

Leitsätze:

1. Gem. § 8a Abs. 7 PBefG ist das GWB Teil 4 Kapitel 2 auch einschlägig für die Überprüfung der Direktvergaben nach Art 5 Abs. 2-5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.
2. Nach Art 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge, die entweder einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 1 Million € oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 km aufweisen, direkt zu vergeben.  
Die Möglichkeit der Direktvergabe in diesem Sinne ist nur eröffnet, wenn es sich um eine Dienstleistungskonzession handelt (OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 10.11.2015 – 11 Verg 8/15). Die Möglichkeit der Direktvergabe besteht hingegen nicht, sofern der öffentliche Auftraggeber einen entgeltlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB abschließen möchte.
3. Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die sich von Dienstleistungsaufträgen nur dadurch unterscheiden, dass der Konzessionär das zeitweilige Recht zur Nutzung der ihm übertragenen Dienstleistung enthält und gegebenenfalls die zusätzliche Zahlung eines Preises vorgesehen ist. Der Begriff der Zuzahlung eines Preises ist unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten weit zu verstehen; es kommt lediglich darauf an, dass der Konzessionär zusätzlich zum Verwertungsrecht geldwerte Zuwendungen erhält. Maßgeblich für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ist, ob der Auftragnehmer das Betriebsrisiko vollständig oder zumindest einen wesentlichen Teil davon trägt. Dies ist bei sogenannten Nettoverträgen der Fall, die eine Übernahme des Einnahmen- und Kostenrisikos durch das Verkehrsunternehmen beinhalten. Abzugrenzen sind davon sogenannte Bruttoverträge, bei welchen das Verkehrsunternehmen kein wirtschaftliches Betriebsrisiko trägt.
4. Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei der hierfür erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände sind insbesondere die in Bezug auf den Vertragsgegenstand herrschenden Marktbedingungen und die vertraglichen Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen.

**Antragstellerin:** ...  
( **Antragstellerin - ASt** )  
**Bevollmächtigte:**  
.....

**Vergabestelle:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( **Vergabestelle - VSt** )

**Beigeladene:** .....  
**Vertreten durch:**  
.....  
( **Beigeladene - BGI** )

**Vorhaben:** *Betrieb des Linienverkehrs auf der .....-Linie .....*  
*Betrieb des Linienverkehrs auf der .....-Linie .....*  
*Direktvergabe nach Art 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 06.02.2020 durch den Vorsitzenden ....., die hauptamtliche Beisitzerin ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle und die Beigeladene war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

**S a c h v e r h a l t :**

1.

Die VSt hat mit EU-weiter Vorabinformation ohne Aufruf zum Wettbewerb vom xx.xxx.xxxx die Direktvergabe nach Art 5 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 für den Betrieb des Linienverkehrs ..... bekannt gegeben.

In den damaligen Vergabeunterlagen befand sich ein nicht ausgefüllter Vertragsentwurf zwischen der Vergabestelle und der BGI.

Weiterhin befand sich in den Vergabeunterlagen eine Übersicht der BGI, wieviel Zuschuss sie für die beiden Linien für das Jahr 2020 bis zum Jahr 2029 jeweils jährlich an Zuschuss bedarf.

Weiterhin befand sich in den Vergabeunterlagen eine Übersicht der BGI zu den beiden Linien betreffend die Berechnung des finanziellen Nettoeffekts und der Ausgleichsleistungen für 2020. In dieser Übersicht waren die Gesamtkosten der jeweiligen Linien aufgeschlüsselt nach Fahrzeugkosten, Treibstoffkosten, Personalkosten und Sonstige Kosten.

Die Gesamteinnahmen waren aufgeschlüsselt nach Fahrgeldeinnahmen, Erstattung nach § 148 SGB IX und Ausgleich nach § 45a PBefG. Hieraus war ein finanzieller Nettoeffekt errechnet und eine Ausgleichsleistung.

Nach einer Rüge der beabsichtigten Direktvergabe stellte die Antragstellerin am 5.3.2019 einen Nachprüfungsantrag und beantragte dem Antragsgegner zu untersagen, bezüglich der Linien xxx und xxx einen Auftrag direkt zu erteilen, insbesondere ohne zuvor mit mehreren Anbietern ein Wettbewerbsverfahren durchgeführt zu haben.

## **2.**

Mit Beschluss vom 04.06.2019 (Az.RMF-SG21-3194-4-13) lehnte die Vergabekammer Nordbayern den Antrag der Antragstellerin vom 5.3.2019 ab.

Hiergegen legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde vor dem Oberlandesgericht München ein.

## **3.**

Mit Beschluss vom 14.10.2019 (Az.Verg 16/19) stellte das OLG München fest:

- I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 4.6.2019 (Az.RMF-SG21-3194-4-13) in den Ziffern 1. bis 3. aufgehoben.
- II. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung der Vorinformation über die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO (EG) Nummer 1370/2007 für den Betrieb des Linienverkehrs auf den ... Linien ... und ... zurückzusetzen und bei erneuter Durchführung die Rechtsauffassung des Vergabesenats zu berücksichtigen.  
Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen.

- III. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens nach § 173 GWB tragen die Antragstellerin zu 1/4 und der Antragsgegner und die Beigeladene zu je 3/8.
- Die Antragstellerin trägt die notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der beigeladenen im Beschwerdeverfahren zu 1/4.
- Der Antragsgegner und Beigeladene tragen die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren zu je 3/4.
- Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen die Antragstellerin zu 1/4 und der Antragsgegner zu 3/4. Die Antragstellerin trägt von den notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners vor der Vergabekammer 1/4. Der Antragsgegner trägt von den notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin vor der Vergabekammer 3/4.
- Im Übrigen tragen die Verfahrensbeteiligten ihre notwendigen Aufwendungen selbst.
- IV. Der Streit wird es Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu xx.xxx € festgesetzt.

Zur Begründung führte das OLG München aus, dass die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Antragsgegners zur Direktvergabe aufgrund der Dokumentation in der Vergabeakte nicht nachvollzogen werden kann. Es obliege der Vergabestelle, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht zu prüfen und zu dokumentieren, ob eine Direktvergabe vorgenommen werden kann und soll. Eine rechtmäßige Direktvergabe erscheine nicht von vornherein ausgeschlossen.

Vorliegend liege kein Fall einer zulässigen Nachholung einer versäumten Dokumentation vor. Unterschwellenvergaben seien durch § 8 Abs. 3 PBefG unter den Voraussetzungen des Art. 5 Absatz 4 VO (EG) Nummer 1370/2007 ausdrücklich erlaubt. Es handle sich hierbei um die Fälle der Dienstleistungskonzessionen.

Den öffentlichen Auftraggeber treffe mit der Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nummer 1370/2007 eine Dokumentationspflicht, welche sich auf die Gründe für die Entscheidung, die streitgegenständlichen Leistungen direkt zu vergeben, erstreckt. Aus den Gründen müsse sich ergeben, aus welchen konkreten Erwägungen heraus nach Auffassung der Behörde die Voraussetzungen für die beabsichtigte Direktvergabe vorliegen. Nur so werde der interessierte Bieter in die Lage versetzt, die Rechtmäßigkeit des angekündigten Verhaltens

überprüfen zu können. Die Begründung müsse eine argumentative Tiefe aufweisen, die objektiv nachvollziehbare Angaben enthält. Die zuständige Behörde müsse sich ihrer Entscheidungsfreiheit laut Dokumentation bewusst gewesen sein.

Es seien belastbare Angaben zur Übernahme des Betriebsrisikos durch den Dienstleistungsunternehmer erforderlich. Das Betriebsrisiko gelte als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übertragenen Risikos umfasse es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, sodass potentielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind. Ein Risiko der Gewinnschmälerung oder eines Gewinnausfalls an sich sei nicht ausreichend. Genauso sei ein etwaiges Kalkulationsrisiko auf der Kostenseite nicht ausreichend, da dies bei jeder Vergabe immanent ist.

Vorliegend liege nur ein Mustervertragsentwurf vor, dem sich lediglich entnehmen lasse, dass linienbezogen eine Ausgleichszahlung in Höhe von "XYZ p. a." zu zahlen ist oder eine Gesamtsumme für alle Linien genannt werden soll. Der Mustervertrag sehe weiterhin eine Erhöhung nach einem Kostenindex vor. In dem Vertragsentwurf werde nicht auf eine konkrete Aufstellung fester Geldbeträge Bezug genommen. Es sei somit unklar, von welchen Vertragskonditionen der Antragsgegner bei seiner Entscheidung zur Direktvergabe ausging.

Aus der Vergabeakte sei weiterhin unklar, ob bzw. aus welchen Gründen die insgesamt sieben Linien, die an die Beigeladene vergeben werden sollen, unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung der Schwellenwerte in mehrere Bagatelle-Vergaben aufgeteilt werden dürfen.

Aus der Vergabeakte sei weiterhin unklar, ob die Antragsgegnerin ihre Entscheidungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 4 Unterabsatz 1 Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 pflichtgemäß und rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Die Entscheidung müsse in ihrem Ermessen auf der richtigen Tatsachengrundlage und ohne unsachgemäße Erwägungen getroffen worden sein.

Es obliege im weiteren der Vergabestelle, die Voraussetzungen der Direktvergabe zu prüfen und zu entscheiden, ob sie gegebenenfalls diese Möglichkeit nutzen will.

#### **4.**

Die Vergabestelle veröffentlichte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom xx.xx.xxxx zwei Vorinformationen nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007. Hierbei handelt es sich zum einen um die Vorinformation xxxxx zur beabsichtigten Direktvergabe

eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags für den Betrieb des Linienverkehrs auf der xxx-Linie xxx. Der Vertrag soll am xx.xx.xxxx beginnen und eine Laufzeit von 108 Monaten haben. Zum anderen handelt es sich um die Vorinformation xxxxx zur beabsichtigten Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags für den Betrieb des Linienverkehrs auf der xxx-Linie xxx. Der Vertrag soll am xx.xx.xxxx beginnen und eine Laufzeit von 108 Monaten haben.

## 5.

In der Vergabeakte befindet sich ein Vergabevermerk „Vergabe der xxx-Linien xxx und xxx“ datiert 15.11.2019.

Hierin dokumentiert die Vergabestelle, dass beide xxx-Linien xxx und xxx die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen. Bei der xxx-Linie xxx betrage das Verhältnis der Ausgleichsleistung zum Auftragswert (Gesamtkosten+ Gewinn) xx,x %. Bei der xxx-Linie xxx betrage das Verhältnis der Ausgleichsleistung zum Auftragswert (Gesamtkosten + Gewinn) xx,x %. Somit trage der Betreiber bei beiden xxx-Linien das überwiegende Betriebsrisiko. Dem stehe auch nicht entgegen, dass beide Linien zu einem großen Teil der Schülerbeförderung dienen. Erstens würden nicht alle Schülerzeitkarten von Schulaufwandsträgern finanziert. Schülerzeitkarten würden auch von Selbstzahlern erworben, welche die Anspruchsvoraussetzungen für die Kostenfreiheit des Schulwegs aus unterschiedlichen Gründen nicht erfüllen. Die Preisentwicklung der Schülerzeitkarten sei nicht von vornherein fixiert und könne auch nicht vom Betreiber beeinflusst werden, sondern unterliege der Entwicklung des xxx-Tarifs. Zudem seien die Schülerzahlen rückläufig und nicht kalkulierbar.

Weiterhin dokumentiert die Vergabestelle, dass die xxx-Linien kein Netz bilden, für das das Aufteilungsverbot anwendbar wäre. Weder seien die Fahrpläne mit den anderen Linien abgestimmt, noch gebe es Fahrgäste, welche auf andere Linienverkehre umsteigen.

Die Vergabestelle dokumentiert, dass der angebotene Preis für die Regionen angemessener und marktgerechter Preis ist. Bei einer wettbewerblichen Vergabe der Verkehrsleistungen wäre nicht mit wesentlich niedrigeren Angebotspreisen zu rechnen.

Die von der Vergabestelle bei einem wettbewerblichen Vergabeverfahren möglicherweise zu erzielende Wettbewerbsrendite fiel niedriger aus als die Transaktionskosten. Ein wettbewerbliches Vergabeverfahren würde gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit und somit gegen einen Haushaltsgrundsatz verstoßen.

Im Rahmen der Ermessenserwägungen werde dem langjährigen Betreiber des Verkehrs zudem ein gewisser Bestandsschutz eingeräumt.

Der von der Beigeladenen bezifferte Gewinn sei angemessen.

Die vertraglich vorgesehene Kostenfortschreibung reduziere nicht das Risiko des Betreibers. Ein Betriebsrisiko könne sich nicht nur auf der Kostenseite verwirklichen, sondern auch auf

der Einnahmeseite. Bei den für die xxx-Linien xxx und xxx jeweils vorgesehenen Ausgleichsleistungen handle es sich um einen Festbetrag. Rückgänge der Stückzahlen der verkauften Schülerzeitfahrausweise würden von der Vergabestelle nicht ausgeglichen.

In der Vergabeakte befindet sich darüber hinaus ein Mustervertrag mit der Beigeladenen und zwei Übersichten „Berechnung des finanziellen Nettoeffekt und der Ausgleichsleistung“ für die xxx-Linie xxx und für die xxx-Linie xxx. In einem Anschreiben vom 20.6.2018 an die Vergabestelle legt die Beigeladene die jährliche Dynamisierung der Zuschüsse fest. Weiterhin befindet sich in den Vergabeunterlagen eine Übersicht der Beigeladenen, wieviel sie für die beiden Linien für das Jahr xxxx bis zum Jahr xxxx jeweils jährlich an Zuschuss bedarf.

**6.**

Mit Schreiben vom 29.11.2019 rügte die Antragstellerin, dass die veröffentlichten Vorinformationen nicht den inhaltlichen Anforderungen genügen, die das Oberlandesgericht München aufgestellt hat. Die beabsichtigten Direktvergaben seien rechtswidrig und müssten unterbleiben.

**7.**

Mit Schreiben vom 2.12.2019 wies die Vergabestelle die Rüge zurück.

**8.**

Am 12.12.2019 hat die ASt Nachprüfungsantrag gestellt und beantragt:

1. *Dem Antragsgegner zu untersagen,*
  - a) *einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag über den Betrieb des Linienverkehrs auf der xxx-Linie xxx entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom xxxxx veröffentlichten Vorinformationen xxxxx direkt nach Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 zu vergeben;*
  - b) *einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag über dem Betrieb des Linienverkehrs auf der xxx-Linie xxxx entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom xxxxx veröffentlichten Vorinformationen xxxxx direkt nach Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 zu vergeben;*
2. *die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.*

*Außerdem wird beantragt, der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakte zu gewähren.*

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Die beabsichtigte Direktvergabe sei rechtswidrig und verletze die Antragstellerin in ihren Rechten. Die Vorinformationen enthielten nicht alle Informationen, die die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Direktvergaben erlauben. Das Oberlandesgericht München habe in seinem Beschluss ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bereits die Vorinformation eine argumentative Tiefe aufweisen muss, die objektiv nachvollziehbare Angaben enthält, aus denen auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Direktvergabe geschlossen werden kann. Diesen Anforderungen würden die beiden Vorinformationen nicht genügen. Es lasse sich den Angaben nicht entnehmen, ob es sich bei den zu vergebenden Leistungen nicht doch um öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne des Vergaberechts handelt. Die Beweislast dafür, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 erfüllt sind, trage die Vergabestelle. Die Norm gestatte zudem nur Direktvergaben an kleine und mittlere Unternehmen.

Eine Direktvergabe könne zudem nach nationalem Recht untersagt sein. Die ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung der Vergabestelle müsse Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG wahren.

## **9.**

Der Nachprüfungsantrag ist der VSt am 13.12.2019 übersandt worden mit der Aufforderung, die Vergabeunterlagen zu übersenden.

## **10.**

Die VSt hat die Vergabeakte vorgelegt und lässt ihren Bevollmächtigten am 20.12.2020 beantragen:

*den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.*

Der Antrag sei zulässig, aber unbegründet.

Die Antragstellerin verwechsle die Vorinformation und die Dokumentation.

Die Vergabestelle habe der Antragstellerin den Vergabevermerk vom 15.11.2019 überlassen. Diesem lasse sich entnehmen, dass sämtliche Voraussetzungen für die Direktvergabe

eines kleinen Auftrags gemäß Art. 5 Abs. 4 Unterabsatz 1 VO (EG) Nummer 13./2007 gegeben sind, wie der Antragsgegner sein Ermessen betätigt hat, und wie er die Marktgerechtigkeit und Angemessenheit der Ausgleichsleistungen für die xxx-Linien xxx und xxx ermittelt. Die Berechnungen der finanziellen Nettoeffekte der Beigeladenen auf den beiden xxx-Linien befänden sich bei der Vergabeakte. Gemäß ebenfalls in der Vergabeakte befindlichen Vertragsentwurf werden beim finanziellen Nettoeffekt nur die Kosten dynamisiert. Das Einnahmenrisiko trage der Betreiber in voller Höhe.

Das OLG München habe bestätigt, dass eine Direktvergabe nicht nur an kleine und mittlere Unternehmen in Betracht kommt.

Aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG folge kein nationalrechtliches Verbot der Direktvergabe von Kleinaufträgen. Sowohl Art. 5 Abs. 4 VO (EG) Nummer 1370/2007 als auch § 8a PBefG stellten eine gesetzliche Regelung dar, welche gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG eine Berufsausübungsregelung aufgrund eines Gesetzes ist.

Schließlich habe der Antragsteller die Möglichkeit, ein gemeinwirtschaftliches Angebot für den Betrieb der xxx-Linien abzugeben. Eine Interessenbekundung führe nicht dazu, dass aus der geplanten Direktvergabe ein wettbewerbliches Vergabeverfahren wird.

#### **11.**

Die Vergabekammer hat die Frist des § 167 Absatz 1 Satz 1 GWB zuletzt bis einschließlich 17.2.2020 verlängert.

#### **12.**

Am 23.12.2019 hat die Vergabekammer die Firma xxxxx zum Verfahren beigeladen.

#### **13.**

Mit Schreiben vom 14.1.2020 teilte die Antragstellerin mit, dass der europäische Gerichtshof ausdrücklich transparente Angaben in der Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 gefordert hat.

#### **14.**

Mit Schreiben vom 16.1.2020 beantragte die Beigeladene

1. *den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,*
2. *der Beigeladenen Akteneinsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 2 GWB zu gewähren,*
3. *die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären,*

4. *der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen.*

Die Vorinformation durch die Vergabestelle sei rechtmäßig erfolgt.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, soweit sich die Antragstellerin auf eine Verletzung der Informationspflicht nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nummer 1370/2007 beruft. Insoweit fehle ihr die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Durch einen Verstoß gegen die Informationspflicht drohe der Antragstellerin kein Schaden. Die Informationspflicht diene dazu, einen Antrag auf Teilnahme am Vergabeverfahren zu stellen oder ein Initiativangebot einzureichen.

Die Antragstellerin habe gerade kein Angebot eingereicht.

Der Antrag sei auch unbegründet.

Die Vorinformation enthalte alle zu veröffentlichenden Angaben gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nummer 1370/2007. Dies seien Name und Anschrift der zuständigen Behörde, die Art des geplanten Vergabeverfahrens, die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete, und der geplante Beginn und die geplante Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrages. Weitere Angaben müsse der Auftraggeber nicht veröffentlichen. Die Begründung, dass die Voraussetzungen einer Direktvergabe vorliegen, seien Gegenstand der Vergabedokumentation, nicht Gegenstand der Vorinformation.

Ein Verstoß gegen Grundrechte liege nicht vor. Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht tangiert. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber berühre nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers. Dies habe das Bundesverfassungsgericht entschieden. Auch Art. 3 Abs. 1 GG begründe keinen Anspruch eines Bieters, einen Auftrag in einem Vergabeverfahren zu erlangen. Eine Benachteiligung der Antragstellerin sei weder dargelegt worden noch ersichtlich.

#### **15.**

Unter Wahrung des Geheimschutzes nach § 165 GWB hat die Vergabekammer der ASt am 16.1.2020 Kopien aus der Vergabeakte übersandt.

#### **16.**

Unter Wahrung des Geheimschutzes nach § 165 GWB hat die Vergabekammer der BGI am 16.1.2020 Kopien aus der Vergabeakte übersandt.

**17.**

Mit Schreiben vom 22.1.2020 teilte die Antragstellerin mit, dass es für sie aus der veröffentlichten Vorinformation nicht erkennbar war, ob es sich bei den Aufträgen um Dienstleistungskonzessionen oder um öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Vergaberichtlinien handelt. Schon deshalb sei der Nachprüfungsantrag begründet. Hierzu beruft sie sich auf die Entscheidung des EuGH vom 24.10.2019 (C 515/18).

Die Vergabestelle sei ihrer Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nicht nachgekommen. Die Behauptungen aus dem Vergabevermerk hinsichtlich des Verhältnisses der Ausgleichsleistungen zum Auftragswert sei von der Vergabestelle nicht nachgewiesen worden.

Nach der BGH-Rechtsprechung (Urteil vom 8. Februar 2011-X ZB 4/10) würden Ausgleichszahlungen des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession regelmäßig ausschließen.

Wenn nicht sicher abgegrenzt werden könne, ob es sich im Einzelfall um einen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt, ist im Zweifel von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.12.2015-VII- Verg 34/15).

Auch das OLG München gehe in seiner bisherigen Rechtsprechung davon aus (Beschluss vom 21.5.2008-Verg 5/08), dass umfangreiche finanzielle Ausgleichsleistungen des Antragsgegners zur Folge hätten, dass das wesentliche Betriebsrisiko nicht bei dem Empfänger der Ausgleichsleistungen liegt, sondern beim Antragsgegner.

**18.**

Mit Schreiben vom 21.1.2020 und 23.1.2020 teilten die Parteien mit, dass Sie mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden sind.

**19.**

Mit Schreiben vom 27.1. 2020 teilte die Vergabestelle mit, dass die Entscheidung des EuGH vom 24.10.2019 (a.a.o.) nicht vollständig wiedergegeben sei. Auch der EuGH verlange nicht, dass sich die Gründe für die Wahl des Direktvergabeverfahrens bereits aus der veröffentlichten Vorinformation ergeben müssen. Die Entscheidung des OLG München vom 21.5.2008 (a.a.o.) sei durch die Entscheidungen aus dem Jahre 2011 überholt.

**20.**

Auf die Schreiben der Beigeladenen vom 29.1.2020 und der Antragstellerin vom 5.2.2020 wird verwiesen.

**21.**

Die Vergabekammer hat am 6.2.2019 ohne mündliche Verhandlung entschieden.

**Begründung:**

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**a)**

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

Das GWB ist sowohl bei Dienstleistungsaufträgen im Sinne von § 103 Abs.1 und Abs. 4 GWB als auch bei Direktvergaben nach Art 5 Abs. 2-5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anwendbar.

Gem. § 8a Abs. 7 PBefG ist das GWB Teil 4 Kapitel 2 auch einschlägig für die Überprüfung der Direktvergaben nach Art 5 Abs. 2-5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

**b)**

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

**c)**

Der Schwellenwert ist bei beiden Linien überschritten (§ 106 GWB).

Für den Zeitraum von 48 Monaten (gem. § 3 Abs. 11 VGV) überschreitet die in den Vergabeakten angegebene Gesamtvergütung für die beiden Linien jeweils den Schwellenwert von 221.000 EUR.

**d)**

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie hat vorgetragen, dass sie ein Interesse an der Durchführung der beiden Linien hat. Sie macht geltend, dass ihr durch die beabsichtigte Direktvergabe der beiden Linien ohne Wettbewerb ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft. Die Antragstellerin hat sich an die Vergabestelle gewandt und somit ihr Interesse an der Durchführung der beiden Linien ausreichend bekundet.

**e)**

Eine Rüge ist entbehrlich gem. § 160 Abs. 3 Satz 2, § 135 Abs. 1 Nummer 2 GWB.

**g)**

Die Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB ist gewahrt.

**h)**

Der Auftrag wurde noch nicht vergeben.

**2.**

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Das Begehren der Antragstellerin ist die Untersagung der Direktvergabe der xxx-Linien xxx und xxx, insbesondere ohne zuvor mit mehreren Anbietern ein Wettbewerbsverfahren durchgeführt zu haben.

Es handelt sich bei den zu vergebenden Linien xxx und xxx um Direktvergaben i.S.d. Art 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Eine Untersagung der Direktvergabe scheidet somit aus. Die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten verletzt.

**a)**

Die Vorinformation ist nicht zu beanstanden und führt per se nicht zu einer Untersagung einer Direktvergabe. Sie entspricht den Vorgaben des Art 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007. Eine Rechtsverletzung ist aus der Vorinformation nicht zu erkennen.

**b)**

Nach Art 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge, die entweder einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 1 Million € oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 km aufweisen, direkt zu vergeben.

Die Möglichkeit der Direktvergabe in diesem Sinne ist nur eröffnet, wenn es sich um eine Dienstleistungskonzession handelt (OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 10.11.2015 – 11 Verg 8/15). Die Möglichkeit der Direktvergabe besteht hingegen nicht, sofern der öffentliche Auftraggeber einen entgeltlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB abschließen möchte.

Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die sich von Dienstleistungsaufträgen nur dadurch unterscheiden, dass der Konzessionär das zeitweilige Recht zur Nutzung der ihm

übertragenen Dienstleistung enthält und gegebenenfalls die zusätzliche Zahlung eines Preises vorgesehen ist. Der Begriff der Zuzahlung eines Preises ist unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten weit zu verstehen; es kommt lediglich darauf an, dass der Konzessionär zusätzlich zum Verwertungsrecht geldwerte Zuwendungen erhält (BGH, 8.2.2011-X ZB 4/10).

Maßgeblich für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ist, ob der Auftragnehmer das Betriebsrisiko vollständig oder zumindest einen wesentlichen Teil davon trägt. Dies ist bei sogenannten Nettoverträgen der Fall, die eine Übernahme des Einnahmen- und Kostenrisikos durch das Verkehrsunternehmen beinhalten. Abzugrenzen sind davon sogenannte Bruttoverträge, bei welchen das Verkehrsunternehmen kein wirtschaftliches Betriebsrisiko trägt (OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 10.11.2015 – 11 Verg 8/15).

Ein Bruttovertrag liegt vor, wenn dem Verkehrsunternehmen (insgesamt) ein fester Geldbetrag zur Verfügung gestellt wird oder aber der Auftraggeber dem Verkehrsunternehmen (bei Überlassung der Fahrgeldeinnahmen an diesen) zusagt, etwaige Differenzen zu einer bestimmten Summe zu erstatten (OLG Frankfurt a.M. - a.a.O.).

Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei der hierfür erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände sind insbesondere die in Bezug auf den Vertragsgegenstand herrschenden Marktbedingungen und die vertraglichen Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen (BGH, 8.2.2011-X ZB 4/10).

Eine Dienstleistungskonzession liegt jedenfalls nicht vor, wenn die zusätzliche Vergütung oder Entschädigung ein solches Gewicht hat, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann, sondern sich darin zeigt, dass die aus der Erbringung der Dienstleistung möglichen Einkünfte allein ein Entgelt darstellen würden, dass weitab von einer äquivalenten Gegenleistung läge (BGH, 8.2.2011-X ZB 4/10).

Zwar wird in der Rechtsprechung als ein geeignetes Abgrenzungskriterium zwischen Dienstleistung oder Dienstleistungskonzession die Höhe des Anteils der Ausgleichszahlung bzw. des Zuschusses an den prognostizierten Gesamtkosten angesehen (OLG München, Beschluss vom 21.5.2008-Verg 5/08). Eine festgelegte rechnerische Quote besteht hingegen nicht (BGH, 8.2.2011-X ZB 4/10).

Es muss ein nicht ausgeschlossenes Risiko bestehen, dass die investierten Kosten einschließlich der Betriebskosten nicht verdient werden und dadurch die Konzession auch mit Verlust abgeschlossen wird. Ein Risiko der Gewinnschmälerung oder eines Gewinnausfalls an sich ist nicht ausreichend. Genauso ist ein etwaiges Kalkulationsrisiko auf der Kostenseite nicht ausreichend (OLG München, B. v. 14.10.2019 – Verg 16/19).

**c)**

Die Vergabestelle hat durch den Vergabevermerk vom 15.11.2019 eine Dokumentation erstellt, die den Anforderungen des Oberlandesgerichts München aus dem Beschluss vom 14.10.2019 genügt und eine Rechtmäßigkeit der Direktvergaben der beiden xxx-Linien begründen kann.

Das OLG München hat in seiner Entscheidung vom 14.10.2019 (Az. Verg 16/19) hinsichtlich der Dokumentation durch die Vergabestelle bemängelt, dass vorliegend aus der Vergabeakte nicht ersichtlich war, ob die Antragsgegnerin ihre Entscheidungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 4 Unterabsatz 1 VO (EG) Nummer 1370/2007 pflichtgemäß und rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Die Entscheidung müsse in ihrem Ermessen auf der richtigen Tatsachengrundlage ohne unsachgemäße Erwägungen getroffen werden. Diesbezüglich müsse sich die Vergabestelle ihre Entscheidungsfreiheit zunächst bewusst gewesen sein und dies auch dokumentiert haben.

In dem Vergabevermerk vom 15.11.2019 hat die Vergabestelle dokumentiert, von welchen konkreten Erwägungen sie bei ihrer Entscheidung zur Direktvergabe ausgegangen ist.

Der Vergabevermerk beziffert die Ausgleichsleistung im Verhältnis zum Auftragswert (Gesamtkosten und Gewinn) auf xx,x % (Linie xxx), bzw. auf xx,x % (Linie xxx). Die Ausgleichsleistungen sind als Festbeträge bezeichnet.

Dokumentiert ist die jährliche Personenverkehrsleistung sowie der jährliche Auftragswert (Gesamtkosten und Gewinn) der beiden Linien. Die Zahlen entsprechen der von der Beigeladenen erstellten „Berechnung des finanziellen Nettoeffekts und der Ausgleichsleistung für das Kalenderjahr 2020“ für beide Linien.

Der Vergabevermerk dokumentiert, dass der Betreiber für beide Linien das überwiegende Betriebsrisiko trägt. Der Vermerk geht darauf ein, dass dieses Risiko aus Sicht der Vergabestelle nicht dadurch entfällt, dass beide Linien zu einem großen Teil der Schülerbeförderung dienen. Weiterhin begründet die Vergabestelle, dass die vertraglich vorgesehene Kostenfortschreibung aus ihrer Sicht ebenfalls nicht das Risiko des Betreibers reduziert.

Hinsichtlich ihrer Entscheidung zur Direktvergabe beruft sich die Vergabestelle in der Dokumentation auf ihr Ermessen gemäß § 8a Abs. 3 PBefG.

Weiterhin befasst sich der Vermerk mit dem Kilometerpreis der Beigeladenen für beide Linien und trifft hierzu Erwägungen, warum der Preis und der angesetzte Gewinn aus Sicht der Vergabestelle angemessen und marktgerecht sind.

Schließlich dokumentiert die Vergabestelle weitere Erwägungen hinsichtlich einer zu erzielenden Wettbewerbsrendite bei einem Wettbewerbsverfahren, die eine Direktvergabe aus ihrer Sicht rechtfertigen.

Zudem liege laut Vergabevermerk ein Verkehrsnetz hinsichtlich der beiden Linien nicht vor, da die Fahrpläne der beiden Linien nicht mit denen anderer Linien abgestimmt sind und es keine Fahrgäste gibt, die auf andere Linienverkehre umsteigen.

Die Vergabestelle hat in ihrer Dokumentation ihr Ermessen nachweislich pflichtgemäß und fehlerfrei ausgeübt. Sie war sich ihrer Entscheidungsmöglichkeit in vollem Umfang bewusst. Sie trifft die Wahl der Direktvergabe und begründet warum sie diese Wahl getroffen hat.

Der Dokumentation lässt sich entnehmen, dass sich die Vergabestelle mit der von der Beigeladenen angebotenen Vertragskonditionen auseinandergesetzt hat.

Im Ergebnis ihrer dokumentierten Erwägungen kommt die Vergabestelle zu der Schlussfolgerung, dass die dargestellten Vertragskonditionen das Betriebsrisiko überwiegend bei dem Betreiber belässt. Es handelt sich aus Sicht der Vergabestelle um einen Festbetrag, den der Betreiber jährlich erhält.

Es ist nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle Tatsachen nicht erkannt hat oder unsachgemäße Erwägungen getroffen hat.

Zwar liegt der Vergabeakte weiterhin nur der gleiche Mustervertrag wie im Vorverfahren bei. Im Vorverfahren war dieser Mustervertrag allein nicht ausreichend um die Vertragskonditionen zu erkennen, von denen die Vergabestelle bei ihrer Entscheidung ausgeht (OLG München, Beschluss vom 14.10.2019 -Verg 16/19).

Durch den Vergabevermerk und die übrige Vergabeakte ist vorliegend jedoch ausreichend klar, von welchen Vertragskonditionen die Vergabestelle bei ihrer Entscheidung zur Direktvergabe ausgeht.

Aus den Unterlagen ergibt sich nun u.a. ein festgelegter Kilometerpreis pro Linie ab dem Jahr 2020 und der Betrag, der als Zuschuss ab 2020 mit der Beigeladenen vereinbart werden soll, sowie eine festgelegte jährliche Dynamisierung. Die Vertragskonditionen, die die Vergabestelle für die Vertragslaufzeit ab xx.xx.xxxx für 108 Monate zugrunde legt, sind somit ausreichend dokumentiert.

Weiterhin regelt der Mustervertrag in § 3 im Rahmen der Überkompensationskontrolle, dass die Ausgleichsleistung den sogenannten finanziellen Nettoeffekt nicht übersteigen darf.

Die Vergabekammer geht daher davon aus, dass die Vorlage des unterschriftsreifen Vertrages -aufgrund der vorliegenden Dokumentation- zu diesem Zeitpunkt noch nicht erforderlich ist. Die Vergabekammer hat keinen Anhaltspunkt für Zweifel daran, dass der Vertrag entsprechend den dokumentierten Vertragskonditionen geschlossen und umgesetzt wird.

**d)**

Es handelt sich vorliegend um Nettoverträge.

Aus der Vergabedokumentation ist zu entnehmen, dass für die Linie xxx im Jahr 2020 der Zuschuss des Auftraggebers xx,x % des Auftragswerts (Gesamtkosten + Gewinn) beträgt. Für die Linie xxx beträgt der Zuschuss des Auftraggebers nach den Unterlagen für das Jahr 2020 ca. xx,x % des Auftragswerts (Gesamtkosten + Gewinn). Es findet eine jährliche Dynamisierung statt.

Im Übrigen ist der Verkehrsunternehmer bei seiner Kalkulation von den künftigen Fahrgeldeinnahmen abhängig. Laut Dokumentation in der Vergabeakte handelt es sich gerade nicht um einen jährlichen Defizitausgleich an den Unternehmer. Im Unterschied zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 23.12.2015 (Verg 34/15) sehen die Vertragskonditionen vorliegend keinen Ausgleich der Mindererlöse durch die Vergabestelle vor.

Die Vergabekammer geht vorliegend bei beiden Linien aufgrund der vorgelegten Zahlen davon aus, dass die aus der Erbringung der Dienstleistungen möglichen Einkünfte noch eine äquivalente Gegenleistung darstellen im Rahmen der Rechtsprechung des BGH. Die vereinbarten Ausgleichszahlungen haben vorliegend jeweils bloßen Zuschusscharakter.

Hierbei geht die Vergabekammer nicht von einer festen Quote zwischen Zuschuss und prognostizierten Gesamtkosten aus. In Anlehnung an die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 2.3.2011-Verg 48/10) ist die Prognose der über 50-%igen Kostendeckung durch Fahrgeldeinnahmen jedoch ein wichtiger Aspekt der erforderlichen Gesamtbetrachtung im Einzelfall. Hiervon ist vorliegend aufgrund der dokumentierten Vertragsbedingungen auszugehen.

Der Betreiber trägt vorliegend das Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, das Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung und ist überwiegend den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich das Risiko des Betreibers auf eine reine Gewinnschmälerung oder einen Gewinnausfall beschränkt. Es besteht ein nicht ausgeschlossenes Risiko, dass die investierten Kosten einschließlich der Betriebskosten nicht verdient werden und dadurch die Konzession auch mit Verlust abgeschlossen wird.

Im Ergebnis bleibt es vertragsgemäß das Risiko des Auftragnehmers, genügend Einnahmen zu erzielen. Bei beiden Linien liegt demgemäß eine Dienstleistungskonzession vor. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob in der Zukunft erhebliche Schwankungen bei den Fahrgeldeinnahmen zu erwarten sind oder nicht. Risiken, die aus außerhalb des Auftrages liegenden Umständen verringert sind, sind für die vorliegende Risikobetrachtung irrelevant (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011-Verg-48/10).

**e)**

Von einer Umgehung des Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nummer 1370/2007 durch eine verbotene Aufteilung kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Zwar stehen die veröffentlichten Direktvergaben in engem zeitlichen Zusammenhang und beide xxx-Linien sollen an dasselbe Unternehmen vergeben werden. Laut Ausführung im Vergabevermerk ist vorliegend jedoch davon auszugehen, dass die xxx Linien nicht zwingend ein Verkehrsnetz bilden müssen, da die Linien weder aufeinander abgestimmt sind noch Umsteigeverkehr stattfindet. Der Linienetzplan ..... macht deutlich, dass sich die beiden streitgegenständlichen Linien nur in Anfangs- und Endpunkt decken. Die Aussage der Vergabestelle erscheint daher plausibel. Die Antragstellerin hat sich zu diesem Aspekt im Verfahren nicht eingelassen.

**f)**

Eine gesonderte Prüfung von Grundrechten findet vor der Vergabekammer nicht statt. Die Prüfung erfolgt im Rahmen der Prüfung und Anwendung der einschlägigen geltenden nationalen und europäischen Normen. Eine Grundrechtsverletzung liegt insoweit nicht vor, da die Durchführung der Direktvergabe nach nationalen und europäischen Normen nicht zu beanstanden ist.

**3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

**a)**

Die ASt hat nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Verfahrens zu tragen, weil sie unterlegen ist.

**b)**

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt und der BGI ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 GWB.

**c)**

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt und die BGI notwendig (§ 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 S. 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt und der BGI nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

**d)**

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Da die ASt kein Angebot abgegeben hat, konnte die Vergabekammer zur Berechnung der Verfahrenskosten ein solches nicht heranziehen. Die Vergabekammer ist zur Berechnung der Verfahrenskosten daher von den der VSt bekannten Gesamtumsätzen für die Linien jeweils für 48 Monate (gem. § 3 Abs. 11 VgV) ausgegangen. Unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,-- €.

Da die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erging, ermäßigt sich die Gebühr auf x.xxx,-- €.

Der geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,-- € wird mit der Gebühr verrechnet.

Die ASt erhält eine Kostenrechnung über xxx,-- €.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....