

XX

vertreten durch den Zweckverband XXX

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte

XX
XX

Beigeladene zu 1)

Bietergemeinschaft „XXXXXXXXXXXX“
bestehend aus dem

- XXX
- XXX
- XXX und
- XXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XX

Beigeladene zu 2)

Bietergemeinschaft XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX/
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene zu 3)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XX
XX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 04. Februar 2005 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Heine

am 10. Februar 2005 entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner.

Gründe

I.

Die Antragsgegner bestehen aus drei Zweckverbänden mit Sitz in Nordrhein-Westfalen und einer Landesnahverkehrsgesellschaft mit Sitz in xxxxxxxxxxxxxxxx. Die Antragsgegner zu 1) bis 4) haben sich in einer Verwaltungsvereinbarung auf die Durchführung einer gemeinsamen Ausschreibung hinsichtlich der hier im Streit stehenden Leistungen im Schienenpersonennahverkehr geeinigt und den Zweckverband mit Sitz in Mxxxxxxx mit der federführenden Durchführung der Ausschreibung beauftragt. Jeder Antragsgegner sollte aber in seinem Zuständigkeitsbereich Vertragspartner des gemeinsam ausgewählten Eisenbahn-Verkehrsunternehmens werden (§ 2 Abs. 4 Verwaltungsvereinbarung).

Die Antragsgegner schrieben Leistungen im Schienenpersonennahverkehr (Teutoburger Wald- Netz) für die Zeit von Dezember 2007 bis Dezember 2017 in einem offenen Verfahren mit europaweiter Bekanntmachung (§ 4 Abs. 1 Verwaltungsvereinbarung) nach der VOL/A aus. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften im Februar 2004. Los 1 beinhaltet die Bedienung der Nahverkehrsstrecken RB 65 und RB 66; Los 2 betrifft die Nahverkehrsstrecken RB 61, RB 62 und RB 72. Nebenangebote waren zulässig. Zuschlagskriterium war das wirtschaftlich günstigste Angebot aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Verdingungsunterlagen der Antragsgegner verwiesen.

Die Ausschreibung war schon Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens mit dem Aktenzeichen VK 24/04 und endete mit Beschluss der Vergabekammer vom 24.09.2004, der mit Beschluss des OLG Düsseldorf vom 06.12.2004, Aktenzeichen VII-Verg 79/04, im Eilverfahren bestätigt wurde, was anschließend zur Rücknahme der Beschwerde führte. Gegenstand des ersten Nachprüfungsverfahrens in dieser Sache waren Einzelheiten aus den Ausschreibungsunterlagen. Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist die Wertungsentscheidung der Antragsgegner.

Folgende Bedingungen aus den Ausschreibungsunterlagen sind Anlass für dieses Verfahren:

In der Vergabebekanntmachung wird in Ziffer III. 2.1.1 verlangt:

„Bieter mit mittelbarem oder unmittelbarem öffentlichem Anteilhaber haben bei Angebotsabgabe durch einen geeigneten Nachweis (z.B. Rechtsauskunft der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde) darzulegen, dass die Abgabe des Angebotes im Einklang mit den die wirtschaftliche Betätigung des betreffenden Unternehmens regelnden Vorschriften, d.h. z.B. im Hinblick auf die Vorschriften des Kommunalverfassungsrechts, steht. Bei Angeboten von

Bietergemeinschaften müssen die für die Eignungsprüfung erforderlichen Unterlagen (s.o.) für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft vorgelegt werden. Bei der Beurteilung der Eignung einer Bietergemeinschaft wird die Bietergemeinschaft als Ganzes beurteilt.“

Diese Forderung konkretisieren die Antragsgegner in Ziffer 5.4 ihrer Ausschreibungsunterlagen, wie folgt:

„Alle Bieter mit mittelbaren oder unmittelbaren kommunalem Anteilseigner haben darüber hinaus darzulegen, dass die Abgabe des Angebotes im Einklang mit den die wirtschaftliche Betätigung der Kommune regelnden Vorschriften des Kommunalverfassungsrechts steht. Dies kann z.B. durch eine Bescheinigung der zuständigen Aufsichtsbehörde erfolgen, dass die Kommune die Abgabe des Angebotes nicht hätte verhindern müssen (im Fall der kommunalen Mehrheitsbeteiligung) bzw. die weitere Beteiligung an dem Bieter mit dem Kommunalwirtschaftsrecht zu vereinbaren ist (im Fall der kommunalen Minderheitsbeteiligung). Die Auftraggeber weisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass entsprechende Angebote bereits wegen eines fehlenden Nachweises nach § 25 Nr. 1 Abs. 2. lit. a) VOL/A ausgeschlossen werden können.“

In Ziffer III. 3.1 wird verlangt:

„Die Dienstleistung ist einem besonderem Berufsstand vorbehalten: Ja, § 6 Abs. 2 AEG“.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wird u.a. verlangt:

„Der Bieter hat in seinem Angebot einen Ansprechpartner zu benennen, mit dem die Aufgabenträger bzw. ein in ihrem Auftrag handelnder Dritter während der Auswertungs- und Entscheidungsphase in allen Angelegenheiten, die sein Angebot betreffen, Kontakt aufnehmen können. Bietergemeinschaften benennen ebenfalls eine für die Durchführung des Vergabeverfahrens und einen eventuellen Vertragsschluss unbeschränkt bevollmächtigte Person, die stellvertretend für sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft als Ansprechpartner dient.“

„Die Angebote einer Bietergemeinschaft müssen von allen an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen rechtsverbindlich unterschrieben sein. Fehlt die Unterschrift eines Mitgliedes, so liegt kein rechtsverbindliches Angebot der Bietergemeinschaft vor.“

Bei Angeboten von Bietergemeinschaften müssen die für die Eignungsprüfung erforderlichen Unterlagen für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft vorgelegt werden, wobei es sich bei den in der Bekanntmachung verlangten Eignungsnachweisen nicht um Mindestbedingungen handelte.

In Ziffer 5.3 b) wird zur fachlichen Eignung verlangt:

„Der Bieter erbringt den Nachweis seiner fachlichen Eignung wie folgt:

b) Aussagen zum schienenverkehrsspezifischen Know-how des Bieters und zu seiner technischen Ausrüstung,“

In Ziffer 7 wird verlangt:

„Bietergemeinschaften haben –z.B. durch Angabe der Gründe, die zu der Kooperation geführt haben- darzustellen, dass mit der gemeinsamen Bewerbung um den hiesigen öffentli-

chen Auftrag keine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede i.S.d. § 2 Nr.1 Abs. 2 und § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A getroffen wurde.“

In Ziffer 2 wird hinsichtlich von Nebenangeboten verlangt:

„Die Abgabe eines Nebenangebotes für das gesamte „Teutoburger Wald-Netz“ wird bei gleichzeitiger Abgabe von Hauptangeboten für beide Lose ausdrücklich zugelassen. In diesem Sinne sind die Angaben unter Ziffer II. 1.9 und 10 der Bekanntmachung zu verstehen. Nebenangebote bzw. Änderungsvorschläge im Hinblick auf den Verkehrsvertrag sind ausgeschlossen. Sonstige Nebenangebote und Änderungsvorschläge sind weder ausdrücklich zugelassen, noch ausgeschlossen. Ihre Wertung liegt folglich im Ermessen der Aufgabenträger. Etwaige Nebenangebote und Änderungsvorschläge sind auf besonderer Anlage zu machen, als solche deutlich zu kennzeichnen und rechtsverbindlich zu unterschreiben. Sie müssen die in den Verdingungsunterlagen enthaltenen Mindestanforderungen erfüllen.“

Im Leistungsverzeichnis, das der Aufforderung zur Angebotsabgabe beigelegt war, wird in Ziffer 6.2 u.a. verlangt:

„Der Bieter legt mit seinem Angebot umfassende Handlungsstrategien für den Fall einer nicht rechtzeitigen Verfügbarkeit der dem Angebot zugrunde liegenden Fahrzeuge vor. Er bettet diese in ein Rückfallkonzept ein und legt ausführlich dar, in welchen Schritten dieses Rückfallkonzept vorbereitet und umgesetzt wird. In diesem Rückfallkonzept ist auf alle wesentlichen Aspekte dieser Vergabeunterlagen (insbesondere Kommunikation des Rückfallkonzepts gegenüber dem SPNV-Kunden) einzugehen.

Als Mindestanforderungen für dieses Rückfallkonzept werden festgesetzt:

- Der Fahrplan ist innerhalb der in der Anlage 2 vorgegebenen Anforderungen zu gestalten.
- Die geforderten Kapazitäten gemäß Anlage 2 sind bereitzustellen.

Es ist im Bedarfsfall umzusetzen.

Im Angebot ist darzulegen, wie das Rückfallkonzept gestaltet wird. Dafür ist die Art, Anzahl und Kapazität der nach dem Rückfallkonzept für die Leistungen im Teutoburger Wald Netz vorgesehenen Fahrzeuge zu beschreiben. Die Verfügbarkeit der Fahrzeuge ist glaubhaft zu machen.“

In Ziffer 6.1 des Leistungsverzeichnisses wird u.a.verlangt:

„Das EVU hat in seinem Angebot eine verbindliche Lieferzusage der aus seiner Sicht in Frage kommenden Schienenfahrzeughersteller für den Fall einer Beauftragung des Fahrzeugherstellers bis zum 15.01.2005 vorzulegen und die fristgerechte Einsatzfähigkeit zuzusagen. Die Modalitäten der Fahrzeugauswahl und –beschaffung, insbesondere zum Verhandlungsstand mit den Fahrzeugherstellern, sind offen zu legen.“

Die Antragsgegner erhielten insgesamt 5 Angebote. Die Antragstellerin gab ein Hauptangebot zu den Losen 1 und 2 als auch ein Nebenangebot über die Gesamtleistung ab. Auch die mit Beschlüssen vom 05.01.2005, 18.01.2005 und 24.01.2005 beigelegten Unternehmen legten entsprechenden Angebote am 30.07.2004 vor.

Die Beigeladene zu 1) ist eine Bietergemeinschaft bestehend aus der xxxxxxxx GmbH, der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, der xxxxxx GmbH und dem xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Im Falle einer Zuschlagserteilung werden die Partner der Bietergemeinschaft unverzüglich sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Verkehrsvertrag auf ein gemeinsames Tochterunternehmen in der Rechtsform einer GmbH, das Eisenbahnverkehrsunternehmen und alleinige Vertragspartnerin des Verkehrsvertrages wird, übertragen.

Weiterhin weist die Beigeladene zu 1) in ihrem Angebot darauf hin, dass alle Mitglieder der Bietergemeinschaft mehrheitlich öffentliche Eigentümer haben und mithin auch dem Gemeinwohl und damit der Verbesserung des Verkehrsleistungsangebotes verpflichtet sind. Das Angebot ist von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterschrieben und benennt im Anschreiben einen verantwortlichen Ansprechpartner für die Auswertungs- und Entscheidungsphase sowie für die Durchführung des Vergabeverfahrens und ggf. für den Vertragsabschluss.

Mit dem Angebot reichte die Beigeladene zu 1) Nachweise hinsichtlich ihrer kommunalwirtschaftlichen Betätigung ein. Für die xxxxxxxx GmbH wurde ein Schreiben der Bezirksregierung Düsseldorf vom 19.12.2003 beigelegt, die xxxxxxxx GmbH und die xxx legten ein Schreiben der Bezirksregierung Detmold vom 28.07.2004 bei und die xxx fügte diesbezüglich die Stellungnahme einer Rechtsanwaltskanzlei mit Datum vom 26.07.2004 dem Angebot bei.

Mit Vermerk vom 09.08.2004 erfolgte eine rechnerische Überprüfung der eingegangenen Angebote. Anschließend führten die Antragsgegner Verhandlungen im Sinne von § 24 VOL/A mit den einzelnen Bietern und hielten die Ergebnisse abschließend in einem Vergabevermerk vom 15.12.2004 (Seite 1 bis 32) fest, auf den hiermit vollinhaltlich Bezug genommen wird.

Unter Zugrundelegung ihrer Zuschlagskriterien kamen die Antragsgegner zu dem Ergebnis, dass die Antragstellerin mit ihren Hauptangeboten zu den Losen 1 und 2 auf dem ersten Rang liegt, während die Beigeladene zu 1) mit ihren Hauptangeboten zweitplatzierte Bieterin ist. Beim Nebenangebot über das Gesamtnetz liegt allerdings die Beigeladene zu 1) auf dem 1. Rang, gefolgt von der Antragstellerin. Die Antragsgegner haben dann die besten Hauptangebote zusammengefasst und mit dem besten Nebenangebot über die Gesamtleistung verglichen. Danach lag die Beigeladene zu 1) auf dem ersten Rang, gefolgt von der Beigeladenen zu 2), dem Bieter E und der Beigeladenen zu 3).

Mit Schreiben vom 15.12.2004 teilten die Antragsgegner den anderen Bietern mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) zu erteilen.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.12.2004 die beabsichtigte Vergabe und beantragte am 23.12.2004 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Antrag wurde am 27.12.2004 gestellt.

Im Nachprüfungsverfahren verfolgt die Antragstellerin die gerügten Beanstandungen weiter. Sie trägt vor, sie sei antragsbefugt und habe auch unverzüglich gerügt. Bereits mit Schreiben vom 29.09.2004 habe sie die Beteiligung der Beigeladenen zu 1) vor dem Hintergrund des § 107 GO NW gerügt und habe diese Beanstandung nach Erteilung der Absage erneut vorgebracht. Ihre Antragsbefugnis ergebe sich daraus, dass sie offensichtlich die wirtschaftlichsten Hauptangebote zu den Losen 1 und 2 abgegeben habe, so dass bei einem Ausschluss der Beigeladenen zu 1), ihr der Zuschlag zu erteilen sei.

Die Beigeladene zu 1) sei auszuschließen, weil sie sich aus Unternehmen zusammensetze, die in kommunalen Anteilsbesitz stehen würden. Die hinter der Beigeladenen zu 1) stehenden Gebietskörperschaften seien an § 107 GO NW gebunden und deren Beteiligung in einem

Wettbewerb sei nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 107 GO NW vorliegen würden, was hier nicht der Fall sei. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und des OVG Münster sei § 107 GO NW auch drittschützend. Im Übrigen hätten die Antragsgegner in ihren Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt, dass sie die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung prüfen würden. Aufgrund dieser Selbstbindung in den Verdingungsunterlagen seien die Antragsgegner nunmehr auch verpflichtet, die Vorgaben des § 107 GO NW zu prüfen.

Der Betrieb von Verkehrsunternehmen unterfalle auch § 107 Abs. 1 GO NW. Die wirtschaftliche Betätigung beziehe sich zunächst nur auf das Gemeindegebiet. Dies ergebe sich aus der sog. Verbandskompetenz, d.h. der Zuständigkeit zur Regelung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Insofern müsse ein örtlicher Bezug zum Betreiben der Schienennetze feststellbar sein. Zumindest hinsichtlich der xxxxxxxx GmbH, deren Gesellschafter mehrheitlich die Stadt xxxxx sei, sei dieser örtliche Bezug zu den ausgeschriebenen Strecken nicht vorhanden, weil aufgrund der geographischen Lage der Stadt xxxxx zum nachgefragten Streckennetz keine Verbindung bestehe. Dies gelte auch für die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH, weil die ausgeschriebenen Strecken keinen Bezug zum Kreisgebiet hätten.

Hinsichtlich der beiden anderen Gebietskörperschaften könne zwar festgestellt werden, dass die Strecken zumindest teilweise durch deren Verbandsgebiet laufen, aber die verfahrensgegenständlichen Leistungen würden keine Aufgaben dieser Körperschaften darstellen. Zwar obliege das Betreiben des Öffentlichen Personennahverkehrs grundsätzlich den Kreisen und kreisfreien Städten. Die Stadt xxxxxxxxxxxx und der Kreis xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx hätten diese Aufgabe aber auf den Zweckverband xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, also dem Antragsgegner zu 2), übertragen. Demzufolge sei die Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsversorgung nur noch alleinige Aufgabe des Antragsgegners zu 2).

Darüber hinaus verstoße die wirtschaftliche Betätigung der Beigeladenen zu 1) auch gegen § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NW, weil hier ein öffentlicher Zweck diese Betätigung nicht erfordere. Nach wohl überwiegender Auffassung soll ein öffentlicher Zweck jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, also die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einwohnernützigen Aufgabe sein. Es sei nicht Sache der Gemeinden, sich in den wirtschaftlichen Wettbewerb zu begeben, um Gewinne zu erzielen.

Bereits aus der räumlichen Entfernung der Stadt Exxxx zum ausgeschriebenen Streckennetz könne geschlossen werden, dass dies den Bürgern von Exxxx nicht zugute komme. Insoweit stehe offensichtlich allein das Interesse zur Gewinnerzielung im Vordergrund. Das gleiche gelte für den Kreis Mxxxxxxxxxxxxxxxxx, weil keine der ausgeschriebenen Linien durch das Kreisgebiet führe. Durch die Gebiete der Stadt Bxxxxxxxxx und des Kreises Lxxxx würden zwar zwei Linien führen, aber nicht die anderen Linien, so dass insoweit die Betätigung eben nicht den öffentlichen Interessen der Einwohner diene.

Die Antragstellerin meint, das durch die räumliche Entfernung die geplante wirtschaftliche Betätigung keine Legitimation mehr in der örtlichen Gemeinschaft finde, so dass die Gemeinde damit denotwendig nicht mehr zur Erfüllung ihrer Aufgaben tätig werde. Dieses Örtlichkeitsprinzip gelte auch bei einer grenzüberschreitenden, überörtlichen Betätigung, weil es immer um die Erfüllung „ihrer“ Aufgaben gehe. Es gehe deshalb immer nur um die Versorgung der Einwohner vor Ort. In der Auslastung eigener Anlagen liege hingegen kein die Grenzüberschreitung erlaubender Selbstzweck, sondern ein Sekundärzweck, der eine Gebietsüberschreitung nicht rechtfertige.

Ein öffentlicher Zweck sei somit nicht ersichtlich und schon gar nicht erfordere ein öffentlicher Zweck die Betätigung in der vorliegenden Form. Würde aber eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde aufgrund eines öffentlichen Zweckes nicht erforderlich sein, sei sie unzulässig. Ein Unterlassen oder eine Vernachlässigung führe deshalb auch nicht zu einer Schädigung des Gemeinwohls.

Das OVG Münster (Beschluss vom 13.08.2003, 15 B 1137/03) leite aus dem in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW normierten Erfordernis eines öffentlichen Zwecks –und nicht aus § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO- die Subsidiarität kommunaler wirtschaftlicher Betätigung ab. Würde eine Betätigung der Gemeinde nicht von einem öffentlichen Zweck erfordert, sei sie unzulässig.

Hier stehe auch § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NW nicht entgegen, wonach u.a. im öffentlichen Verkehr eine gemeindliche Betätigung zugelassen wird. Die Subsidiaritätsklausel in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NW greife erst dann ein, wenn andere Unternehmen den öffentlichen Zweck besser oder wirtschaftlicher erfüllen können. Wenn dies der Fall ist, so meint die Antragstellerin, dürfe jedoch bereits der öffentliche Zweck die gemeindliche Betätigung nicht erfordern, so dass die Schranke des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW eingriffe. Es bleibe bei dem Grundsatz subsidiärer kommunaler wirtschaftlicher Betätigung.

Vollständigkeitshalber weist die Antragstellerin darauf hin, dass auch die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NW hier nicht erfüllt seien, weil mit Blick auf die allgemein bekannte wirtschaftliche bzw. finanzielle Situation der Gemeinden davon auszugehen sei, dass man sich mit diesem Auftrag nicht mehr in den Grenzen der o.g. Vorschrift bewege.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, sie gehe nicht davon aus, dass bei einem der kommunalen Anteilseigner die von § 107 Abs. 5 GO NW vorgeschriebene Marktanalyse durchgeführt worden sei und dem jeweiligen Rat vorgelegen habe. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin darauf, dass die Beteiligung der einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft nur nach vorheriger Entscheidung der jeweiligen Kommunalparlamente (§ 108 Abs. 5 GO NW) zulässig gewesen sei und sie gehe nicht davon, dass diese Entscheidungen vor Gründung der Bietergemeinschaft eingeholt worden wären.

Die Antragsgegner hätten auch nicht geprüft, ob der Beigeladenen zu 1) die kommunalaufsichtsrechtliche Untersagung dieser wirtschaftlichen Betätigung noch vor der Leistungserbringung drohe, was wiederum die Nichteignung der Beigeladenen zu 1) begründe.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, die geplante Gründung einer Westfalenbahn GmbH nach erfolgter Zuschlagserteilung, an der die Mitglieder der Beigeladenen zu 1) zu jeweils 25% beteiligt sein sollen, zeige ebenfalls, dass hier eine gewinnorientierte wirtschaftliche Betätigung angestrebt werde und es nicht nur um die Auslastung von vorhandenen Kapazitäten gehe.

Darüber hinaus behauptet die Antragstellerin, die fachliche Eignung fehle der Beigeladenen zu 1), weil kein Mitglied der Beigeladenen zu 1) Leistungen im Bereich der Personenbeförderung erbringe und damit keine Kernkompetenzen im Schienenpersonennahverkehr aufweisen könne. Die Beigeladene zu 1) könne folglich auch nicht die in Ziffer 5.3 b) verlangten Nachweise zum schienenverkehrsspezifischen Know-how vorgelegt haben. Da die Eignung auf der Grundlage der vorzulegenden Nachweise zu prüfen gewesen sei, diese aber nach ihrer Einschätzung von den Mitgliedern der Beigeladenen zu 1) nicht erfüllt werden konnten, hätte auch dies zwingend zum Ausschluss des Angebotes führen müssen.

Die technische Leistungsfähigkeit sei ebenfalls bei der Beigeladenen zu 1) ausweislich des Vergabevermerks nicht ausreichend geprüft worden, weil die Mitglieder der Beigeladenen zu 1) keine Erfahrungen zu Referenzobjekten im Schienenpersonennahverkehr hätten darlegen können. Die Benennung von Referenzobjekten müsse sich aber in irgendeiner Form im Rahmen der Angebotsprüfung auswirken.

Die Antragstellerin meint zudem, dass die Berufung der Antragsgegner auf die Fiktion des § 4 EBZugV bezüglich der Zuverlässigkeit und Eignung für alle Mitglieder der Beigeladenen zu 1) vergaberechtlich nicht zulässig sei, weil es hier um eine einzelfallbezogene Prüfung der für die konkrete Auftragsvergabe erforderlichen Eignungskriterien gehe.

Sie sei durch das völlige Unterlassen dieser Eignungsprüfung in ihren Rechten verletzt, zumal hinsichtlich von drei Mitgliedern der Beigeladenen zu 1) diese Fiktion nicht greife. Aus der Bekanntmachung ergebe sich nur, dass die Vorlage von entsprechenden Nachweisen nicht erforderlich war, eine Prüfung sei dadurch aber nicht entbehrlich gewesen.

Weiterhin behauptet die Antragstellerin, das Nebenangebot der Beigeladenen zu 1) sei unzulässigerweise gewertet worden, weil die Antragsgegner keine detaillierten Mindestbedingungen hinsichtlich von Nebenangeboten in ihren Ausschreibungsunterlagen vorgegeben hatten, obwohl dies nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 16.10.2003, Rs C-421/01) erforderlich gewesen sei, und infolgedessen dürften jetzt nur noch die Hauptangebote gewertet werden.

Vorsorglich trägt die Antragstellerin vor, das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei auch wegen eines Verstoßes gegen § 1 GWB auszuschließen gewesen, weil die Bildung einer Bietergemeinschaft dann unzulässig sei, wenn die einzelnen Mitglieder auch allein in der Lage wären, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Dadurch würde der an sich bestehende Wettbewerb ausgeschlossen und das führe zugleich zu einer Verletzung des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips. Aus ihrer Sicht hätte zumindest die xxxxxxxx GmbH die Möglichkeit gehabt, allein ein Angebot abzugeben. Sie bezweifele auch, dass der Zusammenschluss der Bietergemeinschaft beim Bundeskartellamt angemeldet worden sei.

Nach erfolgter Akteneinsicht behauptet die Antragstellerin, das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei auch auszuschließen, weil dies nach ihrer Einschätzung nicht rechtsverbindlich von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterschrieben worden sei und auch die Bezeichnung einer bevollmächtigten Person im Angebot nicht erfolgt sei. Erst auf Nachfrage der Antragsgegner sei die Vollmacht durch die Beigeladene zu 1) vorgelegt worden.

Das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei auch auszuschließen, weil sie nicht Dienstleistungserbringer nach § 6 Abs. 2 AEG, wie in der Ausschreibung verlangt, sei. Das könnten nur solche Bieter sein, die über eine Genehmigung zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen verfügen. Weder die Beigeladene zu 1) als Bietergemeinschaft noch die neu zu gründende xxxxxxxxxxxxxxxx GmbH würden diese Genehmigung haben; lediglich die xxxx und die xxxx würden über diese Eisenbahnverkehrsgenehmigung verfügen, diese träten aber nicht als Bieter auf.

Weiterhin bezweifelt die Antragstellerin, dass die Beigeladene zu 1) ausreichende Angaben zum sog. Rückfallkonzept gemacht habe. Dabei würde es sich um eine Mindestbedingung nach den Ausschreibungsunterlagen handeln und aus dem Vergabevermerk würde sich ergeben, dass das Angebot der Beigeladenen zu 1) hier mit null Punkten bewertet worden sei. Im

Falle des Eintritts dieser Fallkonstellation müsste die Beigeladene zu 1) der Rückgriff auf 14 Triebwagen und 37 nicht motorisierte Wagen möglich sein, der Einsatz von Bussen sei hingegen nicht zulässig. Das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei zwingend auszuschließen, wenn es diese Vorgaben nicht erfülle.

Gleiches gelte hinsichtlich des Marketingkonzeptes. Auch hier hätte die Beigeladene zu 1) null Punkte bekommen, woraus die Antragstellerin schließt, dass insofern die Vorgaben aus der Ausschreibung von der Beigeladenen zu 1) nicht eingehalten wurden.

Die Antragstellerin behauptet auch, dass die Beigeladene zu 1) möglicherweise die Verdingungsunterlagen unzulässigerweise abgeändert habe, weil sie die Berechnung der Mehr- und Minderleistungspreise auf den Seiten 115 und 116 ihres Angebotes von Bedingungen abhängig gemacht habe. Dies sei nicht zulässig gewesen. Vielmehr hätten die Eintragungen ausschließlich in dem Kalkulationsschema erfolgen müssen.

Die Antragstellerin meint, dass auch keine verbindliche Lieferzusage gemacht worden sein könnte, weil die Beigeladene zu 1) ausweislich der Verdingungsunterlagen erst jetzt eine Ausschreibung zur Beschaffung der Fahrzeuge eingeleitet habe. Dabei könne es sich durchaus um einen anderen Anbieter als den im Angebot der Beigeladenen zu 1) benannten handeln, so dass ein Rückgriff auf die mit dem Angebot vorgelegte Lieferzusage aus Rechtsgründen dann nicht möglich sei.

Die Wertung sei auch nur eingeschränkt überprüfbar. Insbesondere bei der Preisbewertung sei von den Antragsgegnern ein Punktesystem angewandt worden, das inhaltlich nicht nachvollziehbar sei.

Die Antragstellerin behauptet zudem, dass der von der Beigeladenen zu 1) angebotene Preis im Missverhältnis zur Leistung stehe und die Wertung der Antragsgegner mithin gegen § 25 Nr. 3 VOL/A verstoße.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Den Antragsgegnern wird untersagt, den Zuschlag auf das Nebenangebot der Beigeladenen zu 1) über das Gesamtnetz zu erteilen.
2. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens.
3. Die Hinzuziehung von anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegner beantragen,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegner meinen, das Nachprüfungsverfahren sei nicht eröffnet, weil es hier nicht um einen Vorgang gehe, der den §§ 97 ff GWB unterfalle, sondern die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen sei ausschließlich nach Vorschriften des Eisenbahnrechts –insbesondere § 15 AEG- zu beurteilen. Aus § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AEG ergebe sich, dass die SPNV-Leistungen entweder durch Auferlegung oder durch eine Vereinbarung mit einem Eisenbahnunternehmen zustande kommen. Die „Auferlegung“ wäre ein Verwaltungsakt und die „Ver-

einbarung“ ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Diese Handlungsformen unterlägen der Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte, zumal auch keine spezialgesetzlichen Rechtswegzuweisungen ersichtlich seien. Allein die Durchführung einer europaweiten Ausschreibung sei nicht maßgeblich, weil man dann die gerichtliche Überprüfung von einem Wahlrecht der öffentlichen Hand abhängig mache und dies stelle auch einen Verstoß gegen den Grundsatz auf Bestimmung des gesetzlichen Richters gemäß Art 101 Abs. 1 GG dar.

Wenn man aber zur Eröffnung eines Nachprüfungsverfahrens komme, gelte nur ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab, weil es sich hier um Dienstleistungen nach der Kategorie 18 des Anhangs I B der Richtlinie 92/50/ EWG handele. Danach beschränke sich die Überprüfung auf die Bekanntmachung und auf die vergaberechtlichen Grundprinzipien wie das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, nicht hingegen auf Verstöße gegen Bestimmungen aus den Verdingungsordnungen wie der VOL/A. Da sich die Antragstellerin ausschließlich auf derartige Verstöße berufe, sei das Nachprüfungsverfahren schon unzulässig.

Die Antragstellerin habe auch nicht unverzüglich innerhalb von 1 bis 3 Tagen nach Erhalt des Informationsschreibens vom 15.12.2004 gerügt, soweit es um den angeblichen Verstoß gegen Kommunalwirtschaftsrecht gehe. Das Schreiben vom 29.09.2004 sei ebenfalls nicht als Rüge anzusehen, zumal zu dem Zeitpunkt noch gar nicht feststand, dass die Beigeladene zu 1) den Auftrag erhalten sollte und eine vorsorgliche Rüge gebe es im Vergaberecht nicht.

Die Antragstellerin sei auch nicht antragsbefugt, weil die §§ 107 und 108 GO NW nicht drittschützend seien. Das ergebe sich aus zwei Entscheidungen des BGH vom 25.04.2002 und 26.09.2002, worauf die Antragsgegnerin vollinhaltlich Bezug nehmen. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften könne nicht als unlautere oder wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise im Sinne des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A qualifiziert werden. Ansonsten würde man den Begriff der Unlauterkeit im Bereich des UWG/ GWB und der VOL/A unterschiedlich interpretieren.

Zudem hätten die Nachprüfungsinstanzen nicht die Befugnis, Verstöße gegen Bestimmungen, die nicht dem Vergaberecht unterliegen, zu prüfen. Darüber hinaus sei Regelungsadressatin der Vorschriften aus der Gemeindeordnung nicht die Bietergemeinschaft als solche, sondern Normadressaten seien die kommunalen Anteilseigner.

Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergebe sich auch nicht aus einem angeblichen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz. Die Antragsgegner haben sich durch ihre Ausschreibungsunterlagen nicht selbst dahingehend gebunden, dass sie eine kommunalwirtschaftliche Prüfung durchführen werden. Vielmehr haben sie lediglich die Bieter aufgefordert, die kommunalwirtschaftliche Zulässigkeit ihrer Beteiligung selbst darzulegen.

Der Antragstellerin fehle auch die Antragsbefugnis, soweit sie sich auf ungewöhnlich niedrige Preise berufe, weil die einschlägigen Vorschriften aus der VOL/A nicht drittschützend seien.

Auch die Behauptung, die Beigeladene zu 1) habe sich nicht beim Bundeskartellamt angemeldet, begründe keine Antragsbefugnis, weil hier –wenn überhaupt- ein Verstoß gegen §§ 35 ff. GWB vorliege. Dies seien aber keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren, so dass dies nicht nach § 97 Abs.7 GWB überprüft werden könne.

Hinsichtlich einer angeblichen fehlerhaften Wertung sei der Sachvortrag der Antragstellerin einfach unsubstantiiert. Das gelte auch hinsichtlich ihrer Behauptung, es lägen Verstöße gegen § 107 Abs. 5 GO NW und § 108 Abs. 5 GO NW vor.

Die Antragsgegner meinen, dass der Ausschluss eines Unternehmens vom Wettbewerb nicht aus dem Wettbewerbsgrundsatz und auch nicht aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A hergeleitet werden könne. Allein die Beteiligung von Kommunen am Wettbewerb sei nicht unlauter, wie der BGH entschieden habe, so dass die Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 VOL/A nicht vorlägen. Ganz im Gegenteil würde die Teilnahme von kommunalen Unternehmen den Wettbewerb erweitern und sei grundsätzlich erwünscht.

Der BGH habe in einer Entscheidung zwar ausgeführt, dass § 107 GO NW insofern eine den Wettbewerb regelnde Funktion habe, als diese Vorschrift durch die Beschränkung des Marktzutritts der Gemeinden, Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlege. Allerdings sei das nur dann der Fall, wenn das Verhalten der Kommune sich als wettbewerbsrechtlich unlauter darstelle.

Auch allein ein Verstoß gegen Kommunalrecht würde nicht für sich genommen die Annahme der Unzuverlässigkeit des Bieters rechtfertigen und zum Ausschluss des Angebotes führen und auch keinen Einfluss auf die Rechtsverbindlichkeit des Angebots haben. Es sei auch nicht relevant, in welcher Art und Weise das kommunale Unternehmen in Konkurrenz mit privaten Unternehmen trete. Insbesondere könne es nicht darauf ankommen, ob man sich innerhalb eines Vergabeverfahrens befinde.

Die Vergabestellen seien auch nicht befugt, einem Bieter, der zur Auftragsdurchführung auf die Erlaubnis einer Fachbehörde angewiesen sei, seine Eignung abzusprechen, wenn der Bieter diese Erlaubnis besitze. Die xxxxxx GmbH, die xxx und die xxxxxx GmbH hätten entsprechende Bescheinigungen von ihren Aufsichtsbehörden erhalten. Lediglich die xxxxxxxxxxxxxxxx GmbH konnte keine Bescheinigung vorlegen, weil diese Erlaubnispflicht von dem zuständigen Innenministerium NRW nicht angenommen worden sei. Die Antragsgegner seien jedenfalls an diese Beurteilungen der kommunalrechtlichen Zulässigkeit der Auftragsbewerbung gebunden.

Weiterhin führen die Antragsgegner aus, ein Verstoß gegen Kommunalwirtschaftsrecht sei jedenfalls nicht der Beigeladenen zu 1) anzulasten, weil diese nicht Normadressatin der Vorschriften aus der Gemeindeordnung sei. Gegen Kommunalrecht könnten nur die Anteilseigner verstoßen. Da es hier um kommunale Unternehmen in Privatrechtsformen gehe, müsse über eine Zurechnungsnorm diesen Unternehmen ein Verstoß zugerechnet werden, was aber nicht möglich sei, weil eine derartige Rechtsnorm nicht existiere. Soweit das OLG Düsseldorf die Zurechnung über eine Mitstörerverantwortung angenommen habe, könne dies im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden, weil es an einer akzessorischen wettbewerbswidrigen Handlung der Kommune fehle und auch eine Zurechnung über die Beherrschung nicht möglich sei, weil die entsprechenden Anteile viel zu gering seien.

Die Antragsgegner meinen, Anknüpfungspunkt für eine kommunalrechtliche Prüfung könne allein der § 108 Abs. 5 GO NW sein, weil diese Norm die mittelbare Beteiligung von Gesellschaften betreffe. § 107 GO NW gelte hingegen nur, wenn die Kommune selbst tätig werde.

Äußerst hilfswiese meinen die Antragsgegner, dass hier ein öffentlicher Zweck für die grenzüberschreitende Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) festgestellt werden könne. Ausgehend von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 79, 127) gehe es bei den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft um diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen speziellen Bezug haben, die den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und – wohnen der Menschen in der politischen Gemeinde betreffen. Dies bedeute hier, dass man

nicht nur auf die geographische Lage abstelle, sondern ob es in Bezug auf diese Strecken Mobilitätsbedürfnisse und Verkehrsinteressen gebe, die ihren Ausgangs- oder Zielpunkt im Gebiet der kommunalen Anteilseigner haben. Die aktive und passive Erreichbarkeit einer Kommune durch Bedienungsangebote des Schienenpersonennahverkehrs zähle unzweifelhaft zu den örtlichen Angelegenheiten. Gerade im Verkehrsbereich gehe es aber auch um Strecken, die über das eigene Gemeindegebiet hinausgehen und eine Verbindung zu anderen Regionen herstellen. Auch wenn eine Kommune nicht direkt an den hier im Streit stehenden Strecken liege, wie dies für die xxxxxxxx GmbH und der xxx der Fall sei, könnten diese Unternehmen örtliche Interessen daran haben, weil der Zwischenraum zwischen dem eigenen Gebiet und den fraglichen Strecken durch andere Verkehrsmittel überwunden werden können. Beispielsweise sei die Verbindung zwischen den Oberzentren Exxxx und Bxxxxxxx wegen der bestehenden wirtschaftlichen Beziehungen für die Stadt Exxxx wichtig. Im Übrigen ergebe sich auch aus § 5 Abs. 2 ÖPNVG NW, dass die Kommunen im Schienenpersonennahverkehr zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung in Form von Zweckverbänden verpflichtet seien.

Zudem meinen die Antragsgegner, den Kommunen stehe bei der Prüfung, ob ein öffentlicher Zweck diese Betätigung erfordere, ein Beurteilungsspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar und verfassungsrechtlich durch Art 28 Abs. 2 GG abgesichert sei.

Die Antragsgegner tragen vor, die Kommunen könnten auf zwei Ebenen die Daseinsvorsorgeaufgaben im öffentlichen Personennahverkehr wahrnehmen. Sie könnten entweder als Planer nach § 3 ÖPNVG NW tätig werden oder eben selbst durch eigene kommunale Unternehmen die Verkehrsdienstleistungen erbringen. Für die Beurteilung des öffentlichen Zwecks im Sinne des § 107 Abs. 1 GO NW sei es jedenfalls irrelevant, inwieweit die Kommunen ihre Aufgabenträgerfunktionen auf einen SPNV-Zweckverband übertragen haben.

Der Gesetzgeber habe im Übrigen in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NW den Kommunen in den dort genannten Bereichen die gleichberechtigte Teilnahme an den liberalisierten Sektoren ermöglichen wollen und ihnen auf diesen Gebieten die volle Wettbewerbsfreiheit zugesichert. Die Antragsgegner meinen, dass diese Aussagen des Gesetzgebers auch mit der Auffassung des OVG Münster in der Entscheidung vom 13.08.2003 korrespondieren würden. Danach würde die kommunalwirtschaftliche Betätigung im Öffentlichen Personennahverkehr nicht subsidiär, sondern gleichrangig zur Privatwirtschaft sein.

Der Subsidiaritätsgedanke in § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW, wonach eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nicht mehr erforderlich ist, wenn ein anderes Unternehmen den öffentlichen Zweck besser oder wirtschaftlicher erfüllen kann, sei gerade im vorliegenden Fall durch die vorliegenden Angebote widerlegt. Danach wäre gerade das Angebot der Beigeladenen zu 1) das wirtschaftlichste im Vergleich zu den Angeboten von rein privaten Anbietern.

Weiterhin meinen die Antragsgegner, dass die Vorschrift des § 107 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GO NW hier nicht zur Anwendung komme, weil diese auf privatwirtschaftlich konstruierte Kommunalunternehmen nicht anwendbar sei, weil bei diesen von vornherein eine rechtliche Trennung zwischen dem Vermögen der Kommune und dem Vermögen des Unternehmens bestehe. Hier sei nur § 108 Abs. 1 Nr. 4 GO NW einschlägig, der aber vorliegend nicht verletzt sei. Allein die im allgemeinen schlechte wirtschaftliche Lage aller Kommunen in Deutschland sei deshalb hier ohne Belang.

Die Beigeladene zu 1) sei auch geeignet zur Durchführung des Auftrages. Sie habe alle die in den Verdingungsunterlagen verlangten Nachweise hinsichtlich ihrer technischen und finanziellen Leistungsfähigkeit vorgelegt. Dass bisher kein Mitglied der Beigeladenen zu 1) Leis-

tungen im Schienenpersonennahverkehr erbringe, sei nicht zu beanstanden. Die Antragsgegner tragen vor, mit dem Begriff „schienenverkehrsspezifisches Know-how“ in den Ausschreibungsunterlagen, sei gemeint gewesen, dass ein Bieter nicht als Eisenbahnunternehmen zugelassen sein muss, sondern auch andere Leistungen mit Schienenverkehrsfahrzeugen wie das Betreiben von Straßenbahn, U-Bahnen oder Stadtbahnen ausreichend wäre. Das sei bei sämtlichen Mitgliedern der Beigeladenen zu 1) der Fall, wobei die xxxxxxxxxxxxxx GmbH und die xxx sogar als Eisenbahnunternehmen zugelassen seien. Im Übrigen mussten nach den Ausschreibungsunterlagen nicht alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft sämtliche Eignungsnachweise vorlegen, weil die Bietergemeinschaft als Ganzes beurteilt wurden. Darüber hinaus sei die Vorlage von Eignungsnachweisen auch nicht als Mindestanforderung in den Ausschreibungsunterlagen formuliert worden.

Die Wertung des Nebenangebotes der Beigeladenen zu 1) über das Gesamtnetz sei zulässig gewesen. Man habe in den Ausschreibungsunterlagen Mindestforderungen für Nebenangebote aufgestellt, in dem man in Ziffer 2 gefordert habe, dass die Nebenangebote über das Gesamtnetz dieselben Anforderungen zu erfüllen hatten wie die Hauptangebote über die einzelnen Lose. Damit seien entsprechend der Rechtsprechung des EuGH die Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen genannt gewesen, so dass diese jetzt auch berücksichtigt werden könnten. Zudem sei auch erkennbar gewesen, unter welchen Voraussetzungen der Zuschlag auf ein Nebenangebot erteilt werde. Im Übrigen seien diesbezügliche Unklarheiten zuvor von keinem Bieter gerügt worden und auch die Antragstellerin habe ein Nebenangebot über das Gesamtnetz abgegeben, ohne diesen Gesichtspunkt zu rügen.

Die Antragsgegner meinen zudem, eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Sinne von § 1 GWB sei bei der Bildung der Beigeladenen zu 1) in der Form einer Bietergemeinschaft jedenfalls nicht gesichert nachweisbar, so dass auch der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1) gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A nicht gerechtfertigt gewesen sei.

Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung sei nicht festgestellt worden. Die Antragsgegner weisen darauf hin, dass sie insoweit im Rahmen der Aufklärungsverhandlungen auch diesen Gesichtspunkten nachgegangen seien, weil man festgestellt habe, dass die Mehrleistungspreise im Angebot der Beigeladenen zu 1) ungewöhnlich niedrig waren. Man habe dann aber vor dem Hintergrund, dass diese Mehrleistungspreise nur für bestimmte Fälle gelten, festgestellt, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit während der Vertragslaufzeit dadurch nicht gefährdet werde. Im Übrigen sei eine Marktverdrängungsabsicht zu Lasten von Konkurrenten nicht ersichtlich.

Die Beigeladene zu 1) hält den Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf die Ausführungen der Antragsgegner ebenfalls für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet. Verstöße gegen § 107 Abs. 1 GO NW lägen nicht vor, da die Betätigung im Schienenpersonennahverkehr per se einem öffentlichen Zweck diene. Auch überörtliche Betätigungen seien in einem gewissen Umfang gemäß §§ 5 und 6 ÖPNVG in bestimmten Kooperationsräumen zulässig. Soweit es sich um Schienenpersonennahverkehr handele erweitere das ÖPNVG die Zuständigkeit der Aufgabenträger auch auf die Ebene der Leistungserstellung in den Regionalbereichen. Im Übrigen sei ausreichend für die Erfüllung des örtlichen Bezugs, dass die Bevölkerung im jeweiligen örtlichen Zuständigkeitsbereich von der wirtschaftlichen Betätigung profitiere. Der Subsidiaritätsgrundsatz gelte im Verkehrsbereich ausdrücklich nicht und auch der Unternehmenszweck werde nicht unterschritten.

§ 108 Abs. 5 GO NW sei auf das Stadium der Bietergemeinschaft nicht anwendbar, weil diese Vorschrift erst nach Erhalt des Auftrages einschlägig sei, nicht aber bereits bei der Bewerbung um einen Auftrag.

Sowohl die finanzielle als auch die vergaberechtliche Eignung sei von der Beigeladenen zu 1) durch entsprechende Nachweise belegt worden.

Unzulässige wettbewerbswidrige Abreden seien nicht erfolgt. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt lägen auch keine anmeldepflichtige Tatbestände im Sinne der § 37 Abs. 1 und Abs. 2 GWB vor. Mit einer Untersagung sei jedenfalls nicht zu rechnen.

Über den Umfang der Akteneinsicht hat die Vergabekammer mit den Verfügungen vom 05.01.2005, vom 13.01.2005 und vom 24.01.2005 entschieden.

Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 05.01.2005 ist die Frist für die Entscheidung bis zum 18.02.2005 verlängert worden.

Am 04.02.2005 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster ist für die Entscheidung in diesem Verfahren zuständig, weil die Antragsgegner aus öffentlichen Auftraggeberinnen im Sinne von § 98 Nr. 3 GWB bestehen. Es haben sich insgesamt drei Zweckverbände und eine Landesnahverkehrsgesellschaft zu der gemeinsamen Durchführung dieser Ausschreibung entschlossen und den Zweckverband mit Sitz im Regierungsbezirk Münster des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Federführung beauftragt (§§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b) ZuStVO NpV NRW). Die Zuständigkeitsverordnung gilt auch in den Fällen des § 98 Nr. 2 bis 6 GWB, wenn neben den Vergabestellen des Landes NRW auch Stellen anderer Länder beteiligt sind und die beteiligten Stellen, wie dies hier durch Nennung der Vergabekammer Münster in den Verdingungsunterlagen erfolgt ist, sich auf die Nachprüfung durch die im Land NRW dafür zuständigen Stellen schriftlich vor Beginn des Vergabeverfahrens geeinigt haben.

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VgV maßgeblichen Schwellenwert.

1) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Der Rechtsweg in Vergabesachen ist nach § 104 Abs. 2 GWB gegeben, weil die Verletzung von Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB geltend gemacht wird. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß §§ 1, 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A der Kategorie 18 (Eisenbahnen) des Anhangs I B VOL/A.

aa) Die Antragsgegner können sich nicht darauf berufen, der Nachprüfungsantrag sei nicht zulässig, weil sie nicht zu einer europaweiten Ausschreibung verpflichtet gewesen seien. Entscheidend ist, dass sie ihr nach § 15 Abs. 2 AEG zustehendes Ermessen dahingehend ausgeübt haben, die im Streit stehenden Leistungen auszuschreiben. Dadurch haben sie sich selbst

rechtlich gebunden, was zur Konsequenz hat, dass die in einem solchen Verfahren beabsichtigten oder getroffenen Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers im Verfahren nach den §§ 102 ff. GWB zur Überprüfung gestellt werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.12.2004, VII-Verg 79/04). Dass es sich dabei möglicherweise um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, welcher der Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliegt, ist jedenfalls so lange unerheblich, als sich die Vergabestelle durch die Anwendung von Bestimmungen aus dem Vergaberecht dem Vergaberegime unterwirft.

Damit wird auch dem Grundsatz auf die Bestimmung eines gesetzlichen Richters aus Art 101 Abs. 1 GG entsprochen, da mit der Entscheidung zur Durchführung einer europaweiten Ausschreibung die Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen gemäß §§ 102 ff. GWB feststeht.

Die Überprüfung ist hier auch nicht auf die Bekanntmachung sowie auf das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot beschränkt, nur weil es sich um Dienstleistungen nach Anhang I B, Kategorie 18 (Eisenbahnen), handelt. Aus der Tatsache, dass sich die Antragsgegner zur Ausschreibung in der vorliegenden Art und Weise entschlossen haben, haben sie für die Bieter auch einen bestimmten Vertrauenstatbestand hinsichtlich der Geltung von Vergabevorschriften geschaffen, von dem sie nicht wieder einseitig abrücken können. Sowohl die Vergabestelle als auch die Bieter sind dann im weiteren Verlauf der Ausschreibung an diese Vorschriften gebunden. Würde man das anders sehen, müssten sich die Antragsgegner entgegenhalten lassen, warum sie die Einhaltung von Vorgaben aus der VOL/A von den Bietern verlangen, ihre eigenen Handlungen und Maßnahmen aber nicht nach diesen Vorschriften ausrichten wollen. Prüfungsmaßstab wären dann unterschiedliche Rechtsnormen, je nach dem Standpunkt der Parteien. Das kann nicht richtig sein. Vielmehr haben die Antragsgegner durch die Ausübung ihres Ermessens sich zugleich auch den Anforderungen eines umfassenderen vergaberechtlichen Überprüfungskatalogs unterworfen, so dass nicht nur „übergeordnete“ Vergabeprinzipien zu prüfen sind (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.06.2004 unter Berufung auf das OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 634), sondern auch die Vorschriften aus der VOL/A.

bb) Allerdings ist der Rechtsweg nach § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht eröffnet für die Beanstandungen, welche die Antragstellerin auf Bestimmungen stützt, die sich nicht auf das Vergabeverfahren beziehen. Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind die Vorschriften der Verdingungsordnungen, die durch Verweisung in der Vergabeverordnung und die §§ 97 Abs. 6, 7 und 127 GWB Rechtssatzqualität erlangt haben, ferner die das Verfahren betreffenden Gebote des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) sowie bestimmte ungeschriebene Vergaberegeln (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.05.2002, Verg 6/02).

Das Kartellverbot (§ 1 GWB) und die Frage der Anmeldung beim Bundeskartellamt, aber auch alle anderen Fragen, die im Zusammenhang mit der Gründung der Beigeladenen zu 1) als Bietergemeinschaft stehen, wie § 35 GWB oder auch § 107 Abs. 5 und § 108 Abs. 5 GO NW sind keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren und können mithin nicht Gegenstand einer Nachprüfung durch die Vergabekammer sein.

Die Prüfung dieser Vorschriften ist auch nicht über § 2 Nr. 1 VOL/A eröffnet, weil ein möglicher Verstoß gegen diese Bestimmungen vor Einleitung des Vergabeverfahrens erfolgt und abgeschlossen ist und die Bieter in einem Nachprüfungsverfahren nur Anspruch darauf haben, dass die Vergabestelle ein ordnungsgemäßes und diskriminierungsfreies Verfahren zur Auftragserteilung im Wettbewerb durchführt (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom

09.04.2003, Verg 66/02). Der Wettbewerbsverstoß, den man der Vergabestelle zurechnen könnte, ist die unzulässige Beteiligung eines kommunalrechtlichen Unternehmens an dem Verfahren, nicht die Umstände, die im Zusammenhang mit der Gründung des Unternehmens stehen, mit denen die Vergabestelle nichts zu tun hat.

b) Die Antragsbefugnis im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB der Antragstellerin ergibt sich hier aus der Tatsache, dass sie mit ihrem Hauptangebot zu den Losen 1 und 2 zweitplatzierte Bieterin ist und sie reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags hätte, wenn die Gründe, die sie für den Ausschluss der Beigeladenen zu 1) geltend macht, wirklich zutreffend sind. Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewährung von Primärrechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, eine solche Chancenbeeinträchtigung begründen zu können (BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03).

c) Die Antragstellerin hat auch unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt, weil sie innerhalb von insgesamt 4 Tagen die Beanstandungen gegenüber der Antragsgegnerin vorgetragen hat. Erkannte Vergaberechtsverstöße sind unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen, zu rügen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01 und Beschluss vom 02.09.2002, Verg 25/02). Dies gilt erst recht, wenn keine Verzögerungen beim Bieter erkennbar sind, die erklärungsbedürftig sind. Für eine Rüge nur einen Zeitraum von 1 bis 3 Tagen zu lassen, ist realitätsfern, weil es sich hierbei um eine Zugangsvoraussetzung für ein Nachprüfungsverfahren handelt und ein Bieter in den meisten Fällen sorgfältig abwägen muss, ob er diesen Weg beschreiten will.

Auch der Verstoß gegen Kommunalwirtschaftsrecht musste hier nicht früher gerügt werden, weil ein Bieter erst dann rügen muss, wenn sich ein Verstoß gegen Vergaberecht sicher abzeichnet. Bevor die Wertungsentscheidung der Antragsgegner gefallen war, konnten die Bieter nicht wissen, ob die Antragsgegner nicht doch die Beigeladene zu 1) wegen angeblicher Verstöße gegen das Kommunalwirtschaftsrecht ausschließen wird.

Die Antragstellerin kann allerdings nicht mehr mit der Rüge gehört werden, dass weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen Mindestbedingungen für die Wertung von Nebenangeboten festgelegt wurden, obwohl dies erforderlich sei (EuGH, Urteil vom 16.10.2003, C-421-01). Denn gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewertung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Aus Ziffer II. 1.10 der Bekanntmachung ergibt sich, dass Nebenangebote berücksichtigt werden. In Ziffer 2 des Aufforderungsschreibens werden die Aussagen zu Nebenangeboten konkretisiert. Ob damit hinreichend, wie die Antragsgegner meinen, die Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Ausschreibungsunterlagen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH beschrieben wurden, kann dahingestellt bleiben. Denn aus den Verdingungsunterlagen konnte sowohl die Antragstellerin, aber auch die anderen Bieter, noch vor der Abgabe ihrer Angebote ohne weiteres schließen und erkennen, wie die Antragsgegner mit Nebenangeboten umgehen werden. Etwaige Beanstandungen inhaltlicher Art hätten folglich spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen. Die Rüge mit Schreiben vom 20.12.2004 ist insofern nicht mehr unverzüglich gewesen. Folglich kann die Antragstellerin hiermit nicht mehr gehört werden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Antragstellerin hat keinen Anspruch gemäß § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit den Vorschriften aus der VOL/A auf Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1). Die Berücksichtigung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) durch die Antragsgegner ist nicht zu beanstanden, weil es weder wegen formaler Gesichtspunkte noch wegen eines Verstoßes gegen § 2 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A auszuschließen war.

Im Einzelnen:

Es sind keine formalen Beanstandungen ersichtlich, die zum Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu 1) führen.

a) Die Wertung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) verstößt nicht gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOL/A.

Das Angebot der Beigeladenen zu 1) wurde ordnungsgemäß von allen 4 Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterschrieben. Im Anschreiben an die Antragsgegner wurde eine Person benannt, die für die Bietergemeinschaft die Verhandlungen mit den Antragsgegnern führen sollte. Die Vorlage einer Vollmachtsurkunde zeitgleich mit dem Angebot war nach den Verdingungsunterlagen nicht erforderlich und ist auch nach § 21 Nr. 5 VOL/A nicht erforderlich gewesen, weil diese Angaben bis zur Zuschlagserteilung gemacht werden können. Mit Schreiben vom 22.09.2004 hat die Beigeladene zu 1) diese Vollmachtsurkunde auf Nachfrage den Antragsgegnern vorgelegt. Dies war ausreichend und zulässig.

b) Die Wertung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) verstößt nicht gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A.

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A sind Angebote, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben, von der Wertung auszuschließen.

Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht nur auf ein gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst alle sonstigen Absprachen, aber auch Verhaltensweisen, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot des § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 VOL/A unvereinbar sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.09.2003, Verg 52/03). Wettbewerbsbeschränkend ist jedes Verhalten, das auf die Einschränkung von Wettbewerb hinausläuft (Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage, § 2 Rd. 22). Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen sowie ungesunde Begleiterscheinungen sind bei öffentlichen Auftragsvergaben durch den öffentlichen Auftraggeber zu bekämpfen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.06.2002, Verg 18/02). Diese Vorschriften haben bieterschützenden Charakter.

Ein Zusammenschluss verschiedener Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft ist nur dann verboten, wenn sie geeignet ist, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen.

Die Beigeladene zu 1) hat in ihrem Schreiben vom 22.09.2004 dargelegt, warum sie sich mit insgesamt 4 Unternehmen zusammengeschlossen hat. Jedes Unternehmen allein hätte entweder nicht über die erforderlichen Kapazitäten zur Ausführung des Auftrages verfügt oder nicht die erforderlichen Voraussetzungen für die Bewerbung erfüllt. So sind nur die kleineren Un-

ternehmen wie die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxGmbH und die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH als Eisenbahnunternehmen zugelassen, bedürfen aber zur Durchführung des Auftrages der Hilfe von größeren Unternehmen, wie der xxxxxxxx GmbH und der xxxxxxx GmbH. Die Beigeladene zu 1) hat diese Ausgangslage schlüssig und nachvollziehbar dargelegt; Anhaltspunkte für eine wettbewerbswidrige Abrede sind nicht ersichtlich und schon gar nicht nachweisbar vorhanden oder dargelegt worden. Die Wertungsentscheidung der Antragsgegner ist insoweit nicht zu beanstanden.

c) Die Wertung des Angebotes verstößt auch nicht gegen § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A.

Gemäß § 25 Nr.1 Abs. 2 lit. a) VOL/A können von der Wertung Angebote ausgeschlossen werden, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten.

Die Beigeladene zu 1) hat die nach Ziffer III. 3.1 geforderte Genehmigung zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbracht, weil es insoweit ausreichend war, dass zwei ihrer Mitglieder über diese Genehmigung nach § 6 Abs. 2 AEG verfügen. Dies ist die xxx und die xxx. Gerade vor diesem Hintergrund erfolgte u.a. der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft. Dass die neu zu gründende xxxxxxxxxxxxxxxxGmbH nicht über eine Genehmigung nach § 6 Abs. 2 AEG verfügt, ist insofern nicht relevant, weil keine Gesichtspunkte ersichtlich sind, dass diese Genehmigung nicht erteilt wird. Gemäß § 7 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A sind Arbeitsgemeinschaften und andere gemeinschaftliche Bewerber den Einzelbewerbern gleichzusetzen. Bietergemeinschaften können Angebote einreichen. Von ihnen kann nicht verlangt werden, dass sie zwecks Einreichung des Angebots eine bestimmte Rechtsform annehmen; dies kann erst verlangt werden, wenn ihnen der Auftrag erteilt worden ist (KG, Beschluss vom 04.07.2002, KartVerg 8/02). Da die endgültige Rechtsform erst nach Vertragschluss erfolgt, muss es zulässig sein, dass die GmbH auch erst anschließend eine Genehmigung nach § 6 Abs. 2 AEG für sich beantragt.

d) Die Wertung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) verstößt auch nicht gegen § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

aa) Nach Ziffer II. 2.1.1. der Vergabebekanntmachung wurde von Bietern mit mittelbaren oder unmittelbaren öffentlichen Anteilseignern verlangt, dass sie bei Angebotsabgabe durch einen geeigneten Nachweis darzulegen haben, dass die Abgabe des Angebotes im Einklang mit den die wirtschaftliche Betätigung des betreffenden Unternehmens regelnden Vorschriften steht. Bei Bietergemeinschaften mussten diese Unterlagen für jedes Mitglied vorgelegt werden.

Die Beigeladene zu 1) hat die geforderten Nachweise mit ihrem Angebot vorgelegt. Sie hat positive Stellungnahmen der Rechtsaufsichtsbehörden für drei ihrer Mitglieder und eine rechtsanwaltliche Bewertung für das vierte Mitglied vorgelegt. Nach der Vergabebekanntmachung war die Rechtsauskunft der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde nur beispielhaft genannt. Also konnte der Nachweis auch in anderer Form geführt werden. Die dem Angebot beigefügte rechtsanwaltliche Stellungnahme geht inhaltlich auf die Frage der Anwendung des § 107 GO NW im vorliegenden Falle ein, und kann mithin als „Nachweis“ angesehen werden.

Dass es sich letztlich lediglich um eine sog. Selbstauskunft handelte, kann dahingestellt bleiben, weil es jedenfalls rein formal gesehen ein Beleg bzw. ein Nachweis war, deren Aussagegehalt der Wertung der Antragsgegner unterlag. Diese haben die rechtsanwaltliche Stellungnahme als ausreichenden Nachweis zulässigerweise in ihrer Wertung berücksichtigt.

bb) Auch die Nachweise zur fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit waren ausreichend. Dass die Beigeladene zu 1) hier keine Erfahrungen im Bereich der Personenbeförderung im Schienenverkehrsnetz nachweisen kann, ist unbeachtlich. Nach den Verdingungsunterlagen mussten keine Leistungen im Schienenpersonennahverkehr erbracht worden sein. Als „schienenverkehrsspezifischen Know-how“ im Sinne von Ziffer 5.3 b) der Verdingungsunterlagen reichten auch Erfahrungen im Bereich mit Schienenverkehrsfahrzeugen wie Straßenbahnen, U-Bahnen und Straßenbahnen aus. Dass die Beigeladene zu 1) derartige Erfahrungen hat, wurde von der Antragstellerin nicht bestritten. Die Kammer hat nach dem Wortlaut dieser Vorschrift auch keine Bedenken, diese in der vorstehenden Form – so wie von den Antragsgegner auch vorgetragen- auszulegen. Es wurden nicht konkret Erfahrungen im Schienenpersonennahverkehr nachgefragt. Mithin mussten die Bieter diese auch nicht nachweisen. Die Wertungsentscheidung der Antragsgegner ist insofern nicht zu beanstanden.

cc) Die Beigeladene zu 1) hat ihrem Angebot auch eine verbindliche Lieferzusage von einem Fahrzeughersteller beigefügt. Sie hat dazu in ihrem Angebot ausgeführt, dass sie insofern noch eine Ausschreibung machen müsse, man würde aber die Mindestmaßstäbe für die Fahrzeugvergabe –so wie in den Verdingungsunterlagen verlangt- einhalten. Sollte ein anderer Hersteller - als der in der Lieferzusage genannte- im Ergebnis den Zuschlag erhalten, so wird dennoch ein dem angebotenen ähnliches System bestellt werden. Ähnliche Systeme würden beispielsweise folgende Hersteller, die die Beigeladene zu 1) dann in ihrem Angebot benennt, bieten.

dd) Ausweislich der Vergabebekanntmachung war die Beigeladene zu 1), da sie überwiegend im Eigentum kommunaler Gebietskörperschaften steht, nicht verpflichtet, ihre Zuverlässigkeit unter Hinweis auf § 4 EBZugV nachzuweisen. Mit ihrem Angebot teilte die Beigeladene zu 1) mit, dass „alle Partner zumindest mehrheitlich öffentliche Eigentümer haben.“ Demzufolge galt für alle Mitglieder dieser Bietergemeinschaft, das fiktiv die vorstehenden Nachweise zur Zuverlässigkeit als erbracht gelten. Die Vorgabe dieser Fiktion ist von den Antragsgegnern in der Bekanntmachung gemacht worden und daran hat sie sich zu halten. Wenn aber die Vorlage entsprechender Nachweise nicht erforderlich war, mussten diese nicht vorgelegt werden und waren folglich bei den Antragsgegnern nicht vorhanden. Eine Prüfung diese Unterlagen durch die Antragsgegner war somit auch tatsächlich nicht möglich. Das „Unterlassen“ dieser Zuverlässigkeitsprüfung verbleibt letztlich in der Risikosphäre der Antragsgegner und ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, soweit für alle Bieter die gleichen Vorgaben galten.

ee) Hinsichtlich der Vorlage von Referenzen gilt Ziffer III. 2.1.3 der Vergabebekanntmachung. Danach forderten die Antragsgegner lediglich: „Ggf. Angaben zu Referenzobjekten im SPNV“. Daraus kann nur geschlossen werden, dass weder die Vorlage von Referenzen noch die Vorlage von Referenzobjekten aus dem Bereich des SPNV mit dem Angebot erfolgen musste. Auch insofern haben die Antragsgegner bei ihrer Wertung nicht gegen § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A verstoßen.

ff) Hinsichtlich des Rückfallkonzeptes gilt, dass die Beigeladene zu 1) in ihrem Angebot (im Ordner Angebot, Seite 21 bis 23) Ausführungen zu Ziffer 6.2 des Leistungsverzeichnisses gemacht hat. Sie weist zunächst darauf hin, dass es noch fast drei Jahre bis zur Betriebsauf-

nahme sind und genügend Zeit für die Bestellung und Erprobung der Fahrzeuge gegeben sei. Man gehe davon aus, dass es unwahrscheinlich ist, überhaupt keine Fahrzeuge zu haben, sondern dass die bis dahin vorhandene Fahrzeugflotte ergänzt werden müsste. Die in der Ausschreibung geforderten Mindestanforderungen würden sowohl hinsichtlich des Fahrplans aber auch hinsichtlich der geforderten Kapazitäten eingehalten. Man werde in einem solchen Falle Reisezugwaren von der Firma XXX anmieten, welche für den Zeitraum von Mitte Dezember 2007 bis Ende 2008 ein Angebot über mindestens 20 Reisezugwagen mit je mindestens 60 Sitzplätzen vorgelegt habe. Das Angebot der Firma XXX befindet sich in der Anlage II.6 (Anlagenband II). Lokomotiven würden von den bekannten LokomotivPoolgesellschaften wie XXXX angemietet. Es wird ein Ersatzkonzept mit 20 Reisezugwagen und den entsprechenden Lokomotiven in jeweils erforderlicher Anzahl zur Vermeidung einer verspäteten Betriebsaufnahme verbindlich zugesagt.

Die Kammer hat hinsichtlich der Wertung dieses Rückfallkonzeptes keine Bedenken. Durch die Vorlage des Konzeptes, der Zusicherung der Einhaltung der Mindestanforderungen und der Darlegung von Handlungsstrategien für diesen Fall hat die Beigeladene zu 1) die in den Verdingungsunterlagen geforderten Mindeststandards erfüllt. Es wurde lediglich ein Konzept für diesen Fall gefordert; es wurde nicht gefordert, dass schon im Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes die Bieter über einen Ersatzfahrzeugpark in einer bestimmten Größenordnung konkret verfügen müssen. Die Bieter hatten folglich lediglich in ihren Angeboten darzulegen, welche Maßnahmen sie ergreifen werden, wenn die Fahrzeuge, die man im Angebot angeboten hatte, nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen. Die hierzu von der Beigeladenen zu 1) gemachten Angaben sind schlüssig und auch glaubhaft gemacht worden. Der Hinweis auf die Anmietung bei der Firma XXX ist aus der Sicht der Kammer ausreichend, wie auch der Hinweis auf namentlich genannte LokomotivPoolgesellschaften. Die Anforderungen der Verdingungsunterlagen hat die Beigeladene zu 1) damit erfüllt.

Dass dieses Konzept im Vergleich zu anderen Konzepten möglicherweise nicht ganz so überzeugend wirkte, hat sich dann bei der Wertung niedergeschlagen. Die Antragsgegner haben der Beigeladenen zu 1) null Punkte dafür gegeben. Diese Beurteilungsentscheidung der Antragsgegner ist aber nicht zu beanstanden, weil keine Beurteilungsfehler erkennbar sind.

e) Die Wertung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) verstößt auch nicht gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) VOL/A in Verbindung mit § 2 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A und § 107 GO NW.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

aa) Nach § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A sind Leistungen in der Regel im Wettbewerb zu vergeben. Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen sind zu bekämpfen (§ 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A). Wie bereits im Beschluss der Vergabekammer vom 04.10.2004, VK 21/04, ausgeführt, hält die Kammer die Prüfung des § 107 GO NW in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VOL/A in einem Vergabeverfahren für zulässig und auch für erforderlich (so auch OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 12.01.2000, Verg 3/99 und vom 17.06.2002, Verg 18/02 und vom 09.04.2003, Verg 43/02).

Das OLG Düsseldorf hat zur Begründung ausgeführt: Ein öffentliches Unternehmen, das kraft gesetzlicher Anordnung in § 107 GO NW nicht in den Wettbewerb eingreifen darf, stört und verfälscht den Bieterwettbewerb, wenn es dennoch mit den anderen zugelassenen Wettbewerbsteilnehmern in den Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag eintritt. Solche Wettbe-

werbsverfälschungen muss der öffentliche Auftraggeber unterbinden. Diese Pflicht ergibt sich schon aus dem in § 97 Abs. 1 und 2 GWB, § 2 Nr. 1 VOL/A statuierten Gebot, den Auftrag im Wettbewerb zu vergeben und wettbewerbsbeschränkende sowie unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen. Die –umfassend zu verstehende – Durchsetzung des wettbewerblichen Prinzips liegt nicht nur im Interesse des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers, sondern auch des potentiellen Auftragnehmers, soll also auch den Bewerber oder Bieter im Vergabeverfahren schützen (so auch OLG Düsseldorf im Beschluss vom 09.04.2003, Verg 43/02, ohne dass in der Entscheidung § 107 GO NW entscheidungsrelevant war). Auch in der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003, Verg 66/02, weist das OLG deutlich darauf hin, dass § 107 Abs. 3 GO NW nicht zu prüfen ist, wenn ausschließlich die wirtschaftliche Betätigung der Kommune als solche betroffen ist. Etwas anderes gilt aber, wenn ein Verfahren zur Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags berührt wird und die Rechte der Bieter auf ein ordnungsgemäßes und diskriminierungsfreies Verfahren zur Auftragserteilung im Wettbewerb durch die Vorschrift des § 107 GO NW tangiert sein können.

Auch das OVG Münster hat mit Urteil vom 13.08.2003, 15 B 1137/03 festgestellt, dass es bei § 107 GO NW nicht allein darum gehe, im Interesse des Schutzes der Gemeinden vor den Gefahren wirtschaftlicher Betätigung und im Interesse öffentlicher Zwecke, die eine gemeindliche wirtschaftliche Betätigung erfordern, diese zu regeln, sondern um einen Ausgleich in einem teils widerstreitenden Interessengeflecht, zu dem auch die Interessen jedenfalls der örtlichen Wirtschaftsteilnehmer zählen.

Dieser Auffassung schließt sich die entscheidende Kammer an. Es geht hier nicht darum, ob generell das Verhalten einer Kommune den Anforderungen des § 107 GO NW entspricht. Darüber entscheiden nicht die Nachprüfungsinstanzen, sondern die Verwaltungsgerichte. Wenn aber ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages durchgeführt wird, dann können durch die Nichtbeachtung des § 107 GO NW auch die Rechte der anderen Bieter, die sich an der Ausschreibung beteiligen, auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zur Auftragsvergabe im Wettbewerb, tangiert werden. Verstöße eines öffentlichen Auftraggebers gegen das Vergaberecht unterliegen der Nachprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen.

Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden muss auch als mögliche Beeinträchtigung der örtlichen Wirtschaft angesehen werden. Dies lässt sich aus der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 12/3730, Seite 105) und aus den eingeholten Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren ohne weiteres herleiten.

Dass § 107 GO NW eine den Wettbewerb zwischen öffentlichen Einrichtungen, die sich wirtschaftlich betätigen, und Unternehmen der Privatwirtschaft regelnde Funktion zukommt, steht nicht im Gegensatz zur Auffassung des BGH.

Nach der Auffassung des BGH, Urteil vom 26.09.2002, I ZR 293/99, und Urteil vom 25.04.2002, I ZR 250/00, hat § 107 GO NW auch insofern eine den Wettbewerb regelnde Funktion, als sie durch die Beschränkung des Marktzutritts der Gemeinden, Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegt. Die Vorschrift dient jedoch nicht der Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens der Gemeinden im Allgemeinen. Der Gesetzesverstoß allein genügt nicht, wenn die verletzte Norm nicht zumindest eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat. Eine derartige Schutzfunktion fehle der Vorschrift des § 107 GO NW. Beispielsweise sei die Ausübung bestimmter Tätigkeiten im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit nur zulässig, wenn fachliche Fähigkeiten nachgewiesen werden. Eine Schutzfunktion dieser Art wird auch für Art. 87 BayGO verneint.

In den Entscheidungen des BGH geht es darum, ob allein der Verstoß gegen § 107 GO NW zu einer Sittenwidrigkeit im Sinne von § 1 UWG führt und von den Kommunen verlangt werden kann, dass sie dies unterlassen. Diese Schutzfunktion verneint der BGH. Wenn eine Gemeinde gegen § 107 GO NW verstößt, dann ist das wettbewerblich nicht automatisch ein unlauteres Verhalten im Sinne von § 1 UWG. Denn es soll keine allgemeine Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens der Gemeinden erreicht werden. Demzufolge haben andere Unternehmer keinen Anspruch aus § 1 UWG auf Unterlassung. Wenn die Gemeinde aber in den Markt eintritt und sich konkret in einen Wettbewerb mit anderen Unternehmen begibt, dann hat § 107 GO NW eine den Wettbewerb regelnde Funktion (so auch der BGH, a.a.O.). Es muss also darauf abgestellt werden, ob tatsächlich ein konkreter Wettbewerb durchgeführt wird. Wenn eine Kommune oder kommunaler Anteilseigner sich an einer konkreten Ausschreibung beteiligt und sich in den Wettbewerb mit anderen Unternehmen in Bezug auf einen ganz konkreten Auftrag begibt, geht auch der BGH – ebenso wie das OLG Düsseldorf im Beschluss vom 17.06.2002, Verg 18/02- davon aus, dass dem § 107 GO NW insofern eine den Wettbewerb regelnde Funktion zu entnehmen ist.

Mit dem Wettbewerb im Sinne der BGH –Rechtsprechung ist das Betreiben von kommunalen Betrieben wie Kraftfahrzeugrecyclingwerkstätten oder Elektrowerkstätten usw. als solche gemeint. Wettbewerb im Sinne der Vergaberechtsprechung bedeutet, die konkrete Durchführung einer Ausschreibung am Markt durch einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. §§ 97 ff. GWB). Das sind ganz unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen.

§ 97 Abs. 7 in Verbindung mit §§ 97 Abs. 1 und 2 GWB ermöglichen den Rechtsschutz von Teilnehmern im Wettbewerb, wenn sie subjektive Rechte für sich in Anspruch nehmen können, die der öffentliche Auftraggeber möglicherweise bei der Vergabe nicht berücksichtigt hat. Insofern prüft auch der BGH in seinen Entscheidungen immer, ob Individualansprüche aus § 1 UWG oder § 823 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Unterlassung begründen. Wenn aber –wie in einem Vergabeverfahren- die Grundsätze eines Bieters auf Chancengleichheit und Nichtdiskriminierung zu prüfen sind und eine Verletzung dieser Rechte, Individualansprüche in der Weise begründen, dass ein Angebot eines Mitbewerbers in kommunaler Trägerschaft, von der Vergabestelle gemäß § 25 VOL/A nicht gewertet und folglich auszuschließen ist, dann können die Bieter in einem Nachprüfungsverfahren individuell die Einhaltung dieser Rechte verlangen. Rechtsgrundlage für den Ausschluss eines solchen Angebotes ist somit § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit § 25 VOL/A und § 2 Nr. 1 VOL/A.

Es geht nicht allein um einen Verstoß gegen das Kommunalrecht oder um die Erhaltung von Marktstrukturen, sondern um subjektive Rechte von Bietern in einem Vergabeverfahren. Die Art und Weise der Konkurrenz ist auch von erheblicher Relevanz, weil die Bieter in einem Vergabeverfahren in einem ganz anderen Verhältnis zueinander stehen, als auf dem freien Markt. Die Bieter haben Angebote vorgelegt und sich dabei an den Forderungen des öffentlichen Auftraggebers orientiert. Sie haben die Möglichkeit, Schadensersatzansprüche geltend zu machen (vgl. § 124 GWB), wenn gegen Vergabevorschriften verstoßen wird. Die Rechtsstellung der Bieter in einem Vergabeverfahren ist nicht zu vergleichen mit ihrer Rechtsstellung außerhalb eines derartigen Verfahrens.

Die Durchsetzung des wettbewerblichen Prinzips bei der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand liegt auch im Interesse des potentiellen Auftragnehmers und soll auch die Bewerber und Bieter im Vergabeverfahren schützen.

bb) Die Beigeladene zu 1) unterliegt hier auch der Anwendung des § 107 GO NW.

Gemäß § 107 Abs. 1 GO NW darf sich die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Die Beigeladene zu 1) besteht als Bietergemeinschaft aus vier Mitgliedern, deren Anteile nur zum Teil einer Gebietskörperschaft zugerechnet werden können. Mehrheitlich befinden sich die Anteile aber in kommunaler Hand. Die Beigeladene zu 1) muss sich -obwohl nicht Kommune- an § 107 GO NW messen lassen.

Einerseits lässt sich dazu anführen, dass eine Umgehung der Beachtung von Vorschriften aus dem Vergaberecht möglich wäre, wenn man die Beteiligung von Kommunen an privaten Gesellschaften nicht dem Vergaberegime unterwirft (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.06.2002, Verg 18/02). So hat auch der EuGH wiederholt entschieden, dass der Anteil an einer Aufgabe nicht dazu führen kann, ob jemand ein öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht (EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs C-44/96). Diesen Rechtsgedanken wiederholt der EuGH auch in seiner Entscheidung vom 11.01.2005, Rs C-26/03, Ziffer 26.

Andererseits ist die Frage des Umfangs der Beteiligung der Gemeinde an Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts bereits in § 108 GO NW geregelt. Durch diese Vorschrift sollen ausreichende Steuerungs-, Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten durch die den Bürgerwillen repräsentierenden Mitglieder des Rates gewährleistet werden (Rehn/Cronauge, Kommentar zur GO NRW, § 108 Anm. I. 1.) Vor der Entscheidung, ob eine Beteiligung an eine dieser Gesellschaften, die Mitglieder der Beigeladenen zu 1) sind, hat die Gemeinde u.a. § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NW zu beachten. Danach darf die Gemeinde Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere in einem Überwachungsorgan, erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert wird.

Daraus kann nur geschlossen werden, dass die Gemeinde diesen vom Gesetzgeber geforderten Einfluss auch tatsächlich sichergestellt hat, um entsprechende Kontrollmöglichkeiten zu behalten. Demzufolge kann sie sich nicht anschließend darauf berufen, dass man wegen der geringen Beteiligung gar keine Steuerungsmöglichkeiten mehr sehe und insofern § 107 Abs. 1 GO NW nicht zur Anwendung kommen könne.

cc) Ein Verstoß gegen den Grundsatz aus § 107 Abs. 3 GO NW in Verbindung mit § 107 Abs. 1 GO NW und § 2 Nr. 1 VOL/A durch die Beteiligung der Beigeladenen zu 1) in diesem Ausschreibungsverfahren ist aber nicht feststellbar.

Gemäß § 107 Abs. 3 GO NW ist die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaft gewahrt sind.

Nach § 107 Abs. 1 GO NW darf sich die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert (Nr. 1), die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht (Nr. 2) und bei einem Tätigwerden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann (Nr. 3).

Als wirtschaftliche Betätigung ist in § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NW der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung nach ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden kann.

Im Gegensatz zu den Entscheidungen des OLG Düsseldorf, die zu § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW ergangen sind, kommt es hier nicht darauf an, dass ein fördernder Zusammenhang festgestellt wird, weil hier ein Privilegierungstatbestand im Sinne von § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW definitiv nicht vorliegt. Die vorliegende Fallkonstellation wird ausschließlich von § 107 Abs. 3 GO NW erfasst, der auf § 107 Abs. 1 GO NW verweist. Insofern kommt es auch nicht darauf an, ob hier Kapazitätserweiterungen geplant sind, die über einen gewissen Bereich hinausgehen und mithin nicht mehr als bloße Annex Tätigkeiten gestattet sein könnten.

Hier liegen auch grenzüberschreitende Tätigkeiten vor, weil die Streckennetze nicht ausschließlich sich in den Zuständigkeitsbereichen der Mitglieder der Beigeladenen zu 1) befinden. So liegt beispielsweise im räumlichen Zuständigkeitsbereich der xxxxxx GmbH überhaupt keine der ausgeschriebenen Strecken. Auch die anderen Strecken befinden sich nicht nur im räumlichen Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Mitglieds der Beigeladenen zu 1).

(1) Wie bereits im Beschluss vom 04.10.2004, VK 21/04, ausgeführt, kann man bei der Prüfung eines öffentlichen Zwecks im Sinne von § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW für das Tätigwerden eines Unternehmens, welches teilweise im Eigentum einer Gemeinde steht, nicht auf unternehmerische oder betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte abstellen. Vielmehr zielt der öffentliche Zweck auf die unmittelbare oder mittelbare Förderung von der im öffentlichen Interesse gebotenen Versorgung der Bevölkerung durch die Leistung an sich. Öffentlicher Zweck in diesem Sinne ist somit jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, also die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einer im Interesse der Bevölkerung liegenden Aufgabe. Der Begriff des öffentlichen Zwecks bringt insofern die Gemeinnützigkeit zum Ausdruck, der die Einrichtung dienen muss. Es ist ein Teil der Daseinsvorsorge für die Versorgung der Bevölkerung.

Die Sicherstellung des Schienenpersonennahverkehrs ist eine Aufgabe, die im Interesse der Bevölkerung liegt und als Teil der Daseinsvorsorge sozial- und gemeinwohlorientiert ist. Insofern liegt ein öffentlicher Zweck im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NW vor.

Es kommt aber nicht darauf an, ob ein örtlicher Bezug für alle Mitglieder der Beigeladenen zu 1) zum Betreiben des Schienennetzes festgestellt werden kann. Insofern ist es nicht relevant, dass im Bereich der Stadt Exxxx keine Streckenführung geplant ist. Denn durch die Einführung des § 107 Abs. 3 GO NW hat der Gesetzgeber für grenzüberschreitende Tätigkeiten wirtschaftlicher Art dies Territorialprinzip aufgehoben bzw. aufgegeben. Das kann dann nicht wieder durch die weitere Prüfung des § 107 Abs. 1 GO NW einbezogen werden, indem man auf die Erfüllung „ihrer“ Aufgaben abstellt und fordert, dass diese Grenzüberschreitung nur zulässig ist, wenn sich die wirtschaftliche Betätigung auch im eigenen Hoheitsgebiet vollzieht und ggf. von dort aus in andere Hoheitsgebiete hineinführt. Die Einschränkung lässt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen. Vielmehr sollte die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen räumlich erweitert werden. Darunter fällt auch, wenn eine Kommune oder eine von der Kommune beherrschte Privatrechtsgesellschaft Leistungen in den „Zuständigkeitsbereichen“ anderer Kommunen ausführt, die dann der dort lebenden Bevölkerung zugute kommen. Die Leistung an sich muss nicht im eigenen Hoheitsgebiet anfallen und ausgeführt werden, sondern die Kommune kann diese Leistung auch zulässigerweise in einem anderen Hoheitsgebiet

ausführen, soweit die betroffene Kommune damit einverstanden ist (vgl. § 107 Abs. 3 GO NW).

(2) Weiterhin folgt aus dem Gemeinwohlprinzip, dass die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen nur zulässig ist, wenn ein privates Angebot qualitativ oder quantitativ nicht ausreichend zur Verfügung steht (LT-Drs. 12/3730, Seite 105). Diese Auffassung wird zwar gelegentlich bestritten, allein diese Auffassung erlaubt aber eine Abgrenzung zwischen zulässigen und nicht zulässigen Aktivitäten (LT-Drs. 12/3730, Seite 105). Als Beispiel nennt der Gesetzgeber die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln. Das ist eine Aufgabe, die unbestreitbar im Gemeinwohl liegt und damit einem öffentlichen Zweck dient. Genau hier knüpft der Subsidiaritätsgedanke an, wonach es der Gemeinde nach der Gemeindeordnung untersagt ist, sich auf Gebieten zu betätigen, wo es genügend private Anbieter gibt, die diese Aufgaben erfüllen.

Im Bereich der Abfallentsorgung, so meinte die Kammer im Beschluss vom 04.10.2004, VK 21/04, greift dieser Subsidiaritätsgrundsatz, weil es genügend private Anbieter auf dem Markt gibt, die diese Aufgabe genau so gut erfüllen können, wie die kommunalen Betriebe. Hier müssen die Kommunen sich deshalb nicht wirtschaftlich betätigen und durch ihre Beteiligung in einem Vergabeverfahren anderen Anbietern Konkurrenz machen, was zu einer Wettbewerbsverfälschung führt.

Im vorliegenden Fall ist aber dieser Subsidiaritätsgrundsatz nicht entscheidungsrelevant. Dies ergibt sich aus § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NW, der für bestimmte dort genannte Versorgungsdienstleistungen eine Ausnahme von der grundsätzlichen Subsidiarität kommunaler wirtschaftlicher Betätigung macht. Genau dieser Kernbereich des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NW ist hier betroffen.

In § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NW wird klargestellt, dass für die dort genannten Kernbereiche der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs usw. ein Nachrang kommunalwirtschaftlicher Betätigung nicht besteht (LT-Drs. 12/3730, Seite 108). Folglich gilt die kommunalrechtliche Subsidiaritätsklausel für diese Bereiche nicht, weil der Gesetzgeber offensichtlich den Zweck verfolgte, Kommunen und ihre Unternehmen zum Beispiel auf dem Gebiet des öffentlichen Verkehrs mit anderen Wettbewerbern gleichzusetzen und ihnen gleiche Wettbewerbschancen eröffnen wollte (Held, Die Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, NWVBL 2000, Seite 203). Unter den Begriff des öffentlichen Verkehrs fällt auch der Schienenpersonennahverkehr.

In der LT- Drs. 12/3947, Seite 94 wird dazu ausgeführt:

„Die Novelle zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen (§ 107 ff) ist notwendig geworden, um die Stadtwerke von allzu engen Fesseln des kommunalen Wirtschaftsrechts zu befreien. Ihnen soll die Möglichkeit der gleichberechtigten Teilnahme am liberalisierten Energiemarkt eröffnet werden. Dazu soll der Vorrang privatrechtlicher Betätigung vor der Kommunalwirtschaft für die Energieversorgung, Wasserversorgung, den öffentlichen Verkehr und die Telekommunikation ebenso entfallen wie die strenge Bindung der Geschäftstätigkeiten kommunaler Unternehmen an die Gebietsgrenzen der Gemeinden. Das neue kommunale Wirtschaftsrecht sichert den Stadtwerken auf diesen Geschäftsfeldern volle Wettbewerbsfreiheit mit den Unternehmen (die beispielsweise genannt werden) zu.“

Durch die ausdrückliche Klarstellung in § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW ist die kommunalwirtschaftliche Betätigung auf diesen Gebieten nicht subsidiär, sondern hier sollte eine Gleichset-

zung mit anderen Wettbewerbern erfolgen. Folglich ist hier nicht zu prüfen, ob es eine Reihe von Anbietern auf dem Markt gibt, die die im Streit stehenden Leistungen ebenso gut erbringen können wie die Beigeladene zu 1). Vielmehr erhalten die Kommunen hier die Möglichkeit, sich als gleichrangige Wettbewerber auf diese „Märkte“ zu begeben.

Die im Streit stehenden Leistungen betreffen den Bereich des öffentlichen Verkehrs, wozu ohne weiteres auch die Personenbeförderung im Schienenpersonennahverkehr gehört. Diese Dienstleistungen gehören auch zum „Kernbereich“ des öffentlichen Verkehrs und sind nicht etwa als ergänzende Dienstleistungen oder neue Geschäftsfelder jenseits des Kernbereichs zu qualifizieren. Dienstleistungen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem öffentlichen Verkehr erbracht werden, können als zulässig angesehen werden. Die Kommunen sind auf diesem Markt gleichberechtigte Wettbewerber zu privaten Anbietern.

Die Voraussetzung in § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW, wonach der öffentliche Zweck bei den besonders genannten Unternehmen auch nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann, ist durch das Ergebnis der Ausschreibung belegt worden.

(3) Anhaltspunkte dafür, dass die Betätigung nach Art und Umfang hier nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht (§ 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NW) liegen hier nicht vor und können auch nicht pauschal aus der allgemeinen schlechten Wirtschaftslage der Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland ohne weitere Angabe von Nachweisen hergeleitet werden.

Die Betätigung der Beigeladenen zu 1) außerhalb ihrer Gemeindegebiete ist hier zulässig; Anhaltspunkte, dass die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften (vgl. § 107 Abs. 3 Satz 1 GO NW) nicht gewahrt werden sind nicht ersichtlich.

Im Ergebnis muss sich die Beigeladene zu 1) hier nicht entgegenhalten lassen, dass ihre wirtschaftliche Tätigkeit auf anderen Gemeindegebieten mit dem öffentlichen Zweck und insbesondere nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip übereinstimmt und sie mithin in einen bestehenden Markt unzulässigerweise eingreift. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt nicht vor.

Wenn aber die Beigeladene zu 1) mit ihrem Betrieb als Unternehmerin gleichrangig mit den anderen privaten Unternehmern auf diesem Markt (öffentliche Verkehre) tätig sein kann und dies keine unzulässige wirtschaftliche Betätigung im Sinne von § 107 Abs. 3 in Verbindung mit § 107 Abs. 1 GO NW ist, dann ist die Einbeziehung ihres Angebotes bei der Wertung durch die Antragsgegner nicht zu beanstanden.

Die Kammer lässt es bei dieser Sachlage, da nicht mehr entscheidungsrelevant, dahinstehen, ob die Genehmigungen der Kommunalaufsichtsbehörden irgendeine Relevanz für die Vergabestelle haben und ob eine Vergabestelle sich allein auf diese Genehmigungen in einem Vergabeverfahren berufen kann, ohne selbst die wettbewerblichen Auswirkungen der Beteiligung einer Kommune oder eines kommunalen Unternehmens zu prüfen. Es spricht nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2000, Verg 3/99, viel dafür, dass die Vergabestellen in eigener Kompetenz und Zuständigkeit diese Rechtsfragen und auch die Vorschrift des § 107 GO NW zu prüfen haben.

f) Die Wertung des Angebotes der Beigeladenen zu 1) verstößt auch nicht gegen § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A darf auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, der Zuschlag nicht erteilt werden. Die Antragstellerin hat hier nicht substantiiert dargelegt, dass ein derartiger Verstoß vorliegt und auch ausweislich des Angebotes der Beigeladenen zu 1) lässt sich ein derartiges Missverhältnis nicht konstruieren. Darüber hinaus ist auch eine Marktverdrängungsabsicht bei der Beigeladenen zu 1) nicht feststellbar.

Im Ergebnis ist folglich die Wertung der Antragsgegner hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen zu 1) nicht zu beanstanden. Verstöße gegen Vergabevorschriften sind nicht feststellbar. Der Nachprüfungsantrag ist somit zurückzuweisen.

III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Der Kostenrahmen ergibt sich aus § 128 Abs. 2 GWB.

Die Vergabekammern des Bundes haben in Zusammenarbeit mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Danach ist bei einem Auftragswert ausgehend von dem Gesamtangebot der Antragstellerin für beide Lose, wobei hier die Beträge aus dem Eröffnungsprotokoll zugrundegelegt werden, eine Gebühr in Höhe von xxxx Euro zu erheben. Die Vergabekammer sieht keine Billigkeitsgründe, die zu einer Verringerung der Gebühr (§ 128 Abs. 3 Satz 4 GWB) führen.

Die Antragstellerin hat als unterlegene Partei diese Gebühr zu tragen.

IV.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabeprüfstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder geltend entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf einfache fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern hier allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht und Fragen aus dem Bereich des Tarifreuerrechts streitentscheidend waren.

Die Antragstellerin trägt als unterlegene Partei die Aufwendungen der Antragsgegner für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

V.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer den § 50 Abs. 2 GKG analog zugrundegelegt und 5 % der Auftragssumme auf Antrag einer Partei festsetzen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung 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.

Diemon-Wies

Stolz

Heine

