



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Übt ein öffentlicher Auftraggeber bei Ausschreibungen von Leistungen im Schienenpersonennahverkehr sein ihm nach § 15 Abs. 2 AEG zustehendes Ermessen dahingehend aus, dass er die Vorschriften der VOL/A tatsächlich anwendet, dann bindet er sich rechtlich selbst, und zwar in der Weise, dass die in einem solchen Verfahren beabsichtigten oder getroffenen Entscheidungen in Verfahren nach den §§ 102 ff. GWB zur Überprüfung gestellt werden können. Dies gilt auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber die Anwendung der Vergabevorschriften als freiwillig bezeichnet.**
- 2. Die Bieter sind nicht verpflichtet, die Mitteilung des öffentlichen Auftraggebers, dass die Vergabe in einem Verwaltungsverfahren erfolgen soll, gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB zu rügen. Entschließt sich ein öffentlicher Auftraggeber überhaupt kein geregelter förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, so fehlt es an einer verfahrensmäßigen Grundlage dafür, dem Bieter eine Mitwirkungspflicht zugunsten des öffentlichen Auftraggebers aufzuerlegen.**
- 3. Bei einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb kann der öffentliche Auftraggeber auch nach bereits erfolgter Feststellung der Eignung des Teilnehmers, seine Beurteilungsentscheidung aufgrund neu eintretender Umstände wiederholen. Die Eignungsprüfung umfasst auch einen Wechsel in der Person eines Teilnehmers – hier gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen-, solange noch keine Angebote abgegeben wurden.**
- 4. Stellt der öffentliche Auftraggeber bestimmte Forderungen in der Leistungsbeschreibung auf, denen die gebotene Klarheit fehlt, so gehen diese Unklarheiten zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers.**
- 5. Soweit ein öffentlicher Auftraggeber generell auf die Einhaltung einer Vielzahl von (eisenbahnrechtlichen) Vorschriften in seiner Bekanntmachung hinweist, diese aber nicht als konkrete Vorgaben in den Verdingungsunterlagen übernimmt, handelt es sich jedenfalls nicht um Umstände im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A, die für die einwandfreie Preisermittlung herangezogen werden dürfen.**
- 6. Ein Bieterwechsel aufgrund gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen ist in der Zeit zwischen der Angebotsabgabe und der Zuschlagserteilung wegen eines Verstosses gegen § 24 Nr. 2 VOL/A unzulässig, so auch OLG Düsseldorf, 18.10.2006, Verg 30/06. Allerdings kann in Kenntnis der geplanten Umstrukturierungen der Zuschlag auf ein solches Angebot erteilt werden, wobei es dann dem öffentlichen Auftraggeber überlassen bleibt, nach Eintritt dieser Umstrukturierungen entsprechend zu reagieren.**
- 7. Beigeladene in einem Nachprüfungsverfahren können nur diejenigen Vergaberechtsverstöße verfolgen, die entweder die Angebote der im Rang vorgehenden Bieter betreffen oder Verstöße, die sich nur auf diese Angebote auswirken. Andere Beanstandungen, die die Ausschreibung als solche betreffen, können die Beigeladenen nur beanstanden, wenn sie diese zuvor rügen und zum Gegenstand eines eigenen Nachprüfungsantrages machen.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages im Schienenpersonen-
nahverkehr im Maas-Rhein-Lippe Netz

VK 12/07

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

den Verkehrsverbund xxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin zu 1)

und

den Zweckverband xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Beigeladene zu 1)

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Beigeladene zu 2)

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Im Februar und März 2006 führten die Antragsgegner erstmals Aufklärungsgespräche mit den sechs Teilnehmern durch, wobei den Teilnehmern auch der geplante Verfahrensablauf für das Wettbewerbliche Verfahren dargelegt wurde. Die Teilnehmer sollten zunächst ein indikatives Angebot vorlegen, deren Inhalte in der ersten Verhandlungsrunde erörtert und verhandelt werden sollten. Aufgrund des indikativen Angebotes sollten keine Bieter ausgeschlossen werden. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus dieser Verhandlungsrunde wurden die Verfahrensunterlagen überarbeitet und die Teilnehmer mussten darauf hin ein zweites Angebot vorlegen. In der zweiten Verhandlungsrunde sollten die Inhalte der Haupt- und Nebenangebote sowie die Änderungsvorschläge der Bieter erörtert und verhandelt werden.

Nach der zweiten Verhandlungsrunde hatten die Teilnehmer ihr letztverbindliches Angebot auf der Basis der dann endverhandelten Verträge und Anforderungen vollständig vorzulegen. Die Zuschlagsentscheidung sollte auf Basis dieser letztverbindlichen Angebote getroffen werden.

In der europaweiten Bekanntmachung wiesen die Antragsgegner unter sonstige Informationen auf folgendes hin:

„Die Auftraggeber vergeben den Verkehrsvertrag in einem transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbsverfahren nach Maßgabe des § 15 Abs. 2 AEG. Dabei wenden sie die Basisparagrafen des zweiten Abschnitts der VOL/A sowie die §§ 8a, 28a VOL/A freiwillig an. Ziel dieses Verfahrens ist der Abschluss eines Netto-Verkehrsvertrages.“

In der Anlage B der Ausschreibungsunterlagen teilten die Antragsgegner mit, dass sie etwaige sich aus den Rückfragen ergebende Änderungen der Verfahrensunterlagen zeitnah einarbeiten und ebenfalls auf der Internetplattform jeweils in aktueller Form zur Verfügung stellen werden.

In der Anlage 2 der Leistungsbeschreibung forderten die Antragsgegner hinsichtlich der technischen Fahrzeugausstattung u.a., dass das Brems- und Beschleunigungsverhalten so zu wählen ist, dass die Fahrplanvorgaben stets, also bei allen Witterungslagen, zuverlässig und sicher eingehalten werden können.

Im Teil D der Leistungsbeschreibung lautet Ziffer 3.3.1.4:

„Bestandteil der Vorlage von Fahrplänen durch das EVU ist daher deren im Grundsatz mögliche „Fahrbarkeit“ zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe. Daher stimmt das EVU bereits im Zuge der Erarbeitung seines Angebotes die Fahrpläne mit den EIU ab. Das EVU dokumentiert diese Abstimmung in seinem Angebot. Eine Bestätigung der Fahrbarkeit des Fahrplanentwurfes durch DB Netz ist mit dem letztverbindlichen Angebot vorzulegen.“

Die Einsatzplanung der Fahrzeuge einschließlich der Bildung von Mehrfachtraktionen liegt in der Abhängigkeit von der gewählten Fahrzeugart und der angebotenen Kapazität beim EVU.“

Zu diesem Abschnitt gab es folgende Rückfrage MRL3-010:

„Das ausgeschriebene Betriebsprogramm und die geforderten Kapazitäten lassen eine Angebotsabgabe mit Triebwagen, die in unterschiedlichen Kombinationen, also Einfach oder (ggf. auch gemischte) Mehrfachtraktionen, eingesetzt werden, zu. Damit ist in Abhängigkeit von unterschiedlichen Zuggewichten und Traktionsstärken in der Konsequenz auch innerhalb eines Angebotes eine Vielzahl unterschiedlicher Fahrdynamiken denkbar.“

1. Für welche Zugkonfiguration ist das Testat der grundsätzlichen Fahrbarkeit abzugeben?
und
2. Ist ein Testat auch für mögliche, vom Regelangebot abweichende, aber grundsätzlich im Betriebsalltag nicht vollkommen auszuschließende Fahrzeugkombinationen einzureichen?

Die Antwort der Antragsgegner lautete:

- Zu 1. Für alle angebotenen Zugkonfigurationen (ist) das Testat der grundsätzlichen Fahrbarkeit abzugeben.
- Zu.2. Wir verweisen auf die oben genannte Antwort zu Frage 1. Wenn die Frage damit noch nicht vollständig beantwortet sein sollte, bitten wir um Präzisierung der Frage.

Der Teilnehmer hielt die Antworten nicht für ausreichend präzise und fragte erneut (MRL3-048) nach: „Bei ausnahmsweise vom Plan abweichender Zugbildung kann nun ein Fahrzeug (verband) auf einer Strecke zum Einsatz kommen, für die in diesem Fall das dem Testat zugrundeliegende Leistungs-/Gewichtsverhältnis unterschritten wird. (Untermotorisierung). Vor dem Hintergrund des anspruchsvollen Steckenprofils bitten wir um Klarstellung, ob ein Fahrbarkeitstestat auch für den im vorhergehenden Satz beschriebenen Fall vorzulegen ist.“

Die Antragsgegner erwiderten darauf:

„Die Antwort auf Rückfrage MRL3-010 ist unverändert gültig. Wir gehen davon aus, dass von den Bietern nur solche Fahrzeugkonfigurationen angeboten werden, welche die Mindestanforderungen an die letztverbindlichen Angebote erfüllen. Diese Fahrzeugkonfigurationen sind zu testen. Die Frage nach einer ausnahmsweise vom Plan abweichenden Zugbildung können wir deshalb leider nicht nachvollziehen.“

Die Antragstellerin bot in ihrem letztverbindlichen Angebot eine gemischte Flotte aus mehrteiligen Fahrzeugen an, wobei zwei Fahrzeuge einzeln zum Einsatz kommen sollten, ein drittes Fahrzeug nur zusammen mit einem anderen Fahrzeug.

Dem Angebot fügte sie zwei Testate der DB Netz AG vom 12.09.2006 und vom 02.02.2007 bei. In dem ersten Testat wird die Fahrbarkeit der Linien für 4-Teiler und 5-Teiler bestätigt und in dem zweiten Testat für die Zugkombination 5-Teiler + 3-Teiler. Ausweislich des von der Antragstellerin beigefügten Fahrplanentwurfs sollte der Einsatz des 4-Teilers nur auf der Linie RE 3 in der Variante 1 (xxxxxxxxxxxxxxxx) erfolgen. Allerdings plante sie auch den Einsatz der Kombination von 5-Teiler + 4 Teiler, sowie von 5-Teiler + 5-Teiler, ohne dass sie ein Testat über diese Kombination vorlegte.

Die Antragsgegner erhielten fünf Angebote, wobei das Angebot der Antragstellerin zur 1. und 2. Variante preislich vor den Angeboten der drei Beigeladenen liegt. Auf dem ersten Rang liegt das Angebot eines weiteren, nicht beigeladenen Bieters, der im Rahmen der Qualitätsbewertung auf den letzten Rang fiel. Hinsichtlich der Variante 1 liegt die Beigeladene zu 1) vor der Beigeladenen zu 2), bei der Variante 2 ist es umgekehrt.

Ausweislich des Vergabevermerks wurde das Angebot der Antragstellerin wegen eines formalen Fehlers bereits auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen, während die Beigeladene zu 1 nach Berücksichtigung beider Zuschlagskriterien (Preis und Qualitative Kriterien) den Auftrag erhalten soll. Auf dem 2. Rang liegt die Beigeladene zu 2, während die Beigeladene zu 3 sich auf dem 4. Rang befindet.

derung komme. Dies sei hier der Fall. Die Leistungen seien nach europaweiter Bekanntmachung in einem förmlichen Vergabeverfahren nach den Bestimmungen der VOL/A ausgeschrieben worden.

Die Hinweise in der Bekanntmachung auf § 15 Abs. 2 AEG und dem Vorbehalt der Freiwilligkeit sowie die abweichende Terminologie seien aus ihrer Sicht unerheblich, denn das Ermessen in § 15 Abs. 2 AEG beziehe sich nur auf das Ob, aber nicht auf das Wie. Im Übrigen könne es nicht in der Hand der Antragsgegner liegen, durch kreative Wortschöpfungen die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen und sich damit der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen zu entziehen. Die Antragstellerin meint, es lasse sich unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt die Auffassung vertreten, dass § 15 Abs. 2 AEG den Aufgabenträgern ein Ermessen dahingehend einräumt, durch die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens den Rechtsweg bestimmen zu können.

Weiterhin nimmt die Antragstellerin Bezug auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.05.2007, wonach die Überprüfung von Vergabeentscheidungen nicht durch die Verwaltungsgerichte zu erfolgen habe. Berücksichtige man dies, dann würden die Bieter – soweit man der Einlassung der Antragsgegner folgt- im vorliegenden Verfahren gänzlich rechtsschutzlos gestellt.

Hinsichtlich der Entscheidung des OLG Brandenburg vom 02.09.2003 trägt die Antragstellerin vor, dass diese hier nicht einschlägig sei, weil dort über eine Direktvergabe ohne jede Form von Wettbewerb entschieden wurde. Auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.12.2006 bestätige die Auffassung des OLG Brandenburg nicht inhaltlich, sondern beinhalte nur die Aussage, dass das OLG Brandenburg seine Vorlagepflicht zum EuGH gemessen am Maßstab des Art. 101 GG nicht willkürlich abgelehnt habe.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, die Vergabe von Schienenpersonennahverkehrsleistungen als sogenannte nachrangige Dienstleistungen falle ohne weiteres auch in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts und unterläge damit ebenfalls dem vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren nach den §§ 102 ff. GWB. Das Wahlrecht des öffentlichen Auftraggebers nach § 15 Abs. 2 AEG könne sich nur darauf beziehen, ob man eine Ausschreibung entsprechend den für nachrangige Dienstleistungen geltenden Regelungen durchführe oder sich für die strengeren Regelungen, die für vorrangige Dienstleistungen gelten, entscheide. Dies lasse sich auch aus der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht vom 23.06.2006 herleiten lassen.

Hinsichtlich des Verfahrenspapiers der deutschen Bundesländer zu Vergaben im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs weist die Antragstellerin darauf hin, dass gerade die Endfassung vor dem Hintergrund eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens die Worte „ohne Ausschreibung“ nicht mehr enthielt.

Die Antragstellerin meint zudem, ein Verstoß gegen ihre Rügeobliegenheit hinsichtlich der vermeintlichen falschen Wahl des Vergabeverfahrens läge nicht vor, weil es hier nicht um die fehlerhafte Wahl des Vergabeverfahrens gehe und im Übrigen der Rechtsweg nicht der Disposition der Antragsgegner unterliege. Aus der Bekanntmachung seien diese Gesichtspunkte ebenfalls nicht erkennbar gewesen.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, der Ausschluss ihres letztverbindlichen Angebots sei aus folgenden Gründen vergaberechtswidrig gewesen:

Sie habe mit ihrem letztverbindlichen Angebot die geforderte Bestätigung der Fahrbarkeit des Fahrplanentwurfes durch die DB Netz AG vorgelegt.

Sinn und Zweck dieser Testierung sei, dass die DB Netz AG als unabhängige Instanz die Fahrplankonzepte daraufhin überprüfe, ob diese im Zusammenhang mit den anderen Zugfahrten auf diesen Strecken fahrbar sind, damit Trassenkonflikte vermieden werden. Die Vorgaben des Fahrplans müssten mit den von den Bietern angegebenen Zügen ohne Trassenkonflikte eingehalten werden können. Dafür seien die Motorisierung und das Eigengewicht der eingesetzten Triebwagen entscheidend. Beim Einsatz von untermotorisierten Fahrzeugen könne der Fahrplan nicht eingehalten werden, so dass diese Fahrzeuge nicht testiert werden könnten. Das sei in ihrem Angebot aber nicht der Fall gewesen.

Die Länge der Züge sei hingegen nicht entscheidend, denn ansonsten müsste die DB Netz AG immer – auch in den Fällen, in denen nur eine Einfachtraktion zum Einsatz kommt – die Fahrbarkeit in Bezug auf die unterschiedliche Zuglänge prüfen, was aber nicht der Fall sei. Die Unterschiede im Beschleunigungsverhalten seien eher theoretischer Natur und derart marginal, dass sie sich innerhalb des von der DB Netz AG akzeptierten Toleranzbereiches hielten. Im Übrigen würden durch die Erhöhung der Höchstgeschwindigkeit auf 160km/h Fahrzeitüberschüsse auf der Fahrstrecke erwirtschaftet, die ausweislich der Testate der DB Netz AG sieben bis zehn Minuten pro Fahrtstrecke betragen würden. Auch aus der Betriebsprogrammstudie ergebe sich nicht, dass eine Einbeziehung der Fahrzeuglänge erfolgte und von der DB Netz AG als erforderlich für die Durchführung der Prüfung angesehen wurde.

Die DB Netz AG habe in den vorgelegten Testaten für die vorgesehenen Fahrzeugtypen 4-Teiler und 5-Teiler sowie der Kombination aus 5-Teiler und 3-Teiler die Fahrbarkeit bescheinigt. Die Antragstellerin meint, die Testierung einzelner Fahrzeugtypen schließe eine positive Aussage über die Fahrbarkeit von Zugkombinationen bestehend aus mehreren Fahrzeugen desselben Typs, sog. Mehrfachtraktionen, zwangsläufig mit ein. Denn ausgehend von dem Verhältnis Eigengewicht und Motorisierung, würde sich dieses nicht ändern, wenn man Fahrzeuge desselben Typs zusammenkuppelt. Die Einhaltung des Fahrplans sei dadurch nicht gefährdet, solange eben der Motorisierungsgrad ausreichend ist. Eine Zugkombination aus mehreren Fahrzeugen desselben Fahrzeugtyps weise somit dieselben Beschleunigungseffekte und Bremswerte auf, wie das einzelne Fahrzeug. Somit sei es nach Sinn und Zweck der Testate nicht erforderlich, sich Fahrzeugkombinationen gesondert testieren zu lassen, solange diese Kombinationen aus bereits einzeln testierten Fahrzeugen bestehen würden.

Die Antragstellerin weist in diesem Zusammenhang auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27.09.2006, Verg 36/06, hin. Dort sei eine vergleichbare Frage durch Beweisaufnahme geklärt worden. Nach der Beweisaufnahme sei der Vortrag aber nicht mehr aufrechterhalten worden, so dass sich lediglich aus der Kostenentscheidung des Beschlusses schließen lasse, dass eine Bestätigung der Fahrbarkeit von Fahrzeugen in Einzeltraktion zugleich eine Bestätigung derselben Fahrzeuge in Doppeltraktion mit umfasse.

Eine Pflicht, sämtliche Fahrzeugkombinationen durch Testate zu belegen, lasse sich auch dem Wortlaut der Ziffer 3.3.1.4 nicht entnehmen. Im Übrigen behauptet die Antragstellerin unter Bezugnahme auf zwei andere Ausschreibungen der Antragsgegner, dass dort die Testate hinsichtlich der einzelnen Fahrzeugtypen als ausreichend akzeptiert wurden, obwohl ausweislich der Angebote Mehrfachtraktionen zum Einsatz kommen sollten.

Zudem weist die Antragstellerin darauf hin, dass in der Ziffer 3.3.1.4 nur von der Fahrbarkeit des Fahrplanentwurfes die Rede sei. Der Inhalt dieser sehr allgemein gehaltenen Anforderung

sei durch Auslegung zu ermitteln. Der Begriff der Zugkonfiguration werde weder dort noch in anderen Bestimmungen der Leistungsbeschreibung verwandt. Entscheidend sei, was ein Bieter nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte darunter verstehen durfte und musste. Unter dem Begriff der „Zugkonfiguration“, so trägt die Antragstellerin unter Bezugnahme auf Fachliteratur vor, werde in der Fachterminologie eine Auswahl und Anordnung variabler Bauteile in einem Fahrzeugtyp verstanden, also beispielsweise die Anzahl und die Leistung der Motoren. In diesem Sinne habe sie auch die Antworten der Antragsgegner auf die Rückfragen interpretiert. Demgegenüber bezeichne der Begriff „Kombination“ mehrere Triebzüge als Mehrfachtraktion. Der Begriff „Fahrzeugkonfiguration“ könne objektiv nicht im Sinne einer Kombination verschiedener Fahrzeuge verstanden werden.

Weiterhin vertritt die Antragstellerin die Auffassung, auch die Beantwortung der Rückfragen führe nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Antragsgegner hätten erstmals den in den Rückantworten verwendeten Begriff der Fahrzeugkonfiguration weder erläutert noch an anderer Stelle in den Verdingungsunterlagen definiert. Offensichtlich habe man aber diesem Begriff eine Bedeutung beigemessen, der von dem branchenüblichen Verständnis abweiche. Aus ihrer Sicht stelle sich die Frage, warum die Antragsgegner bei der Beantwortung der Rückfragen nicht den Begriff „Mehrfachtraktionen“ verwandten, um so Fehlinterpretationen zu vermeiden. Die Antragstellerin meint, aus den Antworten der Antragsgegner ergebe sich, dass sie den Hintergrund der Rückfragen wohl nicht verstanden habe. Lege man die Antworten zu den beiden Rückfragen zugrunde, so seien die verwendeten Begriffe aus Sicht der Antragsgegner wohl mehrdeutig aufgefasst worden. Unklare oder mehrdeutige Angaben des Auftraggebers gingen grundsätzlich zu seinen Lasten und würden keinesfalls den Ausschluss eines Bieters rechtfertigen, der sich für eine vertretbare Auslegungsvariante entschieden habe.

Aber auch dann, wenn man von diesem Verständnis ausgehe, könne es sich nur um solche Zugkombinationen handeln, bei denen zumindest ein Fahrzeug untermotorisiert sei. Keinesfalls ergebe sich aus der Antwort, dass auch Fahrzeugkombinationen, die bereits jeweils für sich genommen positiv getestet worden sind und daher in der Kombination nicht anders beurteilt werden können, zusätzlich als Kombinationen zu testen gewesen seien.

Zudem meint die Antragstellerin, allein die Leistungsbeschreibung sei maßgeblich und nicht die Antworten auf die Bieterfragen. Soweit sich zusätzliche Anforderungen aus diesen Antworten ergeben, sei dies vergaberechtlich als eine versteckte Änderung der Verdingungsunterlagen zu werten, die aus Gründen der Selbstbindung der Verwaltung und des Vertrauensschutzes grundsätzlich unzulässig sei. Dies hätten die Antragsgegner auch im Aufforderungsschreiben vom 08.12.2006 klargestellt. Sie wollten die sich aus den Rückfragen ergebenden Änderungen der Vergabeunterlagen zeitnah einarbeiten und auf der Internetplattform die jeweils aktuellste Fassung bereitstellen. Das hätten die Antragsgegner mit der Antwort auf die Rückfrage zu Ziffer 3.3.1.4 nicht gemacht. Folglich sei allein die inhaltlich unverändert gebliebene Anforderung aus der Leistungsbeschreibung für die Auslegung hier maßgebend.

Aber auch dann, wenn man der Argumentation der Antragsgegner insoweit folgen würde, leide nach Auffassung der Antragstellerin die Ermessensentscheidung der Antragsgegner unter gravierenden Ermessensfehlern. Die Antragsgegner hätten nämlich überhaupt keine Ermessenserwägungen zum Ausschluss des Angebots wegen der vermeintlich fehlenden Testate angestellt.

Die Antragstellerin trägt weiter vor, dass sie entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 2) sehr wohl ein Betriebsprogramm entsprechend den Verdingungsunterlagen vorgesehen habe. Richtig sei, dass sie eine Kombination von der DB Netz AG habe testen lassen und der

geringer motorisierte Fahrzeugtyp jedenfalls nicht in Einzeltraktion zum Einsatz kommen werde, sondern stets in einer Mehrfachtraktion gefahren werde. Dies entspreche auch den Vorgaben in den Verdingungsunterlagen.

Die Antragstellerin meint weiterhin, eine vergaberechtlich unzulässige Änderung ihrer Bieteridentität liege nicht vor. Das Verhandlungsverfahren sei ein dynamischer Prozess, in dessen Verlauf sich der Inhalt der Angebote, wozu auch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen beim Bieter zählen, ändern könne. Dies gelte jedenfalls bis zum Ablauf der Frist für die Abgabe des letztverbindlichen Angebots. Hier sei die Umstrukturierung zum 10.11.2006 wirksam geworden, die Antragsgegner hätten keine Bedenken geäußert und die erneut vorgelegten Eignungsnachweise akzeptiert.

Demgegenüber würde die von der Beigeladenen zu 1) geplante Aufspaltung nach Angebotsabgabe eine vergaberechtlich unzulässige Angebotsänderung darstellen, die zwingend zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu 1) führen müsse. Dabei würde auch die partielle Überleitung des Vertrages nach Zuschlagserteilung eine Wettbewerbsverzerrung darstellen, weil dies eine wesentliche Änderung des Verkehrsvertrages sei und daher ein ausschreibungspflichtiger Tatbestand.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebots von der Angebotswertung in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist,
2. die Antragsgegner zu verpflichten, die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin und unter Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen zu wiederholen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. den Antragsgegnern die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegner beantragen,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Rechtsbeistandes auf Seiten der Antragsgegner für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegner sind der Auffassung, für die Nachprüfung der im Streit stehenden Vergabe gebe es keine sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet, weil sie das Angebot der Antragstellerin zu Recht wegen der fehlenden Testate ausgeschlossen habe.

Die Antragsgegner vertreten die Auffassung, § 15 Abs. 2 AEG sehe ein Optionsrecht vor, auf dessen Grundlage die Schienenpersonennahverkehrsleistungen entweder nach Kartellvergaberecht oder Verwaltungsrecht vergeben werden könnten. Ihr Ermessen habe sie dahingehend ausgeübt, dass nicht nach der Maßgabe der §§ 97 ff. GWB vergeben werden sollte, sondern in einem transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbsverfahren. Damit sei der Rechtsweg zur Vergabekammer gemäß § 102 GWB nicht eröffnet.

Dies lasse sich bereits der Bekanntmachung entnehmen, was die Antragstellerin allerdings nicht gerügt habe. Die Antragsgegner verweisen auf eine Entscheidung des OLG Brandenburg, wonach das Kartellvergaberecht nur anwendbar sei, wenn der öffentliche Auftraggeber

sich auf der Grundlage des § 15 Abs. 2 AEG entschieden habe, einen Auftrag auch tatsächlich nach Maßgabe dieser Vorschriften zu vergeben. Auch das Bundesverfassungsgericht habe diese Ausführungen für vertretbar gehalten. Zudem habe das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klargestellt, dass der 4. Teil des GWB nicht einschlägig sei, wenn der öffentliche Auftraggeber gemäß § 15 Abs. 2 AEG sein Ermessen ausdrücklich zu Gunsten der Verwaltungsgerichte ausgeübt habe. Auch aus den Entscheidungen des OLG Düsseldorf zu diesem Thema folge nicht, dass der Rechtsweg in jedem Fall zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eröffnet sei. Es werde vielmehr bloß derjenige Auftraggeber, der sein (etwaiges) Ermessen nach § 15 Abs. 2 AEG zugunsten der Durchführung eines Vergabeverfahrens ausübt, in gleicher Weise wie jeder andere öffentliche Auftraggeber den geltenden Vorschriften des Vergaberechts unterworfen. Genau dies hätten die Antragsgegner hier nicht gemacht. Ausweislich der Bekanntmachung und den Wettbewerbsunterlagen sei dies auch den Bietern ausdrücklich mitgeteilt worden. Auf der ersten Ebene sei gemäß § 15 Abs. 2 GWB im Hinblick auf das „Ob“ entschieden worden, nicht nach Kartellvergaberecht auszuschreiben, sondern in einem transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbsverfahren. Erst auf der zweiten Ebene war über das „Wie“ zu entscheiden. Diese Ermessensentscheidung, so tragen die Antragsgegner vor, hätten sie dahingehend ausgeübt, die Bestimmungen der VOL/A anzuwenden, da diese einen transparenten und fairen Bieterwettbewerb gewährleisten würden.

Die Antragsgegner tragen weiterhin vor, mit der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt hätten sie sich an bestimmte Verfahrensvorgaben aus dem Schreiben des Ministeriums für Bau und Verkehr des Landes NRW vom 22.07.2005 und aus dem Beschluss der Verkehrsministerkonferenz vom 17.02.2006 gehalten. Weiterhin hätten sie damit auch die Vorgaben des europäischen Primärrechts, insbesondere der Art. 43 und 49 EG-Vertrag berücksichtigen wollen.

Die Antragsgegner vertreten zudem die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen worden sei.

Das Betriebsprogramm der Antragstellerin basiere u.a. auf bestimmte Zugkonfigurationen, für die sie keine Testate vorgelegt habe, was nicht den Vorgaben entspreche.

Die Antragsgegner tragen vor, sie hätten sich im Hinblick auf die Beurteilung der Fahrbarkeit der Betriebsprogramme auf die Berechnungen, die den Testaten der DB Netz AG zugrunde liegen, verlassen müssen. Eine eigene Beurteilung sei wegen der anderen Fahrplandaten nicht möglich und könne von ihr aufgrund eigener Fachkunde nicht vorgenommen werden. Diese Überprüfung sei aber aufgrund der verkehrlichen und betrieblichen Rahmenbedingungen auf der im Streit stehende Trasse dringend erforderlich.

Aus dem Begriff „Fahrplanentwurf“ in der Ziffer 3.3.1.4 folge, dass sämtliche im Rahmen des Betriebsprogramms vorgesehenen Zugkonfigurationen zu testieren waren, was sich auch aus der Antwort auf die Bierrückfrage MRL3-010 ergebe. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin werde die Kombination verschiedener Fahrzeuge zu einem Zug in der Branche üblicherweise als Zugkonfiguration bezeichnet. Ihre Ausführungen dazu in den Vergabeunterlagen und den Bierrückfragen seien deshalb nicht ungenau gewesen. Eine Veränderung der Anforderungen durch die Antworten auf die Bierrückfragen läge nicht vor.

Die Antragsgegner weisen darauf hin, dass das vom Bieter angebotene Fahrplankonzept mit den vorgesehenen Zügen fahrbar sein musste. Für bestimmte Zugkombinationen, die von der Antragstellerin angeboten wurden, habe diese keine Testate vorgelegt. Dies sei unstrittig. Für die Zugkombinationen 5-Teiler+ 4-Teiler, sowie 5-Teiler + 5 –Teiler fehlten diese Testate im Angebot der Antragstellerin, obwohl auch diese Kombinationen Bestandteil des Fahrplans der

Antragstellerin seien. In diesem Zusammenhang seien auch Fragen hinsichtlich der Möglichkeit des Stärkens und Schwächens der Züge zu klären, was gerade in den Knotenbahnhöfen zu komplexen Betriebsabläufen führe, die ebenfalls von der DB Netz AG zu beurteilen seien.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Betriebsprogramm der DB Netz AG. Eine Überprüfung sei nur möglich, wenn die fahrdynamischen Eigenschaften des gesamten Zuges hinsichtlich der Höchstgeschwindigkeit und der Last des gesamten Zuges überprüft werden. Der gesamte Zug sei dann nicht lediglich ein Fahrzeug. Zudem sei die Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 36/06, hier nicht relevant, weil dort vergabekonforme Testate der Beigeladenen für alle Zugkonfigurationen vorgelegen hätten.

Es sei auch falsch, wenn die Antragstellerin aus der positiven Aussage hinsichtlich einzelner Fahrzeuge folgere, dass dann auch die Zugkombination fahrbar sei. Es sei nicht Sache des Bieters zu entscheiden, welche Informationen der Auftraggeber benötige. Entscheidend sei vielmehr, was der Auftraggeber aus seiner Sicht für erforderliche halte und deshalb auch fordere.

Der Hinweis der Antragstellerin auf die Verkehrssitte gehe fehl, weil lediglich die konkreten Anforderungen in der Ausschreibung entscheidend seien und im Übrigen die verkehrlichen und betrieblichen Rahmenbedingungen streng geprüft werden müssten.

Die Antragsgegner tragen weiterhin vor, sie hätten durch ihre Antworten auf die Bierrückfragen keine unzulässigen Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen. Dies könne man schon daraus schließen, dass die Unterlagen auch nicht aufgrund der Bierrückfragen MRL3-010 und MRL3-048 geändert worden seien. Aber selbst wenn Verfahrensunterlagen geändert worden seien, wäre dies vergaberechtlich in einem bestimmten Umfang erlaubt.

Die Antragsgegner meinen, der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin sei auch nicht ermessensfehlerhaft gewesen. Vielmehr läge hier eine Ermessensreduzierung auf Null vor, wenn geforderte Nachweise oder Erklärungen nicht mit dem Angebot vorgelegt würden. Das Fehlen dieser Nachweise zwingt zum Ausschluss des Angebots. Eine andere Entscheidung sei unter Berücksichtigung des im Wettbewerbsverfahren geltenden Grundsatzes auf Gleichbehandlung nicht möglich.

Die Beigeladene zu 1) vertritt die Auffassung, der Rechtsweg zu den Vergabekammern sei nicht eröffnet. Im Übrigen sei diesbezüglich Präklusion eingetreten. Denn die Antragsgegner hätten bereits in der Vergabebekanntmachung hervorgehoben, dass lediglich freiwillig die Anwendung der Basisparagraphen sowie der §§ 8a, 28a VOL/A erfolge, dass aber der Auftrag nicht nach Maßgabe des Kartellvergaberechts, sondern nach Maßgabe des Verwaltungsrechts vergeben werden sollte. Die falsche Wahl des Verfahrens hätte die Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB bis zur Stellung der Teilnahmeanträge rügen müssen, was aber offensichtlich nicht geschehen sei, so dass sie nunmehr die vermeintlichen Verfahrensverstöße selbst dann, wenn der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet sei, nicht mehr in einem Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer geltend machen könne.

Der Nachprüfungsantrag sei auch zurückzuweisen, weil im Angebot der Antragstellerin ein Testat der DB Netz AG zur Fahrbarkeit ihres Fahrplanentwurfs fehle. Die Antragstellerin habe es versäumt, den fahrplanmäßigen Einsatz von Konfigurationen zu belegen. Bei den Konfigurationen handele es sich um die Zusammenstellung eines Zugverbandes aus mehreren

Garnituren insbesondere zum Zwecke der Erhöhung der Kapazität und nicht, so wie die Antragstellerin vortrage, um die Bauteile eines einzelnen Fahrzeugs.

Gewicht und Motorisierung der vorgesehenen Fahrzeuge würden eine wichtige Rolle spielen. Entsprechendes gelte aber auch für die Länge der Züge und damit für die Bildung der Konfigurationen. So könne ein längerer aus mehreren Garnituren kombinierter Zug bei gleicher relativer Motorisierung wie die kombinierten Fahrzeuge nach Steckenabschnitten mit eingeschränkten Geschwindigkeiten später beschleunigen als ein kürzerer Zug. Werde also die Fahrbarkeit eines Fahrplans mit Einzelfahrzeugen testiert, so bedeute dies nicht, dass auch bei der Kombination der Einzelfahrzeuge die Fahrbarkeit gewährleistet sei.

Die Beigeladene zu 1) meint, etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 36/06. Einerseits habe der Senat über eine derartige Fallkonstellation gar nicht entschieden und andererseits ergebe sich das Gegenteil aus der Entscheidung; also eine Testierung allein der Einzelfahrzeuge in Einzeltraktion habe der Senat nicht für ausreichend gehalten, um die Fahrbarkeit von daraus kombinierten Mehrfachtraktionen anzunehmen.

Die Notwendigkeit zur Testierung sämtlicher Konfigurationen ergebe sich unmissverständlich aus Teil D Ziffer 3.3.1.4 als auch aus den Antworten auf die Rückfragen. Insofern liege auch keine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen vor, weil sich der maßgebliche Erklärungsgehalt bereits aus den Verdingungsunterlagen ergebe. Im Übrigen sei auch die Änderung von Verdingungsunterlagen, gerade im Falle eines Verhandlungsverfahrens oder im Verfahren einer freihändigen Vergabe, durchaus zulässig.

Auch aus der Verkehrssitte lasse sich die Auffassung der Antragstellerin nicht belegen. Die Beigeladene zu 1) behauptet, ihr sei nicht bekannt, dass die Antragsgegner jemals anders verfahren wären als wie in dieser Ausschreibung.

Da die Antragstellerin mit ihrem Angebot die geforderten Nachweise und Testate nicht vorgelegt habe, sei das Angebot zwingend auszuschließen. Ein wie auch immer geartetes Ermessen stehe den Antragsgegnern nicht zu.

Die Beigeladene zu 1) ist zudem der Auffassung, das Angebot der Antragstellerin müsse auch aufgrund anderer Gründe von der Wertung ausgeschlossen werden. So habe die Antragstellerin ihr erstes indikatives Angebot nicht unterschrieben und auch die Unterschrift unter der Gesamtkalkulation der Variante 2 fehle. Aus Gründen der Gleichbehandlung könne man nicht die Auffassung vertreten, dass schließlich das Gesamtangebot unterzeichnet worden sei.

Weiterhin meint die Beigeladene zu 1), das Angebot der Antragstellerin sei auszuschließen, weil nicht die VXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX an dem Teilnahmeverfahren teilgenommen habe, sondern die RXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. Die RXXXXXXX habe zwar mit Schreiben vom 04.01.2007 den Antragsgegnern mitgeteilt, dass das Vermögen der RXXXXXXX mit dem der VXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX verschmolzen sei. Infolge der Verschmelzung sei der übertragende Rechtsträger erloschen, so dass die Eignung hinsichtlich der RXXXXXXX festgestellt worden sei, während das letztverbindliche Angebote von der VXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX abgegeben wurde. Bei einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb dürften aber nur die Angebote solcher Bieter gewertet werden, die den Teilnahmewettbewerb erfolgreich durchlaufen hätten.

Es sei auch vergaberechtswidrig, wenn durch die Verschmelzung eine Gesamtrechtsnachfolge in der Person des Bietenden stattfinde und der übernehmende Rechtsträger in die Rechtsposition des übertragenden Bieters eintrete. Damit würde ein zur Angebotsabgabe aufgeforderter Bieter nach der Eignungsprüfung es in der Hand haben, dem öffentlichen Auftraggeber ein anderes, eben das verschmolzene, Unternehmen aufzudrängen.

Die Beigeladene zu 1) trägt weiter vor, dass ihr Angebot jedenfalls nicht auszuschließen sei, weil es in ihrer Person zwischen dem Teilnahmeantrag und der Angebotsabgabe keine Änderungen im Sinne der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Verg 30/06, gegeben habe. Zum Nachweis dafür legte sie mit Schriftsatz vom 14.06.2007 einen aktuellen Handelsregisterauszug vor. Im Übrigen sei § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, auf den das OLG Düsseldorf abstelle, in einem Verhandlungsverfahren oder einer freihändigen Vergabe nicht anwendbar.

Soweit die Beigeladene zu 2) vortrage, die Beigeladene zu 1) habe eine Zugkombination angeboten, die für einige Bahnsteige zu lang sei, weist die Beigeladene zu 1) dies Vorbringen zurück. In den Vergabeunterlagen gebe es keine Vorgaben, nach denen die eingesetzten Fahrzeuge nicht länger als die Bahnsteige sein dürften. Auch § 34 Abs. 8 EBO lasse dies zu, wenn die Sicherheit der Reisenden durch betriebliche Anweisungen gewährleistet werde. Darüber hinaus sei die Länge des Bahnsteigs in Dxxxxx Gegenstand der Rückfrage MRL3-054 gewesen. Die Antragsgegner hätten daraufhin geantwortet, dass die erforderlichen Schritte zur Verlängerung des Bahnsteigs bis zur Betriebsaufnahme eingeleitet würden. Hinsichtlich des Bahnsteigs in Bxxxxxx gelte, dass sich alle Türen des Zuges an dem 156 m langen Bahnsteig befinden werden. Darüber hinaus habe sie, so trägt die Beigeladene zu 1) vor, zusätzliche Sicherheitsvorkehrungen getroffen.

Die Beigeladene zu 2) legte mit Schreiben vom 04.04.2007 Widerspruch ein und beantragte in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, die Antragsgegner zu verpflichten, den beabsichtigten Abschluss der Vereinbarung mit der Beigeladenen zu 1) zu unterlassen. Mit Beschluss des VG Gelsenkirchen vom 04.05.2007, Az. 12 L 367/07, ist das Verfahren ausgesetzt worden, bis entweder eine unanfechtbare Entscheidung der Vergabekammer Münster im Verfahren VK 12/07 oder -im Fall der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung des zuständigen Senats bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf vorliegt.

Die Beigeladene zu 2) beantragte daraufhin ihre Beiladung in dem Nachprüfungsverfahren. Sie vertritt die Auffassung, die Antragsgegner besäßen hinsichtlich des Rechtsschutzes ein Wahlrecht. Entweder könne ein Auftrag nach den Basisparagrafen und §§ 8a, 28a VOL/A vergeben werden, dann greife der Rechtsschutz durch die Nachprüfungsinstanzen. Anderenfalls, so wie im vorliegenden Fall, bestehe die Vergabe des Auftrags in einem Verwaltungsverfahren nach § 15 Abs. 2 AEG. § 15 Abs. 2 AEG stelle eine lex specialis zu §§ 97 ff. GWB dar, was letztlich auch vom Bundesverfassungsgericht mit der Entscheidung vom 06.12.2006 gebilligt worden sei. Da § 15 Abs. 2 AEG als speziellere Vorschrift die §§ 97 ff. GWB verdränge, bestimme sich der Rechtsschutz nach den Regelungen der VwGO.

Die Beigeladene zu 2) meint, das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei auszuschließen, weil es zwischen dem Teilnahmeantrag und der Angebotswertung einen Wechsel in der Person des Bieters gegeben habe, was nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zum Ausschluss führe. Ab dem 01.01.2007 wurde, so trägt die Beigeladene zu 2) unter Hinweis auf Veröffentlichungen in der Presse und im Internet vor, das Joint-Venture xxxxxxxxxxxxxxxx im Rahmen einer Realteilung in zwei Unternehmen aufgeteilt und die einzelnen Verkehrsbetriebe je einer Gesellschaft zugeordnet. xxxxxx übernehme die SPNV-Aktivitäten am Standort Bielefeld,

während xxxxxx alle übrigen Verkehrsbetriebe u.a. in Rheinland-Pfalz und Sachsen übernehme.

Ausweislich der Bekanntmachung seien aber Referenzen vorzulegen gewesen, wobei die Beigeladene zu 2) davon ausgeht, dass seinerzeit als Referenzen auch sämtliche von der xxxxxxxx Bielefeld erbrachten SPNV-Leistungen in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen angegeben wurden. Nunmehr solle der Zuschlag auf ein Unternehmen erteilt werden, das weder am Verfahren teilgenommen noch seine technische und finanzielle Leistungsfähigkeit im Teilnahmeverfahren nachgewiesen habe. Dies sei vergaberechtlich nicht zulässig.

Außerdem behauptet die Beigeladene zu 2), die Beigeladene zu 1) habe Zugkombinationen angeboten, für die manche Bahnsteige zu kurz seien. Das stelle die Fahrbarkeit des Betriebsprogramms bei der Beigeladenen zu 1) in Frage und führe ebenfalls zum Angebotsausschluss.

Die Beigeladene zu 2) mutmaßt, dass die Beigeladene zu 1) wegen der besseren Wertung im Bereich der Qualität eine Fahrzeugflotte bestehend aus 5-Teilern und 4-Teilern angeboten haben muss. Bei einer derartigen Doppeltraktion sei der Zug ca. 164 m lang, so dass die Bahnsteiglängen in zwei Bahnhöfen nicht ausreichen werden. Dies würde erhebliches Gefahrenpotential für die Reisenden bedeuten und den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich des Bahnbetriebes widersprechen.

So fordere § 38 Abs. 8 EBO, dass die Reisezüge nur dann länger als die Bahnsteige sein dürften, wenn die Sicherheit der Reisenden durch betriebliche Anweisungen gewährleistet ist. Außerdem dürften Reisezüge in der Regel nur in Gleise eingelassen werden, deren Bahnsteige ausreichend lang sind. In den Ausschreibungsunterlagen sei hinsichtlich der technischen Fahrzeugausstattung als Mindestanforderung (Anlage 2) bestimmt worden, dass die Fahrzeuge allen gängigen technischen und gesetzlichen Anforderungen entsprechen müssten, pro maximal 35 feste Sitzplätze mindestens eine Tür vorzusehen sei und eine mögliche Verlängerung der Bahnsteige durch die Beigeladene zu 1) nicht berücksichtigt werden dürfte, weil die Angebote basierend auf der vorhandenen Infrastruktur zu erstellen waren.

Die Beigeladene zu 2) meint, der Einsatz der von der Beigeladenen zu 1) vorgesehenen Fahrzeuge sei eisenbahnrechtlich unzulässig und verstoße daher gegen die Vorgaben der Ausschreibung, so dass das Angebot der Beigeladenen zu 1) zwingend auszuschließen sei.

Weiterhin meint die Beigeladene zu 2), das Angebot der Antragstellerin sei wegen der fehlenden Testierung auszuschließen. Die Argumentation der Antragstellerin berücksichtige nicht die Ausführungen zum Brems- und Beschleunigungsverhalten. Dies sei so zu wählen, dass die Fahrplangvorgaben stets (...) eingehalten werden können. Damit sei ohne Zweifel immer das einzelne Fahrzeug gemeint. Eine Definition des Begriffs Zugkonfiguration sei aus diesem Grunde nicht notwendig. Sie gehe davon aus, dass die Antragstellerin zumindest ein Fahrzeug angeboten habe, das in Einzeltraktion dieser Mindestanforderung nicht entspreche, sondern nur in Mehrfachtraktion mit einem anderen Fahrzeug ein ausreichendes Beschleunigungsverhalten aufweise.

Zudem behielten sich die Auftraggeber nach dem Verkehrsvertragsentwurf ausdrücklich kapazitive Mehr- oder Minderbestellungen vor, die aus dem Fahrzeugbestand zu bestreiten seien. Nach § 13 Abs. 5 des Vertragsentwurfs könnten die Aufgabenträger Veränderungen der Sitzplatzkapazitäten des Regelangebots verlangen, soweit dies nicht zu Fahrzeugmehr- oder Minderbedarf beim EVU führe. Deshalb müsse jedes Fahrzeug auch in der Lage sein, in Einzeltraktion den Fahrplan sicher einzuhalten. Dabei sei es ohne Belang, ob dieses Fahrzeug in

Einzeltraktion zum Einsatz komme oder nicht. Dies sei auch der Unterschied zu dem vom OLG Düsseldorf, Verg 36/06, entschiedenen Fall. Dort sei es in Bezug auf das Fehlen von Testaten der DB Netz AG um die Frage gegangen, ob sämtliche Fahrlagen des Betriebsprogramms testiert worden seien, was wohl nicht erforderlich gewesen sei, und ob die Fahrzeuge, deren Einsatz nur in Einzeltraktion testiert worden sind, auch in Doppeltraktion den Fahrplan halten könnten. Hier gehe es aber, so behauptet die Beigeladene zu 2) um ein Fahrzeug, welches in Einzeltraktion das Betriebsprogramm nicht fahren und daher entgegen § 13 Abs. 5 des Verkehrsvertragsentwurfs auch nicht zum Einsatz in Einzeltraktion herangezogen werden könne. Die Antragstellerin hätte dann, wenn sie ein schwächer motorisiertes Fahrzeug mit niedrigerem Energieverbrauch zu einem niedrigeren Preis anbiete, einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil.

Im Übrigen stelle sich bei der Antragstellerin das Problem mit der Zuglänge genau so wie bei der Beigeladenen zu 1).

Weiterhin meint die Beigeladene zu 2), das Wertungssystem sei nicht transparent, weil es keine einheitlichen Vorgaben hinsichtlich Preis und Qualität enthalte und die beiden Wertungssysteme nicht kompatibel seien. Hinsichtlich der Auswahl der Qualitätskriterien stelle sie Willkür fest, weil die Sitzplatzanzahl und der Sitzabstand nur einen Bruchteil der Qualität ausmachen.

Die Beigeladene zu 3) trägt unter Hinweis auf den Beschluss der Verkehrsministerkonferenz vom 17.02.2006 und der Antwort der EU Kommission Binnenmarkt vom 05.05.2006 vor, dass es keine Verpflichtung für die SPNV-Aufgabenträger gebe, ein Vergabeverfahren nach den §§ 97 ff. GWB durchzuführen. Die Beigeladene zu 3) vertritt die Auffassung, die Nachprüfungsinstanzen seien jedenfalls nicht sachlich zuständig. Eine Rechtsschutzlücke bestehe nicht, weil jedenfalls Rechtsschutz vor den Zivil- oder Verwaltungsgerichten möglich sei. Allerdings erscheine es widersprüchlich, dass die Antragsgegner in der Sache ein Vergabeverfahren nach den §§ 97 ff. GWB tatsächlich durchgeführten haben, indem sie auf die Anwendbarkeit der Basisparagrafen in der VOL/A verwiesen. Letztlich seien auch die Vergabenaachprüfungsinstanzen unter dem Gesichtspunkt der Sachnähe wohl die besser geeigneten Entscheidungsinstanzen.

Die Beigeladene zu 3) meint, der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet. Das Angebot der Antragstellerin sei zwingend auszuschließen, weil ein Bieterwechsel stattgefunden habe und damit das Angebot von einem Bieter abgegeben worden sei, dessen Eignung nicht geprüft wurde und der auch ursprünglich nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert worden sei.

Das Angebot der Antragstellerin sei aber auch deshalb auszuschließen, weil das Testat vom 02.02.2007 einem anderen Unternehmen, und zwar der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, und nicht der Antragstellerin erteilt worden sei. Im Übrigen gebe es zwischen dem Begriff „Zugkonfiguration“ und „Zugkombination“ keinen Unterschied. Allerdings liege es auf der Hand, dass die fahrdynamischen Eigenschaften einer Doppeltraktion anders zu beurteilen sind, als die einer Einfachtraktion. Außerdem seien längere Zugkonfigurationen naturgemäß länger in den Bereichen mit reduzierter Geschwindigkeit, etwa in den Ein- und Ausfahrten der Bahnhöfe, was ebenfalls zu einer Verlängerung der Fahrzeiten führe.

Die Beigeladene zu 3) trägt weiterhin vor, das Angebot der Beigeladenen zu 1) müsse wegen der zu langen Züge ausgeschlossen werden, weil es insgesamt drei Bahnhöfe auf der Strecke gebe, deren Bahnsteige kürzer als die von der Beigeladenen zu 1) angebotenen Zugkombina-

tion seien. Zwar könne man aus der Bieterinformation MRL3-54 entnehmen, dass die Antragsgegner zumindest für den Bahnhof xxxxxx die Überschreitung zugelassen haben. Allerdings sei nicht auszuschließen, dass es auf der Strecke noch weitere Bahnhöfe gebe, die über keine ausreichenden Bahnsteiglängen für die von der Beigeladenen zu 1) angebotenen Mehrfachtraktionen verfügen würden. Da sich die anderen Bieter an den nutzbaren Bahnsteiglängen orientiert haben, würde diese gegenüber der Beigeladenen zu 1) in wettbewerbswidriger Weise benachteiligt.

Im Übrigen trägt die Beigeladene zu 3) vor, auch die Beigeladene zu 1) könne den Zuschlag nicht erhalten, weil nach Zuschlagserteilung ein anderes Unternehmen die Leistungen erbringen werde, als die ursprünglich auf Eignung geprüfte Beigeladene zu 1). Es sei aus den Akten auch nicht ersichtlich, ob die Antragsgegner eine neue Eignungsprüfung hinsichtlich des neuen Unternehmens vorgenommen haben.

Vor dem Hintergrund des laufenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens beabsichtigte die Vergabekammer vorab durch einen rechtsmittelfähigen Beschluss über ihre sachliche Zuständigkeit ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Da die gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB erforderliche Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten nicht zu erreichen war, wurde das Verfahren ohne diese Zwischenentscheidung fortgesetzt.

Mit den Beschlüssen vom 24.04., 27.04. und 18.05.2007 erfolgten die Beiladungen. Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 29.06.2007 verlängert. Am 15.06.2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegner und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

1. Die Vergabekammer Münster ist zuständig.

a) Die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Münster ergibt sich § 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NW, weil der Antragsgegner zu 1) seinen Sitz im Regierungsbezirk Münster hat und dieser Antragsgegner hier auch die Vergabe federführend durchführte. Im Übrigen haben die Parteien unter Hinweis auf die Präklusionsregelung in § 113 Abs. 2 Satz 2 GWB mit Verfügung der Vorsitzenden vom 20.04.2007 die Gelegenheit erhalten, Bedenken gegen die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Münster vorzutragen. Da keine Beanstandungen diesbezüglich erfolgten, bleibt es bei der örtlichen Zuständigkeit der einleitenden Vergabekammer.

b) Die Vergabekammer ist auch sachlich zuständig. Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nach dem 4. Teil des GWB ist hier eröffnet, weil das AEG keine gegenüber den §§ 97 ff. GWB vorrangig abdrängende Sonderzuweisung enthält und die Antragsgegner zudem ihr Ermessen entsprechend ausgeübt haben und durch Selbstbindung an diese Vorgaben gebunden sind. Damit unterliegt die Prüfung dieser Vergabe gemäß § 102 GWB den Vergabekammern.

Im Einzelnen:

aa) Der sachliche Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB über die Vergabe öffentlicher Aufträge bestimmt sich nach § 99 in Verbindung mit § 100 Abs. 1 und 2 GWB, sofern

die Auftragswerte die Schwellenwerte erreichen oder überschreiten, was hier unstreitig der Fall ist.

Entscheidend für die Nichtanwendung der §§ 97 ff. GWB ist ausschließlich der eng und abschließende Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 GWB, der jedoch die hier im Streit stehenden Schienenpersonennahverkehrsleistungen nicht dem Anwendungsbereich entzieht.

Bei der ausgeschriebenen Leistung 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. Ist der Schwellenwert überschritten, ist auch hinsichtlich nachrangiger Dienstleistungsaufträge ein Nachprüfungsverfahren eröffnet, OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.06.2004, 2 Verg 4/04.

bb) An der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts, die sich allein aufgrund der o.g. Vorschriften entscheidet, ändert auch die Bestimmung des § 15 Abs. 2 AEG nichts. Dabei lässt die Kammer es hier dahingestellt, ob der Auffassung des OLG Brandenburg im Beschluss vom 02.09.2003, Verg 3/03, wonach eine Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts nicht bestehe, heute noch in diesem Umfange gefolgt werden kann, nachdem die Generaldirektion Binnenmarkt der Bundesregierung mit Schreiben vom 18.02.2006 mitteilte, dass eine Direktvergabe von Verkehrsverträgen an Schienenpersonennahverkehrsunternehmen als Verstoß gegen das Europäische Vergaberecht betrachtet wird.

Der Beschluss der Verkehrsministerkonferenz vom 17.02.2006 zeigt deutlich, dass eine Vergabe ohne Beachtung grundlegender Wettbewerbsprinzipien nicht mehr in Frage kommt. Die Formulierung in § 15 Abs. 2 AEG, wonach die zuständigen Behörden diese Leistungen ausschreiben können, muss unter Berücksichtigung des Beschlusses der Verkehrsministerkonferenz wohl so ausgelegt werden, dass „die Öffentlichkeit grundsätzlich über eine europaweite Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union (Supplement S) herzustellen ist.“

Nur vollständigkeithalber sei erwähnt, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.12.2006, BVerfG, 1 BvR 2085/03, keine inhaltlichen Aussagen zu der Auffassung des OLG Brandenburg enthält, sondern lediglich beinhaltet, dass eine Vorlagepflicht an den EuGH nicht besteht.

Der Entscheidung des OLG Brandenburg liegt aber eine Fallgestaltung zugrunde, die hier nicht gegeben ist. Eine Direktvergabe ohne Zugrundelegung der Regelungen aus der VOL/A liegt im Streitfall nicht vor. Die Leistungen sind tatsächlich nach den Basisparagrafen und den §§ 8a, 28a VOL/A ausgeschrieben worden, auch wenn die Antragsgegner erklären, dass sie diese Vorschriften freiwillig anwenden. Die Vorschriften sind angewandt worden. Dies ergibt sich aus den Verfahrensunterlagen.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegner gibt es auch keine zwei Ebenen, die zur Trennung der Vergabe in zwei Bereiche führen könnten. Durch die Trennung in das „Ob“ und das „Wie“ wird ein einheitlicher Vorgang und Lebenssachverhalt, und zwar die Vergabe eines Auftrages im Schienenpersonennahverkehr, künstlich in zwei Teile aufgeteilt, obwohl hinter dem „Ob“ überhaupt keine selbständigen Verwaltungshandlungen stehen, die überprüfbar sind. Damit würde lediglich eine Entkoppelung der anschließenden Abwicklung der Vergabe, also die Frage nach dem „Wie“ bewirkt, um so die Vergabe dem Vergaberechtsregime zu entziehen. Dies ist vor dem Hintergrund der Regelungen in § 100 Abs. 1 und 2 GWB einfach unzulässig.

entgegen der Auffassung der VK Nordbayern, 25.11.2005, 320.VK-3194-38/05, wegen des Funktionszusammenhangs zum Gesamtvergabeverfahren, das sich aus dem vorherigen Teilnahmewettbewerb und den eigentlichen Verhandlungen zusammensetzt. Diese Auslegung, so meinte das OLG a.a.O., werde gleichermaßen durch den Zweck des Öffentlichen Teilnahmewettbewerbs bestätigt. Der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb dient regelmäßig dazu, die Eignungsvoraussetzungen der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei den Bewerbern zu ermitteln und entsprechende Nachweise von ihnen zu verlangen. Der Teilnahmewettbewerb schließt ab mit einer Überprüfung der Eignung der Bewerber und mit der Auswahl derjenigen Bewerber durch den Auftraggeber, die in einem Verhandlungsverfahren ein Angebot einreichen sollen. Die Prüfung und Bejahung der Eignung eines Bewerbers durch den Auftraggeber ist hiernach im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Öffentlichem Teilnahmewettbewerb eine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Bewerber zur Einreichung eines Angebots aufgefordert wird.

Wenn man darin einen Gesamtvergabevorgang sieht und den Teilnahmewettbewerb als vorgezogene Eignungsprüfung einstuft, dann kann auch die Bewertung der Eignung der Teilnehmer, die zum Teilnahmewettbewerb vom öffentlichen Auftraggeber zugelassen wurden, unter bestimmten Voraussetzungen wieder aufgenommen werden, und zwar auch dann, wenn das Angebot schon in die Wirtschaftlichkeitsprüfung gelangt ist. Steht der Vergabestelle bei der Entscheidung über den Ausschluss eines Angebots ein Beurteilungsspielraum zu und hat sie in Ausübung dieses Spielraums die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit bejaht, ist sie daran grundsätzlich gebunden. Sollte sich aber die Sachlage ändern, so kann die Vergabestelle erneut in die Eignungsprüfung eintreten, in diesem Sinne u.a. OLG Düsseldorf, 28.05.2003, Verg 16/03; OLG Düsseldorf, 05.05.2003, Verg 20/03. Somit kann eine Vergabestelle – wenn sie eine Beurteilungsentscheidung getroffen hat - aufgrund neu eintretender Umstände die bereits festgestellte Eignung eines Teilnehmers revidieren, wenn sie der Auffassung ist, dass der Teilnehmer nunmehr die Eignungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt. Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass hier Änderungen bei einem bereits ausgewählten Teilnehmer eintraten und es sich eben nicht um die Berücksichtigung eines völlig neuen Bewerbers handelte, der noch nicht am Verfahren beteiligt war. Insofern kam es auf den Ablauf einer Teilnahmefrist hier nicht an.

Die Kammer ist der Auffassung, dass die Eignungsprüfung auch einen Wechsel in der Person des Teilnehmers mit umfasst, solange noch keine Angebote abgegeben wurden. Die Auswahl der Teilnehmer ist eine Beurteilungsentscheidung der Vergabestelle. Fallen nach Abschluss der Auswahlentscheidung bestimmte Eignungsmerkmale weg oder treten Besonderheiten auf, wie in § 7 Nr. 5 VOL/A genannt, so ist es den Vergabestellen nicht verwehrt ihre Beurteilungsentscheidung aufgrund dieser neu eintretenden Umstände zu ändern.

Die Verschmelzung der beiden Unternehmen war jedenfalls ein solcher Anlass, der eine erneute Eignungsprüfung hinsichtlich eines bereits ausgewählten Teilnehmers eröffnete. Das neue Unternehmen – die Antragstellerin - hat die Eignungsnachweise auch erneut vorgelegt. Diese sind dann offensichtlich von den Antragsgegnern entsprechend gewertet worden und führten zur Feststellung der Eignung des neuen Teilnehmers. Da zu dem Zeitpunkt noch keine letztverbindlichen Angebote vorlagen, konnte eine entsprechende Wiederholung der Eignungsprüfung sich auch auf die Person des Bieters bzw. Teilnehmers beziehen. Erst nach Abschluss der erneuten Eignungsprüfung stand offensichtlich für die Antragsgegner fest, dass auch das neue Unternehmen geeignet war. Demzufolge wurde es auch zur Abgabe eines letztverbindlichen Angebots aufgefordert. Dies ist nicht mehr möglich, wenn die Angebote abgegeben sind.

Deshalb steht hier auch nicht die Entscheidung des OLG Düsseldorf, 18.10.2006, Verg 30/06 entgegen. In dem Fall erfolgte der Bieteraustausch nach Abgabe des Angebots. Folgerichtig musste dies zum Ausschluss des Angebots führen, weil mit der Abgabe des Angebots die zukünftigen Vertragspartner feststehen und Änderungen an den wesentlichen Elementen des Angebots, wie an den zukünftigen Vertragsparteien, dem Vertragsgegenstand oder dem Preis in den Angeboten nicht mehr möglich sind. § 24 Nr. 2 VOL/A untersagt dem Auftraggeber jedwede Verhandlungen über eine Änderung der Angebote oder Preise. Solche Nachverhandlungen sind nicht statthaft, weil dadurch inhaltlich eine Änderung am Angebot vorgenommen wird. In einem derartigen Fall gebieten die vergaberechtlichen Prinzipien des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz, das geänderte Angebot insgesamt von der Wertung auszunehmen.

Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 1) liegt genau diese Fallkonstellation hier nicht vor, weil dem öffentlichen Auftraggeber kein neues Unternehmen als Vertragspartner aufgedrängt und folglich auch kein Angebot geändert werden muss. Das entscheidende letztverbindliche Angebot gab es zu dem Zeitpunkt als der Wechsel in der Person des Teilnehmers – hier der Antragstellerin - eintrat noch gar nicht.

b) Die Antragstellerin hat auch ordnungsgemäß gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB den Ausschluss ihres Angebots mit ihrem Schreiben vom 05.04.2007 gerügt.

Eine weitergehende Rügepflicht hinsichtlich der Gestaltung des Verfahrens als Verwaltungsverfahren mit der Konsequenz, dass sie nunmehr keinen Rechtsschutz mehr vor einer Vergabekammer in Anspruch nehmen kann, trifft die Antragstellerin aus folgenden Gründen nicht.

aa) Eine Rüge gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GWB hinsichtlich des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB war nicht erforderlich.

Aus der Bekanntmachung ergab sich eindeutig, dass die Antragsgegner die Basisparagrafen des 2. Abschnitts der VOL/A sowie die §§ 8a, 28a VOL/A freiwillig anwenden und ein Wettbewerbsverfahren nach Maßgabe des § 15 Abs. 2 AEG durchführen wollten. Hinweise darauf, dass kein Rechtsschutz nach Maßgabe des Kartellvergaberechts gewährt werden sollte, ergaben sich jedenfalls nicht unmittelbar aus diesen Formulierungen. Vielmehr konnte der Hinweis auf die Anwendung der Basisparagrafen von den Bietern so verstanden werden, dass auch der Rechtsschutz nach Maßgabe des Kartellvergaberechts erfolgen werde.

bb) Eine Rüge gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB hinsichtlich der Gestaltung des Verfahrens als Verwaltungsverfahren, das nicht dem 4. Teil des GWB unterliegen sollte, so wie in den Verdingungsunterlagen beschrieben, war aus folgenden Gründen nicht erforderlich.

Da die unverzügliche Rüge dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen soll, einen Fehler im Vergabeverfahren zu korrigieren, kann die Rügeobliegenheit im Sinne einer Mitwirkungspflicht des Bieters verstanden werden. Diese soll dazu beitragen, dass ein zeitaufwendiges Nachprüfungsverfahren unterbleibt, sofern das Vergabeverfahren durch eine Korrektur des Vergaberechtsverstößes geheilt werden kann. Hat sich aber ein Auftraggeber entschieden, überhaupt kein geregeltes förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, fehlt es an einer verfahrensmäßigen Grundlage dafür, dem Antragsteller eine Mitwirkungspflicht zugunsten des Auftraggebers aufzuerlegen, OLG Düsseldorf, 19.07.2006, Verg 26/06.

Wenn also ein Auftraggeber meint, er führe kein geregeltes Vergabeverfahren nach den Vorschriften des GWB, sondern ein Verwaltungsverfahren durch, dann kann dem Bieter auch

keine Obliegenheit zur Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB treffen. Der § 107 Abs. 3 GWB ist nur *in einem Vergabeverfahren* nach dem GWB anwendbar.

Weiterhin meinte das OLG Düsseldorf in der o.g. Entscheidung, ein Antragsteller habe in einem solchen Fall auch sein Antragsrecht nicht verwirkt. Eine aus § 242 BGB abgeleitete Rügeobliegenheit zu Lasten desjenigen Bieters, der sich in Kenntnis der Erforderlichkeit eines regulären Vergabeverfahrens an einer de facto Vergabe beteiligt, ohne den Auftraggeber auf den Rechtsverstoß hinzuweisen, sei zu verneinen. Dadurch würden nicht nur die Nichtanwendbarkeit des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB auf de facto Vergaben unterlaufen, sondern eine einseitige Belastung der Bieterseite bei gleichzeitiger Privilegierung des öffentlichen Auftraggebers bewirkt, die schon deshalb nicht gerechtfertigt sei, weil der öffentliche Auftraggeber und nicht der Bieter der verantwortliche Normadressat für die Beachtung des Vergaberechts sei.

Im Ergebnis treffen diese Ausführungen auch auf die vorliegende Fallgestaltung zu. Die öffentlichen Auftraggeber wollten ein Verwaltungsverfahren durchführen und eben kein Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB. Also trifft den Bieter auch gemäß § 242 BGB keine Rügeobliegenheit hinsichtlich dieser Verfahrensgestaltung, auch wenn er meint, dass ein reguläres Vergabeverfahren erforderlich ist.

cc) Zudem steht hier nicht die falsche Wahl des Verfahrens im Streit, die sich aus der Bekanntmachung möglicherweise hätte erschließen lassen. Die Verfahrensarten sind in § 101 GWB sowie § 3 VOL/A geregelt. Der Hinweis auf die Basisparagrafen im Abschnitt 2 der VOL/A erfasste auch die Regelung in § 3 VOL/A.

Vielmehr geht es um die Frage der Gewährung von Rechtsschutz. Diesbezüglich steht der Vergabestelle überhaupt keine Dispositionsbefugnis zu. Weder eine irrtümliche noch eine freiwillige Unterwerfung der Vergabestelle unter die Bestimmungen des GWB hat Einfluss auf den gesetzlichen festgelegten und von Amts wegen zu prüfenden Rechtsweg, in diesem Sinne OLG München, 28.09.2005, Verg 19/05. Die Gewährung von Rechtsschutz nach Maßgabe des Kartellvergaberechts oder nach Verwaltungsrecht ist eine von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung, die weder von den Vergabestellen geändert werden kann, noch von den Bietern als „Verfahrenshandlung“ gerügt werden muss.

3. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen fehlender Testate der DB Netz AG gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A war vergaberechtlich nicht gerechtfertigt. Andere Ausschlussgründe sind ebenfalls nicht erkennbar.

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) und § 21 Nr. 1 Abs. 1 S.1 VOL/A können Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten, ausgeschlossen werden.

a) Fehlende Ermessenserwägungen seitens der Antragsgegner sind hier nicht feststellbar. Zwar unterliegt nach dem Wortlaut von § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A in den dort genannten Fällen der Ausschluss eines Angebots dem Ermessen des Auftraggebers. Allerdings ist eine Vergabestelle mindestens im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null daran gehindert, ein Angebot in der Wertung zu belassen, wenn ausweislich der Verdingungsunterlagen vollständige Angaben – hier zu der geforderten Bestätigung der Fahrbarkeit des Fahrplanentwurfs – als ein Umstand ausgewiesen sind, der nach den bekannt gegebenen Vorstellungen des Auftraggebers für die Vergleichbarkeit der Angebote und die Vergabeentscheidung wettbewerbliche Relevanz haben sollte. Da eine sachgerechte, transparente und auf Gleichbehandlung aller

Bieter abzielende Vergabeentscheidung nur getroffen werden kann, wenn hinsichtlich aller relevanten Umstände eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist (vgl. insoweit BGH, 18.02.2003, X ZB 43/02), sind im Anwendungsbereich der VOL/A solche Angebote, die vom Auftraggeber geforderte Erklärungen nicht vollständig enthalten, unter den vergaberechtlichen Geboten des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung von der Wertung genauso zwingend auszuschließen, wie dies unter Geltung der VOB/A geboten ist, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 13.04.2006, Verg 10/06.

So liegt der Fall hier. In den Verdingungsunterlagen ist eindeutig unter Ziffer 3.3.1.4. für alle Teilnehmer die Vorlage der Bestätigung der Fahrbarkeit des Fahrplanentwurfes durch DB Netz mit dem letztverbindlichen Angebot gefordert worden. Davon können die Antragsgegner im weiteren Verlauf der Vergabeentscheidung nicht mehr abrücken. Insofern liegt hinsichtlich dieses Gesichtspunktes jedenfalls eine Ermessensreduzierung auf Null vor. Angebote, die diese Anforderungen nicht enthielten, mussten dann zwingend ausgeschlossen werden.

b) Das Angebot der Antragstellerin enthielt aber die laut Leistungsbeschreibung geforderten Testate für alle der von ihr angebotenen Fahrzeuge in ihrer Flotte. Eine Testierung von Mehrfachtraktionen derjenigen Fahrzeuge, die bereits als Einfachtraktion testiert wurden, ist ausweislich der Ziffer 3.3.1.4 nicht erforderlich gewesen.

Im Einzelnen:

aa) Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Eine Auslegung der Leistungsbeschreibung hat aus der objektiven Sicht eines verständigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters zu erfolgen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.07.2005, Verg 19/05. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut der Ziffer 3.3.1.4., wonach eine Bestätigung der Fahrbarkeit des Fahrplanentwurfes durch DB Netz mit dem letztverbindlichen Angebot vorzulegen war.

Der Fahrplanentwurf war von den Bietern zu fertigen und zusammen mit den Fahrzeugen, die zur Realisierung dieses Konzeptes eingesetzt werden sollten, der DB Netz AG vorzulegen.

Für das Verständnis der Ziffer 3.3.1.4 kommt es somit u.a. darauf an, welche konkreten Umstände bzw. Informationen diesen Testaten zugrunde liegen. Zu diesem Zweck hat die Vergabekammer sich von der DB Netz AG eine Betriebsprogrammstudie (Machbarkeitsstudie) vorlegen lassen, die den Prüfungsablauf beschreibt. Diese Studie ist zwar neu, wurde aber inhaltlich auch den bereits in der Vergangenheit erteilten Testaten zugrunde gelegt. Den Parteien wurde diese Betriebsprogrammstudie im Laufe des Nachprüfungsverfahrens zur Information übersandt.

Für die Überprüfung des Fahrplankonzeptes benötigt die DB Netz AG die Fahrzeugdaten aller Fahrzeuge der geplanten Flotte. War das Fahrzeug bereits in der Triebfahrzeugdatenbank der DB Netz AG enthalten, wurde die Untersuchung mit dem im EDV-System RUT hinterlegten Fahrzeug durchgeführt, wobei zusätzlich bestimmte Zugparameter berücksichtigt wurden. In den Testaten wird nicht zwischen Fahrzeugen und Fahrzeugen in Mehrfachtraktion unterschieden. Alle „Fahrzeuge“, die entweder einzeln oder in Mehrfachtraktion von dem EVU vorgeschlagen wurden und welche die Zeitvorgaben des Musterfahrplans schafften, erhielten das Testat. Die Zugangsberechtigten hatten der DB Netz AG für die Durchführung der Prüfung der Fahrbarkeit eines Fahrplanentwurfes u.a. anzugeben, welche Triebfahrzeuge einge-

setzt werden sollen, welche Höchstgeschwindigkeit der Zug erreicht sowie welche Last der gesamte Zug haben wird.

Vor diesem Hintergrund lässt sich nachvollziehen, dass für das Testat ein Fahrzeug (Triebfahrzeug) entweder allein oder in Mehrfachtraktion ausreichend motorisiert sein musste und auch die Last des gesamten Zuges entscheidend war. Für die Fahrbarkeit eines Fahrplangentwurfes kam es somit auf die ausreichende Motorisierung der von dem EVU genannten Fahrzeuge (Triebfahrzeuge) an. Ein Fahrzeug – sei es als Einzel- oder Mehrfachtraktion- das nicht ausreichend motorisiert war, konnte den Fahrplan nicht schaffen und erhielt somit kein Testat.

Weiterhin hätte ein leistungsstarkes Fahrzeug in Einzeltraktion durch die Last eines angehängten weiteren Fahrzeuges, welches für sich genommen nicht ausreichend motorisiert war, die Last des gesamten Zuges erhöht und Auswirkungen auf die Fahrbarkeit gehabt.

Dies gilt aber nicht für den umgekehrten Fall. Fahrzeuge, die in Einzeltraktion fahren, und als solche ausreichend für die Strecke motorisiert sind, also als Triebfahrzeug eingesetzt werden, können diese Strecke und damit den Fahrplan auch dann einhalten, wenn sie in Kombination mit einem weiteren Fahrzeug fahren, das ebenfalls für sich genommen ausreichend motorisiert ist. Eine Reduzierung der Fahrbarkeit aufgrund des Gewichts des angehängten Fahrzeuges entfällt in diesen Fällen. Beide Fahrzeuge können entweder einzeln oder im Verbund – da ausreichend motorisiert- aus eigener Kraft den Fahrplan einhalten.

Berücksichtigt man den Wortlaut der Ziffer 3.3.1.4 und den Inhalt sowie Sinn und Zweck der von der DB Netz AG ausgestellten Testate, so hat die Antragstellerin hier mit der von ihr angebotenen Flotte nachgewiesen, dass sie den Fahrplangentwurf bewältigen kann. Sie hat zwei Testate vorgelegt, in denen sämtliche von ihr angebotenen Fahrzeuge, wozu auch ein Fahrzeug, das nur in Mehrfachtraktion fährt, von der DB Netz AG positiv getestet wurden. Sie musste daneben nicht alle noch weiteren denkbaren Fahrzeugzusammenstellungen – bestehend aus den einzelnen, positiv getesteten Fahrzeugen (Triebfahrzeugen) - testen lassen, die sich aufgrund ihrer Fahrzeugflotte ergeben konnten. Denn das hätte – gemessen an der Forderung der Fahrbarkeit des Fahrplangentwurfs - nichts geändert. Vielmehr wäre die Fahrbarkeit dann nochmals für das jeweilige Triebfahrzeug bestätigt worden.

Wenn der Fahrplangentwurf mit einem 4-Teiler oder einem 5-Teiler fahrbar ist, weil beide Fahrzeuge aus eigener Kraft die Trasse in bestimmter Zeit bewältigen können, dann können auch die Kombinationen aus den o.g. Fahrzeugen den Fahrplangentwurf einhalten, weil sich keine Änderungen hinsichtlich des Triebfahrzeuges, der Höchstgeschwindigkeit und der Last des Zuges – so wie in der Betriebsprogrammstudie als Voraussetzungen verlangt- ergeben.

bb) Ausweislich der Betriebsprogrammstudie erfolgt die Prüfung des Betriebsprogramms auf der Basis der von dem EVU angegebenen Parameter und zeigt eine mögliche Umsetzung des vorgelegten Fahrplankonzeptes in der Form einer Prognose auf. Zur Erstellung einer vom EVU gewünschten Betriebsprogrammstudie benötigt die DB Netz AG die dort aufgeführten Informationen. Hinsichtlich der Zugcharakteristik wird insbesondere nach dem Triebfahrzeug und der Last des gesamten Zuges gefragt, nicht hingegen nach der Länge des Fahrzeugs. Wäre die Länge des Fahrzeuges im Bereich des Personennahverkehrs unabhängig vom Einsatz der Triebfahrzeuge tatsächlich entscheidend, dann müsste dies als Information vom EVU erfragt werden. Dies ist ausweislich der Betriebsprogrammstudie nicht der Fall.

Dem steht auch nicht entgegen, dass in dem bei der DB Netz AG vorhandenen Datensatz die einzelnen Fahrzeuge – so wie in der mündlichen Verhandlung behauptet- mitsamt ihrer Län-

ge eingegeben wurden. Dabei kann es sich – je nach Hersteller- um unterschiedlich lange Züge handeln. Entscheidend ist vielmehr, dass für die Bestätigung der Fahrbarkeit im Einzelfall die konkrete Angabe der Länge des gesamten Fahrzeuges oder der Fahrzeugkombination nicht entscheidend sein kann, weil diese Voraussetzung für die Durchführung der Prüfung von den Zugangsberechtigten nicht erfragt wird.

Daraus kann weiterhin gefolgert werden, dass auch die zeitlichen Verluste im Rahmen der Ein- und Ausfahrten in den Bahnhöfen marginal sein müssen und sich im Bereich der in den Testaten angegebenen Spielräume halten werden. Im Übrigen rechnet die DB Netz AG grundsätzlich Regelzuschläge bei den Fahrzeitrechnungen und Fahrplänen mit ein, die bereits zentral von der DB Netz AG festgesetzt wurden und vom RUT-System automatisch berücksichtigt werden.

Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass die Stellungnahme eines Fahrzeugherstellers, die in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin verlesen und anschließend der Vergabekammer überreicht wurde, der Entscheidung nicht zugrunde gelegt wird und somit auch den anderen Parteien nicht mit der Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung übersandt werden muss.

cc) Im Übrigen geht die Auffassung der Antragsgegner, dass zusätzlich zu den vorgelegten Testaten für die hier im Streit stehenden 4-Teiler und 5-Teiler, auch noch die Kombination zu testieren war, in dieser Eindeutigkeit nicht aus dem Leistungsverzeichnis hervor. Entscheidend war die Fahrbarkeit des Fahrplanentwurfs, nicht aber die Einsatzplanung der Fahrzeuge einschließlich der Bildung von Mehrfachtraktionen. Dies blieb den Bietern überlassen. Wenn diese Frage aber derart entscheidend gewesen sein sollte, hätten die Antragsgegner in der Leistungsbeschreibung dazu einen ausdrücklichen Hinweis geben müssen.

Der Auftraggeber hat diejenigen Leistungen, deren Ausführung er vom Auftragnehmer erwartet, in der Leistungsbeschreibung zu benennen. Die Leistungsbeschreibung hat die geforderte Leistung schon aus Gründen der Gleichbehandlung der Bieter, eindeutig und erschöpfend gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A zu beschreiben. Wenn die Antragsgegner mehr von den Angeboten erwartet haben, also insbesondere die Vorlage von Testaten über die Fahrbarkeit sämtlicher denkbarer Mehrfachtraktionen oder Kombinationen, und zwar unabhängig davon, ob das Fahrzeug schon in Einzeltraktion den Fahrplanentwurf bewältigen kann, dann hätte dies in der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 3.3.1.4 ausdrücklich und unmissverständlich gefordert werden müssen. Da die Antragsgegner eine entsprechende Forderung – mit der gebotenen Klarheit- in der Leistungsbeschreibung jedoch nicht aufgestellt haben, kann eine Abweichung von ihren subjektiven Vorstellungen aus Rechtsgründen nicht zum Anlass genommen werden, das Angebot der Antragstellerin von der Wertung auszunehmen. Solche Unklarheiten in den Leistungsbeschreibungen gehen zu Lasten der Vergabestelle, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 20.05.2005 und 13.07.2005, Verg 19/05.

dd) Dabei ergibt sich aus den Formulierungen in der Leistungsbeschreibung nicht, dass jedes einzelne Fahrzeug aus der Fahrzeugflotte den Fahrplan einzuhalten in der Lage sein musste, auch wenn es nicht separat zum Einsatz kommen sollte.

Dies bezieht sich bei der Antragstellerin auf den 3-Teiler. Dieser wird ausweislich des Fahrplanentwurfs nur in Kombination mit einem 5-Teiler gefahren, also nicht als Fahrzeug allein eingesetzt.

(1) Aus Ziffer 3.3.1.4 ergibt sich zunächst, dass die Einsatzplanung der Fahrzeuge einschließlich der Bildung von Mehrfachtraktionen und den geforderten Kapazitäten beim EVU liegt. Der 3-Teiler wird ausweislich des Angebots der Antragstellerin nicht separat gefahren, weil die Sitzplatzkapazitäten nicht ausreichen.

Daraus ergibt sich, dass Fahrzeuge, wie der 3-Teiler, die laut EVU nicht einzeln zum Einsatz kommen sollten, weil jedenfalls zu keiner Zeit damit die geforderten Sitzplatzkapazitäten eingehalten werden können, auch nicht einzeln zu testieren waren. Denn es ging um die Bestätigung der Fahrbarkeit des vom EVU gefertigten Fahrplanentwurfs unter Berücksichtigung der vom EVU vorzunehmenden Einsatzplanung ihrer angebotenen Fahrzeuge einschließlich der Einhaltung der Sitzplatzkapazitäten. Wenn der 3-Teiler nicht einzeln zum Einsatz kommen sollte, so brauchte man sich über die Einhaltung der Fahrbarkeit mit diesem Fahrzeug auch keine Gedanken machen.

(2) Aus der Formulierung in der Anlage 2 „Technische Fahrzeugausstattung - Mindestanforderungen“ - wonach das Brems- und Beschleunigungsverhalten so zu wählen ist, dass die Fahrplanvorgaben stets, also bei allen Witterungslagen, zuverlässig und sicher eingehalten werden können- ergibt sich ebenfalls nicht, dass auch jedes einzelne Fahrzeug aus der Gesamtflotte in Einzeltaktion den Fahrplan einhalten musste.

Auch insoweit gilt, dass die Einsatzplanung der Fahrzeuge einschließlich der Bildung der Mehrfachtraktionen in der Hand der Bieter lag. Für die vom Bieter vorgeschlagenen Fahrzeuge kam es auf das Brems- und Beschleunigungsverhalten an. Wenn aber ein Fahrzeug überhaupt nicht allein zum Einsatz kam, kam es eben nicht auf das Beschleunigungsverhalten dieses Fahrzeugs an, sondern entscheidend war hier das Brems- und Beschleunigungsverhalten der Fahrzeugkombination.

(3) Etwas anderes lässt sich auch nicht dem § 13 Abs. 5 des Verkehrsvertragsentwurfs entnehmen. Veränderungen bei den angebotenen Sitzplatzkapazitäten können von den Auftraggebern verlangt werden, wenn dies nicht zu einem Fahrzeugmehr- oder Minderbedarf beim EVU führt. Damit erfolgt eine Risikoverlagerung für geringfügige Schwankungen im Bereich der Sitzplatzkapazitäten auf die Bieter, wobei hierbei nicht den Bietern vorgeschrieben wird, mit welchen Fahrzeugen sie nach diesen Veränderungen die Strecke tatsächlich fahren sollen. Keinesfalls ergibt sich daraus, dass der Auftraggeber bestimmt, dass nunmehr die Strecke mit einem bestimmten, ggf. untermotorisierten Fahrzeug gefahren werden soll. Weiterhin dürfen diese Veränderungen gerade keine Auswirkungen auf die angebotene Fahrzeugflotte haben. Es darf weder zu einem Fahrzeugmehrbedarf noch zu einem Fahrzeugminderbedarf führen.

ee) Das Angebot der Antragstellerin ist auch insofern nicht unvollständig, weil ein Testat der DB Netz AG für die Kombination von 4-Teiler + 3-Teiler nicht vorgelegt wurde. In Ziffer 3.3.1.4 wird die Bestätigung für die Fahrbarkeit des (vom EVU) aufgestellten Fahrplanentwurfs gefordert.

Aus dem Angebot der Antragstellerin ergibt sich, dass sie eine Fahrzeugkombination von 4-Teiler + 3-Teiler nicht einsetzen wird und folglich hat sie diese in ihrem Fahrplanentwurf auch nicht aufgeführt. Dies lässt sich auch aus den angebotenen Sitzplatzkapazitäten schließen. Die Einhaltung bestimmter Mindestkapazitäten, wie von der Antragstellerin in ihrem Angebot genannt, ergibt sich nicht aus der Kombination der 4-Teiler + 3-Teiler.

Im Ergebnis entspricht das Angebot der Antragstellerin den Anforderungen der Ziffer 3.3.1.4. der Leistungsbeschreibung und war insoweit nicht unvollständig.

c) Die Antworten auf die Rückfragen MRL3-010 und MRL3-048 sind aus der Sicht der Kammer nicht entscheidend.

aa) Zunächst handelt es sich hierbei nicht um die Leistungsbeschreibung und die Antragsgegner haben die Antworten auf diese Rückfragen auch nicht nachträglich in ihre Leistungsbeschreibung aufgenommen. Insofern können die dort gemachten Angaben nur ergänzend zu den bereits oben gemachten Ausführungen herangezogen werden.

bb) Nicht entscheidend ist, wie die Begriffe Zugkonfiguration oder Fahrzeugkombination in diesen Rückfragen und Antworten zu verstehen waren, weil bereits allein die Auslegung der Leistungsbeschreibung zu dem Ergebnis führte, dass das Angebot der Antragstellerin nicht unvollständig im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A war.

d) Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass die Testate der DB Netz AG nicht einem bestimmten Unternehmen erteilt werden müssen, sondern es wird die Fahrbarkeit eines Fahrplangentwurfes bestätigt. Es handelt sich um eine Machbarkeitsstudie, wobei es völlig egal ist, von welchem EVU oder welchem anderen Zugangsberechtigten der Fahrplangentwurf zur Prüfung vorgelegt wird.

e) Unabhängig von den Testaten der DB Netz AG, war das Angebot der Antragstellerin auch aus anderen Gründen nicht auszuschließen.

aa) Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 1) kommt der Ausschluss von Angeboten, die fahrplanmäßig lange Zugkombinationen angeboten haben, nicht in Betracht.

Ausweislich der Angaben in den Testaten der DB Netz AG über den Umfang der Prüfungen, die sich mittlerweile in der Produktbeschreibung „Betriebsprogrammstudie“ wieder finden, sind Angaben zur Länge des Zuges nicht erforderlich. Es ist zwar das Triebfahrzeug und die Last des gesamten Zuges anzugeben, nicht aber die Länge des gesamten Fahrzeuges. Wären die Geschwindigkeitswechsel oder das Passieren von Weichen für die Fahrbarkeit eines Fahrplangentwurfes so entscheidend, wie die Beigeladene zu 1) vorträgt, so müsste dies der DB Netz AG als Information geliefert werden. Dies ist offensichtlich nicht erforderlich. Zudem wird in den Testaten darauf hingewiesen, dass es bestimmte Spielräume für die grundsätzliche Fahrbarkeit der Bedienungskonzepte gibt.

bb) Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 2) kommt auch der Ausschluss von Angeboten, in denen die Fahrzeuglängen mit den Bahnsteiglängen in Bxxxxxx und Dxxxxx nicht übereinstimmen, nicht in Betracht.

Gemäß § 104 Abs. 1 GWB überprüfen die Nachprüfungsinstanzen in einem Nachprüfungsverfahren nur Vergabevorschriften. Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind die Vorschriften der Verdingungsordnungen, die durch Verweisung in der Vergabeverordnung und die §§ 97 Abs. 6 und 7 sowie 127 GWB Rechtssatzqualität erlangt haben, ferner die das Verfahren betreffenden Gebote des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) sowie bestimmte ungeschriebene Vergaberegeln, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.05.2002, Verg 6/02; Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02.

Zu den Bestimmungen des Vergaberechts gehören nicht § 28 Abs. 8 EBO, § 38 Abs. 8 EBO und auch nicht die DB Konzernrichtlinie KoRil 408. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist nicht Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens, weil es sich um allgemeine, den eisenbahnrechtlichen Betrieb betreffende Bestimmungen handelt. Diese Bestimmungen gelten für alle Bieter und sind erst dann vergaberechtlich relevant, wenn sie sich als Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen wieder finden. Dies ist hier nicht der Fall.

(1) Soweit die Antragsgegner generell auf die Einhaltung einer Vielzahl von Bestimmungen, u.a. auch der Eisenbahnordnung, in ihrer EU-weiten Bekanntmachung hinweisen, handelt es sich hier nicht um konkrete Vorgaben in den Verdingungsunterlagen für die Erstellung der Angebote. Die Kammer hat dies auch lediglich als Hinweise verstanden. Würde man das anders sehen, so müsste man unter Bezugnahme auf § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A die Leistungsbeschreibung beanstanden, weil alle Umstände, die die einwandfreie Preisermittlung beeinflussen können, in den Verdingungsunterlagen auch tatsächlich anzugeben sind. Den Ausführungen der Antragsgegner zum Bahnhof in Bxxxxxx, so wie im Schriftsatz vom 13.06.2007 ausgeführt, folgt die Kammer deshalb nicht. Wenn die eisenbahnrechtlichen Bestimmungen bei der Erstellung der Angebote derart entscheidend gewesen sein sollten, dann hätten die Antragsgegner dies für alle Bieter in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich aufnehmen müssen.

(2) In der Leistungsbeschreibung sind die vorstehenden eisenbahnrechtlichen Vorschriften aber nicht in diesem Umfang aufgenommen worden. Im Teil D der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 3.2.2 haben die Antragsgegner Vorgaben zu den Bahnhöfen und Haltepunkten gemacht, ohne dass sich hier die Forderung nach Einhaltung der Bahnsteiglängen wieder findet.

Weiterhin gab es zum Bahnhof in Dxxxxx die Rückfrage MRL3-054, die von den Antragsgegnern in der Weise beantwortet wurde, dass man die erforderlichen Schritte zur Verlängerung des Bahnsteigs bis zur Betriebsaufnahme einleiten werde. Alle Bieter sind darüber informiert worden. Spätestens damit war für jeden Bieter erkennbar, dass die Länge der Bahnsteige für die Antragsgegner nur eine untergeordnete Bedeutung hatte.

Gleiches konnte man auch für die Bahnsteiglänge in Bxxxxxx schlussfolgern, weil auch die Situation dort während der Vergabe sowohl den Bietern als auch den Antragsgegnern bekannt war. Im Zweifelsfall hätten die Bieter dies ansonsten beanstanden müssen bzw. die Antragsgegner hätten ausdrücklich darauf hinweisen müssen.

(3) Dass pro maximal 35 feste Sitzplätze mindestens eine Türspur einzuplanen war, führt ebenfalls nicht zu einer eisenbahnrechtlichen Prüfung im Nachprüfungsverfahren. Die Leistungsbeschreibung ist insofern nicht zu beanstanden, weil sowohl § 28 Abs. 8 als auch § 38 Abs. 8 EBO für die Bieter in Ausnahmefällen Möglichkeiten eröffnen, wonach Züge, die länger als der Bahnsteig sind, eingesetzt werden dürfen, wenn durch betriebliche Anweisungen die Sicherheit der Reisenden gewährleistet wird. Bei Kenntnis dieser Vorschriften konnten die Bieter somit in ihren Angeboten diese Umstände berücksichtigen, ohne Gefahr zu laufen, ausgeschlossen zu werden.

Der Hinweis auf die Entscheidung des VG Köln zeigt im Übrigen deutlich, dass die Einhaltung der Vorgaben aus den eisenbahnrechtlichen Vorschriften der Überprüfung der Verwaltungsgerichte unterliegt und eben nicht den Vergabekammern, solange diese Vorschriften nicht ausdrücklich in den Verdingungsunterlagen zum Inhalt der Ausschreibung gemacht werden und damit wettbewerbliche Relevanz erhalten.

(4) Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass auch in den Testaten der DB Netz AG zwar auf diesen Umstand (Überlänge des Zuges für bestimmte Bahnsteige) hingewiesen wurde, dieser aber nicht zur Versagung der Testate führte.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

1. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A verletzt, weil ihr Angebot vergaberechtswidrig auf der ersten Stufe ausgeschlossen wurde. Zur Beseitigung dieser Rechtsverletzung hält die Vergabekammer die Wiederholung der Wertung durch die Antragsgegner unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin für geboten.

2. Das Angebot der Beigeladenen zu 1) kann ebenfalls erneut in die Wertung einbezogen werden. Ausschlussgründe liegen zur Zeit nicht vor und ergeben sich insbesondere auch nicht aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2006, Verg 30/06.

a) Ein Bieterwechsel in der Person der Beigeladenen zu 1) soll zwar im Wege der Realteilung erfolgen, hat aber bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht stattgefunden. In der mündlichen Verhandlung wurde mitgeteilt, dass zur Zeit der Zeitpunkt der Aufspaltung auch noch nicht feststehe. Die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, die das Angebot abgegeben hat, ist weiterhin existent, weil noch keine Eintragungen hinsichtlich der neuen Unternehmen im Handelsregister erfolgten und die Beigeladene zu 1) offensichtlich noch nicht gelöscht wurde. Diese Aussagen sind durch Vorlage eines aktuellen Handelsregistrauszuges bestätigt worden.

b) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, 18.10.2006, Verg 30/06. Dort wird ausgeführt, dass der Bieterwechsel eine Frage der Eignung des Bieters sei. Die Eignung des Bieters müsse im Rahmen der Angebotswertung unter ganz anderen Vorzeichen als aus dem Angebot zu erkennen ist, nämlich im Hinblick auf das als Bieter neu eintretende Unternehmen, geprüft und ermittelt werden. Das OLG entscheidet sich dann für die rein formale Lösung, wonach allein der Austausch einer Vertragspartei wegen § 24 Nr. 2 VOL/A nicht zulässig sei und stellt auch noch dar, dass eine Vertragsübernahme nach Zuschlagserteilung wettbewerblich unstatthaft sein könnte.

Allerdings begrenzt das OLG Düsseldorf dies auf den Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Zuschlagserteilung. Sollte es nach Zuschlagserteilung zu einer etwaigen gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung bei der Beigeladenen zu 1) kommen, so bleibt es den Antragsgegnern überlassen, entsprechend darauf zu reagieren. Die Kammer folgt insofern den Einlassungen der Antragsgegner, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt die geplanten Umstrukturierungen bei der Beigeladenen zu 1) jedenfalls nicht mit in die Entscheidung über den Zuschlag einbezogen werden können.

c) Das Angebot der Beigeladenen zu 1) ist auch deshalb nicht auszuschließen, weil sie Zugkombinationen angeboten hat, die zumindest für zwei Bahnsteige zu lang sein sollen. Diesbezüglich wird auf die o.g. Ausführungen verwiesen. Im Rahmen eines Nachprüfungs-

verfahrens werden nur die Vergabevorschriften überprüft. Nicht entscheidend ist, ob die eisenbahnrechtlichen Vorgaben oder auch andere ordnungsrechtliche Vorgaben eingehalten werden, wenn diese nicht ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen aufgenommen wurden und für alle Bieter erkennbar zum Gegenstand der Ausschreibung gemacht worden sind.

3. Die Hinweise der Beigeladenen zu 2) zu dem Wertungssystem der Antragsgegner, wonach hinsichtlich der Zuschlagskriterien Preis und Qualität unterschiedliche Wertungssysteme vorliegen sollen, die nicht miteinander kompatibel sind, können nach Auffassung der Kammer hier nicht mehr geltend gemacht werden.

Die Beigeladenen in einem Nachprüfungsverfahren können aus der Sicht der Kammer nur diejenigen Vergaberechtsverstöße verfolgen, die entweder die Angebote der im Rang vorgehenden Bieter betreffen oder Verstöße, die sich nur auf diese Angebote auswirken. Andere Beanstandungen, die die Ausschreibung als solche betreffen, können die Beigeladenen nur beanstanden, wenn sie diese zuvor rügen und zum Gegenstand eines eigenen Nachprüfungsantrages machen.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragsgegner als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen haben. Entsprechend der bundesweit einheitlichen Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxxxx € ausgehend vom Auftragswert aus dem Angebot der Antragstellerin über ca. xxx Mio. € anzusetzen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter, soweit er im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen. Allerdings sind die Antragsgegner gemäß § 8 Nr. 3 VwKostG des Bundes als Zweckverbände der Kommunen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts von der Zahlung der Gebühr befreit.

V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter 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 gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf technische Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Kartellvergaberecht hier streitentscheidend waren. Als unterliegende Partei haben die Antragsgegner diese Aufwendungen zu tragen.

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 Beschwerdebe-gründung 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 Rechts-anwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öf-fentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Ver-gabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerde-schrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz

Schiborski

für den urlaubsbedingt
abwesenden Beisitzer

