



**Vergabekammer Westfalen
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der geplanten Direktvergabe "Anerkennung von Nahverkehrstarifen im Schienenpersonenverkehr" (EU-Bekanntmachung [REDACTED])

VK 1 - 47/16

der [REDACTED]

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]

Antragsgegner zu 1)

und [REDACTED]
[REDACTED]

Antragsgegner zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Beigeladene

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 19.01.2017 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, die hauptamtliche Beisitzerin Trottenburg und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am **25. Januar 2017** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegner werden bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Leistungen im Schienenpersonennahverkehr im Wege eines formellen europaweiten Vergabeverfahrens nach dem 4. Teil des GWB auszuschreiben.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf [REDACTED] € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kammergebühren werden den Antragsgegnern und der Beigeladenen als Gesamtschuldner auferlegt, wobei die Antragsgegner von den Gebühren befreit sind. Die Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte.

Gründe

I.

Die Antragsgegner sind Aufgabenträger für den öffentlichen Personennahverkehr. Ihre Aufgabe ist es nach den jeweiligen Landesgesetzen, das Angebot im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) zu planen und auszugestalten. Die Parteien streiten um die von den Antragsgegnern am [REDACTED] EU-weit veröffentlichte Vorinformation für öffentliche Dienstleistungsaufträge (2016/[REDACTED]), mit der sie beabsichtigen, die "Anerkennung von Nahverkehrstarifen im Schienenpersonennahverkehr" auf der Strecke [REDACTED] ab [REDACTED] für fünf Jahre im Wege der Direktvergabe als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb an die Beigeladene zu vergeben. Die Beigeladene, [REDACTED], führt auf der Strecke Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen im Fernverkehr durch. Ihre IC Linie [REDACTED] soll nach und nach für die Fahrgäste des Nahverkehrs zur Verfügung stehen.

Die Antragstellerin ist im Schienenpersonennahverkehr tätig und hat u.a. im Rahmen des [REDACTED]-Vorlaufbetriebs den Zuschlag für den Betrieb der Linie RE [REDACTED] [REDACTED] für den Zeitraum vom [REDACTED] [REDACTED] erhalten. Der Verkehrsvertrag ist als Bruttoverkehrsvertrag mit Anreizsystem ausgestaltet. Er beinhaltet das Erbringen von bestimmten Leistungen im SPNV, die in einer Leistungsbeschreibung und einem Fahrplan dargestellt sind. Die Antragstellerin erhält grundsätzlich von den Antragsgegnern den im Verkehrsvertrag vereinbarten Preis, unabhängig davon, wie viele Fahrgäste sie transportiert. Die An-

tragstellerin trägt die Chancen und Risiken auf der Kostenseite, während die Antragsgegner die Chancen und Risiken auf der Einnahmenseite tragen.

Bis zur Übernahme dieser Linie im Dezember [REDACTED] durch die Antragstellerin wird diese Linie von der [REDACTED] gefahren, die den Auftrag im Jahre [REDACTED] im Rahmen des Vergabeverfahrens „[REDACTED]“ erhielt.

Beide Ausschreibungen orientierten sich bezüglich des einzuhaltenden Fahrplans an den zur Verfügung stehenden Schienentrassen. Da zum Zeitpunkt der Ausschreibungen bereits die Beigeladene mit der IC-Linie [REDACTED] in der Taktlage des RE [REDACTED] zwischen [REDACTED] und [REDACTED] zweimal täglich auf der gleichen Strecke verkehrte, war bei den Vergaben des RE [REDACTED] diese parallel liegende Leistung nicht Bestandteil der Ausschreibung, so dass zwischen den Fahrten des RE [REDACTED] zu den Zeiten, zu denen der IC auf gleicher Strecke verkehrt, eine Taktlücke des RE [REDACTED] und insoweit kein durchgehender 2-Stunden-Takt besteht.

Laut dem aktuellen Abfahrtsplan fährt der RE [REDACTED] von [REDACTED] Richtung [REDACTED] [REDACTED] montags bis freitags um 7:08, 9:08, 13:08, 15:08, 19:08 und 21:08. Die Fernverkehrszüge der Beigeladenen auf der Strecke [REDACTED] sind alle der Linie [REDACTED] zugeordnet. Um 10:07 fährt ein ICE, und um 11:07 und 17:07 ein IC. In die Gegenrichtung fährt von [REDACTED] Richtung [REDACTED] von Montag bis Freitag der RE [REDACTED] um 07:02, 11:02, 13:02, 17:03 und 19:03. Der IC fährt ab 9:02 und 15:02 und ein ICE ab 14:02. Die Linien RE [REDACTED] und IC [REDACTED] bedienen dieselben Anschlüsse bis auf den Halt in [REDACTED], der nur vom RE angefahren wird.

Mit der nun beabsichtigten, im Streit stehenden Auftragsvergabe wollen die Antragsgegner die Taktung auf dem Streckenabschnitt zwischen [REDACTED] und [REDACTED] verbessern und diese Taktlücke schließen. Diesbezüglich vermerkten die Antragsgegner in ihren Vergabeunterlagen:

Seit dem Fahrplanwechsel im Dezember [REDACTED] ist es dort so, dass die RE [REDACTED] gemeinsam mit dem IC [REDACTED] einen Zweistundentakt bildet, wobei die RE [REDACTED] sechs Fahrtenpaare übernimmt und der IC [REDACTED] zwei Fahrtenpaare. Beide Linien verkehren in nahezu den gleichen Zeitlagen und bedienen überwiegend die gleichen Anschlüsse im integralen Taktfahrplan des Landes NRW (ITF). Im RE [REDACTED] gelten die unterschiedlichen derzeit gültigen Nahverkehrstarife, während im IC [REDACTED] nur die Fernverkehrstickets der Beigeladenen gelten.

Zum [REDACTED] sollen im Verbandsgebiet des Antragsgegners zu 1) die bisherigen unterschiedlichen Nahverkehrstarife durch einen einheitlichen Nahverkehrstarif, [REDACTED], ersetzt werden. Dieser soll auch auf dem Abschnitt [REDACTED] gelten. Die Antragsgegner beabsichtigen, ab [REDACTED] auch die Fahrten des IC [REDACTED] schrittweise für Kunden mit Fahrscheinen des Nahverkehrstarifes [REDACTED] "Tarif" zu öffnen. Um die Anerkennung des [REDACTED] tarifs auf der Linie IC [REDACTED] nicht zeitgleich mit der Neueinführung des [REDACTED] tarifs zum [REDACTED] zusammenfallen zu lassen, soll die Einführungsphase abgewartet werden und die Umsetzung mit dem Fahrplanwechsel im [REDACTED] erfolgen.

Vor diesem Hintergrund haben sich die Antragsgegner zu einer Direktvergabe an die Beigeladene entschieden und diese gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 im Supplement zum Amtsblatt der EU veröffentlicht. Als Begründung für diese Direktvergabe verweisen die Antragsgegner auf die Regelung des § 14 Abs. 4 Nr. 2b) VgV und begründen dies wie folgt:

Die Linie IC ■ verkehrt im Abschnitt ■ in der gleichen Taktlage wie der RE ■ dieses stellt für die Kunden eine bessere Merkbarkeit der möglichen Verbindungen dar. Zudem können nur in dieser Taktlage die notwendigen ITF-Systemanschlüsse erreicht werden. Daher soll die Anerkennung der Fahrkarten des ■ ■ ■ tarifs auf der Linie IC ■ erfolgen. Die Einrichtung einer neuen weiteren Fahrt, die vor oder hinter der Linie IC ■ verkehrt, würde dem Verkehrsbedürfnis der Fahrgäste nicht entsprechen. Nach Prüfung der Aufgabenträger kann eine solche Fahrt nur in einem Abstand von mindestens 4 bis 5 Minuten erfolgen. Damit stünde diese Fahrt allerdings in direkter Abhängigkeit zur Fahrt des IC ■ und eine Störung der Fahrt A würde sich unmittelbar auf die Fahrt B auswirken. Auch würde eine Fahrt in einer abweichenden Zeitlage nicht mehr sämtliche für die Taktlage der RE ■ vorgesehenen ITF-Systemanschlüsse erreichen und damit die Umsteigezeiten für die Kunden massiv verschlechtern. (.....)

Des Weiteren könnte die Linie bei Abweichung von der Taktlage nicht mehr im Bahnhof ■ ■ ■ ■ ■ beginnen oder enden, da dort keine entsprechende Kapazitäten an den Bahnsteigen mehr zur Verfügung stehen. Damit müsste die Linie entweder vor ■ ■ ■ ■ ■ e enden oder über den Bahnhof ■ ■ ■ ■ ■ hinaus zu einem anderen Bahnhof geführt werden, was aus Sicht der Aufgabenträger sowohl verkehrlich als auch wirtschaftlich nicht sinnvoll wäre.

Die Antragstellerin rügte mit einem an den Antragsgegner zu 1) gerichteten Schreiben vom 14.11.2016 mehrere Vergaberechtsverstöße und verfolgt diese im Nachprüfungsverfahren weiter.

Der Antragsgegner zu 1) beantwortete die Rüge mit Nichtabhilfeschriften vom 02.12.2016, woraufhin die Antragstellerin am 12.12.2016 einen Nachprüfungsantrag stellte.

Die Antragstellerin hält ihren Antrag insgesamt für statthaft. Die Antragsgegner hätten mit der veröffentlichten Vorabinformation ihre Beschaffungsabsicht hinreichend dargelegt und das Vergabeverfahren damit in Gang gesetzt. Aufgrund der beabsichtigten Direktvergabe werde es vor Beauftragung der Beigeladenen keine weitere EU-Bekanntmachung mehr geben. Die Statthaftigkeit gelte auch für die gerügte Zweckentfremdung von Subventionen, da diese zu einem Verstoß gegen das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot führe.

Sie sei auch antragsbefugt. Der Beschaffungsgegenstand der nunmehr beabsichtigten "Anerkennung von Nahverkehrstickets in Fernverkehrszügen" sei eigentlich "die Beförderung von Fahrgästen mit Nahverkehrsfahrscheinen {...} in der Taktücke des RE" und damit faktisch eine Takterhöhung der SPNV-Leistung. An dieser habe die

Antragstellerin ein besonderes Interesse, das sie bereits durch die erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren zum ■■■-Vorlaufbetrieb deutlich gemacht habe. Ein drohender Schaden liege darin, dass durch die geplante Direktvergabe der Auftrag nicht im Wettbewerb vergeben und damit eine Zuschlagschance für die Antragstellerin komplett verhindert werde.

Die Antragstellerin meint, die beabsichtigte Direktvergabe verstoße in mehrfacher Hinsicht gegen das Vergaberecht.

Die gewählte Verfahrensart führe zu einer vergab ■■■chtswidrigen de-facto-Vergabe. Mit dem angestrebten Vertragsschluss bezweckten die Antragsgegner die Erbringung von Personenbeförderungsleistungen im Nahverkehr und somit klassische SPNV-Leistungen.

Denn die Anerkennung von Nahverkehrstarifen in Fernverkehrszügen führe faktisch dazu, dass die Beigeladene SPNV-Beförderungsleistungen mit ihrem bestehenden Fernverkehrsnetz erbringe. Bei den Fahrscheinen des "■■■■■■■■ Tarifs" handele es sich nämlich nicht um Tickets für den Fernverkehr, sondern um Nahverkehr-Tickets. Dieser Umstand solle durch Bezug auf die Fernverkehrslinie IC ■■■ verschleiert werden, da Nahverkehrsleistungen durch Nutzung des IC lediglich in anderem Gewand durchgeführt würden.

Es gebe einen lebendigen Anbieterwettbewerb für SPNV-Leistungen. Davon sei auch der hier relevante Streckenabschnitt betroffen, wie bereits der Wettbewerb um die im letzten Jahr im Rahmen des ■■■-Vorlaufbetriebs an die Antragstellerin vergebene Linie RE ■■■ zeige. Daher sei es nicht so, dass die gewünschte SPNV-Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden könne. Die vorliegende Direktvergabe stelle sich aufgrund der tatsächlich bestehenden Wettbewerbssituation als Tarnung einer tatsächlich erforderlichen Nahverkehrsausschreibung dar (BGH, 08.02.2011, XZB 4/10).

Gemäß Art. 5 Abs. 3 der VO (EG) 1370/2007 seien solche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich auszuschreiben. Ein Ausnahmetatbestand nach §§ 131, 113 GWB i.V.m. § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV, der ausnahmsweise eine Direktvergabe als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erlaube, liege nicht vor.

Es lägen keine technischen Gründe für eine Direktvergabe vor. Die Antragstellerin macht auf die Rechtsprechung der VK Arnsberg (B. vom 21.7.2010 - Az: 15 Verg 6/10) zur alten Rechtslage aufmerksam, wonach für eine Direktvergabe allein wirtschaftliche oder praktische Besonderheiten nicht ausreichen. Die Antragstellerin bestreitet vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ausdrücklich, dass die aktuellen infrastrukturellen Rahmenbedingungen technisch dazu führen, dass nur eine Beauftragung der Beigeladenen in Frage komme. Hierbei handele es sich gerade nicht um technische, sondern bloß um tatsächliche oder praktische Gründe, die gerade nicht ausreichen.

Technisch sei auch die Antragstellerin in der Lage, die Taktlücken der RE ■ auf der im Streit stehenden Strecke durch Einsatz von zusätzlichen Zügen der Linie RE ■ zu schließen, denn sie verfüge spätestens mit Leistungsbeginn des ■-Vorlaufbetriebs über die notwendige technisch kompatible Fahrzeugflotte und das entsprechende technische Personal.

Auch die Einhaltung des ITF könne nicht als technischer Grund herangezogen werden. Denn dieser sei aufgrund der Wechselwirkung mit dem Fernverkehr nicht starr, sondern könne verändert werden. Die Koordinat■swirkung des ITF könne seitens der Aufgabenträger nur für den von ihnen selbst bestellten SPNV sichergestellt werden. Die Beigeladene sei als Anbieterin von Fernverkehrsleistungen nicht förmlich in den ITF eingebunden und könne diesen sogar ignorieren, denn Fernverkehrsleistungen hätten bei der Zuweisung von Streckenkapazitäten durch die DB Netz AG in der Regel Vorrang vor den angemeldeten Nahverkehrsleistungen. Außerdem sei es nicht nur bei den Antragsgegnern gängige Praxis, bei der SPNV-Leistungsbestellung von den Vorgaben des ITF abzuweichen. Hierzu nennt die Antragstellerin einige Beispiele. Entsprechend wäre auch bei der RE ■ eine Abweichung vom ITF möglich gewesen. Die Antragstellerin stellte diesbezüglich in einem Schriftsatz dar, dass auch bei einer Verschiebung der Fahrten um ca. 4 bis 5 Minuten, die meisten Anschlüsse des ITF noch gehalten werden könnten.

Aus dem Taktfahrplan ergäben sich auch lediglich die Taktung und die Anschlussbeziehungen der einzelnen Linien. Nicht abschließend geregelt sei, welches Transportmittel auf einer bestimmten Strecke zum Einsatz komme. Man hätte die gewünschte Takterhöhung auch zugunsten der RE ■ anpassen können. Es sei nicht ersichtlich, warum man diese zusätzlichen Leistungen nicht bereits im Rahmen der Vergabe des ■-Vorlaufbetriebs und damit der Vergabe der Linie RE ■ aufgenommen habe, sie jetzt aber im Nachhinein direkt an die ■ vergeben wolle.

Die Antragstellerin bestreitet die Behauptung der Antragsgegner, der Bahnhof ■ ■ lasse weitere Fahrten im Nahverkehr nicht zu, mit Nichtwissen.

Die Antragsgegner hätten auch keine Gewähr dafür, dass der Fahrplan des IC ■, den sie bei den vorhergehenden Ausschreibungen als gesetzt angenommen hätten, mittel- bis langfristig unverändert bleibe, denn die Beigeladene könne ihre Fernverkehrsleistungen nach eigenem Ermessen ändern. Es sei möglich, dass es erst durch die beabsichtigte Beauftragung der Anerkennung von Nahverkehrstarifen zu einem Anreiz oder sogar einer Verpflichtung der Beigeladenen zum Weiterbetrieb der Linie IC ■ komme.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegner meint die Antragstellerin, dass auch die Gestaltung der SPNV-Leistung, hier also die Wahl der Anerkennung von Nahver-

kehrstickets im Fernverkehr statt einer Takterhöhung der bereits eingesetzten SPNV-Linie, nicht vom Auftraggeberbestimmungsrecht erfasst werde.

Der konkrete Bedarf sei schon unklar und von den Antragsgegnern nicht weiter ermittelt oder prognostiziert worden. Es stehe gar nicht fest, ob die Einführung des ■■■■■ tariffs überhaupt zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen führen werde.

Des Weiteren seien die Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts überschritten, da andere Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert würden.

■
Hier komme es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Verengung auf nur einen Marktteilnehmer. Dies verstoße zum einen gegen § 31 Abs. 1 VgV, wonach öffentliche Auftraggeber die Leistungsbeschreibung so zu fassen haben, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähre und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarktes für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindere. Denn durch die Gestaltung der vorliegenden Leistung sollten dem einstigen Monopolisten im SPNV-Bereich entgangene Marktanteile am Wettbewerb vorbei zurückgegeben werden, wodurch der Wettbewerbszugang der Antragstellerin ungerechtfertigter Weise behindert werde.

Zudem werde die Antragstellerin in vergaberechtswidriger Weise diskriminiert, da sie die SPNV-Leistung, z.B. im Wege einer Taktveränderung der Linie RE ■■■ oder im Falle einer weiteren Ausschreibung einer zusätzlichen Verkehrsleistung an Stelle und im Takt des IC ■■■ ebenfalls hätte erbringen können. Es stelle eine Diskriminierung und Wettbewerbsverzerrung dar, wenn Leistungen, die eigentlich dem SPNV zuzuordnen seien, künstlich so umgestaltet würden, dass sie angeblich nur ein Wettbewerber erbringen könne.

Der Beschaffungsbedarf finde seine Grenze zumindest in dem Wettbewerbsgrundsatz. Die Antragsgegner hätten die Vorrangstellung der Beigeladenen nicht einfach zum Anlass für die Vergabe nehmen dürfen, sondern hätten deren besondere Stellung im Wettbewerb durch Ausgleichsmaßnahmen kompensieren müssen. Beispielsweise dadurch, dass der Vertragsstart weiter nach hinten verlegt wird oder die Laufzeit des Vertrages gekürzt werde.

Die Grenzen der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers seien zudem überschritten, weil durch die Anerkennung von Nahverkehrstarifen in Fernverkehrszügen die für SPNV-Leistungen zweckbestimmten Finanzmittel des Bundes nicht mehr - ihrer ursprünglichen Widmung entsprechend - im Nahverkehr, sondern im Fernverkehr verwendet würden. Gemäß § 5 Regionalisierungsgesetz (RegG) stehe den Ländern für den öffentlichen Personennahverkehr aus dem Steueraufkommen des Bundes ein finanzieller Ausgleich zu. Gemäß § 6 RegG sei mit den Beträgen "insbesondere der Schienenpersonennahverkehr zu finanzieren." Im Ergebnis entfalle durch die von den Antragsgegnern angestrebte Mittelverwendung zur Fernverkehrsfinanzierung die Ermächtigungsgrundlage für die Zuwendung der Bundesmittel an die Länder.

Zwar stelle das Haushaltsrecht ein rein staatliches Innenrecht dar, aus dem eine Privatperson keine subjektiven Rechte herleiten könne. Eine Verletzung der im Rahmen der de-facto-Vergabe nicht berücksichtigten Bieter liege aber darin, dass die Subventionen an die Länder ziel- und zweckgerichtet zur Erbringung bestimmter Beförderungsleistungen vergeben werden müssten. Eine vom Gesetzeszweck nicht gedeckte Verwendung ohne Beachtung des Vergaberechts schade dem Wettbewerb auf dem Markt des SPNV.

Die beabsichtigte Direktvergabe verstoße auch gegen § 14 Abs. 6 VgV, wonach die in § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) genannten Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nur dann gelten, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gebe und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter sei. Denn hier könnten auch andere Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU), insbesondere auch die Antragstellerin, in bestehenden Nahverkehrsnetzen zusätzliche Verkehrsleistungen erbringen. Man hätte die geplante Takterhöhung schon bei der Ausschreibung zum [REDACTED]-Vorlaufbetrieb berücksichtigen können. Denn es sei nicht erkennbar, welche tatsächlichen Änderungen im Verkehrsaufkommen seit Zuschlagserteilung vorliegen würden. Dieser von den Antragsgegnern nunmehr geltend gemachte Mehrbedarf sei doch bei den vorhergehenden Ausschreibungen schon erkennbar gewesen und hätte somit vergaberechtskonform in einem Wettbewerb vergeben werden können. Die Antragstellerin meint, dass es andere Gestaltungs- und Lösungsmöglichkeiten gebe. Zum Beispiel könne die Antragstellerin entweder zusätzliche Züge innerhalb der Taktlücken des RE [REDACTED] zeitlich versetzt und damit unabhängig von der Linie IC [REDACTED] fahren lassen oder die Kapazitäten durch Ankoppelung weiterer Zugteile erhöhen. Die Antragsgegner hätten sich nicht mit etwaigen Alternativlösungen zur Deckung ihres Bedarfs befasst und letztlich den angeblichen Mehrbedarf durch die Einführung des [REDACTED]tarifs nicht einmal konkret ermittelt.

Des Weiteren liege ein Verstoß gegen das vergaberechtliche Verbot der Doppelausschreibung vor, weil auf der betroffenen Strecke des RE [REDACTED] bereits SPNV-Leistungen im Wettbewerb an die Antragstellerin vergeben worden seien und diese dadurch in ihrem Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt würde. Ein Vertragsschluss im Rahmen der angekündigten Direktvergabe mit der Beigeladenen würde zudem die Angebotskalkulation der Antragstellerin ab [REDACTED] in erheblichem Maße beeinträchtigen.

Bei dem zwischen Antragstellerin und Antragsgegnern geschlossenen Vertrag handle es sich um einen Bruttovertrag mit Anreizsystem. Durch die vorliegende Direktvergabe könne es dazu kommen, dass die mit dem [REDACTED]Vorlaufbetriebsvertrag beabsichtigte Steigerung der Reisendenkilometer durch die Antragstellerin nicht erbracht werden könne. Durch den höheren Reisekomfort in Fernverkehrszügen sei eine Fahrgastabwanderung auf die Linie IC [REDACTED] zu befürchten, die dazu führen könne, dass die Antragsgegner das vertragliche Leistungsangebot auf der Linie RE [REDACTED] teilweise abbestellten.

Der beabsichtigte Vertragsschluss stelle auch einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz dar. Bei den später durch die Antragsgegner zu zahlenden Preisen werde es sich - aufgrund der Direktvergabe ohne Wettbewerb - um eine europarechtswidrige Beihilfe handeln. Denn letztlich beabsichtigten die Antragsgegner, der Beigeladenen ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens eine finanzielle Ausgleichsleistung für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung (SPNV-Leistung) zu zahlen. Solche Ausgleichsleistungen unterfielen als beihilferelevante Begünstigungen dem Beihilfetatbestand des Primärrechts, Art. 107 AEUV. Wie zuvor ausgeführt, entspreche das vorliegende Verfahren nicht den Anforderungen an ein wettbewerbliches Verfahren iSd Art. 5 Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 iVm §§ 131, 133 GWB iVm § 14 Abs. 4 VgV. Es gälten jedoch nur solche Ausgleichsleistungen für gemeinschaftliche Verpflichtungen im öffentlichen Personennahverkehr als mit dem Binnenmarkt vereinbar, die die Anforderungen der VO (EG) 1370/2007 erfüllten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegnern zu untersagen, im Wege der Direktvergabe den bekanntgemachten Auftrag an die Beigeladene zu erteilen,
2. zu entscheiden, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, um bei fortbestehender Beschaffungsabsicht der Antragsgegner die Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der Antragstellerin zu verhindern
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. den Antragsgegnern die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß § 182 Abs. 4 GWB aufzuerlegen.

Die Antragsgegner beantragen,

1. der Vergabenachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner im Verfahren wird durch die Vergabekammer für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragsgegner für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Die Antragsgegner halten den Nachprüfungsantrag für unzulässig und unbegründet. Die Antragsgegner meinen, der Nachprüfungsantrag sei unstatthaft. Die Antragstellerin begehre hier die Überprüfung eines Vergabeverfahrens, das überhaupt noch nicht eingeleitet worden sei. Bisher sei lediglich die Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 veröffentlicht. Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbe-

werb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV werde jedoch erst nach Ablauf der Jahresfrist des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 eingeleitet.

Die von der Antragstellerin behaupteten Verstöße gegen das Beihilferecht und/oder Haushaltsrecht seien nicht Gegenstand einer Vergabenachprüfung, so dass der Nachprüfungsantrag insoweit ebenfalls unzulässig sei.

Zudem habe die Antragstellerin ihre Antragsbefugnis nicht dargelegt. Sie habe nicht dargetan, dass sie in der Lage sei, die Anerkennung von Nahverkehrstarifen mit einem Fahrplan zu gewährleisten, dass die Fahrgäste in der Taktlücke des RE ■ die Anschlussbeziehungen des ITF nutzen könnten. ■ trete auch nicht dem Argument entgegen, dass aus Sicht der Antragsgegner allein die Beigeladene aus technischen Gründen in einer Monopolsituation sei und als Vertragspartnerin in Frage komme. Anscheinend gehe es ihr allein darum, eine Auftragsvergabe an ein anderes EVU zu verhindern. Ein Nachprüfungsverfahren diene jedoch lediglich dazu, eigene Chancen auf den Zuschlag zu wahren, nicht jedoch dazu, zu verhindern, dass ein anderes Unternehmen einen Auftrag erhalte, den die Antragstellerin aufgrund fehlender infrastruktureller Rahmenbedingungen nicht anbieten könne.

Der Vergabenachprüfungsantrag sei auch unbegründet, Rechtsverstöße der Antragsgegner lägen nicht vor.

Die Antragsgegner meinen, die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV lägen vor. Aus technischen Gründen könne der konkrete und legitime Beschaffungsbedarf nur von der Beigeladenen umgesetzt werden. Zwar sei es so, dass im SPNV-Markt Wettbewerb herrsche. Allerdings sei hier ein Wettbewerbsverfahren im Hinblick auf die Trassenbelegung nicht möglich, wenn den Fahrgästen eine Leistung in der Taktlücke des RE ■ angeboten werden solle, die verkehrlich sinnvolle Anschlussbeziehungen ermögliche. Aufgrund der infrastrukturellen Rahmenbedingungen sei nur die Beigeladene in der Lage, die zu beauftragenden Leistungen zu erbringen, was ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtfertige. Die Antragsgegner weisen ausdrücklich darauf hin, dass ihr Beschaffungsbedarf lediglich darin liege, dass zusätzliche Fahrten in den vorhandenen Taktlücken angeboten werden. Sie hätten kein Interesse daran, außerhalb dieser Taktlagen Fahrten anzubieten.

Sie behaupten, dass dies die Attraktivität des Verkehrsangebotes steigern werde und zu einer erhöhten Nachfrage nach Verkehrsleistungen auf der Strecke ■ führe. Um diese zu befriedigen, solle den Nahverkehrskunden im Abschnitt ■ in der Taktlücke des RE ■ eine Beförderungsleistung angeboten werden.

Die Antragsgegner hätten im Vorfeld bei der Planung des neuen Verkehrsangebotes nochmals untersucht, wie ein durchgehender 2-Stunden-Takt unter Gewährleistung der notwendigen Systemanschlüsse des ITF realisiert werden könne. Als Ergebnis dieser Prüfung habe sich im Hinblick auf die Tatsache, dass die Beigeladene die IC-Linie ■ betreibe und somit eine bestimmte Fahrlage blockiere, herausgestellt, dass

die Anschlussbeziehungen für die Fahrgäste nur unter Nutzung der Taktlage des IC ■ in der Taktlücke des RE ■ erfolgen könne.

Ein Ausschreibungsfahrplan als Bestandteil des Vergabeverfahrens werde vor einer Vergabe immer von der DB Netz AG auf seine Fahrbarkeit hin bestätigt. Die Abstimmung der Fahrpläne für die Ausschreibungen im SPNV würde somit immer zunächst mit der DB Netz AG erfolgen. Dies sei auch bei der Festlegung der Linie RE ■ im Vergabeverfahren ■ Vorlaufbetrieb geschehen und daher nicht in den Vergabevermerk für das hier streitige Verfahren eingeflossen. Derzeit habe sich die Beigeladene die Trassen für den Betrieb des IC ■ vertraglich bei der DB Netz AG gesichert, weshalb die Taktlücke auch nicht im Ausschreibungsverfahren zum ■ Vorlaufbetrieb zur Vergabe der Leistungen für den RE ■ habe berücksichtigt werden können.

Alle alternativ denkbaren Möglichkeiten seien geprüft worden und schieden aus:

1. Ein alternatives Angebot in der vom IC ■ derzeit genutzten Taktlage scheide aus, da der IC ■ die Trasse bereits besetzt und sich die Rechte für die kommenden Jahre daran gesichert habe. Die Fahrpläne des IC ■ sei während der Laufzeit von Rahmenverträgen durch eine Trassenanmeldung eines anderen EVU nicht veränderbar.
2. Die Einrichtung einer neuen weiteren Fahrt, die vor oder hinter dem IC ■ verkehre, entspreche nicht dem Verkehrsbedürfnis der Fahrgäste, denn die Taktverschiebung sei schlechter merkbar und verschlechtere die Akzeptanz. Die Taktverschiebung hätte auch zur Folge, dass die Fahrgäste nicht mehr sämtliche für die Taktlage der RE ■ vorgesehenen ITF-Systemanschlüsse erreichten und sich damit die Umsteigezeiten massiv verschlechterten.

Ein alternatives Angebot müsse einen Abstand von 4-5 Minuten vor oder hinter dem IC ■ aufweisen. Dies hätten die Antragsgegner durch das ■ prüfen lassen. Falls der Zug vor dem IC in ■ bzw. ■ abfahre, gingen insgesamt drei ITF-Anschlüsse verloren, da sich die Umsteigezeiten auf zwei, vier bzw. sechs Minuten verkürzten. Betroffen sei am Haltepunkt ■ der Anschluss an die Linie RE ■ aus Richtung ■, am Haltepunkt ■ der Anschluss der Linie RE ■ aus Richtung ■ und am Haltepunkt ■ der Anschluss der Linie RE ■ aus Richtung ■ und ■. Für den Fall, dass der Zug nach dem IC ■ fahre, würden sich die Umsteigezeiten in fünf Fällen so verkürzen, dass ebenfalls ganz bestimmte Anschlussverbindungen verloren gingen.

Aufgrund der Prüfungsergebnisse des ■ hätten die Antragsgegner die Möglichkeit eines im Abstand vor oder hinter dem IC ■ verkehrenden Zuges ausgeschlossen und auf eine weitere Detailprüfung dieser Möglichkeit durch die DB Netz AG verzichtet. Diese Prüfung hätte aufgrund der Gleis- und Umsteigekapazitäten in den betroffenen Bahnhöfen nur noch einen größeren Abstand der alternativen Züge zum IC ■ ergeben können, was zu einem weiteren Verlust von ITF-Anschlüssen geführt hätte.

Die Frage, ob die Antragsgegner ihre Finanzmittel nach den für sie geltenden haushaltsrechtlichen Bestimmungen einsetzen, sei nicht Gegenstand der Vergabenachprüfung. Denn die Bestimmungen des Haushaltsrechts seien keine vergaberechtlichen Normen.

Ein Verstoß gegen § 14 Abs. 6 VgV sei ebenfalls nicht ersichtlich. Die Antragstellerin habe nicht dargelegt, dass sie technisch in der Lage sei, einen 2-Stundentakt unter Einhaltung der ITF-Taktbeziehungen sicherzustellen oder eine alternative Lösung vorgestellt, mit der das Verkehrsbedürfnis der Fahrgäste in gleicher Weise befriedigt werden kann.

Die Antragsgegner hätten vielmehr im Vorfeld der Vorinformation geprüft, ob das Verkehrsbedürfnis der Fahrgäste auch durch eine Alternative zum IC ■ erfüllt werden könne, aber keine Alternative gefunden.

Vor diesem Hintergrund habe die Leistung auch nicht in der Ausschreibung des ■ Vorlaufbetriebs berücksichtigt werden können. Hätten die Antragsgegner dies gleichwohl gemacht, hätte die Antragstellerin ihr vorgeworfen, dass es ihr nicht möglich sei, die verkehrsvertraglichen Leistungen insgesamt zu erbringen, da ein Trassenkonflikt mit dem IC ■ bestehe. Aus diesem Grund hätten die Antragsgegner sich seinerzeit im Sinne des Wettbewerbs dafür entschieden, auf einen Einbezug des Zweistundentaktes in die Ausschreibung des ■ Vorlaufvertrages zu verzichten.

Maßgeblich für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb werde es allein sein, dass es nach der Beurteilung der Antragsgegner keine verkehrlich und betrieblich andere Lösung gebe, um die Taktlücke des RE ■ unter Einhaltung der verkehrlich sinnvollen Anschlussbeziehungen schließen zu können.

Ein Unternehmen, das ein ernsthaftes Interesse am Vertrag habe, hätte konkrete Möglichkeiten einer alternativen Konzeption vorgelegt. Dass dies nicht erfolgt sei, belege, dass die Leistungserbringung durch die Beigeladene alternativlos sei oder aber, dass es der Antragstellerin nicht um den Vertrag gehe, sondern nur darum, die Beauftragung der Leistung als solche zu verhindern.

Es liege auch keine unzulässige Doppelausschreibung vor. Die von der Antragstellerin hierzu angeführte Rechtsprechung passe hier nicht. Das Verfahren zur Vergabe von Leistungen für den RE ■ sei mit dem Zuschlag an die Antragstellerin beendet. Die ausgeschriebenen Leistungen seien beauftragt worden und würden von der Antragstellerin erbracht. Dieser Vertrag werde durch das Verfahren zur Anerkennung von Nahverkehrstarifen im Fernverkehr nicht berührt. Das gelte insbesondere mit Blick darauf, dass es sich bei dem Vertrag der Antragstellerin um einen Bruttovertrag handle, bei dem die Antragstellerin das vereinbarte Entgelt unabhängig davon erhalte, ob andere EVU ebenfalls Verkehrsdienstleistungen erbrächten.

Außerdem besitze die Antragstellerin mit dem Vertrag über den ■ Vorlaufbetrieb für die Linie RE ■ kein Exklusivrecht. Neben dem IC ■ und dem RE ■ verkehrten auf dem Streckenverlauf auch noch die RB ■ (■) und der RE ■

(██████████). Die Verkehrsverträge über diese Leistungen enthielten zudem Zubestellmöglichkeiten, so dass die Antragstellerin ohnehin davon ausgehen müssen, dass es zu Leistungsmehrungen auf der Linie kommen könnte. Dieser Umstand sei der Antragstellerin bei der Kalkulation ihres Angebots für den ██████ Vorlaufbetrieb auch bekannt gewesen.

Des Weiteren sei in der Vergabe des Vertrags an die Beigeladene kein mit dem Verkehrsvertrag RE █████ identischer Beschaffungsgegenstand zu sehen. Beschaffungsgegenstand des Verkehrsvertrages für den RE █████ sei das Erbringen bestimmter SPNV-Dienstleistungen anhand eines vorgesehene n Fahrplans in einer bestimmten Taktlage. Diese Leistungen würden durch die Anerkennung von Nahverkehrstarifen im IC █████ nicht berührt. Denn hier gehe es ja gerade darum, Leistungen in einer Taktücke des RE █████ zu beauftragen.

Der Vorwurf, die Antragsgegner ließen der Beigeladenen nach Vertragsschluss eine unzulässige Beihilfe zukommen, sei unzutreffend. Im Rahmen einer Vergabenachprüfung seien nur Verstöße gegen das Vergaberecht zu prüfen und nicht solche gegen das Beihilferecht. Entscheidend für das Vorliegen einer unzulässigen Beihilfe sei, ob der Auftragnehmer eine unzulässige Überkompensation erhalte. Dazu habe die Antragstellerin nichts vorgetragen. Die Antragsgegner weisen darauf hin, dass sie, wenn nach Ablauf der 1-Jahresfrist das Verhandlungsverfahren beginnt, die beihilferechtlichen Anforderungen der VO (EG) 1370/2007 beachten und nur eine Leistung vereinbaren werden, welche gemäß den Anforderungen der Verordnung kalkuliert wurde und angemessen ist.

Die **Beigeladene** hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig und unbegründet. Sie trägt vor, das der Nachprüfungsantrag unstatthaft sei, weil bislang nur eine Vorabbeantwortung gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 im Amtsblatt veröffentlicht wurde, so dass noch kein Vergabeverfahren eingeleitet worden sei. Eine solche Vorabinformation hätte hingegen den Sinn, dass auch andere Bieter ausreichend Zeit erhalten, um Initiativangebote abzugeben.

Der Antragstellerin fehle auch die Antragsbefugnis, weil die hier im Streit stehenden Leistungen von ihr nicht erbracht werden könnten. In der Bekanntmachung sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass es nicht um Beförderungsleistungen gehe, sondern um die Anerkennung von Fahrscheinen des █████ Tarifs entsprechend Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 auf der Linie IC █████ zwischen █████. Die Beförderungen der Fahrgäste auf dieser Linie würden weder von den Antragsgegnern beauftragt noch könnten diese von ihnen beauftragt werden und somit auch nicht von der Antragstellerin erbracht werden. Es würden auch keine Betriebspflichten mit der Beigeladenen vereinbart, sondern lediglich die Akzeptanz der Fahrscheine vertraglich geregelt.

Soweit die Antragstellerin das anders sehe und die Auffassung vertrete, dass eine Takterhöhung erfolge, und damit Schienenpersonennahverkehrsleistungen vergeben würden, verkenne sie, dass nicht sie, sondern allein der öffentliche Auftraggeber den

Beschaffungsinhalt des Auftrages bestimme. Das was die Antragstellerin beabsichtige, wäre eine Umgestaltung des Auftragsinhalts und dazu sei sie nicht befugt. Sie interessiere sich somit für einen Auftrag, den es so nicht gebe.

Der Antragstellerin fehle aber auch die Antragsbefugnis, weil sie bislang kein konkurrenzfähiges Initiativangebot ausgearbeitet und vorgelegt habe und dies auch nicht könne. Denn die notwendigen Trassen würden ihr fehlen und sie wäre auch nicht dazu in der Lage, ein betriebswirtschaftlich konkurrenzfähiges Angebot vorzulegen. Denn – so trägt die Beigeladene vor – sie müsse lediglich eine Mitfahrgelegenheit in der bereits vorhandenen Linie IC [REDACTED] eröffnen, wä [REDACTED] nd die Antragstellerin auch noch Fahrzeuge neu anschaffen müsste und auch die Anmietung der Trassen miteinzukalkulieren hätten.

Die Beigeladene meint, dass die Antragstellerin auch gar nicht an dem konkreten Auftrag interessiert sei, sondern lediglich die Auftragsvergabe an die Beigeladene verhindern wolle. Das sei mit dem gesetzlichen Zweck eines Nachprüfungsverfahrens aber nicht vereinbar.

Letztlich fehle der Antragstellerin auch die Antragsbefugnis, weil ihr kein Schaden drohe. Dieser drohe nur, wenn realistische Chancen auf Erhalt des Zuschlags vorliegen würden, was hier nicht der Fall sei. Denn die Antragstellerin sei aufgrund fehlender Trassen derzeit überhaupt nicht in der Lage, die gewünschten Leistungen zu der gewünschten Fahrlage im Takt zu erbringen.

Die Beigeladene trägt weiterhin vor, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet sei, weil gemäß § 14 Abs. 4 lit. 2 b) VgV aus technischen Gründen hier kein Wettbewerb möglich sei. Denn die Antragstellerin könne weder zeitgleich noch zeitversetzt zur Beigeladenen fahren und die gewünschten Anschlüsse halten, noch könne sie die Trasse der Beigeladenen nutzen und anstelle der Beigeladenen fahren.

Die Beigeladene trägt vor, dass sie zurzeit mit der Linie IC [REDACTED] ([REDACTED]) die im Streit stehende Trasse fahre und ein alternativer Zug müsse – um Kollisionen und Störungen zu vermeiden – mindestens vier bis fünf Minuten früher oder später als die Linie IC [REDACTED] fahren. Dann wäre es aber nicht mehr möglich, bestimmte Anschlüsse zu halten. Diesbezüglich verweist die Beigeladene auf bestimmte Anschlusszüge. Würde beispielsweise ein Alternativzug vier Minuten früher in [REDACTED] losfahren, dann würden in den Anschlussbahnhöfen in [REDACTED] [REDACTED] die Umsteigezeiten zu anderen Zugverbindungen sich auf ca. 1 bis 4 Minuten verringern. Gleiches gelte, wenn der Alternativzug zeitlich nach der Linie IC [REDACTED] in [REDACTED] losfahre, wobei auch noch Trassenkonflikte im Bereich des Nahverkehrs zwischen [REDACTED] und [REDACTED] zu befürchten seien.

Wegen dieser infrastrukturellen Besonderheiten könne kein weiterer Zug auf der Trasse eingesetzt werden, der sicher die Anschlüsse in den Knotenpunkten erreiche.

Vielmehr müsste ein solcher Zug in einem Abstand von mehr als 10 Minuten zur Linie IC ■■■ fahren.

Die Beigeladene trägt vor, dass sie selbst die DB Netz AG, die für die Zuteilung der Trassen verantwortlich zeichnet, gefragt habe, ob kurz vor oder kurz nach dem IC ■■■ auf der Strecke ■■■ ein weiterer Zug eingesetzt werden könnte. Die DB Netz AG habe geantwortet, dass Knackpunkt der Knoten ■■■ sei und in dieser Konstellation keine weitere Trasse mehr untergebracht werden könne. Im Bereich des Bahnhofs ■■■ würde die Trasse zur fraglichen Zeit von 2 Linien der Beigeladenen, (ICE Linie ■■■ und IC ■■■) die leicht zeitver ■■■ tzt fahren, belegt und auch noch andere Nahverkehrszüge, insbesondere die Regionalbahn aus ■■■, seien zu berücksichtigen und miteinzuplanen. Wenn dann auch noch die Linie ■■■ zusätzlich in ■■■ einfahre, und zwar zu der Zeit, in der die Trasse von der Linie IC ■■■ belegt sei, so sei das nach wiederholter Auskunft der DB Netz AG nicht möglich.

Darüber hinaus trägt die Beigeladene vor, dass auch die Möglichkeit, dass sie selbst die Trasse für einen Alternativzug freigebe, nicht in Frage komme. Denn im Falle von Trassenkonflikten müsse ihr rechtlich der Vorrang eingeräumt werden. Das sei aufgrund des geltenden Rahmenvertrages zumindest bis zum Jahre ■■■ so vereinbart und Nahverkehrsbetreiber, wie die Antragsgegner, hätten keine Chance sich gegen die Trassennutzungsanträge der Beigeladenen durchzusetzen.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass die Antragsgegner sich innerhalb der Grenzen ihres Leistungsbestimmungsrechts gehalten hätten, weil deren Vorhaben sachlich gerechtfertigt sei. Die Bestimmung des Leistungsgegenstandes sei dem Vergabeverfahren vorgelagert und der Auftraggeber sei insoweit bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt oder Vorhaben rechtlich ungebunden. Die Entscheidung der Antragsgegner sei aus den o.g. Gründen sachlich legitimiert, weil nur die Beigeladene aufgrund der Trassensituation dazu in der Lage sei, zusätzliche Leistungen für Nahverkehrskunden in der entsprechenden Taktlage mit dem IC ■■■ zu erbringen. Die Zulassung von Tarifanerkennungsmodellen als solche trage auch zu mehr Wettbewerb bei, weil in einem solchen Fall, habe das EVU gegenüber dem Auftraggeber weniger vertragliche Pflichten und könne somit wirtschaftlicher und unternehmerisch flexibler seine Leistungen erbringen. Die Beigeladene meint, dass damit auch ihrem Unternehmen die Möglichkeit gegeben werde, an einem Wettbewerb um die öffentlichen Personennahverkehrsleistungen teilzunehmen.

Die Beigeladene trägt weiterhin vor, dass der Beschaffungsgegenstand auch durch die VO 1370/2007, die den Rahmen für die vergaberechtliche Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr setze, zugelassen sei. Unabhängig davon, ob ein Fall des Art. 5 VO (EG) 1370/2007 vorliege, könne auch noch der Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zur Anwendung kommen. Daraus ergebe sich, dass die Anerkennung von Höchsttarifen im öffentlichen Personennahverkehr als solche auch Teil eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages sein könne. Eben eine solche ge-

meinwirtschaftliche Verpflichtung zur Anerkennung eines Höchsttarifs stelle die vorliegende Anerkennung von Fahrausweisen des Nahverkehrs dar.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass die Auffassung der Antragstellerin, hier würden Subventionen entgegen dem Regionalisierungsgesetz zweckentfremdet eingesetzt, keine vergaberechtlich zu prüfende Rechtsfrage wäre. Verwaltungsrechtliche und haushaltsrechtliche Erwägungen würden keinen Drittschutz entfalten. Im Übrigen sei die Mittelverwendung, so wie von den Antragsgegnern vorgesehen, auch zulässig. Zudem läge keine Wettbewerbsverfälschung oder rechtswidrige Beihilfe vor.

Abschließend beantragt die Beigeladene ihr im Rahmen des billigen Ermessens gemäß § 182 Abs. 3 GWB im Falle des Unterliegens der Antragsgegner keine Kosten aufzuerlegen, da sie selbst keine externen Rechtsanwälte für ihre eigene Rechtsverteidigung beauftragt habe, sondern sich durch Vertreter aus dem eigenen Konzern habe vertreten lasse.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 GWB bis zum 03.02.2017 verlängert. Die Parteien haben Akteneinsicht erhalten. Am 19.1.2017 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 156 Abs. 1, 159 Abs. 3 Satz 1 und 2 GWB und § 2 Abs. 2 ZustVO NpV NRW. Der für das Vergabeverfahren federführend zuständige Antragsgegner zu 1) hat seinen Sitz in [REDACTED] und damit im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen. Es handelt sich um eine länderübergreifende Beschaffung. In der Vorinformation haben die Antragsgegner die Vergabekammer Westfalen als zuständige Vergabekammer benannt. Der geschätzte Auftragswert für die geplante Laufzeit des Vertrages von fünf Jahren überschreitet den für Dienstleistungen erforderlichen Schwellenwert von 209.000 € deutlich.

Den Vergabekammern obliegt die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 155 GWB). Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge öffentlicher Auftraggeber über Dienstleistungen (§ 103 Abs. 1, Abs.4 GWB).

Der im Streit stehende öffentliche Dienstleistungsauftrag besteht nicht in der „Anerkennung von Nahverkehrstarifen im Fernverkehr“, sondern in der Beförderung von Fahrgästen mit Zügen. Die Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen ist grundsätzlich eine Dienstleistung iSv § 103 Abs. 1 und Abs. 4 GWB, es sei denn, dass eine Dienstleistungskonzession vergeben wird. Dienstleistungskonzessionen unterliegen aber gemäß § 105 GWB ebenfalls dem 4. Teil des GWB.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen liegt auch kein Fall des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 vor. Die Beigeladene weist zwar zutreffend auf die Entscheidung des EuGH, Urteil vom 27.10.2016, Rs. C-292/15 hin, wonach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007 dahingehend auszulegen ist, dass bei der Vergabe eines Auftrages für den öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen Art. 4 Abs. 7 der Verordnung auf den Auftrag anwendbar bleibt. Für den vorliegenden Fall würde somit Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 neben dem Art. 5 Abs. 1 anwendbar sein.

Allerdings übersieht die Beigeladene, dass sich die Antragsgegner mit der Bekanntmachung iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 bereits für ein wettbewerbliches Verfahren entschieden haben und damit eben nicht auf die Situation des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 abstellen. Diese würde im Übrigen auch nicht vorliegen, weil es dort nur um die Kompensation von Fahrgeldeinnahmen aufgrund von bestimmten Tarifen geht, wobei mit dem Begriff "Höchsttarife" Beförderungsentgelte gemeint sind, die für sich betrachtet zu wenig ergiebig sind, weil Besonderheiten bei den Fahrgästen zu berücksichtigen sind. Eine allgemeine Vorschrift ist gemäß Art. 2 lit. I) VO (EG) 1370/2007 eine Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geographischen Gebiet liegt, gilt. Genau das ist bei den Tarifen, die hier im Streit stehen, eben nicht der Fall. Es ist zwischen den Tarifen im Nahverkehrsbereich und im Fernverkehrsbereich zu unterscheiden.

1.2. Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, § 160 Abs. 2 S. 1 GWB.

1.2.1. Das Interesse am Auftrag ist weit auszulegen und vorliegend gegeben. Es liegt in der Regel vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Vergabeverfahren durch Abgabe eines eigenen Angebotes teilgenommen und einen Vergabeverstoß ordnungsgemäß gerügt hat (vgl. Hofmann, in: Müller-Wrede, GWB, § 160 Rn. 18 mwN). Hat die Vergabestelle einen Beschaffungsvorgang eingeleitet, führt jedoch entgegen den Vorschriften über das Vergabeverfahren ein solches nicht durch (de-facto-Vergabe), so besteht das Interesse bei jedem Unternehmen, welches sich am Verfahren hätte beteiligen können. Dazu ist es ausreichend, wenn das Unternehmen zu der in Betracht kommenden Branche gehört und damit generell dafür eingerichtet ist, Aufträge dieser Art auszuführen (Hofmann, aaO Rn 21, vgl. Möllenkamp, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Rn 50 zu § 160 GWB).

Die Antragstellerin betreibt bereits u.a. die Linie RE ■■■ und hätte sich ohne weiteres mit einem Angebot beteiligen können, wenn die Antragsgegner ein formelles Vergabeverfahren durchgeführt hätten.

Sie ist auch nicht im Falle des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 zur Vorlage eines Initiativangebots verpflichtet, welches dann in Konkurrenz zu einem "Angebot" der Beigeladenen auf Wirtschaftlichkeit überprüft werden könnte. Denn die Antragsteller-

rin streitet vielmehr hier für die Erstellung eines Konzepts zur Vergabe dieser Beförderungsleistungen durch die Antragsgegner, damit sie überhaupt die Möglichkeit erhält, ein Angebot abzugeben. Ein Antragsteller muss sein Interesse am Auftrag nicht durch die Abgabe eines Angebots dokumentieren, wenn er einen gewichtigen Vergaberechtsverstoß rügt. In einem solchen Fall wäre die Vorlage eines Angebots auch sinn- und nutzlos, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, B. vom 14.11.2012, Verg 28/12 und B. vom 12.6.2013, Verg 7/13.

Im Übrigen hat die Antragstellerin wegen der Leistungen sogar ein Nachprüfungsverfahren beantragt, so dass sich auch daraus ihr Interesse an der Erbringung der Verkehrsdienstleistungen ohne weiteres ergibt.

1.2.2 Die Antragstellerin macht auch die Verletzung in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB geltend. Es erscheint möglich, dass sie durch die behauptete Vergaberechtswidrigkeit der Direktvergabe in eigenen Rechten verletzt ist.

1.2.3. Nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB ist ferner darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Voraussetzung liegt ebenfalls vor. Bei dem Schaden handelt es sich in der Regel um den Verlust des Auftrages, um den sich der Bieter bewerben will. Der Antragsteller muss allerdings nicht im Sinne einer zwingenden Kausalität darlegen, dass ohne den beanstandeten Vergaberechtsverstoß sein eigenes Angebot hätte bezuschlagt werden müssen. An die Darlegung des Schadens werden daher keine hohen Anforderungen gestellt. Es reicht aus, wenn der Antragsteller schlüssig darlegt, dass sich seine Chancen auf Zuschlagserteilung durch den Vergaberechtsverstoß zumindest verschlechtert haben könnten. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn der Antragsteller geltend macht, durch einen Vergabefehler schon an der Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert zu sein (OLG Brandenburg, B. vom 27.3.2012 - Verg W 13/11). Diesem Erfordernis ist die Antragstellerin dadurch nachgekommen, dass sie geltend macht, sie sei durch die angekündigte Direktvergabe daran gehindert gewesen, sich erfolgreich um die Auftragsvergabe zu bewerben.

1.2.4 Entgegen der Auffassung der Antragsgegner steht der Antragsbefugnis hier nicht entgegen, dass bisher keine Vergabebekanntmachung vorliegt, sondern lediglich eine Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 über die Absicht einer Direktvergabe im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurde. Denn für die Statthafteit eines Nachprüfungsantrages ist es ausreichend, wenn das Vergabeverfahren im materiellen Sinne begonnen wurde.

Ein formelles Vergabeverfahren beginnt dann, wenn die Vergabestelle nach außen erkennbar den ersten Schritt zur Durchführung desjenigen Verfahrens in die Wege leitet, welches zu einem konkreten Vertragsabschluss führen soll. Dies ist bei europaweiten Vergabeverfahren die Absendung der Vergabebekanntmachung an das EU-Amtsblatt. Wenn aber der Auftraggeber gar keine Ausschreibung durchführt und ohne Ausschreibung mit einem Unternehmen verhandelt, so fehlt es an einem sol-

chen formellen Vergabeverfahren. Würde man den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB auf formelle Vergabeverfahren beschränken, wäre ein Rechtsschutz gegen Direktvergaben nicht möglich. Daher reicht es nach der Rechtsprechung (OLG München, B. vom 19.7.2012, Verg 8/12) aus, dass ein "Vergabeverfahren im materiellen Sinne" stattgefunden hat. Die Schwelle von der bloßen Markterkundung zum Beginn eines Vergabeverfahrens im materiellen Sinn wird dann überschritten, wenn der öffentliche Auftraggeber seinen internen Beschaffungsbeschluss objektiv erkennbar nach außen durch Maßnahmen umsetzt, welche konkret zu einem Vertragsschluss mit einem auszuwählenden Unternehmen führen sollen. Der Auftraggeber muss über das Stadium bloßer Vorstudien des Marktes oder sonstiger vorbereitender Handlungen hinausgelangt sein. Hier hatten die Antragsgegner in der Vorinformation angekündigt, den Auftrag im Wege der Direktvergabe an die Beigeladene vergeben zu wollen. Darin liegt ein organisatorischer Schritt zur Durchführung des beabsichtigten Beschaffungsvorgangs.

Bereits mit der Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 haben die Antragsgegner ein Vergabeverfahren eingeleitet und eine Entscheidung getroffen, die Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein kann. "Die Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 VO kann insoweit nicht mit einer Vorinformation (vgl. Art. 38 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG; § 15 Abs. 6 ff. EG VOL/A) verglichen werden, deren Veröffentlichung einem Beschluss des OLG Naumburg zufolge (VergabeR 2010, 209) noch nicht als Beginn eines Vergabeverfahrens angesehen werden kann. Eine Vorinformation ist freiwillig und inhaltlich unverbindlich, ihre Veröffentlichung hat lediglich eine Verkürzung der Fristen in einem sodann begonnenen Vergabeverfahren zur Folge. Demgegenüber ist die Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 zwingende Voraussetzung für eine spätere Direktvergabe" (OLG Düsseldorf 02.03.2011, VII-Verg 48/10).

Vor der Beauftragung der Beigeladenen hätte es keine weitere Bekanntmachung mehr gegeben, so dass der Antragstellerin Rechtsschutz zum jetzigen Zeitpunkt nicht verwehrt werden darf.

1.3 Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit gegenüber den Antragsgegnern mit Schreiben vom 14.11.2016 nachgekommen, obwohl ein Bieter im Falle von de-facto Vergaben eine solche Rügeobliegenheit nicht hat.

1.4 Der Antrag ist form- und fristgerecht (§§ 160 Abs. 3 Ziff. 4, 161 GWB) gestellt worden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Gemäß § 97 Abs. 6 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. Vorliegend haben die Antragsgegner gegen Vergaberecht verstoßen und die Antragstellerin ist dadurch in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

2.1. Anforderungen gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) i.V.m. Abs. 6 VgV

Aufgrund des wettbewerbsausschließenden Effekts steht ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur zur Verfügung, soweit dies durch Gesetz gestattet ist. Die von den Antragsgegnern beabsichtigte Vergabe des Auftrags "Anerkennung von Nahverkehrstarifen im Schienenpersonenverkehr" im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb an die Beigeladene ist mit der von den Antragsgegnern herangezogenen Ausnahmevorschrift des § 14 Abs. 4 Nr. 2b) VgV nicht vereinbar.

§ 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV setzt Art. 32 Abs. 2 b) der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014 um und gestattet für bestimmte Fallgestaltungen ausnahmsweise ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, unter anderem, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Diese Voraussetzungen gelten gemäß § 14 Abs. 6 VgV nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

Bereits der EuGH, Urteil vom 15.10.2009, Rs. C-275/08 hat zu der Vorgängerregelung mehrfach darauf hingewiesen, dass ein solches Verhandlungsverfahren einen Ausnahmecharakter hat und die Bestimmungen deshalb sehr eng auszulegen sind. Außerdem habe die Beweislast diejenige Partei zu tragen, die sich auf diese außergewöhnlichen Umstände berufen will. Vorliegend haben somit die Antragsgegner darzulegen und gegebenenfalls auch zu beweisen, dass eine solche Ausnahme hier vorliegt. Die Antragsgegner haben hier nicht ausreichend dargelegt, dass eine alternativlose technische Besonderheit vorliegt, die eine ausschließliche Vergabe an die Beigeladene erfordert.

2.2 Auftraggeberbestimmungsrecht

Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, dass den öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich ein Leistungsbestimmungsrecht von der Rechtsprechung eingeräumt wird. Die Frage, ob ein Auftrag aus technischen Gründen nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann, hängt entscheidend von der Festlegung des Auftragsgegenstandes ab. Lässt der Auftraggeber den Auftragsgegenstand bewusst technikoffen, weil er den Wettbewerb unterschiedlicher Systeme wünscht, werden die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV nicht vorliegen. Legt er sich hingegen auf bestimmte Funktionen, Merkmale oder Verfahren fest, kann es im Ergebnis so sein, dass nur noch ein einziges Unternehmen in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen (Kulartz, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Rn 44 zu § 14 VgV).

Grundsätzlich ist der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft oder ein Verfahren im rechtlichen Ansatz ungebunden. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung. Die Bestimmungsfreiheit

des Auftraggebers unterliegt aber den durch das Vergaberecht gezogenen Grenzen. Diese Grenzen sind eingehalten, sofern

- die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen wurde
- solche Gründe tatsächlich vorhanden sind (festzustellen und notfalls erwiesen)
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (OLG Düsseldorf, B. vom 22.5.2013, VII Verg 1_12; OLG Düsseldorf, 14.9.2016, Verg 1/16).

Die Festlegung des Beschaffungsbedarfs darf allerdings nicht gleichsam einen "Kunstgriff" darstellen, durch den eine technische Besonderheit erzeugt wird, die eine Auftragsvergabe ausschließlich an ein ganz bestimmtes Unternehmen gebietet (OLG Düsseldorf, B. vom 11.12.2013, VII Verg 25/13). Diese Rechtsprechung hat im neuen Vergaberecht ihren Niederschlag in § 14 Abs. 6 VgV gefunden. Die Bestimmung des Auftragsgegenstandes steht somit in einem Spannungsverhältnis zu der Regelung in § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV und muss im Lichte dieser Ausnahmegvorschrift ausgelegt werden, wobei auch die Vorgaben aus der Richtlinie 2014/24/EU miteinbezogen werden müssen. Demzufolge reicht es nicht, dass lediglich nachvollziehbare sachliche Gründe vorliegen, die die Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers in Bezug auf den Inhalt der Leistungen rechtfertigen. Vielmehr muss insbesondere darüber hinaus zusätzlich berücksichtigt werden, ob die Vorgaben aus § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV erfüllt sind, soweit der Auftraggeber so enge Auftragsvergabeparameter festlegt, das kein Wettbewerb mehr stattfinden kann.

2.3 Verstoß gegen § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV

Gemäß § 14 Abs. 4 Abs. 2 b) VgV kann ein öffentlicher Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereit gestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist.

Diese Vorschrift ist dem Art. 32 Abs. 2 lit b) Richtlinie 2014/24/EU nachgebildet. Danach darf - damit ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung möglich ist - die Dienstleistung nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer erbracht werden können, weil ein nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen Gründen vorliegt. Die Ausnahmen gelten nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Der Gesetzgeber hat somit die Anforderungen an die Ausnahme von der Ausschreibung sehr hoch angesetzt.

Dies ergibt sich auch aus dem Erwägungsgrund 50. Gemäß Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014 sollten angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer

Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen. Die Ausnahme sollte auf Fälle beschränkt bleiben, in denen von Anfang an klar ist, dass eine Veröffentlichung nicht zu mehr Wettbewerb oder besseren Beschaffungsergebnissen führen würde, nicht zuletzt weil objektiv nur ein einziger Wirtschaftsteilnehmer in der Lage ist, den Auftrag auszuführen. Ist die Ausschließlichkeitssituation auf technische Gründe zurückzuführen, so sollten diese im Einzelfall genau beschrieben und nachgewiesen werden.[...] Technische Gründe können auch zurückzuführen sein auf konkrete Anforderungen an die Interoperabilität, die erfüllt sein müssen, um das Funktionieren der zu beschaffenden Dienstleistungen zu gewährleisten. ■

Der Auftraggeber trägt für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes die materielle Beweislast. Kann er dessen Voraussetzungen nicht darlegen, geht das zu seinen Lasten (Begründung der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung BR-DRS 87/16 S. 169; OLG Düsseldorf, B. vom 13.4.2016, VII Verg 46/15).

Die Bestimmungen zielen somit darauf ab, ob es ein Unternehmen gibt, das eine bestimmte Monopolstellung hat, wodurch ein Wettbewerb aus technischen Gründen eben nicht möglich ist, weil andere Unternehmen über diese technischen Besonderheiten nicht verfügen. So meinte das OLG Karlsruhe, dass nur ein einziges Unternehmen in der Lage sein darf, den Auftrag durchzuführen; das Unternehmen muss gleichsam Monopolist für die Erbringung der nachgefragten Leistung sein. Nur ein bestimmter Lieferant darf also in technischer Hinsicht die zur Auftragsausführung erforderliche besondere Befähigung oder die geeignete Ausstattung besitzen. (OLG Karlsruhe, B. vom 21.7.2010, 15 Verg 6/10; VK Südbayern, 24.7.2014, Z3-3-3194-1-22-05/14).

In dem Fall, in dem es generell auch noch andere Unternehmen gibt, welche die Leistung grundsätzlich anbieten, fehlt es an dieser Voraussetzung, wobei es nicht darauf ankommt, dass diese anderen Unternehmen zum gegenwärtigen tatsächlich lieferfähig sind. (3. VK Bund, B. v. 24.07.2013 - Az.: VK 3 - 62/13; B. v. 24.07.2013 - Az.: VK 3 - 59/13; B. v. 22.07.2013 - Az.: VK 3 - 56/13; im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, B. v. 18.12.2013 - Az.: VII-Verg 24/13; B. v. 18.12.2013 - Az.: VII-Verg 21/13; B. v. 11.12.2013 - Az.: VII-Verg 25/13).

2.3.1 Ausgehend von diesen Bestimmungen erfüllen die Antragsgegner vorliegend diese Anforderungen nicht. Denn sie haben nicht hinreichend dargelegt, dass gerade technische Gründe gegen einen Wettbewerb sprechen, sondern es sind vielmehr die Rahmenbedingungen oder auch die Auftragsvergabeparameter, die so gewählt wurden, dass ein Wettbewerb nicht ermöglicht wird.

Technische Gründe lägen beispielsweise vor, wenn die Nutzung der Trassen nur durch ein bestimmtes Unternehmen möglich wäre, also beispielsweise durch die Beigeladene, die diesbezüglich ein Monopol hätte und damit andere Unternehmen von der Durchführung solcher Leistungen ausschließen könnte. Genau das ist hier aber nicht der Fall, weil die Trassen von allen Unternehmen genutzt werden können. Die-

se werden durch entsprechende Vereinbarungen von der DB Netz AG zugewiesen, wobei das nicht nur für die Beigeladene gilt. Auch dass die Beigeladene vorrangig ein Nutzungsrecht hat, macht sie nicht zu einem Monopolisten. Vielmehr haben auch die anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen die Möglichkeit, solche Personenbeförderungsleistungen auf den Schienen anzubieten, wenn sie die Trassen "zugewiesen" bekommen haben.

Die Antragsgegner und die Beigeladene verweisen hingegen auf die Rahmenbedingungen, die aus ihrer Sicht zu einer "Monopolstellung" der Beigeladenen in Bezug auf die konkret nachgefragten Leistungen führen würden. Solche Rahmenbedingungen können aber nur dann als Grund iSv § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV iVm Art. 32 Abs. 2 lit. 2 b) RL 2014/24/EU akzeptiert werden, wenn es keine vernünftige Alternativen gibt und auch im Übrigen nicht der Eindruck entsteht, dass hier künstlich bestimmte Auftragsparameter bestimmt wurden, um gezielt nur ein Unternehmen beauftragen zu können. Der wesentliche Gesichtspunkt ist somit, ob der öffentliche Auftraggeber eigentlich erst durch die Vorgabe seiner Rahmenbedingungen bzw. Nennung der Auftragsvergabeparameter ein bestimmtes Unternehmen zu einem Monopolisten macht. Genau das lässt sich mit § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV nicht rechtfertigen und insofern reichen auch die von den Antragsgegnern vorgetragenen Begründungen hier nicht aus.

2.3.2 Die Antragsgegner tragen vor, dass sie einerseits ab Sommer [REDACTED] einen neuen Tarif, und zwar den sogenannten [REDACTED] Tarif, einführen wollen und sie aufgrund dessen ein erhöhtes Fahrgastaufkommen annehmen. Das lässt sich jedenfalls aus dem Umstand herleiten, dass die zurzeit noch vorhandenen Taktlücken auf der hier im Streit stehenden Linie zwischen [REDACTED] und [REDACTED] durch ein weiteres „Angebot“ geschlossen werden sollen. Die Antragsgegner wollen dafür die Nutzung des Fernverkehrs durch Nahverkehrskunden ermöglichen. Gleichzeitig tragen sie vor, dass nur durch die Nutzung dieser Taktlage die Anschlusszüge aus dem ITF-Anschlüssen erreicht werden könnten, so dass sie zwingend in dieser Taktlage fahren müssten.

Daraus lässt sich zunächst herleiten, dass sich der Beschaffungsbedarf der Antragsgegner nicht nur auf die Nutzung der „Taktlücken“ reduziert, sondern sie sehr wohl von einem Mehrbedarf ausgehen, der in geeigneter Weise aufgefangen werden muss.

Diesbezüglich kann man natürlich zunächst mal an die Einbindung des Fernverkehrs denken – zumal auch die Anbindung an die ITF-Anschlüsse für wesentlich gehalten wird.

Allerdings ist die so vorgenommene Einengung des Wettbewerbs nach den gesetzlichen Vorgaben nicht ohne weiteres zulässig. Vielmehr darf der öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergabeparameter selbst nicht so festlegen, dass der Auftrag nur von einem Unternehmen erbracht werden kann. Diese Möglichkeit hätte der Auftrag-

geber nur, wenn die Beigeladene ein Monopolist hinsichtlich der Infrastruktur wäre, was aber eben nicht mehr der Fall ist.

Mithin muss ein öffentlicher Auftraggeber andere Möglichkeiten als Alternativen überlegen, um den Wettbewerb zu ermöglichen. Erst wenn sachlich nachvollziehbar erkennbar ist, dass es keine Alternativlösung für die Festlegung auf einen Vertragspartner gibt, ermöglicht § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.

2.3.3 Die Antragsgegner haben aber weder in ihrer Vergabedokumentation noch im Nachprüfungsverfahren hinreichend darlegen können, dass es diese Alternativlösungen nicht gibt. Allein die technischen Möglichkeiten würden den Wettbewerb ermöglichen; es sind die Vorstellungen der Antragsgegner, die dem entgegenstehen. Diese Vorgaben sind aber für sich genommen hier nicht ausreichend.

Die Antragsgegner können sich zunächst nicht darauf berufen, dass es nur um die konkrete „Taktlage“ geht. Denn damit würde die Einführung des [REDACTED] Tarifs nicht berücksichtigt. Die Antragsgegner haben vor diesem Hintergrund nicht hinterfragt, ob die zu erwartende erhöhte Nachfrage nicht auch durch das Angebot von mehr Beförderungsleistungen zu anderen Zeiten, also außerhalb dieser Taktlage, möglich gewesen wäre. Nach der Rechtsprechung des EuGH, a.a.O, muss ein Auftraggeber besondere Nachforschungen betreiben, um zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Auftrag nicht doch eventuell im Wettbewerb vergeben werden kann.

Dann haben die Antragsgegner sich als Hauptargument auf das Erreichen der Anschlüsse nach dem ITF System berufen. Diesbezüglich ergibt sich aus dem Vortrag der Antragstellerin, dass die Einhaltung der bisherigen Anschlusszüge durchaus zu 60 bzw. 75% möglich ist, wenn ein Zug 4 Minuten vor oder nach dem IC [REDACTED] fahren würde. Ob dies tatsächlich so ist und auch noch die Besonderheiten in [REDACTED] berücksichtigt werden, lässt die Kammer hier ausdrücklich dahingestellt. Aber man kann zumindest davon ausgehen, dass vielleicht die Hälfte der Anschlussverbindungen auch dann noch erreicht wird, wenn man geringfügig von der jetzigen Taktlage abweichen würde.

Darüber hinaus zeichnen sich aber Alternativlösungen dadurch aus, dass eben auch Kompromisse in Kauf genommen werden müssen. Man kann somit nicht alle Vorstellungen, die man als öffentlicher Auftraggeber hat, ohne Abweichungen umsetzen, und dabei auch noch die Bestimmungen des Vergaberechts einhalten.

Wenn man sich die diesbezüglichen Argumente der Antragsgegner im Detail ansieht, dann reichen die hier nicht, um den engen Ausnahmetatbestand zu erfüllen.

Die Alternative 1, die Nutzung der vom IC [REDACTED] derzeit genutzten Taktlage, wird unter Hinweis darauf, diese sei aus rechtlichen Gründen "besetzt", verworfen. Hierbei handelt es sich aber um rechtliche und nicht um technische Gründe. Diese Rechte resul-

tieren aus vertraglichen Beziehungen zur DB Netz AG und sind auch nicht solche ausschließlicher Art, die den Ausnahmetatbestand des § 14 Abs. 2 c) erfüllen.

Die in der von den Antragsgegnern ausgeführte Variante 2 legt dar, wie sich durch eine 4-5-minütige Taktverschiebung die Umsteigezeiten konkret verändern. Es fehlt aber eine Auseinandersetzung mit der Frage, welche Auswirkungen diese geänderten Zeiten auf die Kunden tatsächlich haben würden. Es ist anscheinend nicht geprüft worden, wie viele Fahrgäste diese Anschlusszüge denn tatsächlich nutzen. Da es sich ja um Nahverkehrsleistungen handelt, ist davon auszugehen, dass es einen nicht unerheblichen Anteil von Fahrgästen gibt, ■ nur zwischen Wohnort und Arbeitsort pendeln, ohne Anschlusszüge zu nutzen. Es fehlt auch eine Darstellung, ob es Verbindungen gibt, die sich durch geänderte Abfahrtszeiten verbessern. Es wird auch nicht überprüft, welche zeitlichen Verschiebungen hinsichtlich der Anschlusszüge tatsächlich eintreten werden, also wie lange müsste ein Fahrgast an einem bestimmten Knotenpunkt warten, wenn er ca. 10 Minuten später oder früher als bisher dort ankommt.

Dasselbe gilt für die von den Antragsgegnern dargelegte Alternative 3, wonach das Angebot in einer Taktlage ohne Überschneidung mit dem IC ■, nicht möglich sei, zumal die RE ■ in die Gesamtplanung des ■ Modells eingebunden sei. Auch dieses Argument betrifft lediglich die organisatorischen Vereinbarungen, die auch abgeändert werden könnten. Die Antragsgegner hätten die Möglichkeit, verkehrlich abweichende Lösungen zu entwickeln. Im Übrigen müsste es sich nicht um die Linie RE ■ handeln, sondern diesbezüglich ist noch offen, ob auch eine andere Verbindung fahrplantechnisch erarbeitet wird, die dann nach dem 4. Teil des GWB in den Wettbewerb gestellt werden könnte.

Auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Beigeladenen, die die Schwierigkeiten der Trassenbelegung vor allem im Bahnhof ■ rund um die Taktlage des IC ■ beschreibt, hätte es zumindest einer näheren Prüfung bedurft, ob nicht die Ausschreibung zusätzlicher Nahverkehrsleistungen in einem Abstand von 10 Minuten zum bisherigen Takt mit dem Gesamtgefüge kompatibel gewesen wäre. Auch die wiederholten Nachfragen der Beigeladenen bei der DB Netz AG beziehen sich immer auf die konkreten hier im Streit stehenden „Taktlücken“, aber nicht auf die Möglichkeit anderer Taktlagen. Das wäre im Übrigen aber auch nicht Aufgabe der Beigeladenen, sondern der Vergabestelle. Ein solches Abweichen vom ITF ist nach dem unbestrittenen Vortrag der Antragstellerin zudem durchaus üblich und wird auch von den Antragsgegnern zu Stark - bzw. Schwachlastzeiten offensichtlich praktiziert.

Auch die Ausführungen im Vergabevermerk dazu, dass bei Einrichtung einer neuen, weiteren Fahrt vor oder hinter der Linie IC ■ diese in direkter Abhängigkeit zur Fahrt des IC ■ erfolge, so dass eine Störung der Fahrt A sich unmittelbar auf die Fahrt B auswirke, sind nicht geeignet, die Ausschließlichkeitsstellung der Beigeladenen zu begründen. Denn auch dann, wenn die Takterhöhung durch Öffnung der Fernverkehrszüge für die Nahverkehrstickets realisiert würde, wären die Nahverkehrskunden von einer etwaigen Verspätung des IC - unmittelbar - betroffen.

Auch der von den Antragsgegnern herangezogene Aspekt schlechterer Merkbarkeit im Falle einer abweichenden Taktlage für den Fall, dass zusätzliche RE ■- Züge eingesetzt würden, trägt nicht. Denn auch im Falle der beabsichtigten Direktvergabe an die Beigeladene wäre es so, dass die Fahrgäste sich unterschiedliche Abfahrtszeiten merken müssten. Nach dem aktuellen Fahrplan ist nämlich für den Bahnhof ■ für den RE ■ jeweils 07 als Abfahrtszeit angegeben, für die IC ■ jeweils 08.

Das von den Antragsgegnern herangezogene Argument fehlender Kapazitäten im Bahnhof ■ bei Abweichung von der Taktlage bleibt im Bereich einer bloßen pauschalen Behauptung und wird nicht konkretisiert. Insoweit wurden auch keine Untersuchungen angestellt, welche verkehrlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten tatsächlich noch bestehen. Dafür müsste man auch erst mal eine Alternative ins Auge fassen, die man dann mit den infrastrukturellen Vorgaben abgleichen müsste.

Die Überprüfung dieser Möglichkeiten liegt grundsätzlich im Verantwortungsbereich der Antragsgegner. Sie sind dazu verpflichtet, den Fahrplan und die Nutzung der Trassen aufeinander abzustimmen und den interessierten Bietern dies im Rahmen einer Ausschreibung vorzugeben. Eine solche Überprüfung haben die Antragsgegner hier nicht durchgeführt und die Gesichtspunkte, die die Antragsgegner hier als sachliche Gründe für die Verengung des Wettbewerbs auf die genau vorbestimmte Taktlage angeführt haben, tragen nicht.

Das von den Antragsgegnern angestrebte Ziel – die Nutzung des Fernverkehrs mit Nahverkehrstarifen – würde dann immer einen Rechtfertigungsgrund für eine de-facto Vergabe an denjenigen bedeuten, der den Fernverkehr betreibt. Das allein kann somit nicht ausreichen und damit die vorgesehene Verengung des Wettbewerbs sachlich rechtfertigen.

Im Ergebnis liegen die Anforderungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV hier nicht vor und auch die Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der zu beschaffenden Leistungen rechtfertigt die geplante Direktvergabe an die Beigeladene nicht.

2.4 Keine Doppelausschreibung

Der von der Antragstellerin erhobene Vorwurf einer Doppelausschreibung trifft jedoch nicht zu, denn hier liegt keine Doppelausschreibung vor. Eine solche betrifft nur Fälle, in denen zwei Mal derselbe Leistungsgegenstand vergeben werden soll. "Bei Beachtung der Einheit von beabsichtigter Leistungsvergabe/Leistungsgegenstand und Vergabeverfahren ist eine doppelte Ausschreibung zum gleichen Leistungsgegenstand nicht zulässig, da bereits mit Ausschreibungsbeginn feststehen würde, dass zu einem der beiden Vergabeverfahren die zu vergebende Leistung fehlt (dieselbe Leistung kann nicht zweimal vergeben werden)", Weyand, Rn 44 zu § 2 VOL/A.

Daran fehlt es hier. Der abzuschließende neue Vertrag hätte einen anderen Vertragsgegenstand, nämlich die Erbringung bestimmter Beförderungsleistungen an-

hand eines bestimmten Fahrplans in den bisherigen Taktlücken des RE ■■■, der den an die Antragstellerin vergebenen ■■■■Vorlaufbetrieb-Vertrag anhand anderer Fahrplanzeiten unberührt lässt.

Ein Vertragsschluss im Rahmen der angekündigten Direktvergabe mit der Beigela-denen hätte auch auf die Angebotskalkulation der Antragstellerin für den von ihr auf derselben Strecke betriebenen RE ■■■ keinen Auswirkungen. Antragsgegner und An-tragstellerin hatten insoweit einen Bruttovertrag geschlossen. Das bedeutet, dass die Antragstellerin ein festes Entgelt für ihre Beförderungsleistungen erhält, unabhängig von der tatsächlichen Fahrgastzahl. Im Übrigen ■■■■nießt die Antragstellerin darüber hinaus aber keinen Schutz vor weiterem Wettbewerb, d.h. das Anbieten weiterer Vergünstigungen für die Fahrgäste muss die Antragstellerin hinnehmen. Das gilt auch, wenn sie dadurch möglicherweise die mit dem ■■■■Vorlaufbetrieb angestrebte Steigerung der Reisendenkilometer nicht erreichen kann. Insoweit ist auch der Vor-trag der Antragstellerin, durch den höheren Reisekomfort in Fernverkehrszügen sei eine Fahrgastabwanderung auf die Linie IC ■■■ zu befürchten, ohne Belang.

2.5 Zweckentfremdung von Subventionen

Ebenso trifft der Vorwurf nicht zu, die Antragsgegner hätten ihr Leistungsbestim-mungsrecht deshalb unsachgemäß ausgeübt, weil sie Subventionen zweckentfrem-det hätten.

Zum einen erlangen haushaltsrechtliche Vorschriften erst dann Geltung nach außen, wenn sie in einen Vertrag einbezogen worden sind. Anderenfalls handelt es sich um rein internes Verwaltungsrecht (2. VK Bund, B. vom 20.1.2016, VK 2-137/15). Dieses ist einer Überprüfung im Vergabenachprüfungsverfahren nicht zugänglich.

Zum anderen liegt hier keine Zweckentfremdung vor, da die Mittelzuwendung im funktionalen Sinne zu verstehen ist. Gemäß § 5 des Gesetzes zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (RegG) stehen den Ländern für den öffentli-chen Personennahverkehr aus dem Steueraufkommen des Bundes nach Maßgabe der folgenden Vorschriften für jedes Jahr ein Betrag zu, wobei gemäß § 6 RegG in erster Linie der Schienenpersonennahverkehr zu finanzieren ist. Öffentlicher Perso-nennahverkehr wird in § 2 RegG definiert als allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Dies ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle die gesamte Rei-seweite 50 km oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.

Sollten die - mit Bundesmitteln nach dem RegG subventionierten - Nahverkehrsti-ckets auch in ICs anerkannt werden, so läge zumindest dann keine Zweckentfrem-dung vor, wenn - wie hier - die Anerkennung auf ausdrücklich ausgewiesenen Stre-ckenabschnitten des Nahverkehrs erfolgt, die die vorgenannten Anforderungen an Höchstkilometerzahl und Reisezeit erfüllen. Denn auch auf diesem Wege wird die Aufgabe der Daseinsvorsorge, die Bevölkerung mit Verkehrsdienstleistungen im Nahverkehr zu versorgen (§ 1 RegG), erfüllt.

III.

Die Antragstellerin ist durch das Unterlassen eines gebotenen EU-weiten Verfahrens gemäß § 168 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt. Denn sie erbringt bereits jetzt vergleichbare Leistungen für die Antragsgegner, so dass sie im Falle einer Ausschreibung sich bewerben würde und das Unterlassen dieser Ausschreibung ihr die Chancen auf Erhalt eines solchen Auftrages nimmt.

Sofern die Antragsgegner an ihrer Beschaffungsabsicht der Leistungen im SPNV festhalten, sind sie verpflichtet, diese im Wege eines formellen europaweiten Vergabeverfahrens unter Anwendung des GWB auszu-schreiben. Aus § 131 Abs. 1 GWB ergibt sich, dass die Leistungen im Eisenbahnverkehr dem 4. Teil des GWB unterliegen, wobei allerdings die Aufgabenträger hinsichtlich der Wahl der Verfahrensart mehr Wahlmöglichkeiten haben. Gemäß § 131 Abs. 1 Satz 2 GWB ist allerdings ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb als Verfahrensart nur zulässig, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes (GWB) gestattet ist. Wie bereits ausgeführt, steht vorliegend § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV iVm § 113 Nr. 2 GWB dieser geplanten de-facto Vergabe entgegen.

IV.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 GWB).

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. [REDACTED] Euro für die gesamte Vertragslaufzeit beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder [REDACTED] Euro. Die Antragsgegner sind hier nicht gebührenpflichtig. Denn sie sind als Zweckverbände, die Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge erfüllen, Körperschaften des öffentlichen Rechts und den Gemeindeverbänden gleichgestellt (§ 5 Abs. 2 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit NRW) und damit gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB iVm § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG des Bundes von den Gebühren befreit.

Kostenschuldner ist gemäß § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB der Beteiligte, der im Verfahren unterliegt. Da die Beigeladene gemäß § 162 Satz 1 GWB ebenfalls Beteiligte am Verfahren ist, muss entschieden werden, ob es der Billigkeit entspricht (§ 182 Abs. 3 Satz 5 GWB), die Beigeladene an der Kostentragung zu beteiligen.

Hat sich der Beigeladene durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt, entspricht es der Billigkeit, den Beigeladenen im Unterliegensfalle an der Tragung der Kosten zu beteiligen (Thiele, in: Kurlatz/Kus/Portz/Prieß, Rn 38 zu § 182 GWB; OLG Düsseldorf, B. vom 23.6.2014, VII-Verg 41/13). Hier hat die Beigeladene umfangreich vorgetragen und sich intensiv in das Verfahren eingebracht. Es entspricht daher der Billigkeit, die Beigeladene an den

Kosten zu beteiligen, wobei dies auch unabhängig davon gilt, ob ein Antrag gestellt wurde.

Die Kosten der Vergabekammer sind gemäß § 182 Abs. 3 Satz 2 GWB von den Antragsgegnern und der Beigeladenen gesamtschuldnerisch zu tragen, wobei die Antragsgegner gebührenbefreit sind. Die Kammer wird deshalb lediglich von der Beigeladenen die Kosten einfordern, wobei diese auf die Hälfte des Betrages in Höhe von [REDACTED] festgesetzt werden.

Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, § 182 Abs. 4 GWB. Hier war die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Verteidigung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig. Da die Antragsgegner und die Beigeladene unterliegen, haben sie die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu tragen.

Für die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen werden den Antragsgegnern zur Hälfte und der Beigeladenen ebenfalls zur Hälfte auferlegt (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 ZPO), da sich beide in etwa in gleichem Umfang am Verfahren beteiligt haben. Dem Antrag der Beigeladenen, ihr im Falle des Unterliegens keine Kosten aufzuerlegen, da sie selbst keine externen Rechtsanwälte beauftragt habe, kann nicht entsprochen werden. Denn die Frage der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war hier aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie zu entscheiden, unabhängig davon, ob die Beigeladene einen Rechtsanwalt hinzugezogen hat oder nicht.

Rechtsmittelbelehrung

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

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der 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.

Diemon-Wies

■ Trottenburg