerin



zu 1), die hier fraglichen Verkehrsleistungen auf der Grundlage einer formlosen Interimsvergabe noch bis mindestens Ende 2015 fortzusetzen.

5. Die Antragstellerin hat auch das nach § 101 b GWB erforderliche schutzwürdige Feststellungsinteresse, denn es besteht die Aussicht, dass die Antragstellerin im Falle der Unwirksamkeit des zwischen den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen geschlossenen Dienstleistungsauftrages den Auftrag doch noch erlangen könnte. Zumindest könnte der Antragstellerin ein Schadensersatzanspruch vor den Zivilgerichten zustehen, der auch nicht offensichtlich aussichtslos ist.
- II. Auch im Hinblick auf die endgültige Neuvergabe des Linienbündels L ist der Nachprüfungsantrag zulässig. Die zwischen den Antragsgegnerinnen und der Antragstellerin streitige Frage, ob sich aus § 8a Abs. 2 PBefG eine Wartepflicht ergibt, wie die Antragsgegnerinnen meinen, oder ob die Neuvergabe - wie die Antragstellerin meint - unverzüglich zu beginnen ist, stellt sich nicht nur im Hinblick auf die Dauer der Interimsvergabe. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist nicht auszuschließen, dass in der beabsichtigten Nichtdurchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens vor August 2014 eine Verletzung von Vorschriften des Vergaberechts liegt, die für die Antragstellerin zu einem Schaden führt. Da es vorliegend auch nicht um das „ob“ sondern um das „wann“ der Einleitung eines förmlichen Verfahrens nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen geht, hat sich der Nachprüfungsantrag auch weder durch die am 6. August 2013 erfolgte Bekanntmachung noch durch die Absicht der Antragsgegnerin zu 1) erledigt (nach Ablauf der Frist des Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07) ein förmliches Verfahren durchführen zu wollen.
- III. Die Anträge zu 4 a) bis d) sind jedoch unzulässig. Ein über den Tenor des Beschlusses hinausgehendes Interesse an der beantragten Feststellung steht der Antragstellerin nicht zu.
1. Hinsichtlich des Begehrens der Antragstellerin zu den Anträgen zu 4 a) und b) ist diesem durch die Ziffern 1. und 2. des Tenors des Beschlusses rechtlich genüge getan. Zum einen hat die Vergabekammer durch die Feststellung der Unwirksamkeit die Interimsvergaben den wettbewerbswidrigen Zustand beendet und zum anderen kann die Antragstellerin mögliche Schadenersatzansprüche aufgrund der Ziffer 1. des Tenors vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Hinsichtlich des Antrages zu 4 b) ist die Verletzung subjektiver Rechte der Antragstellerin durch die von der Vergabekammer angeordnete Maßnahme in Ziffer 2. des Tenors beseitigt worden. Darüber hinaus dient das Vergabenachprüfungsverfahren in erster Linie dem Zweck, Primärrechtsschutz dadurch zu erlangen, dass die Vergabestelle zu einem Tun oder Unterlassen in Bezug auf ein konkretes Vergabeverfahren veranlasst wird, das geeignet ist, die Chancen des Bieters auf Zuschlagserteilung zu verbessern. Die (isolierte) Feststellung einer Rechtsverletzung ist nach dem Gesetz



gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur, in den Fällen möglich, in denen sich das Nachprüfungsverfahren bereits erledigt hat, § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB. Ist ein Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen, kann die bloße Feststellung einer Rechtsverletzung nicht geeignet sein, die beanstandete Rechtsverletzung auch zu beseitigen. Dies auch schon deshalb nicht, weil die „Feststellung“ im Tenor nicht vollstreckungsfähig ist. Der entsprechende Rechtsgedanke, der vorliegend ohne weiteres übertragbar ist, ergibt sich aus § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Die in § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB eröffnete Möglichkeit eines Feststellungsantrages stellt unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes eine Ausnahmvorschrift dar, die weder einer analogen Anwendung noch einer extensiven Auslegung zugänglich ist. Das Nichtigkeitsfeststellungsverfahren nach § 101 b GWB, das die Antragstellerin unter anderem betreibt, ist ebenfalls nur auf die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gerichtet. Ein darüber hinaus gehendes Interesse ist nicht erfasst und ist vorliegend für die Antragstellerin nicht ersichtlich.

Wie bereits oben ausgeführt, kann die Vergabekammer in einem Nachprüfungsverfahren ein Tun oder Unterlassen in Bezug auf ein konkretes Vergabeverfahren veranlassen. Da ein konkretes Vergabeverfahren vorliegend weder hinsichtlich der Interimsvergabe noch der dauerhaften Vergabe begonnen hat, kann die Antragstellerin auch deshalb nicht die begehrte Feststellung beantragen. Wäre eine solche Feststellung möglich, käme dies letztendlich einem vorbeugenden Unterlassungsbegehren gleich, was im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hinsichtlich der Nachprüfungsverfahren nicht geregelt ist.

2. Abgesehen von den obigen Ausführungen, ist wegen des Nichtvorliegens eines konkreten Vergabeverfahrens auch die Antragsbefugnis der Antragstellerin hinsichtlich des Antrages zu 4 c) und zu 4 d) gemäß § 107 Abs. 2 GWB zu verneinen.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist im Hinblick auf die Interimsvergabe (dazu I.) begründet, im Hinblick auf die endgültige Neuvergabe des Linienbündels L (dazu II.) jedoch unbegründet.
1. Der Antrag zu 1), der darauf gerichtet ist festzustellen, dass die von den Antragsgegnerinnen mit Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 24. Mai 2013 Nr. 2013/79 und 2013/78 vorgenommene Interimsvergabe des Stadtverkehrs L an die Antragsgegnerin zu 2) und die Beigeladene unwirksam sind, ist sowohl im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 1) (dazu 1.) als auch im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 2) begründet (dazu 2.). Entsprechend ist auch der Antrag zu 2), der darauf gerichtet ist, die Antragsgegnerinnen für den Fall des Fortbestehens der Vergabeabsicht zu einer rechtsfehlerfreien Interimsvergabe zu verpflichten, begründet (dazu 3.).



1. Der Antrag zu 1) ist im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 1) begründet. Es war daher festzustellen, dass der mit der Antragsgegnerin zu 2) geschlossene Interimsvertrag unwirksam ist. § 101b GWB ist trotz des entgegenstehenden Wortlautes des § 8a Abs. 7 PBefG anwendbar (dazu a)). Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/07 liegen nicht vor (dazu b)). Dessen Voraussetzungen können auch nicht durch ein Vorgehen nach den allgemeinen Grundsätzen der Inhouse- Vergabe umgangen werden (dazu c)).
  - a) Davon auszugehen, aufgrund der Verweisung in § 8a Abs. 7 PBefG (lediglich) auf den Zweiten und Dritten Abschnitt des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei die Feststellung der Unwirksamkeit eines geschlossenen Vertrages nicht möglich, würde gegen die verbindliche Vorschrift des Art. 5 Abs. 7 VO 1370/07 verstoßen. Interessierte, aber übergangene Unternehmen auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines (nicht den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/07 entsprechenden) öffentlichen Dienstleistungsauftrages gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB zu verweisen, erfüllt nicht den von den Mitgliedsstaaten geforderten wirksamen und raschen Rechtsschutz. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 7 VO 1370/07 ist mit der in der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge verwandten Terminologie identisch. Gerade in Umsetzung dieser Richtlinie ist § 101b GWB an die Stelle der in ihren Konsequenzen umstrittenen und damit unsicheren analogen Anwendung des § 13 VgV a.F. getreten. Die Verwendung der identischen Terminologie weist zweifelsfrei darauf hin, dass Art. 5 Abs. 7 VO 1370/07 einen im Standard mit der RL 89/665/EWG vergleichbaren Rechtsschutz fordert. Liest man § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB so, dass - außer in Fällen des § 101b GWB - in einen wirksam erteilten Zuschlag nicht eingegriffen werden darf, ist eben auch § 101b GWB von der Verweisung in § 8a Abs. 7 PBefG mit umfasst.
  - b) Da die Antragsgegnerin zu 2) selbst keinerlei Personenbeförderungsleistungen erbringt, verstößt die Direktvergabe gegen Art. 5 Abs. 2 lit. e) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 7 Satz 2 VO (EG) Nr.1370/07.
  - c) Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr.1370/07 kann auch nicht durch die allgemeinen Grundsätze über die Inhouse- Vergabe ersetzt werden. Die VO 1370/07 ist ein detailliertes Regelwerk im Hinblick auf die Vergabe und die Finanzierung des öffentlichen Personenverkehrs. Im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb einerseits und Sicherstellung einer Grundversorgung mit Dienstleistungen des öffentlichen Personenverkehrs andererseits gibt sie den zuständigen Behörden Maßnahmen an die Hand, um die Erbringung von Personenverkehrsleistungen sicherstellen zu können. Hierzu zählen insbesondere die in Art 1 VO 1370/07 genannten Mechanismen, zu denen auch die Festlegung allgemeiner Vorschriften für den Betrieb öffentlicher



Verkehrsdienste, die für alle Betreiber gelten (vgl. Kaufmann in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, Kommentar zur VO (EG) Nr.1370/2007, 1. Auflage 2010, Art 1, RdNr. 10 ff. und Pünder a.a.O. Art.5 RdNr. 79 ff.). Als Sondervergaberecht für Personenverkehrsdienste schließt die VO 1370/07 den Rückgriff auf das allgemeine Vergaberecht aus.

2. Auch im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 2) ist der Antrag zu 1) begründet.
  - a) Die Interimsvergabe an die Beigeladene kann mangels Vorliegens einer Dienstleistungskonzession nicht auf Art. 5 Abs. 5 VO Nr. 1370/07 gestützt werden. Es kann insoweit dahinstehen, ob die Vorschrift gemäß Art.5 Abs. 1 VO 1370/07 dann Anwendung findet, wenn - wie vorliegend - die allgemeinen Voraussetzungen der Inhouse- Vergabe vorliegen. Denn durch die Beauftragung der Antragsgegnerin zu 2) durch die Antragsgegnerin zu 1) wird die von Art. 5 Abs. 5 VO 1370/07 vorausgesetzte Notsituation (ein überraschend vertragsloser Zustand) in keiner Weise geändert, da die Antragsgegnerin zu 2) unstreitig keinerlei Verkehrsleistungen erbringt.
  - b) Da kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO 1370/07 vorliegt, findet auch § 62 Abs. 1 PBefG keine Anwendung, der vorsieht, dass abweichend von Art. 5 Abs. 2 bis 4 der VO 1370/07 öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung bis zum 31. Dezember vergeben werden dürfen.
  - c) Die Kammer kann es offen lassen, ob die Interimsvergabe an die Beigeladene, letztendlich durch den Beschluss der Stadtverordnetenversammlung der Antragsgegnerin zu 1) am 24. Mai 2013 rückwirkend genehmigt, auf § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A gestützt werden kann, denn dessen Voraussetzungen liegen nicht vor.
- (1) Selbst wenn man die ausgesprochen hohen Anforderungen des § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A als erfüllt ansehen wollte, wofür die Antragsgegnerinnen die Beweislast tragen, so rechtfertigt die „Dringlichkeitsvergabe“ jedoch nicht den von den Antragsgegnerinnen vorgesehenen Zeitraum bis Ende Dezember 2015. Die Inanspruchnahme dieser Ausnahme setzt unter anderem voraus, dass die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb geeignet und erforderlich ist, um eine nicht vorhersehbare Notstandsituation zu beseitigen. Nur solche Notsituationen rechtfertigen das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung als ultima ratio aller Verfahrensarten.
- (2) Gemäß § 101 Abs. 6 GWB haben öffentliche Auftraggeber im Interesse eines breit angelegten Wettbewerbes grundsätzlich das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, das Gesetz gestattet etwas anderes, so z.B. § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A. Zweifelsohne mag man hier von einer solchen Notsituation ausgehen. Jedoch folgt be-



reits aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass mit „vorgeschriebenen Fristen“ die Fristen im offenen Verfahren gemeint sind. Die Dringlichkeitsvergabe „im Verhandlungsverfahren“ kommt folglich nur in Betracht, wenn der Bedarf aus wichtigen Gründen so dringlich abgedeckt werden muss, dass eine Ausschreibung im offenen Verfahren auch unter Berücksichtigung der dortigen Beschleunigungs- und Fristverkürzungsmöglichkeiten (vgl. § 12 EG Abs. 3 VOL/A) nicht mehr möglich ist (vgl. Diekmann in Diekmann/Scharf/Wagner-Kardenal, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage 2013). Aus diesem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt, dass eine etwaige Inanspruchnahme der Ausnahme für die Dringlichkeitsvergabe auf das Erforderliche zu beschränken ist. Die Interimsbeauftragung ist auf denjenigen Zeitraum zu beschränken, der notwendig ist, um die Dringlichkeitssituation zu beheben und gegebenenfalls in der Zwischenzeit das eigentlich gebotene Vergabeverfahren durchzuführen (vgl. nur, Kaelble in: Müller-Wrede VOL/A, § 3 EG RdNr. 159 ff).

- (3) Vorliegend bedeutet dies, dass die Antragsgegnerin zu 1) unmittelbar nach der „Beauftragung“ der Belgeladenen mit einem förmlichen Verfahren für die Interimsvergabe nach den Vorschriften der VOL/A EG hätte beginnen müssen, was für die Antragsgegnerin zu 1) - jedenfalls nach Einschaltung der k. GmbH - auch möglich war. Jedenfalls ist eine „Dringlichkeitsvergabe“ für einen Zeitraum bis Ende Dezember 2015 nicht mehr von dem § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL /A normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gedeckt.
3. Dass die Antragsgegnerin zu 1) nunmehr mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren zur dauerhaften Vergabe der Verkehrsdienstleistung nach § 8 a Abs. 2 PBefG durch die veröffentlichte Vorabbekanntmachung am 6. August 2013 begonnen hat, steht der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens für die Interimsbeauftragung nicht entgegen. Die Antragsstellerin zu 1) hat nach § 8a Abs. 2 PBefG in Verbindung mit Art.7 Abs. 2 VO Nr.1370/07 die gesetzlich vorgegebene Fristen zwingend einzuhalten (siehe unten II), die jedenfalls weit über die Dauer eines Jahres, die eine Interimsvergabe ohne Ausschreibung rechtfertigen würden, hinausgehen. Zu berücksichtigen ist auch, dass sowohl die nunmehr nach § 3 EG VOL/A durchzuführende Interimsvergabe als auch das nach der Frist des Art. 7 Abs.2 VO 1370/07 erst frühestens Anfang August 2014 beginnende wettbewerbliche Vergabeverfahren ebenfalls durch Rechtsmittel angegriffen werden kann und damit eine Interimsvergabe für einen nicht mehr voraussehbaren Zeitraum erforderlich machen können. Die Antragstellerin zu 1) kann bzw. muss durch eine entsprechende Kündigungsklausel in dem für die Interimsvergabe abzuschließenden Vertrag regeln, dass dieser mit dem bestandskräftigen Abschluss des Vergabeverfahrens hinsichtlich der dauerhaften Vergabe beendet wird und dies in den Text der öffentlichen Ausschreibung mit aufnehmen. Allein ein solches Vorgehen verhindert ein - von der Antragstellerin zu Recht befürchtetes - Aneinanderreihen von



(unzulässigen) Interimsvergaben zur Aufrechterhaltung der Versorgung der Stadt L. mit öffentlichem Personennahverkehr.

- II. Der Antrag zu 3) ist nicht begründet. Die Antragstellerin zu 1) hat durch die am 6. August 2013 veröffentlichte Vorabbekanntmachung mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren zur dauerhaften Vergabe der Verkehrsdienstleistungen nach § 8a Abs. 2 PBefG begonnen und ist auch gehalten, die in Art. 7 Abs. 2 der VO Nr. 1370/07 vorgegebenen Fristen einzuhalten. Danach kann mit dem wettbewerblichen Vergabeverfahren frühestens ein Jahr nach Veröffentlichung der Vorabbekanntmachung begonnen werden. Sinn und Zweck dieser Frist ist es, vor Beginn eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens mögliche Anträge auf Durchführung eigenwirtschaftlicher Linienverkehre prüfen und diese ggf. genehmigen zu können. Diese im Personenbeförderungsgesetz vorgeschriebene Vorgehensweise ist zwingend.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin besteht nicht die Erforderlichkeit bei einem überraschend eintretenden vertragslosen Zustand, wie im vorliegenden Fall, § 8 a Abs. 2 PBefG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 VO 1370/07 dahingehend auszulegen, dass die vorgegebenen Fristen in diesem Fall nicht einzuhalten sind. Denn, wie bereits oben ausgeführt, wird der Wettbewerb dadurch gewährleistet, dass die Interimsvergabe nach den Vorschriften des § 3 EG VOL/A im offenen Verfahren auszugestalten ist und gleichzeitig das wettbewerbsrechtliche Vergabeverfahren hinsichtlich der dauerhaften Vergabe der Verkehrsdienstleistungen unter Einhaltung der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Fristen erfolgen kann. Die Antragstellerin ist mithin nicht in subjektiven Rechten verletzt, da sie sowohl an dem Interimsvergabeverfahren teilnehmen kann als auch an dem zu beginnenden wettbewerbsrechtlichen Vergabeverfahren zur dauerhaften Vergabe der Verkehrsdienstleistungen im nächsten Jahr.

Da, wie bereits oben unter B.I.2.a) festgestellt, keine „Notvergabe“ im Sinne des Art.5 Abs. 5 VO 1370/07 vorliegt, ist die Einhaltung der Fristen nach § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG in Verbindung mit Art.7 Abs.2 VO 1370/07 auch deshalb nicht ausgeschlossen.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren teilweise, nämlich im Hinblick auf die Anträge zu 4), unterlegen ist, trägt sie die Kosten des Verfahrens zu 1/3, § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die Antragsgegnerin zu 2) trägt die übrigen 2/3 der Verfahrenskosten. Die Antragsgegnerin zu 1) ist gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG von der Zahlung von Kosten befreit.



- 
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus den für die Interimsvergabe und die dauerhafte Vergabe des Linienbündels Lampertheim geschätzten Kosten ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von 8.100,- €, sodass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war, § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB.
- III. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen im Verhältnis ihres Unterliegens, d.h. zu 10 v.H.. Ebenso haben die Antragsgegnerinnen der Antragstellerin die dieser zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten im Verhältnis ihres Unterliegens - also zu 90 v. H. - zu erstatten, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Da die Beigeladene keine Anträge gestellt, sie sich also keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat, entspricht es der Billigkeit, ihr weder Kosten zu erstatten noch sie Kosten anderer Beteiligter erstatten zu lassen, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG. Im Hinblick auf die Antragsgegnerinnen kann vorliegend dahinstehen, ob die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten für Vergabestellen nur ausnahmsweise erforderlich ist. Angesichts der Tatsache, dass die Antragsgegnerinnen erstmals Personenbeförderungsleistungen vergeben sowie im Hinblick auf die völlige Neuregelung des Verhältnisses zwischen dem Vergaberecht einerseits und dem Personenbeförderungsrecht andererseits zum 1. Januar 2013 ist hier jedenfalls ein entsprechender Ausnahmefall gegeben.



### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,  
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth  
Vorsitzende

Denz-Kinzel  
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Schwarz  
Hauptamtlicher Beisitzer