

Leitsatz:

Droht bei Personenbeförderungsdienstleistungen der Primärrechtsschutz nicht aufgrund einer Direktvergabe nach Art 7 Abs. 2 bis 5 der Verordnung EG 1370/2007 in Frage gestellt zu werden und hat noch kein europaweites Vergabeverfahren begonnen, sondern wurde nur auf der Grundlage des Personenbeförderungsgesetzes eine Vorinformation veröffentlicht, ist der Antrag auf Nachprüfung nach dem GWB unzulässig.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte
.....
(Antragstellerin – ASt -)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt -)

Vergabeverfahren: ***Vorabbekanntmachung für öffentliche Dienstleistungsaufträge gem.
Art 7 Abs. 2 der Verordnung EG 1370/2007***

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 08.05.2018 durch den Vorsitzenden, die hauptamtliche Beisitzerin und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xxxx,- €
Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die Vergabestelle veröffentlichte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom xx.xx.xxxx eine Vorinformation für öffentliche Dienstleistungsaufträge. Auftragsgegenstand sind Personenbeförderungsdienstleistungen auf der Straße für die Verkehrsleistungen auf den xxxxxx-Linien xxx, xxx und xxx in Form einer Gesamtvergabe als Linienbündel. Unter VI.1) gab die Vergabestelle u.a. den Link bekannt, unter der die Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen werden konnten. Zudem wies die Vergabestelle unter VI.1) der Vorinformation darauf hin, dass Verkehrsunternehmer gemäß §§ 12 Abs. 6 Satz 1, 8a Abs. 2 Satz 2 Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach Veröffentlichung dieser Vorabbekanntmachung bei der zuständigen Genehmigungsbehörde einen Antrag auf Genehmigung einer sogenannten „eigenwirtschaftlichen“ Verkehrsleistung mit Kraftfahrzeugen im Linienverkehr beantragen können.

2.

Mit Schreiben vom 19.02.2018 rügte die Antragstellerin, dass die Vorabbekanntmachung inhaltlich vom geltenden neuen Nahverkehrsplan der Vergabestelle abweichen würde, weil die xxxxxx-Linien xxx und xxx verändert würden und eine neue xxxxxx-Linie xxx eingeführt werden solle.

Dadurch verstoße die Vorabbekanntmachung gegen § 8 Abs. 3 Satz 2 Personenbeförderungsgesetzes, Ziff. 1.3 des bayerischen Leitfadens für die Nahverkehrsplanung. Die Vergabestelle als Aufgabenträger unterliege zudem einer Selbstbindung und dürfe vom Nahverkehrsplan nicht abweichen (§ 8 Personenbeförderungsgesetz.)

3.

Mit Schreiben vom 07.03.2018 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen könne.

4.

Die Antragstellerin gab am 12.03.2018 eigenwirtschaftliche Anträge für das Linienbündel der xxxxxx-Linien xxx und xxx entsprechend dem im Nahverkehrsplans festgelegten Linienbündeln der Vergabestelle (siehe dort Nummer 9.2, Seite 74) bei der zuständigen Genehmigungsbehörde ab. Die in der Vorabbekanntmachung aufgeführte Linie xxx war

dagegen nicht Gegenstand des „eigenwirtschaftlichen“ Antrages bei der Genehmigungsbehörde.

5.

Mit Schriftsatz vom 22.03.2018 stellte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Nordbayern und beantragte:

1. *Die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 155 ff. GWB sowie die Antragsgegnerin unverzüglich über den Nachprüfungsantrag zu informieren*
2. *Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die im Supplement zum EU-Amtsblatt unter Az. xxxx/S xx-xxxxxx v. xx.xx.xxxx bekannt gemachte Vorabbekanntmachung zurückzunehmen, hilfsweise unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu ändern.*
3. *Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.*
4. *Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin.*

Darüber hinaus wurde Akteneinsicht in die dem Verfahren zugrunde liegenden Unterlagen des Antragsgegners beantragt

Zur Begründung trug die Antragstellerin vor, dass die Antragstellerin schon viele Jahre eigenwirtschaftliche Verkehrsdienstleistungen für die verfahrensgegenständlichen xxxxxx-Linien xxx und xxx erbringe. Die von der Vergabestelle veröffentlichte Vorabbekanntmachung weiche ohne ersichtlichen Grund erheblich vom aktuellen Nahverkehrsplan der Vergabestelle und dem Nahverkehrsplan xxxxxx aus dem Jahr xxxx ab. Die xxxxxx-Linien xxx und xxx würden erheblich von der Linienführung abweichen, die im Nahverkehrsplan zugrunde gelegt wurde. Es seien Haltestellen weggefallen, die zu einem großen Defizit im Vergleich zur Linienführung im Nahverkehrsplan führen würden. Zudem sei die in der Vorabbekanntmachung enthaltene xxxxxx-Linie xxx im aktuellen Nahverkehrsplan der Vergabestelle nicht zu finden. Außerdem gäbe es Abweichungen und Widersprüche in den Ausschreibungsunterlagen.

Die Antragstellerin sei in ihren Rechten verletzt, weil die Vergabestelle vom geltenden Nahverkehrsplan abweiche. Somit sei es für die Antragstellerin unmöglich, einen genehmigungsfähigen eigenwirtschaftlichen Antrag zu stellen. Auch ein eigenwirtschaftlicher Antrag entsprechend der Vorabbekanntmachung sei nicht genehmigungsfähig, da er nicht dem Nahverkehrsplan entsprechen würde. Die Genehmigungsbehörde müsste eine Linienverkehrs-

genehmigung gemäß § 13 Absatz 2a Satz 1 Personenbeförderungsgesetz versagen, denn sie darf sich nach allgemeiner Meinung nicht über den Nahverkehrsplan hinwegsetzen (Werner in: Barth u. A., Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, A4 Rn 116). Aufgrund dieser Überlegung und aus wirtschaftlichen Erwägungen habe die Antragstellerin sich entschieden, eigenwirtschaftliche Anträge auf der Grundlage der Nahverkehrsplanung der Vergabestelle zu stellen. Es bestehe aber das Risiko, dass die Genehmigungsbehörde diesen Antrag versagen müsse, weil dieser inhaltlich von der Vorabbekanntmachung abweichen würde (§ 13 Absatz 2a Satz 3 Personenbeförderungsgesetz). Aus diesem Grund habe die Antragstellerin die Vorabbekanntmachung angegriffen, um so die eigenwirtschaftlichen Anträge genehmigungsfähig zu machen. Es sei für die Antragstellerin unzumutbar abzuwarten, ob die Genehmigungsbehörde nach § 13 Absatz 2a Satz 4 ff. Personenbeförderungsgesetz eine für die Antragstellerin positive Entscheidung treffen würde. Die kurze Frist von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nummer 4 GWB zwingt die Antragstellerin zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, um die fehlerhafte Vorabbekanntmachung angreifen zu können. Die Vergabestelle würde mit dieser Vorabbekanntmachung den im Personenbeförderungsgesetz und der Verordnung (EG) 1370/2007 geltenden Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aushebeln. Die Vergabestelle verstoße mit ihrer Vorabbekanntmachung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, da sie unmöglich einzuhaltende Vorgaben machen würde.

Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung verpflichte die Vergabestelle, dass sie sich an den Nahverkehrsplan halten müsse, den sie selbst erstellt habe.

Selbst wenn die Antragstellerin am Vergabeverfahren teilnehmen würde und für den Zuschlag vorgesehen sei, könne die Genehmigungsbehörde den Antrag auf Linienverkehrsgenehmigung nicht positiv verbescheiden, weil die Anforderungen zwischen Nahverkehrsplan und Vorabbekanntmachung widersprüchlich seien.

6.

Mit Telefax vom 23.03.2018 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag an die Vergabestelle übermittelt.

7.

Mit Schriftsatz vom 05.04.2018 beantragte die Vergabestelle:

- 1. Die Anträge werden abgelehnt.*
- 2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.*

Zur Begründung trug die Vergabestelle vor, dass der in der Vorabbekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung EG 1370/2007 in Verbindung mit § 8a Abs. 2 Satz 2 Personenbeförderungsgesetz enthaltene Leistungsumfang der Linien xxx, xxx und xxx den Zielen des

Nahverkehrsplans der Vergabestelle entsprechen würde. Der Leistungsumfang der neugestalteten Linien xxx, xxx und xxx weiche natürlich vom bisherigen Bestand ab. Laut „Leitlinie zur Nahverkehrsplanung in Bayern“ sei zunächst eine Bestandsaufnahme und Schwachstellenanalyse erforderlich, um daran anknüpfend unter Berücksichtigung voraussichtlicher Entwicklungen Maßnahmen zu entwickeln. Dass diese Maßnahmen zur Erreichung der im Nahverkehrsplan definierten Ziele und zur Behebung von Defiziten vom bisherigen Bestand abweichen, liege in der Natur der Sache. Der Leistungsumfang der neugestalteten Linien xxx, xxx und xxx entspreche den Zielen, die die Vergabestelle hinsichtlich der Angebotsgestaltung für sich definiert habe. Mit der Neugestaltung der oben genannten Linien werde das ÖPNV-Angebot verbessert, eine bestmögliche Verknüpfung der öffentlichen Buslinien mit dem Schienenverkehr und anderen Buslinien erreicht, den Belangen der Fahrgäste entsprechen und das Bestreben fortgesetzt, bislang freigestellte Schülerverkehre in den ÖPNV zu integrieren. Durch die Verlängerung der Linie xxx nach xxxxxxx werde ein weiterer Verknüpfungspunkt zum Schienenverkehr geschaffen und damit ein Ziel des Nahverkehrsplans erfüllt. Dass dadurch zukünftig drei Fahrtenpaare auf der Linie xxx nicht mehr bis xxxxxx xxxxxx durchgefahren werden, verschlechtere das Verkehrsangebot in Relation nach xxxxxx nicht. Die beabsichtigten Bus-Fahrpläne seien so gestaltet, dass die Zugverbindungen zwischen xxxxxx und xxxxxx mit den Busverbindungen abgestimmt seien.

Die Buslinie xxx (von xxxxxx über xxxxxx nach xxxxxx) werde neu eingerichtet. Die xxxxxx habe empfohlen, hier eine Rufbuslinie anzubieten. Die Erfahrung habe aber gelehrt, dass die vorherige telefonische Fahrtbestellung von potentiellen Nutzern eher als Hindernis empfunden werde und sie von der Nutzung der Linie abhalten würde. Nachdem ohnehin Schüler von xxxxxx zu den weiterführenden Schulen nach xxxxxx befördert werden müssen, was gegenwärtig im freigestellten Schülerverkehr geschehe, habe es sich angeboten, den Schülerverkehr in die neu geschaffene Linie xxx zu integrieren. Im Sinne der Ziele des Nahverkehrsplans sei hier das Bestreben fortgesetzt worden, bislang freigestellte Schülerverkehre in den ÖPNV zu integrieren.

8.

Mit Schriftsatz vom 18.04.2018 vertiefte der Verfahrensbevollmächtigte sein Vorbringen aus dem Nachprüfungsantrag. Die Vergabestelle räume ein, dass die xxxxxx-Linien xxx, xxx und xxx vom Nahverkehrsplan abweichen würden. Sie sei aber daran gebunden, der Nahverkehrsplan werde in einem komplizierten Verfahren aufgestellt, in dem die Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen seien. Der Nahverkehrsplan führe zu einer Selbstbindung der Verwaltung. In der Vorabbekanntmachung seien Abweichungen vom Nahverkehrsplan auch aus kompetenzrechtlichen Gründen unzulässig. Der Nahverkehrsplan werde vom xxxxxx beschlossen. Die Abweichung vom Nahverkehrsplan in der Vorabbekanntmachung habe die

Verwaltung eigenmächtig entschieden. Sie sei aber gar nicht legitimiert von Nahverkehrsplan abzuweichen. So würde die Neueinführung der Linie xxx zu Mehrkosten führen, die vom xxx in keiner Weise beschlossen worden seien. Es handle sich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung. Sollte eine Fortschreibung des Nahverkehrsplanes vorliegen, so seien die Mitwirkungsrechte der Verkehrsunternehmen verletzt. Für die Genehmigungsbehörde sei die Bindungswirkung des Nahverkehrsplans ausdrücklich in § 8 Absatz 3a Personenbeförderungsgesetz geregelt.

Durch die Änderungen entsprechend der Vorabbekanntmachung werde der Nahverkehrsplan obsolet. Es könne nicht sein, dass ein Nahverkehrsplan am 11.xx.xxx in seiner Endversion verabschiedet werde und am 16.xx. der xxxxxx nicht bekannte Entwicklungen erkenne und entsprechend in die Vorabbekanntmachung einfließen lasse.

Der Wegfall der Haltestellen sei auch keine Verbesserung des ÖPNV Angebotes, wie die Vergabestelle behauptete. Aufgrund der zahlreichen Mängel der Vorabbekanntmachung müsse diese aufgehoben werden.

Angegriffen werde nicht die Linienbündelung als solche, sondern die Abweichung der Vorabbekanntmachung von den Vorgaben des Nahverkehrsplans (dort Seite 74, geplantes Linienbündel Nummer 5) sowie deren unmögliche Umsetzung aufgrund schwerer planerischer Mängel.

Zudem sei die Antragstellerin vor Erlass der Vorabbekanntmachung nicht gehört worden. Es habe nie eine formale Anhörung gegeben. Es gebe dazu weder eine Ladung noch ein Gesprächsprotokoll.

9.

Der Antragstellerin wurde am 20.04.2018 Akteneinsicht gewährt.

10.

Am 25.04.2018 hat der Vorsitzende die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB gemäß § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgrund besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten bis einschließlich 25.05.2018 verlängert.

11.

Mit Schreiben vom 04.05.2018 widersprach die Vergabestelle, dass die Verwaltung eigenmächtig die Linie xxx beschlossen habe. Vielmehr habe der xxx in seiner Sitzung vom xx.xx.xxxx eine solche Entscheidung getroffen. Die Vergabestelle sei auch nicht verpflichtet, die Vorabbekanntmachung aufgrund der von der Antragstellerin genannten Punkte anzupassen. Art. 7 Abs. 2 der Verordnung EG 1370/2007 sehe ausdrücklich vor, dass der Inhalt der

Vorabbekanntmachung nach deren Veröffentlichung berichtigt werden müsse, sofern nachträglich Fehler an der Vorabbekanntmachung festgestellt werden sollten.

Der Antragstellerin wäre es im vorliegenden Fall problemlos möglich gewesen, auf Grundlage der Vorabbekanntmachung eigenwirtschaftliche Anträge zu stellen. Im Übrigen sei der Inhalt der Vorabbekanntmachung ausreichend.

12.

Am 08.05.2018 hat die Vergabekammer ohne Verhandlung nach Lage der Akten entschieden.

Begründung:

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, weil ein Vergabeverfahren gemäß Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Vorinformation vom xx.xx.xxxx (noch) nicht eingeleitet wurde. Nachdem das Vergabeverfahren noch nicht eingeleitet wurde, kann die Antragstellerin sich auch nicht darauf berufen, dass gemäß § 97 Abs. 6 GWB Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten worden seien und sie in ihren Rechten verletzt wäre.

Die verfahrensgegenständliche Vorinformation vom xx.xx.xxxx nach Art 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 musste von der Vergabestelle veröffentlicht werden, weil sie gem. § 8a Abs. 2 1.Halbsatz PBefG zur Veröffentlichung verpflichtet ist. Diese Bestimmung (§ 8a Abs. 2 1.Halbsatz PBefG) gewährleistet, dass auch in den Fällen eine Frist für die Beantragung eigenwirtschaftlicher Verkehre gem. § 12 Abs. 6 PBefG zu laufen beginnt, wenn ein Vergabeverfahren nach Teil 4 des GWB durchgeführt werden soll. *„Die Veröffentlichungspflicht gilt unionsrechtlich nicht für Vergaben nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz, Stand Sep. 2017, § 8a ,Rn. 11).* Im verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag plant die Vergabestelle die Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens nach den Vorschriften des GWB.

Somit ist die Veröffentlichungspflicht für die verfahrensgegenständliche Vorinformation nur im Personenbeförderungsgesetz festgelegt. Vergaberechtlich nach dem Teil 4 GWB bestand in diesem Fall für die Vergabestelle keine Pflicht, eine Vorinformation zu veröffentlichen und somit stellt die Vorinformation auch nicht den Beginn eines europaweiten Vergabeverfahrens

dar, das auch Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein kann (siehe auch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bzw. § 8a Abs. 7 PBefG)

Das Oberlandesgericht München entschied mit Beschluss vom 22.06.2011 – Az.:Verg 6/11, dass „eine reine Vorinformation grundsätzlich noch kein Beginn eines Ausschreibungsverfahrens ist, weil nur eine geplante Ausschreibung angekündigt wird (OLG München, B. v. 12.11.2010 – Az.: Verg 21/10)“. Es führt aber darüber hinaus weiter an, dass im dort zu entscheidenden Vergabenachprüfungsverfahren, in dem es um die Rechtmäßigkeit einer Direktvergabe ging, die Verordnung 1370/2007 die Veröffentlichung der Vergabe ein Jahr zuvor vorsieht, weshalb die europaweite Bekanntmachung als erster Schritt des Ausschreibungsverfahrens anzusehen und letztlich Teil der Vergabehandlung selbst (OLG Düsseldorf, B. v. 3.3.2011 – Az.: Verg 48/10) sei (Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 23. November 2016 – Z3-3-3194-1-20-03/15 –, Rn. 98, juris)

Die Antragstellerin trägt vor, dass die Vorabbekanntmachung notwendiger Bestandteil des Vergabeverfahrens sei und deshalb im Nachprüfungsverfahren angreifbar sei und zitiert hier das OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.11.2015 - 11 Verg 8/15; OLG München, Beschluss vom 22.06.2011 - Vergabe 6/11; VK Südbayern, Beschluss vom 15.10.2015 – Z3-3 - 3194 - 1 - 37 - 06/15. Diesen von der Antragstellerin zitierten Entscheidungen liegen immer andere Sachverhalte zugrunde, nämlich dass eine Direktvergabe nach Art 5 Absätze. 2, 4, und 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 drohte. Bei diesen Entscheidungen haben die Nachprüfungsinstanzen in analoger Anwendung des § 102 GWB a.F. Rechtsschutz gewährt. Im verfahrensgegenständlichen Verfahren droht dagegen keine Direktvergabe, sondern die Vergabestelle hat sich verpflichtet, ein europaweites Vergabeverfahren nach § 15 VgV durchzuführen, wenn kein Antrag auf eigenwirtschaftlichen Verkehr genehmigt wird.

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ist der Primärrechtsschutz nicht aufgrund einer Direktvergabe nach Art 7 Abs. 2 bis 5 der Verordnung EG 1370/2007 in Frage gestellt.

Nachdem – wie dargelegt – noch kein europaweites Vergabeverfahren begonnen hat, sondern nur auf der Grundlage des Personenbeförderungsgesetzes die Vorinformation veröffentlicht wurde, ist der Antrag auf Nachprüfung unzulässig.

Gemäß § 166 Abs. 1 S. 3 2. Alt. GWB konnte ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten entschieden werden.

2. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VSt zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 S. 1 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.
- c) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Da das Vergabeverfahren noch nicht eingeleitet wurde, konnte die Vergabekammer zur Berechnung der Verfahrenskosten einen Angebotspreis der Antragstellerin nicht heranziehen. Die Vergabekammer ist zur Berechnung der Verfahrenskosten daher von den durch die VSt geschätzten Kosten ausgegangen. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert von xxx.000,- € für 12 Monate geht die Vergabekammer gem. § 3 Abs. 11 Nr. 2 VgV von x.xxx.000,- € aus. Unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.
- d) Da das Verfahren keine Beiladung erforderte, die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erging und lediglich über die Zulässigkeit des Antrages entschieden wurde, ermäßigt sich die Gebühr auf x.xxx,- €.
- e) Die Gebühr wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von x.xxx,- € verrechnet.
Der überschüssige Betrag Höhe von xxx,- € wird der ASt nach Bestandskraft des Beschlusses zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....