

- Beigeladene zu 2) -

wegen fehlerhaften Vergabeverfahrens und fehlerhafter Wertung Im Verfahren Teutoburger Wald –Netz“ - Personenbeförderung im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) für die Allgemeinheit für den Zeitraum ab Dez. bis ...

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster durch die Vorsitzende Frau RD'in Hugenroth, das hauptamtliche Mitglied Frau RD'in Trottenburg und das ehrenamtliche Mitglied Herr RA Steuer, Bauindustrieverband NRW e.V., aufgrund des Antrags der Antragstellerin vom 14.11.2014 und aufgrund der mündlichen Verhandlung am 20.2.2015 am 25.2.2015 entschieden:

1. Den Antragsgegnern wird untersagt, einen Zuschlag auf eins der in diesem Verfahren vorgelegten Angebote zu erteilen.
2. Die Anträge auf Vorlage zum EuGH werden als nicht notwendig zurückgewiesen.
3. Den Antragsgegnern wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand nach Bekanntmachung zurückzusetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
4. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens und die der Antragstellerin jeweils zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Aufwendungen.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
6. Die Beigeladenen tragen ihre Kosten selbst.
7. Die Gebühr für das Kammerverfahren wird auf .xxxxxxx€ festgesetzt.

I. Sachverhalt:

Das Nachprüfungsverfahren betrifft Personenbeförderungsdienstleistungen im Schienenpersonennahverkehr im "Teutoburger-Wald-Netz", (EU-Bekanntmachung vom 3.5.2014, Nr. 2014/S 086-150932). Die Antragstellerin ist ein Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Antragsgegner sind die Aufgabenträger für die ausgeschriebenen Leistungen. Das Vergabeverfahren und das Nachprüfungsverfahren werden federführend für alle Aufgabenträger durch den X. durchgeführt.

Inhalt der Ausschreibung ist die Erbringung von Personenbeförderungen im Schienenpersonennahverkehr auf ca. 5,3 Mio Zugkilometern auf den Linien RE 78 Rheda-Wiedenbrück - Bielefeld-Nienburg, RB 61 Bielefeld - Osnabrück- Hengelo,

RB 65 Münster-Rheine, RB 66 Münster-Osnabrück sowie RB 72 Herford-Altenbeken-Paderborn im Zeitraum vom 10.12.2017 bis 12.12.2032. Eine Losaufteilung ist nicht erfolgt.

Nach Ziff.VI.3 der Bekanntmachung handelt es sich "um ein wettbewerbliches Vergabeverfahren auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr.1370/2007. Die Auftraggeber wenden die Regelungen des Abschnitt 1 der VOL/A mit Ausnahme des § 7 VOL/A sowie der §§ 8 EG, 15 EG VOL/A an."

Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Nach Ziff. 17 der Bewerbungsbedingungen war einziges Wertungskriterium der Wertungspreis, der sich aus 99% Gewichtung des Preises des Angebots für Mindestleistungen gemäß Teil A - jeweils unter Berücksichtigung des Aufschlags für Gebrauchtfahrzeuge - und einem Prozent Gewichtung des Preises für die Erhöhung der Zugbegleitquote ergab. Nach Ziff. 2.4.7 Abs.1 hatte das EVU eine 10%ige gleitende Erhöhung für Mo- Fr sowie Sa/So/Feiertag jeweils bis 19 Uhr anzubieten. Diese konnten die Auftraggeber optional bis maximal 90% zu den angegebenen Kosten bestellen. Dazu wurde in Anlage B.10 ein Berechnungsschema vorgegeben. Die vom Bieter vorzulegenden minutengenauen Fahrpläne sollten mit den Eisenbahninfrastrukturbetreibern D.-AG und P.abgestimmt sein und mit einem Bestätigungsvermerk der D.- AG über die Fahrbarkeit versehen sein.

Alternativangebote waren nicht zugelassen.

Als weitere Option hatten sich die Antragsgegner unter Nr. 2.1.3 des Teils A der Leistungsbeschreibung Änderungen des Umfangs des Verkehrsangebots und Umbestellungen, die ohne Auswirkungen auf die Leistungsmenge (fahrplanmäßige Zug-Km und Gesamtkapazitäten) blieben, vorbehalten. Für darüber hinausgehende Zu- oder Abstellungen von Leistungen waren vom Bieter Preise zu benennen, die zur Grundlage von Nachzahlungen oder Rückerstattungen ab der Überschreitung einer 5% Grenze der vereinbarten Zugkilometer gemacht werden sollten.

Darüber hinaus konnten solche Änderungen der Sitzplatzkapazitäten gefordert werden, die nicht zu Fahrzeugmehr- oder minderbedarf führten. Auch dazu waren in einem Kalkulationsblatt Kosten anzugeben.

Zur Anpassung war nach 3 Jahren nach Betriebsaufnahme die Möglichkeit zur Umstellung auf ein Nettoverfahren vorgesehen (§ 14 des Verkehrsvertrages) und eine allgemeine Anpassungsklausel für wesentliche Änderungen der tatsächlichen Voraussetzungen des Vertrages (§ 15 des Verkehrsvertrages).

Obwohl nach Nr. II.1.4 der Ausschreibung keine besonderen Bedingungen für die Ausführung des Auftrags gelten sollten, sind im Verkehrsvertrag (§ 1 Abs. 8 des Teils B - Verkehrsvertrag) die Geltung der besonderen Vertragsbestimmungen des TVgG NRW und des NTVergG festgelegt.

Im Rahmen der Bieterfragenbeantwortung haben die Antragsgegner in der Antwort auf die Rückfrage Nr. 307 vom 30.9.2014 zu dem Kalkulationsschema

"Gesamtkalkulation", darauf hingewiesen, dass die Kosten für

- jährliches Marketing
- für das Einführungsmarketing,
- die Fahrgasterhebung

und für das Kundenmonitoring nicht als Fahrbetriebskosten- und damit als Teil des Grundanspruchs - anzusehen seien, sondern nach Kap. 6.2 Abs.1 Teil A - Leistungsbeschreibung dem Zuwendungsbetrag nach Festlegung des Grundanspruchs hinzuaddiert würden.

Die drei Angebote der Beteiligten gingen fristgemäß ein.

Mit Schreiben vom 6.11.2014 erhielt die Antragstellerin das Informationsschreiben nach § 101a GWB per Fax, in dem die Beigeladene zu 1) als vorgesehener Vertragspartner benannt wurde, weil das Angebot der Antragstellerin beim Wertungspreis als einziges Wertungskriterium weniger Punkte erlangt habe als das Angebot der Beigeladenen zu 1).

Mit Rügeschreiben vom 11.11.2014 beanstandete die Antragstellerin

- (1) die Bekanntmachung des falschen Zuschlagskriteriums,
- (2) die Nichtberücksichtigung von Energieeffizienzkriterien,
- (3) den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium,
- (4) die Marginalisierung des Unterkriteriums "Erhöhung Zugbegleitquote",
- (5) die Nichtbewertung optionaler Leistungsbestandteile,
- (6) die Bewertungsmatrix mit Interpolationsrechnung und damit verbundener unerwarteter Effekte,
- (7) den Verstoß gegen § 16 Abs.6 Satz 2 VOL/A
- (8) die fehlende Zulässigkeit von Nebenangeboten,
- (9) die fehlende Losaufteilung,
- (10) die Intransparenz der Regelungen zu den Leistungsoptionen und den besonderen Ausführungsbestimmungen nach TVgG NRW und NTVergG,

- (11) den Verstoß gegen den Geheimwettbewerb bezogen auf den Genehmigungsvorbehalt durch die DB Netz AG
- (12) den Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot durch die Antragsgegner im Rahmen der Angebotsaufklärungen,
- (13) die unzulässige Änderung der Kalkulationsgrundlage kurz vor Ablauf der Angebotsfrist ohne Verlängerung der ohnehin zu kurzen Angebotsfrist.

Die Antragsgegner wiesen die Rügen mit Schreiben vom 13.11. 2014 allesamt als verspätet iSd § 107 Abs.3 , Ziff. 1, 2 und 3 GWB, darüber hinaus als unbegründet zurück.

Die Antragstellerin stellte daraufhin mit Schreiben vom 14.11.2014 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer in Arnberg, den diese mit Schreiben vom gleichen Tage übermittelt hat.

Die Kammer hat mit Schreiben vom 25.11.2014 beigeladen und den Umfang der beabsichtigten Akteneinsicht dargestellt. Die vorgelegten Akten enthielten hinsichtlich der Wertung eine umfassende Dokumentation der Eignungsprüfung, die Aufklärungsschreiben und dazu ergangenen Antworten, die Berechnung der Wertungsaufschläge hinsichtlich der Sitze bei Gebrauchtfahrzeugen und eine Zusammenstellung der Gesamtpreise. Die Rügen und die Rügerückweisungen waren enthalten, jedoch keine Nachweise einer diesbezüglichen Überprüfung. Mit Schreiben vom 9.12.2014 erhoben die Antragsgegner Bedenken gegen eine Akteneinsicht durch die Beigeladene zu 2) und mit Schreiben vom 11.12.2014 die Beigeladene zu 1) gegen eine weitergehendere Akteneinsicht aller Beteiligten. Die Kammer hatte zwischenzeitlich auf Schreiben der Antragsgegner vom 9.12.2014 die Akteneinsicht der Beigeladenen zu 2) ausgesetzt, den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und schließlich beide Anliegen durch rechtsmittelfähigem Beschluss vom 16.12. und vom 18.12.2014 zurückgewiesen.

Da der Kammer bekannt war, dass eine Änderung der Zuständigkeit der Vergabekammern in NRW zum 1.1.2015 anstand und die Entscheidung des Verordnungsgebers im Dezember 2014 dazu zu erwarten war, hat die Vorsitzende bereits mit Schreiben vom 25.11.2014 nicht nur über den Rahmen der zu erwartenden Akteneinsicht informiert, sondern auch die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs.1 GWB begründet und bis zum 28.2.2015 verlängert. Auf die Schriftsätze der Antragsgegner vom 9.12.2014 und der Beigeladenen zu 1) vom 11.12.und 16.12.2014 hat die Vergabekammer o.g. rechtsmittelfähige Beschlüsse zum

Anspruch der Beigeladenen zu 2) auf Akteneinsicht den Beteiligten übermittelt, die bestandskräftig wurden. Nach Abschluss der Akteneinsicht der Antragstellerin und der beiden Beigeladenen hat die Antragstellerin einen Antrag auf Erweiterung ihrer Akteneinsicht gestellt, den die Vorsitzende mit Schreiben vom 4.2.2015 zurückgewiesen hat.

Die Antragsgegner haben eine gemeinschaftliche anwaltliche Vertretung beauftragt. Mit Schreiben vom 29.1.2015 hat die Kammer über die anwaltlichen Vertretungen zum mündlichen Termin am 20.2.2015 geladen.

Die Antragsgegner haben mit Schreiben vom 06.02.2015 mitgeteilt, dass sie nunmehr alle Antragsgegner vertreten.

Zum 1.1.2015 ist nach Mitteilung der Antragsgegnerinnen die Z. durch Gesetz vom 16.12.2014 des niederländischen Parlaments von der Y. übernommen worden.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag zulässig ist. Hinsichtlich der Zuständigkeit der VK Arnsberg verweist sie auf das Bestimmungsrecht der Auftraggebers bei länderübergreifenden Beschaffungen nach §§ 104, 106a Abs. 3 GWB. Hinsichtlich der Antragsbefugnis verweist sie für das Interesse am Auftrag auf das Vorliegen ihres Angebots, hinsichtlich des Schadens auf die gerügten Vergabeverstöße und der darauf beruhenden Zweifel an der Fehlerfreiheit der Wertung.

Bei Anwendung zulässiger qualitätsbezogener Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots könne zumindest nicht ausgeschlossen werden, ein Angebot der Antragstellerin verbesserte Chancen auf den Zuschlag gehabt haben würde.

Sie sieht sich auch nicht durch die Vorgaben des §107 Abs. 3 GWB präkludiert.

Sie ist der Auffassung, dass die bieterschutzeinschränkenden Regelungen des §107 Abs.3 GWB bei nur analoger Anwendung des GWB nicht analogiefähig seien. Für den Fall einer gegenteiligen Rechtsauffassung der Kammer beantragt die Antragstellerin, diese Frage vorab beim EuGH zu klären:

"Sind Mitgliedsstaaten berechtigt, in Umsetzung der VO 1370/2007 die Anrufung von Nachprüfungsinstanzen davon abhängig zu machen, dass das antragsstellende Unternehmen zuvor den Vorstoß gegenüber der Behörde geltend gemacht haben

muss und/oder im Verfahren die Möglichkeit eines Schadenseintritts durch die Rechtsverletzung vorgetragen haben muss?"

Im übrigen habe sie die gerügten Vergabestöße erst mit Hilfe anwaltlicher Beratung erkennen können, weil die Antragstellerin keine rechtlich begründeten Erfahrungen mit Vergabeverfahren habe. Sie verfüge insbesondere nicht über eine eigene Rechtsabteilung und sei auch während des Verfahrens nicht durch die Rechtsabteilung der Mitgesellschafterin beraten worden. Selbst sei sie erst 2... gegründet worden und habe sich daher erst an zwei SPNV- Ausschreibungen beteiligt.

Hinsichtlich der Erkennbarkeit von Vergabeverstößen verweist sie auf die neuere Entscheidungspraxis der Oberlandesgerichte, wonach sich die Erkennbarkeit sowohl auf die Tatsachen als auch auf die rechtliche Beurteilung erstrecken muss und dies ohne besonderen Rechtsrat einholen zu müssen. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf seien Rügen auch zur vergaberechtswidrigen Gestaltung der Zuschlagskriterien nicht präkludiert, weil hierzu keine gesicherte Rechtslage gegeben sei. Gleiches gälte für die Frage der Abweichung des Zuschlagskriteriums von den Vorgaben der EU-Bekanntmachung oder der Frage der Zulässigkeit des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium. Es fehle auch an einer gesicherten Rechtsprechung zur Frage der Nichtberücksichtigung der Energieeffizienz oder unzulässigen Aufnahme von Wahlpositionen und der Bewertung von Leistungsoptionen oder der Wertungsvorgaben. In allen diesen Fällen sei zur Bewertung vergaberechtliches Spezialwissen erforderlich, so auch hinsichtlich der verbleibenden Rügen. Im übrigen hält die Antragstellerin die Präklusionsregelungen des § 107 Abs. 3 GWB sämtlich für nicht mit der EU- Rechtmittelrichtlinie vereinbar und fordert für den Fall der diesbezüglichen Zurückweisung die Vorlage dieser Frage zum EuGH.

Sie hält den Antrag auch für begründet.

(1) Fehlerhafte Bekanntmachung des Zuschlagskriteriums:

Da nach der Bekanntmachung der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen sollte, sei eine Wertung allein auf der Basis des Preises, wie er sich aus dem Tabellenblatt "Gesamtkalkulation" ergibt, als alleiniges Zuschlagskriterium nicht zulässig. Vielmehr hätte dafür ein Hinweis in der Bekanntmachung erfolgen müssen, dass der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen solle, da die 1%ige Wertung des Preises für die Erhöhung der Zugbegleitquote nur eine Alibifunktion haben könne und keinen Einfluss auf das durch den Preis

gebotene Wertungsergebnis. Sie verweist dazu auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 27.1.2013, Az.: Verg 20/13, wonach ein eine 5%ige Wertung der Terminplanung neben dem Preis nicht mehr dem Anspruch der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots entspricht.

Die Hinzufügung eines Preisaufschlages für Gebrauchtfahrzeuge führe nicht zu einer Bewertung eines Preis-Leistungs-Verhältnisses mit der Folge, dass für einen Zuschlag die Zuschlagskriterien zu erneuern seien. Aufgrund der Bindung des Auftraggebers an die bekanntgemachten Zuschlagskriterien sei das Verfahren zumindest in den Stand vor Versendung der EU-Bekanntmachung zurückzusetzen.

(2) Fehlende Berücksichtigung der Energieeffizienz bei der Zuschlagsentscheidung:

Die Antragstellerin sieht durch die Nichtberücksichtigung einen Verstoß gegen die zwingenden Vorschriften des § 4 Abs. 6 b) VgV und § 17 TVgG-NRW, wonach die Auftraggeber Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz zu berücksichtigen haben, die Anforderungen bekannt gemacht werden sollen und die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen berücksichtigen sollen. Die hier erfolgte Abfrage der Energieverbrauchskosten im Rahmen der Fahrbetriebskosten diene ausschließlich der Wirksamkeit der zu vereinbarenden Preisgleitklausel, die ohne Angabe der Verbrauchskosten gegen § 1 Abs. 1 des Preisklauselgesetzes verstoßen würde. Im übrigen sei der Verbrauch nur ein Teil der Effizienz. Dazu müsse dem Verbrauch auch die Leistung gegenüber gestellt werden.

Die von den Antragsgegnern einbezogenen sog. Energiekosten, genauer die Energieverbrauchskosten, müssten notwendig für den Gesamtpreis für die Fahrbetriebskosten ermittelt werden, mit ihrer Berücksichtigung in der Gesamtkalkulation werde nur sichergestellt, dass diese Kosten durch die Gegenleistung der Antragsgegner abgedeckt werden. Eine Wertung in der Hinsicht, dass ein Einsatz besonders energieeffizienter Fahrzeuge durch eine bessere Bewertung im Punktesystem bevorteilt würde, sei jedoch nicht ersichtlich.

Für den Fall, dass die Kammer zu dem Ergebnis käme, dass die Vorgaben des § 4 Abs. 6b VgV, des § 17 Abs.4 TVgG NRW und des § 9 Abs.2 Satz2 der RVO zum TVgG NRW nicht auf Verfahren nach Art. 5 Abs.3 der VO (EG) 1370/2007 anwendbar seien, regt die Antragstellerin auch hier die Vorlage zum EuGH an.

(3) und (4) Preis als alleiniges Zuschlagskriterium und Zusatzwertung des Unterkriteriums "Erhöhung Zugbegleitquote" mit 1%:

Die alleinige Verwendung des Preises als Zuschlagskriterium verstößt nach Auffassung der Antragstellerin gegen § 18 Abs.1 Satz 2 VOL/A und letztlich gegen § 97 Abs. 5 GWB mangels zusätzlicher Wirtschaftlichkeitskriterien. Eine reine Preisprüfung käme nur in Betracht, wenn die Angebote in Hinblick auf die Qualitätsanforderungen weitgehend vergleichbar sind. Aufgrund der Spielräume, die die Leistungsbeschreibung den Bietern aber über den zu erarbeitenden Fahrplan, der Ausstattungsstandards über Mindeststandard, der Preisgestaltung bei Mehrbestellungen und Abbestellungen, die Gestaltung des Ersatzkonzepts bei Ausfall der Fahrzeuglieferungen und Einsatz von zusätzlichem Personal bei Zugausfällen und dem Betriebsübernahmekonzept bietet, sei keine weitgehende Qualitätsübereinstimmung gewährleistet. Diese Angaben, die nicht qualitativ bewertet würden, führten zwingend zu (qualitativen) Unterschieden zwischen den Angeboten und verstießen damit entweder gegen das Gebot eindeutiger und erschöpfender Leistungsbeschreibung nach § 8 VOL/A- EG oder zu der Konsequenz, dass bei Zuschlag auf das preislich günstigste Angebot eine qualitative Identität nicht mehr gewährleistet ist.

Bei einer 99%igen Wertung des Preises für die Mindestleistung spielt eine 1%ige Wertung des Preises für die Option "Erhöhung der Zugbegleitquote" faktisch keine Rolle mehr. Die Gewichtung dieses Kriteriums verstoße daher gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot.

(5) Fehlende Bewertung optionaler Leistungsbestandteile:

Für die Option "Änderungen des Umfangs des Verkehrsangebot und Umbestellungen, die ohne Auswirkungen auf die Leistungsmenge (fahrplanmäßige Zug-Km und Gesamtkapazitäten) blieben (unter Nr. 2.1.3 des Teils A der Leistungsbeschreibung" und die damit verbundenen, darüber hinausgehende Mehr- oder Abstellungen von Leistungen hatten sich die Antragsgegner Preise benennen lassen, die sie allerdings im Rahmen der Angebotswertung nicht bewertet haben. Ob der unbekannte Umfang dieser optionalen Leistungsbestandteile einen Rahmen von mehr als 10% der Leistung ausmachen werde, sei nicht bekannt. Die Regelungen der Nr. 2.1.3 des Teils A der Leistungsbeschreibung verstießen daher gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach § 8 VOL/A-

EG und das Wirtschaftlichkeitsgebot nach §§ 97 Abs.5 GWB, § 18 VOL/A sowie gegen das Wettbewerbsgebot der §§ 97 Abs.1 GWB, 2 Abs.1 VOL/A.

Durch die Nichtwertung befürchtet die Antragstellerin eine Wettbewerbsverzerrung dahingehend, dass andere Bieter in diese Position Kosten eingerechnet haben könnten, so dass der Wertungspreis niedrig sein könnte, das Angebot bei Abruf der Bedarfspositionen aber auskömmlich werde. Die Nichtberücksichtigung der Leistungsoptionen bei der Angebotswertung stelle daher ebenfalls einen Verstoß gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach § 8 VOL/A- EG und das Wirtschaftlichkeitsgebot nach §§ 97 Abs. 5, § 18 VOL/A sowie gegen das Wettbewerbsgebot der §§ 97 Abs. 1 GWB, 2 Abs.1 VOL/A dar.

(6) Ablauf der Angebotswertung (lineare Interpolationsrechnung und damit verbundene unerwartete Effekte):

Die Antragstellerin bezweifelt, dass bei der tatsächlich ausschließlichen Preiswertung überhaupt Umrechnung sinnvoll und zulässig war, weil es unproblematisch sei, die gewichteten Eurobeträge der Unterkriterien Preis und "Preis Erhöhung der Zugbegleitquote" zu addieren. Bei der Verwendung aller Referenzwertberechnungsmethoden seien unerwartete Bewertungsergebnisse in Form von Flipping-Effekten mathematisch nicht ausgeschlossen. Die Wirtschaftlichkeitsbewertung des Angebots sei über den Vorgang der Interpolation so stets abhängig von der Relation der Angebote untereinander und werde nicht am Leistungsniveau des einzelnen Angebots gemessen. Vielmehr ergäbe sich die Beurteilung des Leistungsniveaus des Angebots gemessen am den Angeboten der übrigen Bieter. Die Antragstellerin hält die Anwendung der Berechnungsmethode daher für unzulässig.

(7)) Verstoß gegen § 16 Abs. 6 Satz 2 VOL/A

Sie vermutet ferner eine Niedrigpreissituation nach § 16 Abs.6 VOL/A und beanstandet die dann erforderliche und fehlende Aufklärung durch die Antragsgegner.

(8) Nebenangebote:

Die Antragstellerin sieht in der Nichtzulassung von Nebenangeboten zu besonders umweltfreundlichen oder energieeffizienten Beschaffungsvorhaben einen Verstoß gegen § 10 Abs.1 RVO zum TVgG NRW.

(9) Fehlende Losaufteilung:

Die Antragstellerin vermißt die gesonderte fachliche Begründung zu dem Verzicht auf Lose, die sie insbesondere wegen der Grenzüberschreitung hinsichtlich der Linie 61 für erforderlich hält. Diese Linie umfasse rund 40% der Leistung und sei ausschließlich mit Mehrsystemfahrzeugen zu befahren. Es sei sachgerecht, daraus ein Fachlos zu Gunsten kleiner oder mittlerer Unternehmen zu machen. Hier indiziert die Vorgaben des Artikels 5 Abs. 4 VO die Grenzwerte für die Einschätzung kleiner oder mittlerer Unternehmen (Betrieb von nicht mehr als 23 Fahrzeugen) an die Aufträge von einer Leistung bis zu 600.000 Schienenkilometern pro Jahr frei vergeben werden könnten. Diese Größenordnungen seien aber auch bei der Prüfung der Losbildung heranzuziehen.

(10) Verstoß gegen das Transparenzgebot:

Die Antragstellerin beanstandet hier die fehlende Benennung der Vertragsoptionen in der EU-Bekanntmachung bei den Leistungsänderungen nach Nr.2.1.3 des Leistungsverzeichnisses und die Anpassungsoptionen des Verkehrsvertrages (§§ 14 und 15). Insbesondere die Regelung des § 14 (Umstellung von Brutto- auf Nettovertrag) sei kalkulationsrelevant, aber unklar und vieldeutig und führe daher zu nicht vergleichbaren Angeboten.

Die Nichtbenennung der Verpflichtungserklärungen als besondere Vertragsbedingungen nach dem TVgG-NRW und zum NTVerG in der Bekanntmachung sei ebenfalls als Verstoß gegen das Transparenzgebot anzusehen.

(11) Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs bezogen auf den Genehmigungsvorbehalt durch die D.- AG:

Das Prinzip des Geheimwettbewerbs als eins der tragenden Ordnungsprinzipien der Wirtschaftsverfassung (§ 1 GWB) sei durch die Forderung nach den Fahrzeugtestaten durch die D.- AG verletzt, denn damit sei über die Konzernverbundenheit der B 2 mit der D.- AG ein Informationsfluss über angebotsrelevante Informationen wahrscheinlich.

(12) Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot durch die Antragsgegner im Rahmen der Angebotsaufklärungen:

Aus den ihr gestellten Aufklärungsfragen und den dazu erfolgten und bekanntgegebenen Beantwortungen schließt die Antragstellerin, dass ähnlich weitgehende Fragen zu Verbesserungschancen für die anderen Bieter geführt haben könnten. Sie vermutet die Korrektur fehlender Mindestanforderungen über diesen

Weg statt des eigentlich zwingenden Ausschlusses der Angebote. Konkret geht sie davon aus, dass die nunmehr ausgeschriebenen Züge von den Anforderungen an die derzeit auf den Linien eingesetzten Zügen abweichen und dass Bieter, die diese Fahrzeuge einsetzen wollten als Gebrauchtfahrzeuge, diese Abweichungen (wie zB die Ergänzung der derzeit eingesetzten Lufthandrockner mit Papierhandtüchern und den Einbau von Sirenen bei der Löschanlage) möglicherweise nicht berücksichtigt haben.

(13) die unzulässige Änderung der Kalkulationsgrundlage kurz vor Ablauf der Angebotsfrist ohne Verlängerung der Angebotsfrist:

Die Antragstellerin sieht wesentliche Veränderungen des Leistungsumfangs im Rahmen der Bieterformationen durch die Information Nr. 367 vom 30.9.14 durch die Herausnahme der Kosten für Teile des Marketing, Fahrgasterhebung und Kundenmonitoring aus den Gesamtkosten des Angebots. Diese kalkulationserhebliche Vorgabe sei nicht als reine Klarstellung der Leistungsbeschreibung zu betrachten sondern habe deren Inhalt dahingehend abgeändert, dass die Preisposition nicht dem Angebot einzupreisen seien. Sie sei auch zu kurzfristig erfolgt in Hinblick auf die Abgabefrist. Diese sei ohnehin zu kurz bemessen gewesen für die erforderlichen Anforderungen, die in den Niederlanden zu erfüllen waren. Diese hätten die Anforderungen an die zu beschaffenden Fahrzeuge und das Personal beinhaltet und hätten auch in dem Parallelverfahren (EU-Bekanntmachung Nr.2014/S 121 216111 v. 27.6.14) zu ungenauen Angeboten mit erhöhtem Risikoaufschlag geführt.

(14) Unzulässigkeit der Bindefristverlängerung

In ihrem Schriftsatz von 23.1.2015 rügt die Antragstellerin ergänzend die Forderung nach Bindefristverlängerung durch die Antragsgegner bis zum 16.3.2015. Die bisherige Fristsetzung bis zum 7.1.2015 sei ausschlaggebend für die Kalkulation und die Auswahl der Nachunternehmer gewesen.

Sie sieht darin die Forderung einer unmöglichen Leistung, den Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot und für den Fall von Verlängerungen durch andere Bieter darin eine unzulässige Abänderung der Verdingungsunterlagen.

Die Bieter hätten nach Nr. 2.2.1 Abs. 4 des Teils A der Leistungsbeschreibung eine verbindliche Beschaffungszusage des Fahrzeugherstellers vorlegen müssen, aus der Anzahl, Lieferung und Zeitpunkt der Bestellung hervorgehen musste. Lieferzusage und Termin seien Bestandteil des Angebots und der Kalkulation. Da alle den

gleichen Hersteller benannt hätten, müssten die Zusagen gleichlautend sein. Die Einhaltung dieser unveränderten Termine sei nunmehr unmöglich. Es sei dem Bieter nicht zuzumuten, die Frage der ursprünglich garantierten Lieferbarkeit auf einen Rechtsstreit mit dem Auftraggeber nach Zuschlag zu verlagern. Die Forderung der Verlängerung der Bindefrist stelle zugleich den Bestellzeitpunkt zur Disposition, was zu individuell verschiedenen Ergebnissen führen könne und damit eine Nachverhandlung darstelle. Werde eine solche Verlängerung gewährt, sei dies von Seiten der Bieter eine unzulässige Abänderung der Verdingungsunterlagen.

In ihrem abschließenden Schriftsatz vom 12.02.2015 hält die Antragstellerin die bisherigen Rügen sämtlich aufrecht und ergänzt sie um den Vorwurf eines unzulässigen Aufgabenträgerwechsels auf Seiten der beteiligten niederländischen öffentlichen Auftraggeber sowie um die Rüge einer nicht hinreichenden Verfahrensdokumentation. Außerdem hätten die beteiligten Aufgabenträger W., Y und Z. nach den Ergebnissen der Akteneinsicht keine eigenverantwortlichen Entscheidungen im Vergabeverfahren getroffen, sondern seien unreflektiert auf den Vergabevorschlag des federführenden X. gefolgt.

Sie vertieft erneut ihre Auffassung von der Marginalisierung des Zuschlagskriteriums von 1 % für die Erhöhung der Zugbegleitquote und verdeutlicht an einem Rechenbeispiel, dass die Einprozentbewertung zu einer reduzierten Wertung um den Faktor 0,01 führt. Damit würde der Wert der Erhöhung der Zugbegleitquote deutlich geringer angesetzt.

Hinsichtlich der Option zu Zu- oder Abbestellungen verweist sie darauf, dass nach der Rechtsprechung derartige angebotene und abgefragte Preise vom Auftraggeber auch in die Angebotswertung einzustellen seien, was hier unterblieben sei. Die Einschätzung der Antragsgegner, dass Zu- und Abstellungen sich die Waage halten würden, sei nicht nachvollziehbar. Gerade mit Blick auf die Linie RB 61, wo bereits jetzt abzusehen sei, dass es in den Jahren 2017 bis 2021 vermehrt zu Minderleistungen kommen werde. Diese Änderung der Leistung sei bereits in der Ausschreibungsphase abzusehen gewesen und verstoße diesbezüglich auf die Vorgaben des § 8 EG VOL/A. Die bekannten Baumaßnahmen auf der Strecke RB 61 hätten nach Auffassung der Antragstellerin in das Verfahren eingebracht werden müssen, sodass die Bieter Gelegenheit gehabt hätten, andere Planungen in ihren Angeboten zugrunde zu legen.

Durch die Übernahme der Z. durch den Auftraggeber Y. I entstünde ein unzulässiger Wechsel des Auftraggebers während der Ausschreibungsphase. Dieser hätte durch eine Erneuerung der Vorinformation bekannt gemacht werden müssen und dies auch schon vor längerer Zeit, da derartige politische Entscheidungen in der Regel einen großen zeitlichen Vorlauf hätten und daher der Antragsgegnerseite hätte bekannt sein müssen.

Der nun vorgenommene Vertragspartnerwechsel stelle grundsätzlich eine wesentliche Vertragsänderung dar, die jedenfalls nicht ohne erneute Vergabeverfahren praktiziert werden dürfe.

Abschließend bemängelt die Antragstellerin die Lücken der Dokumentation hinsichtlich der tragenden Gründe für die Entscheidung für die gewählte Angebotsfrist, den Verzicht auf eine weitere Fristverlängerung, den Verzicht auf eine Losverteilung, die Entscheidung zur fehlenden Bewertung von optionalen sowie der angebotenen qualitativen Mehrleistungen, die Verengung der Zuschlagsentscheidung auf das Angebot mit dem günstigsten Preis und der mangelnden Transparenz hinsichtlich der Beteiligung der übrigen Auftraggeber an tragenden Entscheidungen.

Sie beantragt daher nach der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und der Beiziehung der Vergabeakte und entsprechender Akteneinsicht

1. den Antragsgegnern zu untersagen, Zuschlüsse in diesem Verfahren zu erteilen,
2. festzustellen, dass die Antragstellerin durch Vergabeverstöße des Antragsgegners in ihren Rechten aus § 97 Abs.7 GWB verletzt ist und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der Antragstellerin zu verhindern,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und
4. den Antragsgegnern die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß § 128 Abs. 4 GWB einschließlich vorprozessualer Anwaltskosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegner beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag bezogen auf die Anträge 1,2,3,4 und 6 zurückzuweisen

2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegner für notwendig zu erklären und
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner aufzuerlegen.

Sie gehen davon aus, dass die die Antragstellerin über umfangreiche Erfahrungen in vergleichbaren Vergabeverfahren verfügt, ebenso wie der Mitgesellschafter "A.-GmbH", der über eine eigene Abteilung für Ausschreibungen mit einem Volljuristen verfügt und zu der die Antragstellerin Zugang gehabt habe.

Daraus schließen sie, dass die Antragstellerin die angegriffenen Verstöße frühzeitig in Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen erkannt haben muss und daher der Nachprüfungsantrag zumindest hinsichtlich der Rügepunkte 1 bis 10 und 13 unzulässig, jedenfalls aber im Ganzen unbegründet sei.

Zu Punkt 13 der Rügen verweisen sie zunächst auf die voreingetragenen Summen im Kalkulationsschema zu den strittigen Positionen.

Zu Rügen 1 bis 4 verweisen sie darauf, dass in dem Preis nicht-preisliche Merkmale wie "Gebrauchtfahrzeug" und deren "Sitzplatzmonate" berücksichtigt werden, indem sie mit einem Preiszuschlag einfließen. Damit und mit dem Anteil, um den die um 5% gesteigerten Energiekosten über die prognostizierte Entwicklung hinaus gehen, fließen damit nicht-preisliche Merkmale ein, die dazu führten, dass der Wertungspreis sehr wohl ein Preis-Leistungs-Verhältnis widerspiegeln.

Damit entspreche der Preis den Vorgaben in der Bekanntmachung und könne auch dank dieser nicht-preislichen Elemente nicht nur auf den von den Bietern benannten Preisen beruhen.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27.11.2013 /VII Verg 20/13 sei nicht übertragbar, da dort die Terminplanung vorgegeben und nicht vom Bieter gestaltbar war und daher keinen weiteren Einfluss haben konnte. Ziel des dort ungeeigneten Zuschlagskriteriums sei im übrigen gewesen, den Auftraggebern die Zulassung von Nebenangeboten zu ermöglichen ("Alibifunktion" - im einzelnen vgl. Schriftsatz vom 21.11.14, S. 12). Da im vorliegenden Fall keine Nebenangebote zugelassen seien, bedürfe es eines solchen Alibikriteriums nicht. Da die Antragsgegner zwischen "wirtschaftlich günstigstem Angebot" und "Preis" entscheiden mussten, blieb aufgrund der Einbeziehung der nicht-preislichen Elemente nur das "wirtschaftlich günstigste Angebot".

Die Gewichtung des Preises für die Erhöhung der Zugbegleitquote mit 1% entspricht nach der Schätzung der Antragsgegner dem Anteil der künftig voraussichtlich zu zahlenden Vergütung der Zugbegleitquote an der Gesamtvergütung der zu vergebenden Leistungen.

Zur Energieeffizienz und den Regelungen des VgG und des TVgG NRW verweisen sie darauf, dass diese im Verfahren nach der VO (EG)1370/2007 nicht anzuwenden seien, da die Umsetzung des Allgemeinen EU-Vergaberechts der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG - so auch VgV und GWB - aufgrund der unmittelbaren Wirkung der VO (EG)1370/2007 keine Anwendung fände. Da es weder zu einer sonstigen Bindung der Antragsgegner durch den nationalen Gesetzgeber noch eine Selbstbindung gäbe und das TVgG keine Bindung bei Beteiligung anderer Länder entfalte, käme es lediglich auf den Umfang der Berücksichtigung von Energieeffizienz in der Wertung an, auf die sich die Auftraggeber geeinigt hätten. Im übrigen seien die Energiekosten und damit der wesentliche Teil der Energieeffizienz im Wertungspreis abgebildet. Eine fahrzeugbezogene Betrachtung sei nicht angebracht, da es für SPNV-Fahrzeuge keinen einheitlichen Normenzyklus für die Verbrauchsermittlung noch verlässliche Verbrauchsdaten gäbe.

Speziell zu den Anforderungen des TVgG und der RVO (§§ 9 und 10 RVO) verweisen sie darauf, dass eine Gleichstellung von Beschaffung und Verwendung energieverbrauchsrelevanter Geräte und Ausrüstungen wie in § 4 Abs. 4 VgV in § 10 RVO TVgG nicht enthalten ist. Es sei fraglich, ob es sich überhaupt um ein umweltbedeutsames Beschaffungsvorhaben handele. Außerdem sei der Einsatz besonders umweltfreundlicher und energierelevanter Fahrzeuge zulässig. Die vom EVU zu tragenden Energiekosten seien Anreiz genug, solche einzusetzen. Der Zulassung von Nebenangeboten bedürfe es daher nicht (Rüge 6).

Herstellerangaben gäbe nur für Neufahrzeuge, weshalb Verkehrsmittel zur Personen- und Güterbeförderung in Art 1, Abs. 3 der Richtlinie 2010/30/EU, die u.a. mit § 4 VgV umgesetzt wird, ausgenommen seien. Die Nichtberücksichtigung der Energieeffizienz von Verkehrsmitteln zur Personen- und Güterbeförderung im Rahmen von Vergabeverfahren stehe daher im Einklang mit dem EU-Recht. Eine EuGH-Vorlage sei überflüssig.

Im übrigen seien über die bindende Festlegung des Wertungsweges die Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz gewahrt und Manipulationen ausgeschlossen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum eine

Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sein sollte, solange die Mindestanforderungen geboten würden. Mehrqualitäten könnten angeboten werden, würden aber nicht gewertet. Die Antragsgegner seien nicht verpflichtet Vergabeunterlagen so zu gestalten, dass stets qualitativ identische Angebote abgegeben würden.

Die unter § 17 der Bewerbungsbedingungen festgelegte Ermittlung der Wertungspunktzahl sei bindend und zulässig nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf.

Speziell zur Rüge (5) - Nichtwertung der Zu- und Abbestellungen - erklären die Antragsgegner, nicht abschätzen zu können, ob es überhaupt dazu kommen werde und es unklar sei, ob sich der Vergütungsanspruch erhöhen oder verringern werde. In der Sache handele es sich lediglich um die Angabe der kalkulatorischen Grundlagen für die Mehr- oder Minderkosten im Fall einer Änderung. Diese würden gefordert, um im Fall späterer Änderungen taktischen Angaben der EVU's vorbeugen zu können. Durch die Begrenzung auf Leistungsänderungen, die den gleichen Fahrzeugbedarf zur Folge haben, seien faktische Änderungen ausgeschlossen, die mehr als 10% der Leistung umfassten. Im übrigen ginge man davon aus, dass sich die Zu- und Abbestellungen die Waage halten würden und dadurch keine Änderung der Bieterreihenfolge eintreten könne.

Eine Niedrigpreissituation (§ 16 Abs. 6 VOL/A) beim Angebot der Beigeladenen zu 1) wird bestritten.

Zur Zulassung von Nebenangeboten (8) speziell zu umweltrelevanten Parametern sahen sich die Antragsgegner nicht verpflichtet, da sie sich nicht zur Anwendung von § 10 RVO zum TVgG NRW verpflichtet sehen.

Hinsichtlich der Rüge 9 vertreten die Antragsgegner die Auffassung, der Verpflichtung zur Förderung des Wettbewerbs mehr zu entsprechen, wenn von einer Aufteilung in Losen abgesehen wird, da dann der Austausch von Fahrzeugen zwischen den Linien unflexibler geworden wäre und mehr Ersatzfahrzeuge erfordert hätte. Man habe dem Gedanken des § 2 Abs. 2 VOL/A bereits durch die selbstständige Vergabe des Hellweg-Netzes Rechnung getragen, welches grundsätzlich auch mit dem Teutoburger-Wald-Netz hätte zusammen vergeben werden können.

Zu Rüge 10 verweisen die Antragsgegner darauf, dass die Regelung des § 14 (Umstellung von Brutto- auf Nettovertrag) kein Risiko für die Bieter darstelle, da eine solche nur einvernehmlich erfolgen könne und daher keines Risikozuschlages bedürfe.

Zu Rüge 11 verweisen die Antragsgegner auf die gesetzliche Neutralitätspflicht der D.- AG.

Hinsichtlich der Rüge 12 bestreiten die Antragsgegner jegliche Nachverhandlung. Die Bieterinformation vom 30.9.2014 (Rüge 13) habe keine Änderung enthalten, sondern lediglich eine Klarstellung. Der Text von Teil A Leistungsbeschreibung Kap. 6.2 Abs.1 sei unverändert geblieben.

Zu der nachträglich erhobenen Rüge zur Unzulässigkeit der Bindefristverlängerung haben die Antragsgegner darauf hingewiesen, dass diese gerade dazu diene, eine Neudurchführung des Verfahrens zu vermeiden und zu den Standardmaßnahmen im Vergabeverfahren gehöre. Mit Hilfe der Bindefristverlängerung werde gerade der Gehalt des Angebots "konserviert". Nach Zuschlagserteilung kann der Bieter dann den Anspruch auf Mehrvergütung wegen der notwendigen Anpassungen geltend machen. Hier sei aber auch keine Leistungspflicht betroffen, da die Angaben lediglich der Plausibilisierung der dem gesamten Angebot innewohnenden Behauptung der Bieter dienen, über die sächlichen Mittel - und zwar von Anfang an - zu verfügen. Der Verkehrsvertrag selber fordere keine Beschaffung der Fahrzeuge, sondern nur die Fahrleistung.

Im abschließenden Schriftsatz vom 12.2.2015 vertiefen sie ihre Rechtsauffassung zur Frage der Wertung der Energieeffizienz, insbesondere der Nichtanwendbarkeit des materiellen Vergaberechts des GWBs und der VgV sowie der Einhaltung der Anforderungen von § 17 TVgG NRW,

- zur Bindefristverlängerung hinsichtlich der Erweiterung des

Verfahrensgegenstandes durch den Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.01.2015,

- hinsichtlich der Einhaltung der Mindestanforderungen durch das Angebot der Beigeladenen zu 1) und zu dem Punkt des angeblichen Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung.

Sie vertiefen noch einmal ihre Auffassung zur Unzulässigkeit des

Nachprüfungsantrages, wonach die Antragstellerin mit sämtlichen Anträgen

präkludiert ist im Sinne von § 107 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB. Sie verweisen zu der

Fachkunde der Antragstellerin auf deren selbst durchgeführte Vergabeverfahren als Sektorenauftraggeberin. Im Rahmen dieser Vergabe habe die Antragstellerin erheblichen juristischen Sachverstand eingesetzt oder einsetzen müssen. Im Übrigen sei auch durch die Erklärung des Herrn K. vom 26.11.2014 nicht ausgeschlossen, dass die Antragstellerin durch ein anderes Unternehmen aus dem A.-Konzern unterstützt worden sei. Davon sei jedoch vielmehr auszugehen, wie auch an Hand einer vergaberechtlichen Präsentation des Leiters der Abteilung Unternehmensentwicklung Herrn Dr. ... zu entnehmen sei, die dieser auf einer Jahresfachtagung der BAG SPNV am 20.02.2014 vorgetragen habe unter dem Titel "die ideale Ausschreibung - Herausforderung in der Standardisierung und Harmonisierung im Verfahren; Die Sicht der Unternehmen". Dort werde erläutert, dass Zeit für die Bearbeitung einer Ausschreibung - womit die Zeit der Angebotsfrist gemeint sei -, bei jeder Ausschreibung eine knappe Ressource sei und ein hoher interner Klärungs- und Abstimmungsbedarf über Fachabteilungen und zentrale Dienste (beispielsweise Recht und Controlling) bestünde. Hinsichtlich eines Verkehrsvertrages im Rahmen des Schienenverkehrs habe Herr Dr. ... vorgetragen, dass die juristische Prüfung eines solchen Vertrages aufwendig sei, es mehrere zehntausend Euro für entsprechend spezialisierte Kanzleien erfordere sowie eines erheblichen Zeitbedarfs innerhalb des Unternehmens. Aus der juristischen Bewertung ergäbe sich praktisch immer ein umfassender Handlungs- und Entscheidungsbedarf für Rückfragen, unternehmerische Bewertung und kalkulatorische Umsetzung. Die Antragsgegner gehen davon aus, dass dieser Vortrag sich wesentlich auf die Erarbeitung des Angebots im streitigen Nachprüfungsverfahren bezogen habe und sich daraus schließen ließe, dass die Antragstellerin über einen Rechtsdienst als Zentralsdienst verfügt habe. Die Antragstellerin habe jedenfalls mit diesem Vortrag über den in ihrem Konzern üblichen Ablauf bei der Bearbeitung von SPNV-Angeboten informiert. Die Information sei im Rahmen der Amtsermittlung durch die erkennende Kammer zu berücksichtigen.

Wenn die Antragstellerin nunmehr behaupte, dass sie für die verfahrensgegenständliche Vergabe einen anderen Ablauf gewählt habe, gegen den von ihr so detailliert dargestellten und entgegen der als notwendig begründeten Einschaltung von spezialisierten Rechtsberatern auf eine Rechtsberatung insgesamt verzichtet haben will, sei sie für diese Abweichung im Beweis belastet.

Ansonsten müsse sie an ihrer Darstellung der bei ihr üblichen Abläufe festhalten lassen. Im Übrigen weisen sie darauf hin, dass die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB nicht voraussetze, dass ein Bieter vollends von der Rechtswidrigkeit der betroffenen Vorgabe in den Vergabeunterlagen überzeugt sei. Es genüge vielmehr, dass er einen Rechtsverstoß für möglich halte bzw. das Verhalten der Vergabestelle unter Umständen als vergaberechtswidrig ansieht.

Die Anwendbarkeit der Präklusionsregeln des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB leiten die Antragsgegner von der Regelung des Artikel 1 Richtlinie 89/665/EWG ab. Dabei könne der Begriff der behaupteten Vergaberechtsverstöße nicht in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Vorschrift durch Beweispflicht praktisch wirkungslos gemacht werde, wenn der Auftraggeber Kenntnis von einem Vergaberechtsfehler beweisen müsse, da die darin liegende subjektive Komponente praktisch nie mit Sicherheit nachgewiesen werden könne.

Hinsichtlich der Unanwendbarkeit des GWB -Vergaberechts weisen die Antragsgegner darauf hin, dass die Richtlinie 2014/24/EU, die die VKR ablöst, in ihrem Artikel 10 lit. i) öffentliche Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausschließt. Sie verweisen ferner noch einmal darauf, dass trotz der geringen Regelungsdichte des Artikels 5 der VO die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet seien, hinsichtlich der Ausgestaltung des Wettbewerbs bestimmte Maßnahmen zu treffen. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten betreffe ausschließlich die Sicherstellung eines ausreichenden Rechtsschutzes für die Bewerber. Daraus schließen die Antragsgegner auf einen abschließenden Charakter der Verordnung. Dennoch halten auch die Antragsgegner das prozessuale GWB-Vergaberecht für analog anwendbar.

Hinsichtlich der von ihnen geforderten Bindefristverlängerung verweisen die Antragsgegner darauf, dass nach der Entscheidung des BGH vom 11.05.2009 (Az.: VII ZR 11/08 und andere) die Antragsgegner jedenfalls nicht gezwungen werden, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, da nach den Vorstellungen des BGH das Angebot als solches konserviert und nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens unverändert beauftragt werde. Die Anpassung an veränderte Umstände würde dann nach den Regeln des Vertrages erfolgen.

Zu dem Vorwurf der Beigeladenen zu 2) , die Beigeladene zu 1) halte mit ihrem Angebot nicht die Mindestanforderung der Leistungsbeschreibung ein, verweisen die Antragsgegner auf Details des Angebots, die in diesem Zusammenhang nicht offen gelegt werden können und legen dar, dass eine hinreichende Anzahl von Fahrzeugen angeboten sei. Im nicht nachgelassenen Schreiben vom 18.2.2015 vertiefen die Antragsgegner ihre Rechtsauffassung und weisen darauf hin, dass der niederländische Streckenabschnitt nur lediglich 4 % der Gesamtstreckenmenge ausmacht.

Die **Beigeladene zu 1)** beantragt

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten für die Beigeladene zu 1) für notwendig zu erklären und
3. der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2) die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen zu 1) aufzuerlegen.

Sie hat in ihren Schreiben vom 17.12. und 23.12. 2014 Ausführungen zum Umfang der Akteneinsicht gemacht und diesbezügliche Bedenken geäußert.

In ihrem abschließenden Schriftsatz vom 13.02.2015 erhebt die Beigeladene zu 1) im Wesentlichen erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags mit Schwerpunkt auf Fragen der Zuverlässigkeit. So ist sie der Auffassung, dass der Antrag der Antragstellerin zu unbestimmt sei und die behauptete Unkenntnis des Vergaberechts, die sie im Übrigen für vorgetäuscht hält, jedenfalls Gegenstand einer Unzuverlässigkeitsprüfung sein müsse und über den Gesichtspunkt der fehlenden Gesetzestreue, die Antragsgegner verpflichtet seien, das Angebot der Antragstellerin bereits aus Gründen der mangelnden Verlässlichkeit auszuschließen. Darüber hinaus ist sie der Auffassung, dass die Art und Weise der Antragstellung mit einer Anhäufung vieler Einzelrügen eine rechtsmissbräuchliche Art und Weise der Antragstellung darstelle, die allein dazu gedient hätte, den Streitstoff aufzufüllen und das Vergabeverfahren dadurch zu verzögern.

Die Behauptung der Antragstellerin, die Relevanz der vergaberechtlichen Vorwürfe nicht rechtzeitig erkannt zu haben, hält die Beigeladene zu 1) für eine Verletzung des

Grundsatzes von Treu und Glauben, die die Zuverlässigkeit der Antragstellerin in Frage stelle. Insbesondere verstieße die Antragstellerin mit der gehäuften Rügensammlung gegen das Spekulationsverbot des § 107 Abs. 3 GWB. Sie hält es insgesamt für ausgeschlossen, dass die Antragstellerin als Sektorenauftraggeberin die nunmehr gerügten Vergaberechtsverstöße nicht vor dem 10.11.2014 erkannt habe.

Sie ist daher der Auffassung, dass die Antragstellerin wider besseren Wissens vorsätzlich unzutreffend vorgetragen haben könnte und beantragt in diesem Zusammenhang die Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin, Herrn R. als Wirtschafts- und Arbeitsjuristen sowie die Einvernahme des Leiters der Abteilung Unternehmensentwicklung und zugleich verantwortlichen Bearbeiter des Angebots der Antragstellerin Herrn Dr. ...

Darüber hinaus fordert sie die Einvernahme des jetzigen Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin, die Anforderung und die Einsichtnahme der Mandatsunterlagen zur Beauftragung sowie die Anforderung und die Einsichtnahme in die Vergabeakte gem. § 32 SektVO der Antragstellerin zum Vergabeverfahren Fahrzeugleasing Teutoburger Wald mit dem Az.: ABL EU Nr. 2014/S. 121 - 216111. Sie trägt ferner vor, dass der Prokurist und Betriebsleiter der Beigeladenen zu 1) die Kanzlei des Bevollmächtigten der Antragsteller kontaktiert habe zu einer vergaberechtlichen Frage des hier gegenständlichen Vergabeverfahrens und dabei die Auskunft erhalten habe, dass bereits ein entsprechendes Mandat vorläge. Sie geht daher davon aus, dass dieses Mandat deutlich vor dem 06.11.2014 erteilt worden sei.

Darüber hinaus hält sie dem Geschäftsführer der Antragstellerin und den Leiter der Abteilung Unternehmensentwicklung jeweils als hinreichend vergaberechtlich qualifiziert, um die Relevanz der jetzt erhobenen Vergaberechtsvorwürfe zu erkennen. Sie verweist dazu ausführlich auf den Vortrag, den der Abteilungsleiter im Februar 2014 vor dem Fachpublikum gehalten hat. Im Übrigen vermutet sie, dass die Antragstellerin im Rahmen ihres Antrags zur Darlegung ihrer Eignung auch auf den Zugang zu den fachlichen und rechtlichen Ressourcen der Abelio-GmbH verwiesen habe. Wenn das zuträfe, würde sie nach ihrer jetzigen Aussage keinen tatsächlichen Zugang zu den Fachressourcen ihres Mitgesellschafters haben und damit eine unzutreffende Erklärung über ihre Eignung abgegeben haben.

Hinsichtlich der zentralen Rügepunkte zum wirtschaftlich günstigsten Angebot bzw. den Vorwurf des reinen Preiswettbewerbs sieht die Beigeladene zu 1) keine

Antragsbefugnis mangels Schadens für die Antragstellerin. Die Antragstellerin habe aber zu keinem Zeitpunkt dargelegt, dass sie durch die Vorgaben der Ausschreibung sich an der Stellung eines chancenreichen Angebots gehindert gesehen habe. Sie lege auch nicht dar, inwieweit sie der unter den von ihr vorgeschlagenen Kriterien neben dem Preis ein besseres Angebot hätte abgeben können. Die Widersprüchlichkeit zwischen dem in der Bekanntmachung wirtschaftlich günstigsten Angebot und den Bewerbungsbedingungen und mit dem Aussagewertungspreis wäre für jeden Bieter offenkundig gewesen und allein durch die Lektüre des § 18 Abs.1 VOL/A hätte jedem Bieter auffallen müssen, dass der Wertungspreis allein nicht ausreichend sei.

Diese Rügen seien auch unbegründet. Durch die Einbeziehung der nichtpreislichen Kriterien bestünde kein inhaltlicher Unterschied zwischen dem wirtschaftlich günstigsten Angebot oder einem Wertungspreis. Soweit die Antragstellerin rüge, dass keine Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigt worden seien, vertritt die Beigeladene die Auffassung, dass die zugrunde liegenden Normen keine bieterschützende Wirkung hätten. Sie schützten allein das Interesse des öffentlichen Auftraggebers, dass die öffentliche Hand bei der Beschaffung eine besondere Vorbildfunktion haben solle. Die Antragstellerin habe in diesem Zusammenhang auch keinen Schaden darlegen können, da mittlerweile bekannt sei, dass alle Bieter denselben Nachunternehmer hinsichtlich der Fahrzeuglieferungen benannt hätten, sodass selbst bei der Anwendung von Kriterien für Umweltschutz und Energieeffizienz sich kein Vorteil für die Antragstellerin daraus ergeben hätte. Da umwelt- oder energiebezogene Kriterien in der Regel auch zu einer Erhöhung des Preises führen, hätten derartige Kriterien auch keine Erhöhung der Zuschlagschancen für die Antragstellerin mit sich gebracht.

Hinsichtlich des Vorwurfs der Marginalisierung des Zuschlagskriteriums der Erhöhung der Zugbegleitquote verweist die Beigeladene auf die hohen Beträge, die sich in dem Bereich dieser Aufträge ergeben mit der Folge, dass auch ein Prozent der hier infrage stehenden Summen einen hohen Betrag darstellen würde. Im Übrigen schließe sie sich der Argumentation der Antragsgegner hinsichtlich der Alibifunktion dieser Quote an.

Hinsichtlich der Rüge bezogen auf die Nichtwertung von Optionen verweist die Beigeladene auf die spezielle Kenntnis des Abteilungsleiters, der in seinem Vortrag auf die Bedeutung von Optionen und impliziten Optionen verwiesen habe, sodass

auch hier davon auszugehen sei, dass die hinreichende Sachkenntnis vorhanden gewesen sei, um diesen Punkt zu rügen. Die Rüge sei jedoch auch unbegründet, da die hier abgefragten Preise lediglich die Funktion einer offenen Urkalkulation gehabt hätten, die die Abwicklung des Betrages nach § 2 Nr. 3 VOLA/B im späteren Zustand erleichtern sollten. Eine Spekulation über die Preise sei im Übrigen nicht möglich gewesen, da sie im Kern auf den gleichen Kalkulationsansätzen beruht hätten.

Hinsichtlich des Vorwurfs der Ungeeignetheit der Interpretation der Preisansätze und der befürchteten Flipping- Effekte verweist die Beigeladene darauf, dass hier gerade keine Interpolation vorgenommen sollte, sondern eine schlichte Verhältnisrechnung in Prozent, die das echte Verhältnis der Preise zueinander wiedergegeben hätte. Das Argument einer Inanspruchnahme der Angebote hält die Beigeladene für insgesamt ungeeignet, da es gerade ein wesentliches Merkmal des Wettbewerbs sei, dass sich Bieter miteinander bzw. ihre Angebote im Vergleich zueinander gemessen werden. Bezogen auf den Vorwurf des Niedrigpreisangebots verweist sie darauf, dass auch hier kein Bieterschutz aus der Regelung erwachsen könne.

Bezogen auf den Anspruch auf Zulassung von Nebenangeboten, insbesondere bezogen auf umweltrelevante Vorgaben, verweist die Beigeladene darauf, dass die Antragstellerin durch die Zulassung von Nebenangeboten ebenfalls keinen Vorteil erwirtschaften können und in ihrem eigenen Verfahren keine Nebenangebote dieser Art zugelassen hat.

Hinsichtlich des Vorwurfs gewerteter Optionen bei Mehr- oder Minderleistungen vertritt sie die Auffassung, dass mögliche Mängel der Veröffentlichung nicht im Rahmen dieses Vergabeverfahrens zu prüfen seien, sondern allenfalls später im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Vertragsanpassungsklausel zu einer tatsächlichen Änderung des Vertrages.

Hinsichtlich der Rüge des Geheimwettbewerbs wirft die Beigeladene zu 1) der Antragstellerin selbst einen Verstoß gegen diese Grundsätze vor, indem diese im Rahmen ihres Fahrzeugleasings ein offenes Verfahren durchgeführt habe, das quasi eine Einladung zur Preisabsprache unter konkurrierenden Unternehmen dargestellt habe. Zur Rüge der Antragstellerin weist sie die Antragsgegner auf die Verpflichtung der D.- AG zur Neutralität und Unabhängigkeit hin.

Hinsichtlich der Rüge bezogen auf die Bindefristverlängerung verweist sie darauf, dass keine Verpflichtung der Bieter bestand, der Aufforderung zur Verlängerung der Bindefrist zuzustimmen, die in der Sache auch zu keinem Nachteil für die

Antragstellerin geführt habe, da der Zuschlag auf das vorgelegte Angebot erteilt werde und im Übrigen so auszulegen sei, dass es sich auf die ausgeschriebenen Fristen und Termine bezieht, selbst wenn diese wegen Zeitablaufs obsolet geworden sein sollten.

Bezogen auf die Rügen der Beigeladenen 2) hat die Beigeladenen zu 1) ein separates Schreiben im Detail unter Verweis auf Einzelheiten in ihrem Angebot dargelegt, warum die Rüge einer nicht hinreichenden Anzahl von Fahrzeugen, bezogen auf ihr Angebot, gegenstandslos ist.

Die **Beigeladene zu 2)** bezweifelt dass die Beigeladenen zu 1) die Mindestanforderungen einhält. Da aus öffentlich zugänglichen Quellen bekannt geworden, dass die Beigeladene zu 1) beabsichtige, das bisher auf den Linien eingesetzte Fahrzeugmaterial einzusetzen. dieses allein sei nicht ausreichend, weil das ausgeschriebene Netz deutlich über das bisherige hinaus gehe und damit die Mindestanforderungen nicht, insbesondere die Anforderungen an die Fahrzeugreserve nicht erfüllbar seien.

Sie hält den Antrag daher für zulässig und begründet, denn sie geht auch davon aus, dass beim Angebot der Beigeladene zu 1) ein sog. Unterpreisangebot vorliegen müsse, auf das der Zuschlag nicht erteilt werden dürfe. Diese Regelung diene letztlich bei einer weiteren Auslegung auch dem Schutz anderer Bieter.

Die 10%ige Fahrzeugreserve sei nicht gesichert, wenn die Beigeladene zu 1) lediglich die 19 Fahrzeuge einsetze, die bislang auf den Strecken fahren. Für den internationalen Verkehr in den Niederlanden würden weitere 6 Fahrzeuge eingesetzt, so dass der Altbestand auf 25 Fahrzeuge käme.

Unter Berücksichtigung der Platzkapazitäten der Bestandsflotte würden für den Regelbetrieb 23 Fahrzeuge benötigt und eine Reserve von 3 (aufgerundet von 2,3). Das fehlende Fahrzeug habe die Beigeladene aber nicht bestellt und es sei auch nach dem angebotenen Preis gar nicht möglich. Die Beigeladene zu 2) vermutet jetzt, dass die Beigeladene zu 1) die Neufahrzeuge für den internationalen Verkehr als Reserve eingerechnet habe.

Sie bezweifelt wie die Antragstellerin eine ordnungsgemäße Aufklärung und geht davon aus, dass die Beigeladene zu 1) in wirtschaftliche Schwierigkeiten kommen werde und den Auftrag nicht vertragskonform werde erfüllen können. Die Rechtsverletzung durch diese vergaberechtswidrige Wertung führe zu dem Schaden

der anderen Bieter, den Zuschlag nicht mehr auf ein seriös kalkuliertes Angebot erhalten zu können.

Auch nach Akteneinsicht hält sie daran fest, dass die Beigeladene zu 1) mit ihrem Angebot nicht die Mindestanforderungen in der Inbetriebnahmephase einhalten könne, weil bei Umrüstungsarbeiten zu Beginn des laufenden Betriebs mindestens ein weiteres Fahrzeug bereitgestellt werden müsse. Sie vermutet, dass hier möglicherweise im Rahmen der Aufklärung eine Nachbesserung stattgefunden haben könnte. Ferner bittet sie um Aufklärung hinsichtlich der Frage des preislichen Abstands und der möglichen Aufklärungspflicht der Antragsgegner. Hinsichtlich der Bindefristzüge schließt sie sich ausdrücklich nicht der Antragstellerin an.

Wegen der weitem Einzelheiten wird auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

II. Gründe:

1. Zulässigkeit

1. 1 Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Vergabekammer Westfalen ist sachlich zuständig.

Der streitgegenständliche Auftrag fällt in den Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007 (i.f.: VO).

Die VO ist nach Art. 288 Abs. 2 AEUV in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat. Sie gilt nach Art. 1 Abs. 2 der VO für den innerstaatlichen und den grenzüberschreitenden Verkehr mit der Eisenbahn und geht als Sonderregelung der Sektorenrichtlinie (Richtlinie 2004/17/EG bzw. heute Richtlinie 2014/25/EG vor. Öffentliche Dienstleistungen iSd VO werden nach Art. 5 Abs. 1S. 1 (nur) nach dieser VO vergeben, es sei denn es handelt sich um öffentliche Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Straßenbahnen und Bussen.

Zum Verhältnis der VO zu den neuen Richtlinien von 2014 - u.a. der Richtlinie 2014/24/EG für öffentliche Aufträge und Richtlinie 2014/25/EG (Sektorauftraggeber) - hat die Europäische Kommission unter dem 29.3.2014 eine Mitteilung über die Auslegungsleitlinien zur VO (Az: 2014/C 92/01) veröffentlicht. Danach sind Verträge von Auftraggebern iSd Richtlinie 2014/24/EG zwar grundsätzlich als öffentliche Dienstleistungsaufträge iS dieser Richtlinie anzusehen, aber bei Personenverkehrsdiensten mit Eisenbahnen gemäß Art. 10

Buchstabe i der Richtlinie aus deren Anwendungsbereich ausgeschlossen. Anders ist dann auch das Verhältnis zur der Richtlinie 2004/18/EG nicht zu bewerten.

Daraus schließen die Antragsgegner, dass die Regelungen des GWB als Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG für sie keine Anwendung findet.

Die Antragsgegner haben als zuständige Behörden gemäß Art 5 Abs. 3 der VO im Wege eines für alle offenen, fairen wettbewerblichen Verfahrens zu vergeben, das den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung genügt. Danach sind sie nach ihrer Interpretation frei, ein Verfahren ihrer Wahl vorzugeben. Nach Auffassung der Kammer steht es ihnen dann aber auch frei - ähnlich wie den Auftraggebern des Bergbaus nach § 129 b GWB -, sich des bundesrechtlichen Regelungssystem des nationalen Vergaberechts zu bedienen.

Soweit sie eigene Regelungen entwickeln oder für erforderlich halten, müssen diese nicht nur den Vorgaben der VO entsprechen, sondern auch den Zielen und dem Schutzniveaus des bundesrechtlichen Regelungssystems vergleichbar sein, soweit die Aussagen der VO nicht entgegenstehen.

Die Antragsgegner haben sich hier in der Bekanntmachung auf die Anwendung der Regelungen des Abschnitt 1 der VOL/A mit Ausnahme des § 7 VOL/A sowie der §§ 8 EG, 15 EG VOL/A festgelegt. Dies entspricht den Vorgaben des § 4 Abs. 2 S.1 Nr. 2 VgV für Dienstleistungen nach der Anlage(Anhang) 1 Teil B der VOL/A.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des GWB gilt folgendes:

Da der deutsche Gesetzgeber derzeit keine Umsetzung anderen Inhalts für die VO durchgeführt hat, betrachtet dies die Rechtsprechung als eine Lücke, die durch analoge Anwendung zu schließen ist.

So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 8.2.2011 (Az.: X ZB 4/10) im Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) geklärt, dass dieser nicht als spezialgesetzliche Regelung vorgehe, sondern die Regelungen des GWB Anwendung finden - auch im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs - solange der Gesetzgeber sie nicht über den Ausnahmekatalog des § 100 GWB davon ausnimmt (vgl. BGH aaO, Rdnr. 16 bis 18). Der BGH verdeutlicht in dieser Entscheidung auch, dass die VO 1370/2007 und ihre Vorgängerregelung "die Einbeziehung des Eisenbahnbereichs in die nationalen vergaberechtlichen Regelungen" (gemeint ist hier das GWB) nicht ausschließt.

So ist der Leitsatz der Entscheidung: "die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen ist nicht vom Anwendungsbereich der Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen." völlig uneingeschränkt - weder auf den Geltungszeitraum der VO 1191/69 beschränkt (siehe Rdnr. 26 der Entscheidung : "...nationale Regelungen zur Vergabe von Eisenbahndienstleistungen existierten (und weiter Bestand haben können.)") noch formal eingeschränkt (vgl. Rdnr. 70, wonach die Antragstellerin A.R. ihren Antrag nicht expressis verbis ergänzen muss um den Zusatz "nach GWB", weil "ein förmliches Vergabeverfahren ohnehin entsprechend den jeweils geltenden gesetzlichen Bedingungen, ggf. unter Berücksichtigung der bestehenden Ausnahmetatbestände durchzuführen ist."

Der BGH verdeutlicht damit nach Auffassung der Kammer, dass das GWB-Verfahren im Ganzen das anzuwendende "wettbewerbliche Verfahren" des Art. 5 Abs. 3 VO in Deutschland ist.

Der Auftraggeber ist nach der VO zu Abweichungen berechtigt (aber nicht verpflichtet !) z.B. bei der Gestaltung von Verhandlungen nach Abgabe der Angebote (Ausnahmetatbestand) und nach der Klarstellung der Unanwendbarkeit der Richtlinie "2014/24/EU und der Richtlinie 2014/25/EU2 auch zu Abweichungen von der Anwendung der VOL/A, ihren Anhangs IB im begründeten Einzelfall oder der Anwendung des Systems der Regelung des § 4 Abs.2 Nr.2 der VgV.

Das ergibt sich klar aus der Mitteilung der Kommission, die unter Ziff.2.1.1, wonach die VO die Richtlinien auf der Ebenen des EU-Rechts verdrängt und den "zuständigen Behörden" - hier Auftraggebern Spielräume bei der Gestaltung des Verfahrens gewährt (vgl. Ausführungen der Kommission unter Ziff.2.2 3 / Erwägungsgrund 17 der VO.)

Allein für die Frage der Zuständigkeit der Kammer kommt es jedoch nicht darauf an, ob die Regelungen des GWB unmittelbar oder analog oder zulässig gewillkürt anzuwenden sind.

Das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 2.3.2011 Az.: Verg 48/10 (und im Anschluss daran das OLG München (B.v. 22.6.2011 - Verg 6/11) immer eine Zuständigkeit der Vergabekammern nach §102 GWB für Aufträge nach Art. 5 Abs.3 der VO - direkt oder analog - angenommen und eine generelle Anwendbarkeit der Verfahrensregeln des GWB für diese Nachprüfungsverfahren, solange sich aus der

VO nichts Gegenteiliges ergibt und der deutsche Gesetzgeber keine spezielleren Regelungen erlassen hat. In diese Sinne hat dann auch die Vergabekammer Sachsen in ihrer Entscheidung vom 8.8.2013 (Az.: 1/SVK/025/13) ihre Zuständigkeit nach § 102 GWB analog für Nachprüfungsverfahren nach der VO bejaht. Die Kammer Westfalen schließt sich dem an.

Nach Auffassung der Auftraggeber ist dieser Auftrag auch nach den prozessualen Regelungen des GWB zu vergeben.

Ob und inwieweit aus dem geschlossenen System des GWB und in der Folge der Kaskade materiell-rechtliche Regelungen zur Disposition der Auftraggeber stehen können, ist nicht geklärt. Es ist aber zweifelfrei und unbestreitbar, dass die bundesgesetzlichen Normen des GWB-Systems im Ganzen ein "für alle offenes, faires wettbewerblichen Verfahren enthalten, das den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung genügt". Weiteres ist aber für diese Entscheidung im vorliegenden Fall nicht von Belang, denn über die Vorgabe der Regelungen der VOL/A nach dem System des § 4 Abs.2 VgV haben die Antragsgegner im vorliegenden Fall - ungerügt - hinreichend klare Vorgaben gemacht.

Der Auftrag überschreitet unstreitig den Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge iSd § 100 Abs.1 Satz 2 Nr.1 GWB von derzeit 207.000,--€ und fällt auch nicht unter eine der Ausnahmen nach § 100 Abs. 2 bis 5 GWB.

Die Antragsgegner sind auch als Auftraggeber nach § 98 Abs.3 zu betrachten.

Die Antragsgegner sind öffentliche Auftraggeber iSd § 98 Nr. 3 GWB, denn sie sind Verbände, deren Mitglieder Gebietskörperschaften sind. Sie sind trotz des Aufgabenprofils "Schienenpersonennahverkehr" nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 7.11.2012 - VII VerG 11/12) nicht als Sektorenauftraggeber iSd § 98 Nr. 4 GWB zu qualifizieren, da Sektorenauftraggeber nur sein kann, wer Verkehrsleistungen selbst erbringt. Die bloße Organisation genügt dem Begriff des "Ausführens" im Anhang IV Richtlinie 2004/17/EG nicht.

Entgegen der Benennung in der Bekanntmachung sind Auftraggeber die im Rubrum aufgeführten Verbände. Sie agieren entsprechend den Bewerbungsbedingungen entsprechend der Ziff. 1.1. gemeinschaftlich unter Federführung des Zweckverband Nahverkehr Westfalen-Lippe (NWL), vertr. d.d. Vorstandsvorsteher Herrn Christian Manz, Friedrich-Ebert-Str. 19, 59425 Unna, im Vergabeverfahren wie im

Nachprüfungsverfahren. Der Antrag richtet sich unzweifelhaft gegen alle vier Auftraggeber des Auftrags.

Die Auftraggeber haben daher für diesen Dienstleistungsauftrag grundsätzlich ein dem § 101 Abs.1 und 7 GWB - wenn sie denn nicht einzelne Ausnahmen begründet für erforderlich halten - offenes Verfahren anzuwenden, was auch in Praxis und in der Literatur akzeptiert ist (vgl. dazu Prieß in "Vergaben im ÖPNV", Schriftenreihe des forum vergabe e.V., Herausgeber v. Wietersheim, Band 45, Bundesanzeiger Verlag 2013, "die vergaberechtlichen Regelungen im ÖPNV, Abschnitt B I 3, bb).

1.2

Die Vergabekammer Westfalen ist örtlich für die Entscheidung über den Antrag nach der Überleitung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg in die Vergabekammer Westfalen gemäß §§ 2 Abs. 1 u. § 3 Abs. 2 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630) zuständig, weil die Antragsgegner mit ihrer Vergabestelle (NWL) in als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr.3 GWB ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen haben. Mit der Benennung der NWL als alleiniger Vergabestelle haben die Auftraggeber eine Zuständigkeit der Vergabekammer nach § 106a Abs. 3 S. 2 GWB begründet.

1.3 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist eine Eisenbahnverkehrsunternehmen, das sein Interesse an dem Auftrag durch Einreichung eines Angebots dokumentiert hat und dargelegt hat, dass es sich durch vor allem die Wertungsvoraussetzungen und die Wertung als solche in seinen Rechten verletzt sieht. Dabei stützt sie ihren Anspruch auf Verstöße gegen die Grundsätze des wettbewerblichen Vergabeverfahrens wie sie sich aus § 97 Abs.

1, 4 und 7 GWB ergeben. Sie sieht eine fehlerhafte Wertung aufgrund der Vorgabe ungeeigneter Wertungskriterien als gegeben an.

Unterstellt man den Vortrag der Antragstellerin als richtig, wäre ein Schaden nicht ausgeschlossen, denn da ihr Angebot nicht auszuschließen ist, wäre die Antragstellerin im Rahmen eines neuen Angebots möglicherweise in der Lage, ein Bestangebot zu erstellen.

Der Schaden liegt mithin in den Verlust der Chance auf den Zuschlag.

1.4 Rüge

Entgegen der Auffassung der Antragsgegner betrachtet die Kammer die vorgebrachten Rügen als hinreichend und sämtlich nicht präkludiert nach § 107 Abs.3, Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB. Das Rügeschreiben vom 11.11.2014 erfolgte auf das Informationsschreiben vom 6.11.2014, also in hinreichender zeitlicher Nähe.

Die Präklusion nach § 107 Abs.3, Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB setzt voraus, dass der Bieter die Vergaberechtsstöße hat erkennen können und tatsächlich wie rechtlich (zumindest auf der Laienebene) als fehlerhaft erkannt hat (subjektive Komponente der Erkennbarkeit). Dieses subjektive Erkennen ist vom Auftraggeber hinsichtlich jeder einzelnen Rüge zu beweisen.

Soweit die Antragsgegner dazu vortragen, dass zu vermuten sei, dass die Antragstellerin durch das rechtskundigen Referat "Ausschreibungen" der Mitgesellschafterin rechtlich beraten worden sei, hat die Antragstellerin dies zur Überzeugung der Kammer mit der Erklärung des alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Mitgesellschafterin vom 26.11.2014 nachvollziehbar widerlegt.

Es ist keineswegs zwingend, dass die Mitgesellschafter ihre rechtlichen Kapazitäten zur Beratung - ob entgeltlich oder unentgeltlich - zur Verfügung stellen und es erscheint nachvollziehbar, wenn die Antragstellerin den aus ihrer Sicht teuren Rechtsrat erst dann einholt, wenn sie allein nicht weiterkommt. Der Hinweis auf den Vortrag des Abteilungsleiters im Februar 2014 führt keineswegs dazu, denn dort ist der rechtliche Aufwand nur unter anderem und als Teil des Gesamtaufwands erwähnt und beschrieben, genau genommen nur auf einer Folie unter Ziff. 2.1.

Ohne exakten Beweis kommt aber nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ein Ausschluss auf der Basis dieser Vorschriften nur "bei auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepraxis beruhende und ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht" (Beschluss vom 3.8.2011 Az.: VII Verg 16/11). Dieser bieterfreundlichen Auslegung haben sich die Obergerichte weitgehend angeschlossen.

Einen solchen Nachweis haben die Antragsgegner und auch die Beigeladenen zu 1) nicht erbringen können. Der Kammer steht im Rahmen ihrer prozessualen Möglichkeiten nur der Zeugenbeweis zur Verfügung. Eine formale Parteieinvernahme ist im Rahmen des § 110 GWB iVm § 57 GWB iVm der

Begrenzung auf den 6- 9. Titel des Buches 2 der ZPO gerade nicht vorgesehen. Für die Feststellung der Unzuverlässigkeit besteht für die Kammer keine Rechtsgrundlage, weil diese zuallererst der Prüfung durch den Auftraggeber unterliegt (Eignungsprüfung mit weitem Beurteilungsspielraum). Die Antragsgegner haben keine Absicht geäußert, aufgrund des Vortrags der Beigeladenen zu 1) erneut in die Zuverlässigkeitsprüfung einsteigen zu wollen.

Die Kammer schließt sich daher der Begründung der Nichterkennbarkeit für die Antragstellerin ohne Rechtsrat wie im Schreiben vom 2.12. 2014 dargelegt an.

2.

Der Antrag ist auch begründet. Die Antragstellerin ist durch die Ausschreibung ungeeigneter Zuschlagskriterien für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für die ausgeschriebenen Dienstleistungen und damit verbunden der Vorgabe einer ungeeigneten Wertungsmethode in ihren Rechten nach §§ 97 Abs. 1, 2 und 7 GWB verletzt.

Es besteht jedoch keine Verpflichtung der Antragsgegner zur Verwendung umweltbezogener, insbesondere energieeffizienter Zuschlagskriterien.

2.1 Ungeeignetheit des Zuschlagskriteriums "Wertungspreis" in der Gewichtung von 99 % des Preises des Angebots für die Mindestleistungen und 1% des Preises für die Erhöhung der Zugbegleitquote.

Gemäß § 97 Abs. 5 GWB hat der Zuschlag im deutschen Vergaberecht auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen. Da jedoch diese Regelung des GWB (zur grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit der Richtlinie s.o, unter 1.2) in dieser Ausschließlichkeit dem zugrundeliegenden Art. 53 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG widerspricht, wonach sowohl der Zuschlag nach dem Preis als auch der Zuschlag auf das "wirtschaftlich günstigste Angebot" zulässig ist, ist § 97 Abs. 5 GWB im Lichte der Richtlinie auszulegen. Rechtsprechung und Literatur lassen daher im Rahmen des § 97 Abs. 5 GWB grundsätzlich beides zu (OLG Frankfurt B. v. 5.6.2012, Az.: 11 Verg 4/12; OLG Düsseldorf vom 11.12.2013, Az.: Verg 22/13 , Ziff. 6). Danach ist die Entscheidung hierüber in das Bestimmungsrecht des Auftraggebers gestellt (vgl. hierzu Boesen "Zuschlagskriterien - Möglichkeiten und Grenzen bei den Entscheidungen im Vergabeverfahren" in "Wettbewerb -Transparenz -

Gleichbehandlung" - Festschrift für Marx, C.H.Beck Verlag 2013, Ziff. I.1 b und Kulartz, Scholz "Zuschlagskriterien - Grenzen bei der Gewichtung, VergabeRecht 2014, S. 109 ((111)). Hat der Auftraggeber sich jedoch für das eine oder andere entschieden, ist er - unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des § 97 Abs. 5 GWB im konkreten Fall - daran gebunden.

Nach dem Willen der Auftraggeber sollte im vorliegenden Fall das wirtschaftlich günstigste Angebot laut Bekanntmachung nach den Regeln der VOL/A 1. Teil und damit nach den Vorgaben des §18 Abs.1 VOL/A ermittelt werden.

Die Antragsgegner haben sich auch bewusst für den Zuschlag auf das "wirtschaftlich günstigste Angebot" entschieden (Schriftsatz vom 21.11.2014, S. 14 1. Absatz).

Nach § 18 Abs. 1 VOL/A ist jedoch einer reiner Preiswettbewerb ausgeschlossen.

Die Kombination des Zuschlags auf wirtschaftlich günstigste Angebot mit dem einzigen Wertungskriterium "Wertungspreis" ist damit unzulässig, weil damit das gesetzte Ziel, das wirtschaftlich günstigste Angebot über ein abgewogenes Preis-Leistungsverhältnis mit der Einbeziehung qualitativer Elemente zu ermitteln, nicht erreicht werden kann.

Die Festlegung der Antragsgegner in Nr. 17 der Bewerbungsunterlagen auf den Wertungspreis als einziges Wertungskriterium ist damit unschlüssig und mit der Teilwertung der "Erhöhung der Zugbegleitquote" mit 1 % intransparent.

Zwar hat der Auftraggeber auch hinsichtlich der Wertungskriterien zunächst die Wahl, ebenfalls als Ausfluss seines Auftraggeberbestimmungsrechts (vgl Kulartz/Scholz aaO). Diese(s) ergänzende(n) Kriterium/Kriterien macht nur Sinn, wenn es sich auf die qualitativen Elemente der Leistung bezieht.

Schon nach § 25a VOL/A (Stand VOL/A 2008) hatte der Auftraggeber - jeweils auftragsgegenstandbezogen - die Wahl zwischen Kriterien wie Qualität, Preis, technischen Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften Rentabilität u.a. Ausgeschlossen waren hingegen solche Kriterien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen, sondern womöglich in dem Fall eher als

Eignungskriterien anzusehen waren (vgl. OLG Düsseldorf vom 11.12.13, Ziff.2a unter Verweis auf EUGH vom 7.10.2004, Rs.: C -247/02).

Dies verdeutlicht - unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit - auch die neue Vergaberichtlinie 2014/24/EG, die in Erläuterungsgrund 90 angesichts der Weiterentwicklung des Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots aus der Richtlinie 2004/18/EU im Art 53 dort darstellt, dass zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sowohl kostenbezogenen als auch kostenfremde Kriterien heranzuziehen sind.

Insoweit ist über die Regelungsebenen hinweg geklärt, dass für die Ermittlung eines wirtschaftlich günstigsten Angebots der reine Preiswettbewerb nur ausnahmsweise in Frage kommt, nämlich - wie die Antragstellerin richtig darstellt - , nur in Fällen, in denen gewährleistet ist, dass die nur (preislich) zu wertenden Angebote in Hinblick auf die inhaltlichen Qualitätsanforderungen vergleichbar sind (sinngemäß so OLG Düsseldorf vom 9.2.2009, Az.. VII -Verg 66/08, B. vom 11.12.2013, Az.: Verg 23/13 unter Hinweis auf EUGH vom 7.10. 2004, Rs. C-247/02 "soweit andere Kriterien nicht geeignet sind oder erforderlich erscheinen").

Diese Kriterien sind in einem ausgewogenen Verhältnis zu einander festzulegen (OLG Düsseldorf B. vom 21.5.2012, Az.: VII Verg 3/12).

Die 1 % ige Heranziehung der Kosten für die Erhöhung der Zugbegleitquote kann insoweit weder als qualitatives Bewertungskriterium herangezogen noch als ausgewogen im Verhältnis zur Gewichtung der Wertung der Mindestleistungen angesehen werden. Zwar ist der Einsatz von Personal grundsätzlich einer qualitativen Bewertung zugänglich. Hier haben sich die Auftraggeber jedoch auf reine Preisangabe festgelegt.

Wäre es ein qualitatives Kriterium, wäre es im Verhältnis zum (Rest-)Preis zu unbedeutend und hätte keinerlei praktische Auswirkung, noch gibt es den Bietern Aufschluss, welche Aspekte der Leistung den Auftraggebern wichtig ist (vgl. Boesen, aaO, Ziff I, 1. Absatz). Insoweit ist die 1%ige Wertung der Erhöhung der Zugbegleitquote als marginalisiert sowohl gegenüber dem Wertungspreis für die Mindestleistungen als auch gegenüber dem Preis als solchem und damit ungeeignet iSd Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27.11.2013, Az.: VII Verg

20/13 anzusehen und kann - wie die Antragstellerin richtig darstellt - **gleichgültig, ob als Preis- oder Qualitätskriterium** -, keinen Einfluss auf die das Wertungsergebnis mehr haben (Schriftsatz der Antragstellerin vom 14.11.2014, Ziff. 4.1.4).

Aber auch die Antragsgegner betrachten die Bewertung der Erhöhung der Zugbegleitquote als ein Preiselement - eine gesonderte Bewertung einer Preisposition (vgl. Schriftsatz vom 21.11.2014, Ziff. 2 a ff, 3. Absatz). Damit fehlt es dann auch vollständig an einem gesonderten Bewertungskriterium für die qualitativen Elemente der Leistung, denn die von den Antragsgegnern vorgenommene Umwandlung von qualitativen Elementen wie dem Sitzplatzalter, den Energiekosten und den Personalkosten durch Aufschläge auf den Wertungspreis sind als Eingriff in die Kalkulationshoheit des Bieters anzusehen und als vorweg genommene Wertung. Das wird besonders deutlich an den Aufschlägen für das Sitzplatzalter. Hier bewertet der Auftraggeber bereits zuschlagsrelevant den Zustand der Fahrzeuge und preist ihn unmittelbar selbst ein.

Grundsätzlich dürfte es aber Sache der Kalkulation des Bieters sein, ab wann der Zustand der von ihm angebotenen Ausstattung den qualitativen Standards des Auftrages nicht mehr entspricht und ausgetauscht werden muss. Diese "Einbeziehung nicht-preislicher Merkmale", wie es die Antragsgegner nennen, nimmt auf diese Weise die Abwägung vorweg, die den Zuschlag auf das "wirtschaftlich günstigste Angebot" kennzeichnet.

Selbst wenn man diese Vorgehensweise als grundsätzlich zulässig ansehen würde, wäre dies nach Auffassung der Kammer jedenfalls nur bei einem Zuschlag auf den niedrigsten Preis (reinem Preiswettbewerb) denkbar.

Dabei sei nochmals betont, dass die Kammer - wie oben dargelegt - den reinen Preiswettbewerb auch im Rahmen des § 97 Abs. 5 GWB mit Weyand (noch) für zulässig hält. Er ist aber ausweislich der Aussagen in der Bekanntmachung und des Vortrags der Antragsgegner nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens.

Dabei kommt es auch nicht mehr drauf an, dass die Antragsgegner Nebenangebote ausgeschlossen hatten und es daher nicht zu einer Alibifunktion der 1%igen Wertung des Preises für die Erhöhung der Zugbegleitquote kommen kann. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf erging zwar anlässlich einer solchen Umgehungsconstellation, stellt aber klar, dass grundsätzlich die "der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

geltenden Kriterien (nicht) auf ein unbedeutendes Maß herabgestuft" werden dürfen und sich dann " die Vergabeentscheidung faktisch allein nach dem Angebotspreis" richtet.

Es muss also unmissverständlich entweder ein Preiswettbewerb oder ein Zuschlag auf das "wirtschaftlich günstigste Angebot" ausgeschrieben werden. Die zusätzlichen Kriterien dürfen nicht einen solchen nur suggerieren.

Vor diesem Hintergrund erscheint es der Kammer nachvollziehbar, wenn die Antragstellerin die Bewertungsmethode der Interpolation in diesem Fall als nicht sinnvoll ansieht. Bei der von den Antragsgegnern angestrebten Wertung nach ausschließlich einem Wertungspreis (Bewerbungsbedingungen Nr. 17) hätte die Addition des Wertungspreises mit der 1 %igen Erhöhung der Zugbegleitquote die gleiche Wirkung.

Problematisch, aber nicht mehr entscheidungsrelevant erscheint in diesem Zusammenhang auch die Abfrage von Konzepten und die Vorgabe von Optionen , die der Antragsgegner nicht mehr bewerten will. Die für die Zu- oder Abbestellungen abgefragten Preise kennzeichnen Bedarfspositionen, die als solche in Gänze in die Wertung einzubeziehen sind. Sie sind auch kalkulationserheblich. Die Begründung, dass sie sich möglicherweise die Waage halten, ist nicht begründet und für den Bieter nicht hilfreich, der ja einen Preis berechnen muss

2.2. Keine Verpflichtung zur Verwendung von Zuschlagskriterien nach §§ 4 Abs. 4 bis 6 b) VgV

Da die Kammer nach der Entscheidung des BGH vom 8.2.2011 von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der Regelungen des GWB ausgeht, wenn das von den Antragsgegnern vorgegebene Verfahren lückenhaft oder aus anderen Gründen nicht anwendbar ist, (s.o. unter II. 1.1) folgt über § 97 Abs. 6 GWB die Anwendbarkeit der VgV und damit wiederum über § 4 Abs.2 S.1 Nr.2 VgV die Verpflichtung zur Ausschreibung nach der VOL/A, da hier eine Dienstleistung nach Anlage 1 , Teil B, Kategorie 18 infrage steht. Da die Voraussetzungen einer Direktvergabe weder nach der VO noch über § 4 Abs.3 VgV gegeben sind, haben die Antragsgegner sich ausweislich der Anmerkungen unter Ziff. VI.3 der Bekanntmachung vom 3.5.2014 auch an die Vorgaben des § 4 Abs.2 S.1 Nr.2 VgV gehalten und sie zur Verfahrensgrundlage gemacht.

Zu der von der Antragstellerin geforderten Anwendung der Regelungen des § 4 Abs. 4 bis 6b) VgV waren sie jedoch nicht verpflichtet.

Danach sind die öffentlichen Auftraggeber bei Einsatz energieverbrauchsrelevanter Geräte - hier z.B. Dieselloks - bei der Ausführung der ausgeschriebenen Dienstleistung verpflichtet, Informationen über den Energieverbrauch, ggf. Lebenszykluskosten oder ähnlicher Überprüfungsmethoden über die Bieter zu beschaffen und auf der Basis dieser Informationen die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen.

Diese Vorschriften sind in Umsetzung der Energierichtlinie 2010/30/EU ergangen. Abgesehen davon, dass die unmittelbare Anwendung dieser EU-Richtlinie nicht in der VO 1370 geregelt wurde wie die teilweise Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien 2004/17 EU und 2004 /18/EU, nimmt die EU-Richtlinie 2010/30/EU vom 19.5.2010 in Art. 1 Abs.3 Produkte aus 2. Hand und Verkehrsmittel zur Personenbeförderung und Güterbeförderung aus. Mit dieser Richtlinie soll eine genaue, sachdienliche und vergleichbare Unterrichtung des Verbrauchers über den spezifischen Energieverbrauch von energieverbrauchsrelevanten Produkten erreicht werden. Diese Unterrichtung soll dem Verbraucher über eindeutige Etiketten und Datenblätter von Lieferanten und Händlern zu diesbezüglichen Eigenschaften des Produkts ermöglicht werden.

Die Antragsgegner tragen dazu unwidersprochen vor, dass es bislang keinen einheitlichen Normenzyklus für die Verbrauchserfassung von Schienenfahrzeugen gibt und nur zu Neufahrzeugen Angaben von Herstellern erreichbar sind. Eine (nationale) Verpflichtung der EVU zur Vorlage entsprechenden Informationen ist daher in diesem Markt nicht sinnvoll und nicht zumutbar und selbst EU- rechtlich derzeit nicht gefordert.

Noch viel weniger sind die Antragsgegner dazu über die Regelungen des TVgG NRW verpflichtet.

Sie sind nach § 2 Abs. 4 und 6 TVgG NRW nicht zur Anwendung des Gesetzes verpflichtet, weil das Vergabeverfahren auch im Auftrag eines Aufgabenträgers eines anderen Bundeslandes durchgeführt wird und bei Nichteinigung über die Anwendbarkeit einzelner Regelungen des TVgG, die Anwendung entfallen kann. Hier haben sich die Aufgabenträger und Antragsgegner auf die Anwendung der Mindestlohnregelungen, der ILO-Kernarbeitsnormen und der Regelung zur

Frauenförderung nach § 19 TVgG geeinigt, nicht aber auf die Anwendung des § 17 TVgG NRW.

Aus dem gleichem Grunde kann auch nicht von einer Verpflichtung der Antragsgegner zur Ausweisung von Nebenangeboten über § 10 RVO zum TVgG NRW ausgegangen werden. Auf die Verpflichtungserklärungen war im Übrigen unter Ziff.VI.3 der Bekanntmachung hingewiesen.

2.3 Zur Losbildung

Grundsätzlich hat das Gebot zur Losbildung mit der Änderung des GWB 2009 an Gewicht gewonnen. Die Vorschrift des § 97 Abs. 3 GWB hat nicht nur den Charakter eines Programmsatzes, sondern gehört zu den Vorschriften, auf deren Beachtung der Bieter nach § 97 Abs. 7 GWB infolge der Prinzipien der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs einen Anspruch hat. Daraus folgt, dass ein mittelständischer Bieter subjektive Rechte auf Beachtung der Losvergabe gegenüber dem Auftraggeber geltend machen kann (OLG Düsseldorf, B. v. 11.01.2012 - Az.: VII-Verg 52/11; B. v. 08.09.2011 - Az.: VII-Verg 48/11)

Bei der Überprüfung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ist aber von den Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich zu beachten, dass das Vergaberecht nicht nur Bieterrechte eröffnen, sondern auch eine wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten soll. Der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager hat durch seine Ausschreibungen nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen. Vielmehr bestimmt allein der Auftraggeber im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll. Am Auftrag interessierte Unternehmen haben sich darauf einzustellen. Nicht aber hat der öffentliche Auftraggeber - abweichend von den allgemeinen Gepflogenheiten - Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass sich bestimmte Unternehmen - auch wenn dies für sie von wirtschaftlichem Vorteil ist - daran beteiligen können (OLG Düsseldorf, B. v. 25.04.2012 - Az.: VII-Verg 100/11)

Es handelt sich damit um eine Ermessensentscheidung, deren fehlende Begründung zulässig im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden konnte. Sie liegt den Bietern auch über den Vergabevermerk vor. Die Antragsgegner haben darüber hinaus in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass eine weitere Unterteilung zu

Unwirtschaftlichkeit führt und die Streckenplanung erheblich erschwert. Sie haben darauf hingewiesen, dass es für das denkbare Fachlos keinen spezifischen Markt von Anbietern gibt, die ausschließlich den Betrieb von Mehrsystemfahrzeugen anboten.

Die Überprüfung durch die Vergabekammer kann mithin nur dahingehend stattfinden, ob der Auftraggeber bei seiner Einschätzung, dass die Gründe für den gewählten Loszuschnitt überwiegen, die rechtlichen Grenzen des ihm insofern zustehenden Spielraums überschritten hat. Dies wäre dann der Fall, wenn der Auftraggeber bei seiner Entscheidung mittelständische Interessen gänzlich unberücksichtigt gelassen, ihr einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt oder sachwidrige Erwägungen in seine Überlegungen hätte einfließen lassen. Dass kann die Kammer hier nicht erkennen. Angesichts der länderübergreifenden Aufgabenstellung müssen die Aufgabenträger auch auf die Koordinierbarkeit achten.

2.4 Verstoß gegen § 16 Abs. 6 VOL/A

Das OLG Düsseldorf hat in ständiger Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass die Vorschriften zum Niedrigpreisangebot, - § 16 Abs. 6 VOL/A - keine bieterschützende Wirkung haben und das Erreichen einer Aufgreifschwelle zunächst nur die Verpflichtung des Auftraggebers bewirkt, die Auskömmlichkeit zu klären. Die Antragsgegner haben darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall die in der Rechtsprechung diskutierten Aufgreifschwelen von 10 bis 20 % Differenz zum nächst günstigsten Angebot nicht erreicht sind (Vgl. OLG Düsseldorf vom 09.05.2011 - Verg 45/11; OLG München vom 12.12.2013, Az.: U 498/13; Städler, NZBau 8/14, Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe). Ohne dass es für die Entscheidung noch darauf ankäme, sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Lücken in der Dokumentation eine Überprüfung auch nicht zulassen.

Die Vergabeakte weist erhebliche Mängel in der Dokumentation im Rahmen der Wertung auf. Es ist nicht erkennbar, ob und wie und welchem Ergebnis die z.B. die Fahrzeugchecklisten geprüft wurden, die in der Tat in der Checkliste geringfügige Lücken bei der Beigel. zu 1) aufweisen.

Zur Überprüfung der Rügen der Beigeladenen zu 2) hier wurde lediglich angegeben, dass eine Überprüfung stattgefunden hat. Weder Vorgang noch Ergebnis sind dokumentiert.

Damit ermangelt es der Kammer an jeglicher Grundlage, die den Rügesachverhalt der Beigeladenen zu 2) und den damit verbundenen Vortrag zur Aufklärungspflicht bei einem Niedrigpreisangebot zu überprüfen. Es ist weder nachvollziehbar, ob die Prüfung stattgefunden hat noch durch wen und wie die Ergebnisse durch die Auftraggeber geprüft worden sind. Die Entscheidungen der Auftraggeber sind lediglich hinsichtlich des Vergabevorschlags zu Gunsten der Beigeladenen zu 1) dokumentiert, gestützt auf den Wertungspreis.

2.5 Soweit die Antragstellerin die Angebotsaufklärungen als zu weitgehend beanstandet und befürchtet hat, dass dadurch eine Heilung lückenhafter Angebote durch einen Austausch von fehlerhaften Erklärungen erfolgen könnte oder gar sollte, ist zunächst darauf zu verweisen, dass alle Bieter umfassende Vollständigkeitserklärungen abgeben haben. Soweit mit dieser Art der Aufklärung lediglich ca. -Angaben bestätigt werden sollten, dürfte die Nachfrage vergaberechtlich unproblematisch sein. Fragwürdig ist es, wenn auf diesem Wege echte Widersprüchlichkeiten oder Lücken in den Angeboten geschlossen werden sollten.

Angesichts der der Nichtwertbarkeit nach den vorgegebenen Kriterien kann dies im konkreten Fall aber dahingestellt bleiben ebenso wie die gerügten Verstöße hinsichtlich der Bindefristverlängerung und des Geheimwettbewerbs.

3. Maßnahmen nach § 114 GWB.

Ist die Auswahl der Zuschlagskriterien aber durch den Auftraggeber fehlerhaft erfolgt, ist die Erteilung des Zuschlags zu untersagen. (VK Südbayern, B. v. 26.03.2009 - Az.: [Z3-3-3194-1-03-01/09](#)).

Zu dem gleichen Ergebnis kommt das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 27.11.2013, Az.: VII Verg 20/13 und stellt fest, dass die Rechtsfolge ist, "dass das bisherige Verfahren keine Grundlage für einen Zuschlag ist" und "die Zuschlagskriterien zu erneuern sind" (Rdnr. 49 der Entscheidung).

Der Senat hat in dieser Entscheidung damit die Festlegung ungeeigneter Kriterien unmittelbar als Grundlage für die Rechtsfolge benannt, "dass das bisherige Vergabeverfahren keine Grundlage für einen Zuschlag ist." Das bedeutet, dass unabhängig von evtl. Mängeln des Antragstellerangebots das Verfahren als solches an einem so grundsätzlichen Mangel leidet, das es ungeeignet für einen Zuschlag ist, ohne dass es noch auf das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers ankommt.

In diesem Sinne hat der Senat schon in der Entscheidung vom 24.3.2014 , Az.. Verg 7/04 klargestellt, dass auf "eine vergaberechtswidrig gestaltete Ausschreibung" hin kein Angebot zugeschlagen werden kann.

Im vorliegenden Fall ist das Angebot der Antragstellerin grundsätzlich wertbar. Es liegt kein Ausschließungsgrund vor. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin bei der Wahl hinreichender Kriterien ein chancenreiches Angebot hätte vorlegen können. Insoweit kann nicht "ausgeschlossen werden, dass sich der Fehler auf die Auftragschancen der Antragstellerin ausgewirkt hat" (vgl OLG Düsseldorf vom 9.1.2013- Verg 33/12, Ziff. II .3). Ein Schaden der Antragstellerin durch diesen Vergabefehler kann nicht ausgeschlossen werden.

Infolgedessen ist auch hier von der Kammer neben der Untersagung des Zuschlags inzidenter die Festlegung neuer oder ergänzter Wertungskriterien bei Fortbestand der Vergabeabsicht auf ein "wirtschaftlich günstigstes Angebot nach § 18 Abs.1 VOL/A gefordert.

Aufgrund der erforderlichen Rückversetzung werden von den Bietern neue Angebote eingebracht werden können, so dass bei der erneuten Wertung die Lücken der Dokumentation geschlossen werden können und es diesbezüglich keiner weiteren Maßnahmen bedarf.

Soweit die Antragstellerin Verstöße gegen das Transparenzgebot hinsichtlich unterlassener Bekanntmachung von Optionen oder Verpflichtungserklärungen oder sonstigen Vertragsinhalten rügt, ist jedoch nicht erkennbar, worin der Schaden für sie liegt. § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB fordert, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Rechtsverstöße der Vergabestelle müssen sich danach auch ausgewirkt haben oder noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Antragstellers auswirken können, um zu Maßnahmen einer Vergabekammer zu

Gunsten der Bieter führen zu können. Die Antragstellerin hat offensichtlich in Kenntnis dieser Vorgaben ihr Angebot erstellen können.

Auch die Befürchtung versteckter Preisaufschläge in Bezug auf die unbegrenzte Option von Mehr u. Minderbestellungen ist zu vage, um darin einen konkreten Schaden für die Antragstellerin erkennen zu können, zumal diese Option ohnehin in ihren Auswirkungen begrenzt wurde, wenn die Gesamtfahrleistung nicht tangiert werden darf.

Die Rügen zur Bindefristverlängerung können dahinstehen, da die Bindefrist nach dieser Entscheidung obsolet ist.

Die Veränderung auf der Auftraggeberseite ist aufgrund einer gesetzlichen Regelung erfolgt und nicht der gewillkürten Veränderung vergleichbar. Der Antrag richtet sich nach wie vor gegen die Z. und ihren Rechtsnachfolger. Eine einen Schaden verursachende Rechtsverletzung für die Antragstellerin ist nicht erkennbar. Eine Rubrumsberichtigung war daher aus Sicht der Kammer nicht geboten.

Die Anträge der Antragstellerin auf Vorlage zum EuGH nach § 267 AEUV waren zurückzuweisen, da es darauf für die Entscheidung nicht ankam.

III. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 und 3 GWB.

Gem. § 128 Abs. 1 sind für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwands zu erheben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Dieser wiederum ergibt sich aus dem Angebot (brutto) der Antragstellerin.

Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von 2.500,00 € und eine Höchstgebühr von 50.000,00 € festgesetzt, wobei im Einzelfall bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung eine Erhöhung auf 100.000,00 € möglich ist. Die Tabelle des Bundeskartellamtes zur Gebührenhöhe in Abhängigkeit vom Ausschreibungswert, d.h. im Regelfall dem geschätzten Auftragswert bzw. dem strittigen Angebotspreis

endet bei einem Auftragsvolumen von 70 Mio. € und sieht dafür eine Gebühr von 50.000 € vor.

Die Kammer hält die Festsetzung einer Gebühr von xxxxxx-€ in Hinblick auf den mehrfach dreistelligen Millionenbetrag des Auftragswerts für angemessen.

Gem. § 128 Abs. 3 GWB hat der Beteiligte, der vor einer Vergabekammer unterliegt, die Kosten zu tragen. Mithin haben die Antragsgegner die Gebühr zu tragen. Ihre Vergabeabsicht an die Beigeladene zu 1) zu vergeben, ist nicht durchsetzbar.

Entsprechendes gilt grundsätzlich für die Kosten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB. Die Antragsgegner haben aus demselben Grunde die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

Die Kosten der Beigeladenen zu 1) sind nicht erstattungsfähig.

Nach § 128 Abs. 4 S. 2 GWB ist über die Aufwendungen der Beigeladenen unter Billigkeitserwägungen zu entscheiden. Wenn der öffentliche Auftraggeber jedoch unterliegt, scheidet eine Auferlegung der Aufwendungen der Beigeladenen auf ihn aus, weil Beigeladene und Auftraggeber das gleiche Ziel haben, nämlich die Beauftragung der Beigeladenen und daher beide unterlegen sind. Die Beigeladene trägt daher wie der Auftraggeber ihre Aufwendungen selbst (vgl. Vavra in Hattig-Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2. Aufl. Bundesanzeiger Verlag 2014, § 128 GWB, Rdnr. 28).

Die Kosten der Beigeladenen zu 2) sind mangels Antrags ebenfalls von ihr selbst zu tragen.

Bei der Beurteilung, ob die Auferlegung der Aufwendungen der Beigeladenen i. S. d. § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB der Billigkeit entspricht, ist maßgeblich, ob sich die Antragstellerin ausdrücklich in einem Interessengegensatz zur Beigeladenen befindet, und sich die Beigeladene aktiv und mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat.

Die Beigeladene zu 2) hat keine Anträge gestellt.

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 Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Hugenroth
(Vorsitzende)

Trottenburg
(hauptamtl. Mitglied)