



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 2 Verg 5/12 vom 06.12.2012

AZ: 1 VK LSA 38/11

Halle, 11.05.2012

§ 101b Abs. 2 Satz 2 GWB, § 108 Abs. 2, § 109 GWB

§ 62 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 64 VwGO

- Stellen eines Nachprüfungsantrages gegen einen Auftraggeber, obwohl mehrere Auftraggeber
- andere Auftraggeber nicht beiladungsfähig nach § 109 GWB
- Verfristung der subjektiven Antragserweiterung
- Streitgenossenschaft

Bei einer einheitlich handelnden Auftraggebermehrheit müssen immer dann alle Auftraggeber zu Antragsgegnern des Nachprüfungsantrages gemacht werden, wenn die beabsichtigte Vergabe der gesamten Leistung angegriffen wird und diese Leistung materiell-rechtlich als unteilbar gelten muss. Diese sind gemäß § 108 Abs. 2 GWB vollständig zu bezeichnen.

Die falsche Bezeichnung der Antragsgegnerseite kann nur von Amts wegen korrigiert werden, wenn diese unvermeidbar und als Falschbezeichnung auch erkennbar war und wenn es der eindeutig geäußerte Wille des Antragstellers ist.

Bezüglich der subjektiven Antragserweiterung kann die Unwirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrages nach § 101b Abs. 2 Satz 1 Absatz 1 nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstöß, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht wird.

Die Grundsätze des Prozessrechtes über sogenannte notwendige Streitgenossenschaft nach § 64 VwGO bzw. § 62 Abs. 1 ZPO sind auch im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer entsprechend anwendbar.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....Rechtsanwälte

.....

gegen

das

vertreten durch

das
.....

Antragsgegner zu 1)

die
.....

Antragsgegnerin zu 2)

den
.....

Antragsgegner zu 3)

das
vertreten durch das
.....

Antragsgegner zu 4)

sämtlich vertreten durch die
.....

unter Beiladung der

..... AG
.....

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte
.....
Rechtsanwälte

wegen

der gerügten Vergabeverstöße bezüglich der Freihändigen Vergabe von Schienenpersonen-nahverkehrsleistungen (SPNV-Leistungen) im Elektronetz Nord Sachsen-Anhalt (ENORM), Dienstleistungskategorie Nr. 18: Eisenbahnverkehr, hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt €.
4. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner zu 1) bis 4) sowie der Beigeladenen zu tragen.

5. Die Hinzuziehung des anwaltlichen Vertreters der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Am 02.10.2010 wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (EG) die beabsichtigte Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (VO) EG 1370/2007 betreffend der Erbringung von Leistungen des SPNV auf den Linien:

S 11 Schönebeck-Salzelmen-Magdeburg-Zielitz,
S 12 Schönebeck-Salzelmen-Magdeburg-Stendal-Wittenberge,
S 20 Braunschweig-Magdeburg-Burg-Genthin,
RB 29 Stendal-Salzwedel-Uelzen,
RB 43 Magdeburg-Köthen-Halle und
RB 20 Magdeburg-Stendal-Salzwedel-Uelzen/Wittenberge

veröffentlicht. In dieser wurde unter der Rubrik I. Name und Adresse des Auftraggebers zuerst der Antragsgegner zu 1) genannt. Darunter ist vermerkt, dass neben dem Antragsgegner zu 1) für die jeweils im Zuständigkeitsbereich liegenden Streckenabschnitte die Antragsgegner zu 2), zu 3) und zu 4) Auftraggeber sind. Außerdem ist ausweislich Ziffer IV. dargelegt, dass mit dieser Veröffentlichung gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 die Namen und Anschriften der zuständigen Behörden, die Art des geplanten Vergabeverfahrens und die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete bekanntgemacht werden.

Die darauffolgende Auftragsvergabe vom 30.11.2011 an die Beigeladene wurde wiederum im Amtsblatt der EG am 02.12.2011 betreffend vorgenannter SPNV-Leistungen im nunmehr bezeichneten Elektronetz Nord Sachsen-Anhalt für den Zeitraum von Dezember 2013 bis Dezember 2028 bekannt gegeben. Nachfolgende Formulierungen finden sich in der Bekanntmachung:

- Ziffer I. 1) Name, Adresse und Kontaktstelle des öffentlichen Auftraggebers ist Antragsgegner zu 1)
- Ziffer I. 2) Art des öffentlichen Auftraggebers: Regional- oder Lokalbehörde
- Ziffer I. 4) Der öffentliche Auftraggeber beschafft im Auftrag anderer öffentlicher Auftraggeber: nein
- Ziffer V. 1) Tag der Zuschlagsentscheidung: 30.11.2011
- Ziffer V. 2) Anzahl der eingegangenen Angebote: 1
- Ziffer VI. 2) zusätzliche Angaben: 1. zu Abschnitt I. Öffentlicher Auftraggeber sind neben dem LSA für die jeweils im Zuständigkeitsbereich liegende Streckenabschnitte die Antragsgegner zu 2), zu 3) und zu 4). 2. Es wurde eine Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A durchgeführt.

In Folge dessen ließ die Antragstellerin mittels per Fax eingegangenen anwaltlichen Schriftsatzes vom 30.12.2011 gegenüber dem Antragsgegner zu 1) die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich des Leistungsteils S 20 Braunschweig-Magdeburg-Burg-Genthin bzw. der Gesamtheit der vergebenen Leistungen beantragen. Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner zu 1) noch am selben Tage zugesandt worden.

Die diesbezügliche Erwiderung des Antragsgegners zu 1) vom 10.01.2012 wurde der Antragstellerin per Fax am 18.01.2012 zur Kenntnis und der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt. Mittels Fax-Schreiben vom 25.01.2012 wurde die Antragstellerin durch die Vergabekammer unter Bezugnahme auf das Schreiben des Antragsgegners zu 1) vom 10.01.2012 aufgefordert, bis zum 27.01.2012 eine Stellungnahme zu den unter Punkt II. aufgeführten Aspekten, insbesondere zur Problematik der Mitauftraggeber für die verfahrensgerechte

genständlichen Leistungen, abzugeben. Aufgrund der antragstellerseitigen Fristverlängerung erreichte der Schriftsatz der Antragstellerin die Vergabekammer am 30.01.2012. Mit weiterem Schriftsatz vom 10.02.2012 wurde nunmehr der Nachprüfungsantrag auch gegenüber den Antragsgegnern zu 2) bis 4) erweitert. Anschließend übersandte die Vergabekammer mit Schreiben vom 13.02.2012 an die Antragsgegner zu 2) bis 4) den Nachprüfungsantrag einschließlich sämtlichen bisherigen Schriftverkehrs. Auf Nachfrage teilten diese mit, dass sie sich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durch den Antragsgegner zu 1) vertreten lassen und sich dessen bisherigen und künftigen Ausführungen zu Eigen machen.

Ausweislich des durch die Antragsgegner übergebenen Prüfvermerkes vom 05.10.2011 liegen 88 % der rund 6,3 Mio. Zugkilometer (Zugkm) pro Jahr im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners zu 1). In Sachsen-Anhalt ist für die Leistungen des ENORM derzeit der Verkehrsvertrag ab 01.01.2003 zwischen dem Antragsgegner zu 1) und der Beigeladenen vom 03.03.2003 in der Fassung des Ergänzungsvertrages vom 06.08.2008 maßgeblich. Danach sind die Leistungen des ENORM zugunsten der Beigeladenen bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2017 gebunden.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei. Der in Rede stehende Vertrag unterliege dem Vergaberecht der §§ 97 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Weder § 15 Abs. 2 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) noch die Verordnung der EG Nr. 1370/2007 stünden dem entgegen. Ausweislich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 08.02.2011, Az: X ZB 4/10, schließe § 15 Abs. 2 AEG die Anwendbarkeit des Vierten Teil des GWB nicht aus. Auch sei der Anwendungsbereich des GWB eröffnet, da es sich vorliegend nicht um eine Dienstleistungskonzession, sondern um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handle. Zudem würden die Antragsgegner die Direktvergabe des Vertrages nicht unter Hinweis auf § 4 Abs. 3 Nr. 2 Vergabeverordnung (VgV) rechtfertigen können. Denn die Voraussetzungen für eine Freihändige Vergabe der SPNV-Leistungen seien vorliegend nicht erfüllt. Weder sei im Vertrag vorgesehen, dass ein wesentlicher Teil der Leistungen während der Vertragslaufzeit auslaufe oder anschließend im Wettbewerb vergeben werde, noch betrage die Laufzeit abweichend von § 4 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 VgV nicht maximal 12, sondern 15 Jahre. Schließlich seien keine Modalitäten über das Auslaufen des Vertrages öffentlich bekannt gemacht worden. Hinzu komme, dass nur eine einmalige freihändige Vergabe erlaubt sei, eine Kettenvergabe hingegen nicht. Da bereits der frühere Vertrag von 2003 zwischen den Vertragspartnern über einen Auftragswert von über 2 Mrd. € ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens geschlossen worden sei, komme eine erneute freihändige Vergabe nicht in Betracht. Die Laufzeit des Vertrages reiche offenbar bis Ende 2013, so dass im Anschluss daran der Vertrag vom 30.11.2011 gelten solle. Damit werde effektiver Wettbewerb um Leistungen des SPNV in Sachsen-Anhalt langfristig ausgeschlossen.

Zudem sei der Hauptantrag auch nicht unstatthaft, weil dieser nur auf die Unwirksamkeit des Vertrages hinsichtlich des Leistungsteils Linie S 20 gerichtet ist. Streitgegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei nicht die Wirksamkeit des Vertrages, sondern ein konkretes Fehlverhalten des öffentlichen Auftraggebers, welches gegen Vergaberecht verstoße. Die konkrete Entscheidung über die Freihändige Vergabe dieses Auftrages könne ohne Weiteres Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Daher sei die verfahrensrechtliche Frage nach der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrages zu bejahen. Davon zu trennen sei die materiellrechtliche Frage, welche Rechtsfolgen sich durch den Verstoß ergeben würden. Es möge im Hinblick auf § 139 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) problematisch sein, ob der Vertrag nur im Verhältnis auf die in Sachsen-Anhalt liegenden Teilstrecken der einzelnen Linien oder aber insgesamt nichtig sei. An der Statthaftigkeit des Antrages ändere das aber nichts. Die Zulässigkeit des beschränkten Hauptantrages auf die Linie S 20 folge ohne Weiteres aus dem Beschluss des BGH vom 08.02.2011.

Auch sei der Nachprüfungsantrag gegen die Antragsgegner zu 2) bis 4) nicht präkludiert. Es sei für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages ohne Bedeutung, ab wann die Antragstellerin Kenntnis von dem Vertragsschluss hatte und ab wann angeblich von einem schuldhaft-

ten Verschließen gesprochen werden könne. Der einschlägige Artikel 2f Abs. 1a) der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG stelle für den Beginn der Präklusionsfrist von 30 Kalendertagen nicht auf die Kenntnis des Antragstellers vom Vergaberechtsverstoß ab, sondern allein auf die Veröffentlichung einer Bekanntmachung durch den Auftraggeber. Danach läuft die Präklusionsfrist nur dann, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe veröffentlicht habe und die Entscheidung, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, in dieser Bekanntmachung begründet werde. Von der durch Art. 2f) Abs. 1 RL 89/665/EWG eröffneten Möglichkeit, auf nationaler Ebene Präklusionsvorschriften vorzusehen, habe der deutsche Gesetzgeber in § 101b Abs. 2 GWB Gebrauch gemacht. Von den unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 2f Abs. 1a) weiche § 101b Abs. 2 GWB dahingehend ab, dass Satz 1, 1. Hs. eine Präklusionsfrist von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes vorsehe und in der EU-RL allein auf die veröffentlichte Bekanntmachung abgestellt werde. Auch werde im Gegensatz zur RL im § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB nicht verlangt, dass die Entscheidung des Auftraggebers von einer vorherigen Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU abzusehen, begründet werde. Die Vorgaben der Richtlinie 89/665/EWG seien im nationalen Recht unter Beachtung der Erfordernisse der Rechtssicherheit zu verwirklichen. Deshalb müssten die Mitgliedsstaaten eine Fristenregelung schaffen, die hinreichend genau, klar und vorhersehbar sei, damit der Einzelne seine Rechte und Pflichten kennen könne.

Die Antragsgegner zu 2) bis 4) hätten unstreitig keine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe veröffentlicht und die vom Antragsgegner zu 1) veröffentlichte Bekanntmachung wirke auch nicht für die Antragsgegner zu 2) bis 4). Der Antragsgegner zu 1) habe in der Bekanntmachung vom 02.12.2011 unter Ziffer I. 4) ausdrücklich angegeben, nicht im Namen anderer öffentlicher Auftraggeber zu handeln. Nach dem erklärten Willen des Antragsgegners zu 1) sollte die Bekanntmachung gerade nicht für andere öffentlichen Auftraggeber wirken, auch nicht für die Antragsgegner zu 2) bis 4).

Soweit der Antragsgegner zu 1) in der Bekanntmachung auf die Antragsgegner zu 2) bis 4) hingewiesen habe, seien diese Hinweise fehlerhaft. Entgegen der Darstellung in Ziffer VI. 2) der Bekanntmachung beschränke sich die Auftraggeberstellung der Antragsgegner zu 2) bis 4) nicht auf die jeweils im Zuständigkeitsbereich liegenden Streckenabschnitte. Vielmehr seien sämtliche Leistungen des Vertrages einheitlich von allen Antragsgegnern vergeben worden. Aus der vom Antragsgegner zu 1) veröffentlichten Bekanntmachung ginge daher die tatsächliche Beteiligung der Antragsgegner zu 2) bis 4) am Vergabeverfahren nicht hervor.

Auch sei in der Bekanntmachung ausschließlich die Zuschlagsentscheidung vom 30.11.2011 angegeben worden, obwohl die Antragsgegner zu 2) bis 4) über die Zuschläge schon am 28.11.2011 bzw. am 29.11.2011 entschieden hätten. Damit entspreche der Inhalt der Bekanntmachung auch in diesem Punkt nicht dem tatsächlichen Inhalt des abgeschlossenen Vertrages. Konsequenz daraus sei, dass die Bekanntmachung vom 02.12.2011 die Präklusionsfrist von 30 Kalendertagen nur für den Antragsgegner zu 1) ausgelöst habe, nicht aber für die Antragsgegner zu 2) bis 4). Deshalb scheidet eine Präklusion des Nachprüfungsantrags gemäß § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB im Verhältnis zu den Antragsgegnern 2) bis 4) von vornherein aus. Vielmehr komme im Verhältnis zu diesen Antragsgegnern allenfalls eine Präklusion nach § 101b Abs. 2 Satz 1, 1. Hs. GWB wegen Ablauf der 30 Kalendertagefrist in Betracht, wobei eine Präklusion gemäß § 101 Abs. 2 Satz 1, 1. Hs. GWB aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Ergebnis ebenfalls nicht vorliege. Aufgrund des Anwendungsvorrangs müssten alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedsstaaten das nationale Recht bei seiner Anwendung im Lichte des Unionsrechts auslegen. So müsse die nationale Präklusionsregelung des § 101b Abs. 2 GWB im Hinblick auf die Vorgaben des Art. 2f Abs. 1a) der RL 89/665/EWG unionsrechtskonform ausgelegt werden. § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB stehe im Einklang mit Unionsrecht, während der Wortlaut des § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB der unionsrechtlichen Vorgabe des Art. 2f widerspreche. Der systematische Zusammenhang mit dem § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB lasse aber eine unionskonforme Auslegung des Satzes 1 dahingehend zu, dass die Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß auf Seiten des Antragstellers die Präklusionsfrist nur dann in Gang setze, wenn außerdem eine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe im Sinne des Satzes 2 erfolgt sei. Nur bei dieser Auslegung sei § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB mit Art. 2f Abs. 1a) der RL 89/665/EWG vereinbar. Das bedeute, dass die Kenntnis eines Antragstellers von einer de-facto-Vergabe nicht ausreiche, um die Präklusi-

onsfrist auszulösen. Hinzukommen müssten die Vorgaben des Art. 2f Abs. 1a) v. g. RL. Da die Antragsgegner zu 2) bis 4) keine Bekanntmachung veröffentlicht haben und die des Antragsgegners zu 1) für diese nicht wirke, laufe für die Antragsgegner zu 2) bis 4) auch nicht die 30 Kalendertagefrist, sondern allein die absolute Frist von sechs Monaten nach Vertragsabschluss entsprechend § 101b Abs. 2 Satz 1, 2. Hs. GWB.

Darüber hinaus genüge die veröffentlichte Bekanntmachung selbst für den Antragsgegner zu 1) nicht den in Art 2f Abs. 1a), 1. Spiegelstrich der RL gestellten Anforderungen. Danach sei für den Beginn der Präklusionsfrist von 30 Kalendertagen erforderlich, dass in der Bekanntmachung die Entscheidung über die Vergabe des Auftrags ohne vorherige Bekanntmachung begründet werde. Erforderlich sei die Angabe rechtlicher oder tatsächlicher Umstände, die jedenfalls grundsätzlich geeignet sein können, die Vergabe eines Auftrags ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu rechtfertigen. Die unter Ziffer VI. 2) der Bekanntmachung vom 02.12.2011 angegebene Durchführung einer Freihändigen Vergabe nach § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A rechtfertige nicht die Vergabe eines Auftrags ohne vorherige Bekanntmachung. Denn der BGH habe im Beschluss vom 08.02.2011 zutreffend darauf hingewiesen, dass nach § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 VOL/A 2009, bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben mehrere - grundsätzlich mindestens drei – Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Demzufolge wäre selbst eine Freihändige Vergabe im Wege der Direktvergabe ohne Berücksichtigung weiterer geeigneter Anbieter unstatthaft.

Damit sei die Begründung inhaltlich unzureichend. Aus diesem Grund könnte die Bekanntmachung vom 02.12.2011 die Präklusionsfrist nicht auslösen, und zwar noch nicht einmal für den Antragsgegner zu 1). Damit sei der Nachprüfungsantrag gegenüber keinem der Antragsgegner präkludiert.

Zudem bestünde seitens der Antragsgegner 2) bis 4) kein Bestandsschutz des abgeschlossenen Vertrages, da diese bereits keine Bekanntmachung der Auftragsvergabe veröffentlicht hätten. So müssten die Antragsgegner während eines Zeitraums von sechs Monaten nach Vertragsschluss immer damit rechnen, dass ein potentieller Bieter Kenntnis von der de-facto-Vergabe erlange und innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis einen Nachprüfungsantrag stelle. Hinzu komme, dass ein eventuelles Vertrauen der Antragsgegner zu 2) bis 4) in den Bestand des Vertrages mit der Beigeladenen nicht schutzwürdig sei, da der Vertrag mit der Beigeladenen ganz bewusst abgeschlossen worden sei, ohne das erforderliche Vergabeverfahren durchzuführen. Aufgrund des BGH-Beschlusses vom 08.02.2011 sei dies den Antragsgegnern zu 2) bis 4) bekannt gewesen, so dass sie folglich keinen Bestandsschutz genießen könnten.

Unschädlich sei ebenfalls, dass die Antragstellerin sich nach der Bekanntmachung vom 20.10.2010 nicht an den Antragsgegner zu 1) gewandt habe. Nach der damaligen Rechtslage sei die angekündigte Direktvergabe grundsätzlich in Betracht zu ziehen gewesen. Erst nach dem v. g. Beschluss des BGH sei geklärt, dass Direktvergaben in Deutschland nicht möglich seien. Die Antragstellerin sei daher davon ausgegangen, dass die Antragsgegner ihre Absicht aufgegeben hätten, einen Vertrag ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens abzuschließen. Die Antragsgegner hätten nunmehr eine Freihändige Vergabe durchgeführt, also gerade keine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der VO EG Nr. 1370/2007. Die Bekanntmachung könne daher nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen.

Für ihr Interesse am Auftrag nach § 107 Abs. 2 GWB spreche, dass sie das wirtschaftliche Risiko einen Nachprüfungsverfahrens auf sich genommen habe. Die Antragsgegner hätten ausschließlich Vertragsverhandlungen mit der Beigeladenen geführt. Dadurch hätten sie der Antragstellerin von vornherein die Möglichkeit genommen, sich um diesen Auftrag zu bewerben.

Die Antragstellerin sei weiterhin nicht verpflichtet, ihre Eignung im Nachprüfungsverfahren gegen eine de-facto-Vergabe nachzuweisen. Sie habe ein Interesse in Sachsen-Anhalt Leistungen im SPNV zu erbringen. Im Übrigen betätige sie sich sehr erfolgreich im SPNV, was den Antragsgegnern hinreichend bekannt sei. Eine de-facto-Vergabe sei gerade dadurch gekennzeichnet, dass ein Vertrag rechtswidrig ohne ein erforderliches Vergabeverfahren

abgeschlossen werde. In dieser Situation seien bislang Anforderungen an die Eignung des Auftragnehmers weder aufgestellt noch bekannt gegeben worden. Entgegen der antragsgegnerseitigen Auffassung lasse sich die Antragsbefugnis der Antragstellerin auch nicht mit Hinweis auf den Inhalt einzelner Vorschriften des Vertrages verneinen. Ob im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens der Vertrag denselben Inhalt haben werde oder ob einzelne Bieter gegen einzelne Vertragsklauseln Rüge erheben werden, sei abzuwarten. Derzeit seien die Bestimmungen des Verkehrsvertrages für die Antragsbefugnis jedoch ohne Bedeutung.

Die Antragstellerin treffe nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB auch keine Verpflichtung, die behaupteten Vergabeverstöße zu rügen. Sie habe schließlich ebenso die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB eingehalten.

Mittels Schriftsatz vom 23.04.2012 lässt die Antragstellerin darüber hinaus ihren Vortrag hinsichtlich der Zulässigkeit umfassend ergänzen. Nach dem Inhalt der Vereinbarung zur Durchführung von SPNV-Leistungen im ENORM seien alle Antragsgegner gesamtschuldnerisch zur Zahlung der vereinbarten Vergütung an die Beigeladene verpflichtet. Entgegen der Darstellung in der Bekanntmachung beschränke sich die Auftraggeberstellung der Antragsgegner nicht auf die jeweils im Zuständigkeitsbereich liegenden Streckenabschnitte. Dies ergebe sich schon aus der Präambel der Vereinbarung, wo man alle Antragsgegner als Auftraggeber benannt habe, jedoch eine inhaltliche Beschränkung auf die jeweils im Zuständigkeitsbereich liegenden Streckenabschnitte sei dabei nicht vorgenommen worden. Auch in § 1 der Vereinbarung seien nur die Linien ohne Beschränkung auf den jeweiligen Zuständigkeitsbereich genannt worden. In § 2 werde zwar gesagt, wer Aufgabenträger in Sachsen-Anhalt, Niedersachsen und in Brandenburg bzw. für die in den einzelnen Ländern liegenden Streckenabschnitte sei. Jedoch ändere dies nichts daran, dass alle Antragsgegner öffentliche Auftraggeber für alle in dieser Vereinbarung vergebenen Streckenabschnitte seien. Der Begriff Aufgabenträgers dürfe nicht mit dem des öffentlichen Auftraggebers verwechselt werden. Öffentlicher Auftraggeber sei derjenige, der Leistungen des SPNV vergebe und dafür eine Vergütung zahle, unabhängig davon, ob es sich dabei um den örtlich zuständigen Aufgabenträger handele oder nicht. Ebenso würden die vertraglichen Vorschriften in § 15 der Vereinbarung nicht vorsehen, dass die einzelnen Auftraggeber zur Zahlung einer Vergütung nur für jeweils im Zuständigkeitsbereich liegende Streckenabschnitte verpflichtet seien.

Der Nachprüfungsantrag erfülle ebenso die notwendige Form ausweislich § 108 GWB. Nach dieser Vorschrift, müsse der Antragsgegner zwingend bezeichnet werden, dagegen sei weder die Benennung der Beizuladenden noch im Falle einer Mehrheit von Auftraggebern sämtliche Auftraggeber als Antragsgegner notwendig. Im Interesse einer raschen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens solle die Individualisierbarkeit des Antragsgegners ohne Schwierigkeiten möglich sein.

Ausweislich des Beschlusses des OLG Naumburg vom 23.02.2012, Az: 2 Verg 15/11 seien bei einer Mehrheit von Auftraggebern geringe Anforderungen an die Bezeichnung des Antragsgegners zu stellen. Jedenfalls dann, wenn als öffentlicher Auftraggeber mehrere Personen gemeinsam beschaffen und sich einer zentralen Vergabestelle bedienen, welche in der Bekanntmachung als der verantwortliche öffentliche Auftraggeber bezeichnet und die nach dem Inhalt der Vergabeunterlagen von den öffentlichen Auftraggebern als deren Generalvertreter im Vergabeverfahren eingesetzt worden sei, sei es zulässig, dass der um Primärrechtsschutz nachsuchende Bieter in seinem Nachprüfungsantrag diese Vergabestelle als Antragsgegner benennt und die Vergabekammer dem Antrag formal folgt und die Vergabestelle als Antragsgegner beteiligt. So lägen die Dinge auch im vorliegenden Fall. Die Antragsgegner hätten sich in einer Verwaltungsvereinbarung darauf verständigt, dass dieGmbH als Vergabestelle das Vergabeverfahren durchführe. In Ziffer I. 1) der Bekanntmachung sei als öffentlicher Auftraggeber das LSA, vertreten durch, vertreten durchGmbH bezeichnet worden. Daher sei es zulässig gewesen, dass die Antragstellerin den in der Bekanntmachung bezeichneten öffentlichen Auftraggeber als einzigen Antragsgegner angegeben hat.

Außerdem sei eine Falschbezeichnung unschädlich, wenn aus den Vergabeunterlagen ersichtlich sei, wer der richtige Antragsgegner ist. Folglich sei der Antrag entsprechend auszuliegen bzw. zu berichtigen. Die Antragstellerin habe auch die Bekanntmachung vom 02.12.2011 dem Nachprüfungsantrag beigefügt, so dass daraus eindeutig und ohne jeden Zweifel ersichtlich wäre, dass die Antragstellerin den Vertrag, auf den sich die Bekanntmachung bezog, umfassend mit einem Nachprüfungsantrag angreifen wollte. So habe sich aus den beigefügten Unterlagen ergeben, gegen wen sich der Nachprüfungsantrag richten sollte. Bei unterstellter Richtigkeit der vorläufigen Rechtsauffassung der Vergabekammer, dass bereits aus der Bekanntmachung hervorgegangen sei, dass der gesamte Auftrag auch von den Antragsgegnern zu 2) bis 4) vergeben worden sei, läge hier eine Falschbezeichnung des Antragsgegners vor, die ohne weiteres hätte berichtigt werden können.

Auch bestehe nach unionsrechtlichen Vorgaben kein Zwang zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen alle Auftraggeber. Aus der Richtlinie 89/665/EWG lasse sich nicht entnehmen, dass sich ein Nachprüfungsantrag bei einer Mehrheit von öffentlichen Auftraggebern zwingend gegen alle öffentliche Auftraggeber richten müsse. Im Übrigen seien Gegenstand der Richtlinie nur verfahrensrechtliche und nicht materiell-rechtliche Fragen des Zugangs zum Nachprüfungsverfahren und der Entscheidungskompetenzen der Nachprüfungsinstanzen. Art. 2d Abs. 2 Unterabsatz 1 dieser Richtlinie bestimme ausdrücklich, dass materiell-rechtliche Erwägungen des nationalen Rechts den Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht einschränken können, denn der Zugang sei abschließend in dieser Richtlinie geregelt.

Deshalb würden auch die materiell-rechtlichen Erwägungen der Vergabekammer zur notwendigen Streitgenossenschaft von vornherein in Leere gehen. Ob ein im Wege einer de-facto-Vergabe von einer Mehrheit von Auftraggebern abgeschlossener Vertrag bei einem Nachprüfungsantrag, in dem nur einer dieser Auftraggeber als Antragsgegner bezeichnet ist, allein gegenüber diesem Auftraggeber oder gegenüber allen Auftraggebern unwirksam sei, sei eine materiell-rechtliche Frage, die mit dem durch v. g. Richtlinie garantierten Recht auf Zugang zum Nachprüfungsverfahren nichts zu tun habe. Materiell-rechtliche Erwägungen könnten aber nicht zu einer Einschränkung des spezifischen Vergaberechtsschutzes führen. Im Übrigen dürfe der durch die Richtlinie 89/665/EWG garantierte spezifische Vergaberechtsschutz dem Betroffenen weder praktisch unmöglich gemacht noch übermäßig erschwert werden. Im Hinblick darauf sei es erforderlich, dass nationale Vorschriften über die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags hinreichend klare, bestimmte und überschaubare Regelungen treffen, so dass die Betroffenen ihre Rechte und Pflichten deutlich erkennen könnten. Nach § 108 Abs. 2 GWB müsse die Begründung zum Antrag u. a. die Bezeichnung des Antragsgegners enthalten. Davon, dass ein Antrag gegen einen Vertrag, der von mehreren Auftraggebern vergeben wurde, zwingend gegen alle Auftraggeber gerichtet werden müsste, sei in § 108 Abs. 2 GWB nicht die Rede. Gegenüber interessierten Bietern müsse jeder öffentliche Auftraggeber dafür sorgen, dass das Vergaberecht insgesamt beachtet werde. Deshalb dürfe § 108 Abs. 2 GWB auch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass bei einer Vergabe eines Auftrags durch eine Mehrheit von Auftraggebern ein Nachprüfungsantrag nur dann zulässig sei, wenn er sich gegen alle Auftraggeber richtet. Dieses unzumutbare Zulässigkeitsanfordernis zum Zugang eines Nachprüfungsverfahrens wäre mit unions- und verfassungsrechtlichen Grundprinzipien unvereinbar.

Auch sei der § 62 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (ZPO) im Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar, da zwischen den Antragsgegnern keine Streitgenossenschaft im Sinne dieser Vorschrift bestehe. So zähle § 62 Abs. 1 ZPO nicht einmal zu den Vorschriften der ZPO, die über § 120 Abs. 2 GWB im Beschwerdeverfahren vor dem OLG für entsprechend anwendbar erklärt werden. Soweit es um das Nachprüfungsverfahren gehe, fehle im Vierten Teil des GWB jegliche Verweisung auf die ZPO, so dass diese nicht direkt anwendbar sei. Ebenso scheide im Nachprüfungsverfahren eine analoge Anwendung aus. Es fehle zudem an einer Regelungslücke, denn § 109 GWB regle ausdrücklich, dass der Antragsteller, der Auftraggeber sowie die Beigeladenen die Verfahrensbeteiligten im Nachprüfungsverfahren seien.

Wenn ein Auftrag von einer Mehrheit von Auftraggebern vergeben werde und sich der Nachprüfungsantrag nur gegen einen einzigen dieser Auftraggeber richte, müsse die Vergabekammer über diesen Antrag entscheiden. Die Interessen der anderen Auftraggeber würden dadurch gewahrt werden, indem die Vergabekammer diese Auftraggeber gemäß § 109 Satz

1 GWB zum Nachprüfungsverfahren beiladen müsse. Damit sei sichergestellt, dass die Entscheidung gegenüber allen Beteiligten einheitlich ergehe. Somit komme ein Rückgriff auf § 62 ZPO von vornherein nicht in Betracht. Hinzu komme, dass es sich beim Nachprüfungsverfahren vor der Kammer nicht um ein gerichtliches Verfahren handle, sondern um ein Verwaltungsverfahren. Eventuelle Lücken seien daher vorrangig unter Heranziehung der Vorschriften des Kartellrechts und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) zu schließen und nicht über eine analoge Anwendung der ZPO.

Weiterhin sei in der Rechtsprechung sei anerkannt, dass im Verhältnis zu interessierten Bietern mehrere öffentliche Auftraggeber eine Position hätten, die der eines Gesamtschuldners im Sinne der §§ 421 ff. BGB vergleichbar wäre. Vorliegend sei die Interessenlage ähnlich, da die Antragstellerin eine Position habe, die der eines Gläubigers gegenüber gesamtschuldnerisch haftenden Schuldnern nahekomme. Sie habe gemäß § 97 Abs. 7 GWB gegen jeden Auftraggeber einen Anspruch darauf, dass dieser die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhalte. Die Antragsgegner würden eine Auftraggebergemeinschaft bilden, denn sie hätten die Leistungen, die Gegenstand der Vereinbarung seien, gemeinsam an die Beigeladene vergeben. Kennzeichnend für Auftraggebergemeinschaften sei die Bündelung des Beschaffungsbedarfs verschiedener öffentlicher Auftraggeber und eine enge Kooperation bei der Auftragserteilung. Vorliegend hätten die Antragsgegner damit ihren Beschaffungsbedarf zu einem einheitlichen Auftrag von SPNV-Leistungen im ENORM gebündelt. Der Hinweis in der Bekanntmachung, wonach die Antragsgegner zu 2) bis 4) Auftraggeber für die jeweils im Zuständigkeitsbereich liegenden Streckenabschnitte sein sollen, hindere das Zustandekommen einer Auftraggebergemeinschaft nicht. Der Auftrag sei einheitlich ausgeschrieben worden und eine Unterteilung der Linien nach Zuständigkeitsbereichen der einzelnen Auftraggeber sei im abgeschlossenen Vertrag gerade unterblieben. Mit der Bündelung des Beschaffungsbedarfs verfolgten die Antragsgegner einen Zweck, der über den gemeinsamen Abschluss eines Rechtsgeschäftes hinausreiche. Nur durch eine Bedarfsbündelung sei die optimale Funktionsfähigkeit des SPNV gewährleistet. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass eine einheitliche Linie durch unterschiedliche Auftraggeber betrieben würde. Dadurch würde aber die Effizienz und Funktionsfähigkeit des SPNV stark beeinträchtigt werden. Folglich könne die Antragstellerin entsprechend § 421 Satz 1 BGB jeden Auftraggeber nach Belieben als Gesamtschuldner ganz oder teilweise in Anspruch nehmen. Eine einheitliche Inanspruchnahme aller Gesamtschuldner sei demnach nicht erforderlich. Das Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern sei nach dem Rechtsgedanken des § 426 BGB für das Außenverhältnis zu den Gläubigern ohne Bedeutung. Da der Vertrag demnach durch den Nachprüfungsantrag gegenüber dem Antragsgegner ohne Berücksichtigung des Innenverhältnisses aufgehoben werden könne, gehe das Argument, ein Nachbaraufgabenträger hätte den Vertrag nicht ohne Beteiligung des anderen abgeschlossen, ins Leere.

Auch sei der ursprünglich nur gegen den Antragsgegner zu 1) gerichtete Nachprüfungsantrag deshalb zulässig, weil diese im Rahmen einer gewillkürten Prozessstandschaft befugt sei, auf Antragsgegnerseite für die Antragsgegner zu 2) bis 4) aufzutreten. Ein Mitglied einer Bietergemeinschaft sei deshalb befugt, mit einem Nachprüfungsantrag die Verletzung von Rechten der Bietergemeinschaft im eigenen Namen geltend zu machen, sofern es dazu vom Berechtigten ermächtigt worden sei und ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Verfahrens im eigenen Namen habe. Dabei sei ein schutzwürdiges Eigeninteresse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens schon dann anzunehmen, wenn die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag Einfluss auf die eigene Rechtslage des Antragstellers habe. Ebenso wie auf Aktivseite über die Prozessstandschaft die Antragsbefugnis des einzelnen Mitglieds einer Bietergemeinschaft bejaht werden könne, müsse auf Passivseite ein Mitglied einer Auftraggebergemeinschaft befugt sein, für die anderen Mitglieder im Nachprüfungsverfahren aufzutreten. Vorliegend gelte dies vor allem, weil der Antragsgegner und deren Vertreterin die GmbH gemäß § 2 Abs. 3 der Verwaltungsvereinbarung dazu ermächtigt worden sei, Verfahrenshandlungen durchzuführen sowie Erklärungen abzugeben und anzunehmen, soweit die Vereinbarung nicht anderes regele. Damit wollten die Antragsgegner erreichen, dass das gesamte Verfahren sowie ein eventuelles Nachprüfungsverfahren ausschließlich von einem einzigen Mitglied der Auftraggebergemeinschaft geführt werde.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin nach Gewährung von Akteneinsicht in die Vereinbarung unverzüglich eine subjektiver Antragserweiterung vorgenommen und den Nachprüfungsantrag gegen die Antragsgegner zu 2) bis 4) gerichtet. Die durch die Antragsgegner und die Vergabekammer verursachten Verzögerungen könnten nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen.

Ungeachtet dessen wäre der Nachprüfungsantrag gegen den Antragsgegner zu 1) zulässig. Die Frage, ob die Antragstellerin mit einem ausschließlich gegen den Antragsgegner zu 1) gerichteten Antrag den gesamten Vertrag zu Fall bringen könne, betreffe eine materiellrechtliche Frage nach den Folgen der Unwirksamkeit eines Vertrages, deren Beantwortung sich gemäß Art. 2f Abs. 2 RL 89/665/EWG nach nationalem Recht richte. Das bedeute, dass auch bei Unzulässigkeit des Antrages gegen die Antragsgegner zu 2) bis 4) gleichwohl über den Nachprüfungsantrag gegen den Antragsgegner zu 1) entschieden werden müsse, da dieser unstreitig innerhalb der Präklusionsfrist gestellt worden sei. Im Rahmen der Begründetheitsprüfung müsse die Vergabekammer dann entscheiden, ob der angegriffene Vertrag nur im Verhältnis zum Antragsgegner zu 1) oder insgesamt unwirksam sei.

Der Nachprüfungsantrag sei darüber hinaus auch begründet. Die Antragsgegner könnten sich zur Rechtfertigung einer Freihändigen Vergabe nicht auf § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A berufen. Aus dem Prüfvermerk der Antragsgegner ergebe sich, dass sie die Vergabe neben § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A auf jede andere Rechtsgrundlage stützen wollten, die es ihnen ermöglicht, die betreffende Leistung freihändig an die Beigeladene zu vergeben. Der Auftrag könne im Sinne der v. g. Vorschrift aus technischen Gründen nicht nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden. Die Verfügbarkeit zugelassener Doppelstockzüge sei nämlich kein technischer Grund in diesem Sinne. Der Erwerb dieser Züge sei nicht Teil des streitgegenständlichen Auftrages; vielmehr dienten diese lediglich als Instrument zur Vertragserfüllung. Soweit die Auftraggeber auch Fahrzeuge erwerben wollten, hätten sie insoweit den Auftrag in Lose aufteilen müssen. Lediglich in Bezug auf das Los, das den Erwerb der Fahrzeuge zum Gegenstand hätte, könne ggf. eine vorteilhafte Gelegenheit bestehen. Im Übrigen habe nicht die Beigeladene, sondern der Antragsgegner zu 1) die Doppelstockzüge selbst erworben. Der behauptete Vorteil im Sinne der o. g. Vorschrift liege somit nicht vor. Es sei in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A sehr eng auszulegen sei. Die Auftraggeber hätten durch eine Markterkundung nachweisen müssen, dass eine einmalige oder nur sehr kurzfristige Beschaffungsmöglichkeit vorliege, die überdies noch Verkaufspreise unterhalb der üblichen Einkaufspreise verspreche. Dies sei durch die Antragsgegner nicht dargelegt worden. Vielmehr hätten sie bereits im Jahr 2009 beabsichtigt, den Vertrag ohne öffentliche Ausschreibung mit der Beigeladenen abzuschließen. Zu diesem Zeitpunkt sei von einem Erwerb von Doppelstockzügen nicht die Rede gewesen. Erst als sich herauskristallisiert habe, dass die geplante Direktvergabe nicht anders zu rechtfertigen sei, hätten die Antragsgegner dieses Argument herangezogen.

Tatsächlich habe der Antragsgegner zu 1) seit 2009 mit allen Mitteln versucht, den ursprünglichen Vertrag aus dem Jahr 2003 abzulösen, da dieser für ihn in mehrfacher Hinsicht ungünstige Bedingungen enthalte. Insbesondere habe der Vertrag keine Möglichkeit geboten, die Beigeladene in nennenswerten Umfang zu verpflichten, höherwertige Fahrzeuge einzusetzen. Hierdurch habe die Beigeladene gegenüber den Antragsgegnern eine starke Verhandlungsposition innegehabt. Durch ihre Weigerung, den Fahrzeugpark im Rahmen des bestehenden Vertrages zu modernisieren, habe sie erreichen können, dass sie erneut über den langen Zeitraum von 15 Jahren mit der Erbringung der streitgegenständlichen Leistung beauftragt werde. Der ursprüngliche Vertrag habe nur sehr eingeschränkt eine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit vorgesehen. Die Ablösung eines aus Sicht der Antragsgegner nachteiligen Vertrages rechtfertige die Freihändige Vergabe keinesfalls.

Zudem seien die Antragsgegner auch dazu verpflichtet, die Leistung in Losen auszuschreiben. Es seien keine Gründe ersichtlich hiervon abzuweichen.

Die Antragstellerin habe insbesondere ein Interesse an den Leistungen für die Linie S 20. Der Hauptantrag sei daher darauf beschränkt, die Unwirksamkeit des Änderungsvertrages für diesen Leistungsteil feststellen zu lassen. Dies schließe der Wortlaut des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht aus.

Abschließend sei festzustellen, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für unabdingbar gehalten werde.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die zwischen den Antragsgegnern und der Beigeladenen abgeschlossene Vereinbarung über die Durchführung von SPNV-Leistungen im ENORM im Hinblick auf den Leistungsteil der Linie S 20 Braunschweig-Magdeburg-Burg-Genthin von Anfang an unwirksam ist,

hilfsweise,
2. festzustellen, dass der am 30.11.2011 abgeschlossene Vertrag zwischen den Antragsgegnern und der Beigeladenen über SPNV-Leistungen im ENORM (insgesamt) von Anfang an unwirksam ist,
3. die Antragsgegner für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben für die Linie S 20 festhält, zu verpflichten, den Vertrag über SPNV-Leistungen im ENORM nur im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu vergeben und
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegner beantragen,

die Nachprüfungsanträge zurückzuweisen.

Zur Begründung wird ausgeführt,

dass die Anträge bereits unzulässig seien. Der Hauptantrag der Antragstellerin sei unstatthaft, da nach § 101b GWB die Beschränkung des Antrags auf einzelne Leistungsbestandteile jedenfalls dann nicht möglich wäre, wenn anzunehmen sei, dass ein Auftrag über die verbleibenden Leistungsbestandteile nicht erteilt worden wäre. Der vorliegende Vertrag sei als inhaltlich einheitlich zu beurteilen, da er ohne die uneingeschränkte Beteiligung der Nachbareaufgabenträger nicht abgeschlossen worden wäre.

Darüber hinaus seien die am 30.12.2011 gegenüber dem Antragsgegner zu 1) sowie die am 10.02.2012 gegenüber den Antragsgegnern zu 2) bis 4) gestellten Nachprüfungsanträge bereits deshalb unzulässig, weil die Antragstellerin gegenüber den Antragsgegnern zu 2) bis 4) die Ausschlussfristen nach § 101b Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GWB nicht eingehalten habe. Auch würden die Anträge gegen die Antragsgegner zu 2) bis 4) keine Erweiterungen darstellen, sondern seien als selbstständige Anträge nach den Fristvorgaben zu beurteilen. Vorliegend könne nur ein eindeutig gegen den jeweiligen Antragsgegner gerichteter Nachprüfungsantrag einschließlich der Begründung entsprechend § 108 GWB die Ausschlussfrist nach § 101b Abs. 2 GWB wahren. Zweck dieser Regelung sei, den Auftraggebern Rechtssicherheit zu verschaffen, dass nach Ablauf der Fristen von 30 Tagen nach Kenntnis eines Verstoßes bzw. Bekanntmachung der Vergabe, Sicherheit bestehe, dass der erteilte Auftrag wirksam sei. Die Antragstellerin habe es versäumt, innerhalb dieser Ausschlussfrist gegen die Antragsgegner zu 2) bis 4) entsprechende Nachprüfungsanträge zu stellen, obwohl die Antragsgegner in der Veröffentlichung klargestellt hätten, dass jeder Aufgabenträger für sein Vertragsgebiet Vertragspartner sei. Ebenso sprächen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gegen die Ansicht der Antragstellerin, denn die Rechtsmittelrichtlinie bestimme, dass Gegenstand der Vergabenachprüfung die Wirksamkeit des jeweils geschlossenen Vertrags bzw. der Verträge sei. Nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen ergebe sich der Streitgegenstand aus dem Klagebegehren, welches sich aus dem Klageantrag einschließlich dessen Begründung ergebe. Auch dies mache deutlich, dass es entscheidend darauf ankomme, gegen welche Verfahrensbeteiligten die erforderlichen Verfahrenshandlungen innerhalb der vorgeschriebenen Fristen gerichtet worden seien.

Anders als die Antragstellerin meine, komme es für den Lauf der Frist nach § 101b GWB nicht auf die positive Kenntnis vom vermeintlichen Verstoß an. Unabhängig davon hätte die Antragstellerin aufgrund der Bekanntmachung die erforderliche positive Kenntnis für die Inangangsetzung der Ausschlussfrist gehabt. Da das Bedienungsgebiet für die vergebene Leistung erkennbar die Ländergrenzen überschreite, ergebe sich bereits aus dem Regionalisierungsgesetz die jeweilige Zuständigkeit. Ebenso sei der Bekanntmachung zweifelsfrei zu entnehmen gewesen, dass alle vier Antragsgegner jeweils im eigenen Namen der Beigeladenen den Auftrag für die Erbringung der in Rede stehenden Leistungen erteilt hätten. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin enthalte die Bekanntmachung keine Widersprüchlichkeiten oder Unklarheiten. Unter der Ziffer VI. 2 Zusätzliche Angaben sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass es eine Ergänzung zu Abschnitt I „Öffentlicher Auftraggeber“ sei. Insoweit sei es wesentlich, dass in dem amtlichen Formular als öffentlicher Auftraggeber jeweils die Stelle anzugeben sei, die den konkreten Auftrag erteile. Dasselbe ergebe sich zudem aus dem systematischen Zusammenhang des Formulars. Die mögliche zusätzliche Angabe, eine Beschaffung sei auch im Namen anderer Auftraggeber vorgenommen worden, wäre sinnlos, wenn diese Möglichkeit bereits von dem Begriff des „Öffentlichen Auftraggebers“ umfasst wäre. Auch lasse das zwingend zu verwendende Formular im internetbasierten Eingabeprogramm der EU entweder die Angabe eines einzigen Auftraggebers oder die Angabe weiterer Auftraggeber zu, wobei dann allerdings angekreuzt werden müsse, dass ein Auftraggeber im Namen der weiteren Auftraggeber beschaffe. Im vorliegenden Fall sei eine Auftragserteilung im Namen anderer Auftraggeber gerade nicht vorgenommen worden. Die Abgabe von Willenserklärungen durch mehrere Auftraggeber im eigenen Namen könne mithin unter Ziffer I. 1) des amtlichen Formulars nicht dargestellt werden.

Hinsichtlich einer zulässigen Stellvertretung würden, soweit nicht eine höchstpersönliche Vornahme von Rechtshandlungen ausdrücklich vorgeschrieben ist, die allgemeinen Grundsätze gelten. Eine derartige Regelung gebe es vorliegend ebenso wie beispielsweise für die Erteilung des Zuschlages jedoch nicht, so dass unproblematisch von der Zulässigkeit der Stellvertretung ausgegangen werden könne. Aus der Formulierung unter Abschnitt VI. 2 sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die Bekanntmachung auch als Erklärung der Antragsgegner zu 2) bis 4) gemeint sei.

Unbeachtlich seien die vermeintlich unzutreffenden Angaben über das Datum der jeweiligen Vertragsabschlüsse, denn nach dem Wortlaut des § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB beginne die Frist nicht mit dem Vertragsschluss, sondern mit Kenntnis des Antragstellers zu laufen.

Des Weiteren könne eine angebliche Widersprüchlichkeit der Bekanntmachung nicht daraus hergeleitet werden, dass die Angabe unter Art des öffentlichen Auftraggebers „Regional- oder Lokalbehörde“ in Bezug auf den Antragsgegner zu 2) unzutreffend sei. Bereits die Einordnung im Formular unter Abschnitt 1 lasse erkennen, dass sich diese Information auf den Antragsgegner zu 1) beziehe. Im Übrigen seien auch alle übrigen Antragsgegner Stellen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und daher nach § 1 Abs. 4 VwVfG bzw. den damit korrespondierenden landesrechtlichen Regelungen einer Behörde wahrnehmen würden. Zudem hätten alle Antragsgegner regionale Aufgaben und seien somit Regionalbehörden.

Darüber hinaus sei der Antragstellerin nicht zuzustimmen, aus der Bekanntmachung folge eine in Anlehnung an die Regelungen über die Gesamtschuld in § 421 BGB zu konstruierende gemeinschaftliche Haftung der Auftraggeber. Vielmehr gehe eindeutig hervor, dass jeder Auftraggeber Leistungen ausschließlich für seinen eigenen Zuständigkeitsbereich beauftragt habe. Dies korrespondiere mit den Zuständigkeiten nach dem Regionalisierungsgesetz und führe zur Teilschuldnerschaft. Vorliegend hätten sich die Auftraggeber auch nicht zu einer Auftraggebergemeinschaft zusammengeschlossen.

Außerdem führe das Bestandsschutzinteresse der Antragsgegner zu 2) bis 4) zur Unzulässigkeit aller gestellten Nachprüfungsanträge. Notwendige Rechtsfolge der Verfristung der Nachprüfungsanträge im Verhältnis zu den Antragsgegnern zu 2) bis 4) sei, dass auch der Nachprüfungsantrag gegen den Antragsgegner zu 1) zurückzuweisen sei. Aus dem bereits mehrfach zitierten BGH-Beschluss folge, dass Gegenstand einer Vergabenachprüfung stets der gesamte Leistungsumfang der im Einzelfall beauftragten Leistungen sei. Dies gelte auch dann, wenn sich der Nachprüfungsantrag nur auf einen Teil der in Rede stehenden Leistungen beziehe. In diesem Beschluss, der sich nur gegen einen Auftraggeber gerichtet habe, sei durch den BGH letztlich das gesamte Vertragswerk für nichtig erklärt worden. In der vorliegenden Konstellation, wo sich die Nachprüfung nicht gegen einen, sondern gegen vier

unterschiedliche Auftraggeber richte, gelte entsprechend, dass tauglicher Verfahrensgegenstand nur die beauftragten Leistungen insgesamt sein könnten. Dies folge wiederum aus der Funktion von § 101b Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GWB. Ein Nachprüfungsantrag aufgrund § 101b Abs. 2 GWB gegen Vergaben, an denen mehrere Auftraggeber beteiligt sind, könnte nur dann zulässig sein, wenn der Antragsteller seine entsprechenden Anträge unter Einhaltung der Frist nach § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB gegen sämtliche beteiligten Auftraggeber gerichtet habe. Vorliegend habe aber die Antragstellerin die Fristen bezüglich der Antragstellung gegenüber den Antragsgegnern zu 2) bis 4) versäumt, so dass die Nachprüfungsanträge insgesamt zurückzuweisen seien. Ihr Interesse an der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens müsse deshalb zurückstehen.

Unabhängig davon seien die Anträge wegen fehlender Antragsbefugnis entsprechend § 107 Abs. 2 GWB unzulässig. Denn die Antragstellerin habe weder das erforderliche Interesse am Auftrag hinreichend belegt noch sei durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden oder drohe zu entstehen.

Die Antragstellerin hätte sich aufgrund der Bekanntmachung vom 02.10.2010 bezüglich der beabsichtigten Vergabe bemühen müssen, in die Verhandlungen einbezogen zu werden. Geschehe dies nicht, bestünde eine erhöhte Darlegungslast und Begründungspflicht, um das erforderliche Interesse am Auftrag nachzuweisen. Diesen Anforderungen würden die Nachprüfungsanträge nicht genügen. Darüber hinaus werde aufgrund der unkenntlich gemachten Informationen gegenüber allen Verfahrensbeteiligten die nach § 6 VOL/A erforderliche Eignung der Antragstellerin bzw. ohne Berufung auf die Eignung Dritter angezweifelt. Es sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin die Eignung vor Beginn der Leistungsaufnahme nicht so nachweisen könne, dass die Antragsgegner die notwendige Rechtssicherheit hätten. Ausgehend von der Darstellung der Antragstellerin auf ihrer Homepage sei sie eine reine Holdinggesellschaft, die selbst keine operativen Tätigkeiten ausführe. Sie sei lediglich finanziell an der GmbH beteiligt, die vergleichsweise im geringen Umfang SPNV-Leistungen im Raum Dresden erbringe. Selbst könne sie keinerlei Erfahrungen und Referenzen aufweisen. Auf eine etwaige fachliche Leistungsfähigkeit, insbesondere der GmbH oder sonstiger dritter Eisenbahnverkehrsunternehmen könne sie sich nicht berufen. Die zu erbringenden Verkehrsleistungen seien der Kategorie 18 –Eisenbahnen- der Anlage 1 Teil B zuzuordnen. Nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV hätten die Auftraggeber mit Ausnahme des § 7 VOL/A die Bestimmungen des ersten Abschnitts und nur die §§ 8 EG, 15 EG Abs. 10 und 23 EG VOL/A des zweiten Abschnitts anzuwenden. Dies bedeute auch, dass der § 7 EG Abs. 9 VOL/A nicht gelte, nachdem sich ein Unternehmen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde anderer Unternehmen bedienen könne. Im ersten Abschnitt finde sich ein solches Recht nicht. Dementsprechend sei die Eignung der Antragstellerin grundsätzlich allein anhand ihrer eigenen Leistungsfähigkeit und Fachkunde zu beurteilen.

Ausweislich des EuGH-Urteils vom 17.03.2011, Az: C-95/10 sei die europarechtlich parallel liegende Frage, ob sich ein Auftragnehmer bei Leistungen des Anhangs II B der EG-Richtlinie 2004/18 zum Nachweis seiner Fachkunde und Leistungsfähigkeit auf Dritte berufen dürfe, verneint worden. Das deutsche Vergaberecht sei dem gefolgt und habe keine Berufungsmöglichkeit auf die Eignung Dritter im ersten Abschnitt der VOL/A vorgesehen.

Außerdem hätten die Auftraggeber im Verkehrsvertrag vom 30.11.2011 unter § 7 - Nachauftragnehmer- vorgesehen, dass bei der Vergabe von Unteraufträgen der Auftragnehmer verpflichtet sei, einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste i. S. von Art. 4 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 selbst zu erbringen. Die Antragstellerin habe keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, weshalb das von den Antragsgegnern aufgestellte Kriterium der Selbsterbringung eines überwiegenden Teils der Leistungen sachlich nicht vertretbar oder diskriminierend sein sollte. Im Übrigen sei in tatsächlicher Hinsicht die Antragstellerin dem Vortrag der Antragsgegner nicht substantiiert entgegengetreten.

Der unzulässige Nachprüfungsantrag sei darüber hinaus auch unbegründet.

Die Antragsgegner hätten die Beigeladene in rechtmäßiger Weise auf der Grundlage von § 100 Abs. 1 GWB, § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV in Verbindung mit § 1 EG Abs. 3 VOL/A und § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A freihändig beauftragt. Ausweislich § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A sei eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in

Betracht kommt. Nach den amtlichen Erläuterungen als Anhang IV zur VOL/A erfasse diese Rechtsgrundlage den vorliegenden Fall einer vorteilhaften Gelegenheit. Die Wahrnehmung einer vorteilhaften Gelegenheit müsse zu einer wirtschaftlicheren Beschaffung führen, als dies bei der Anwendung der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung der Fall wäre. Sie liege nur dann vor, wenn es sich um eine einmalige oder sehr kurzfristig sich bietende Beschaffungsmöglichkeit handele, die zudem noch Verkaufspreise unterhalb des üblichen Einkaufspreises für den Auftraggeber verspreche. Ob die Voraussetzungen vorliegen, setze eine hinreichende Markterkundung des Auftraggebers voraus.

Nach landläufiger Auffassung könnte sich bei einer Wettbewerbsvergabe gegenüber der Fortschreibung eines Vertrages mit der Beigeladenen eine Kostenersparnis von etwa 15 bis 25 % ergeben. Dies würde bei fiktiver Fortschreibung der Bedingungen des bisherigen Vertrages mit der Beigeladenen bis 2028 für die Leistungen im Gebiet des Landes Sachsen-Anhalt eine Ersparnis von ca. bis Mio. € ergeben. Im Vergleich des nun abgeschlossenen Vertrages zum fiktiv bis 2028 fortgeschriebenen Vertrages mit der Beigeladenen würden sich Einsparungen von über Mio. € für die Leistungen im Gebiet des LSA ergeben. Auch habe die mit dem Angebot der Beigeladenen gegebene günstige Beschaffungsmöglichkeit nur äußerst kurzfristig bestanden. Die vorliegend angebotenen Bombardier-Doppelstockfahrzeuge des letzten Lieferloses des Rahmenvertrages 2003 seien nur noch in einer sehr begrenzten Anzahl, die zwar zur Leistungserbringung nach dem vorliegenden Verkehrsvertrag ausreiche, aber keine anderweitige nutzbaren Restbestände ausweise, verfügbar. Es war und sei noch immer konkret zu erwarten, dass die Beigeladene die besonders kostengünstigen und zudem betriebsstabilen Doppelstockfahrzeuge des letzten Lieferloses anderweitig einsetzen würde, um deshalb in der Lage zu sein, in anderen SPNV-Vergabeverfahren besonders kostengünstige und damit wettbewerbsfähige Angebote zu erstellen.

Des Weiteren seien die Antragsgegner nicht verpflichtet gewesen, die mit Vertrag vom 30.11.2011 vergebenen Leistungen in Lose bzw. in ein noch kleineres Los aufzuteilen. Unabhängig vom vorgesehenen Grundsatz der Auftragsteilung des § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB, stehe es dem Auftraggeber frei, die Leistung nach den individuellen fachlich gebundenen Vorstellungen zu bestimmen. Vor diesem Hintergrund sei zu prüfen, ob das der Ausschreibung zugrunde gelegte Leistungsprofil der Gestaltungsfreiheit der Vergabestelle unterfalle oder inwieweit innerhalb dieses Dispositionsrahmens eine weitere Zerlegung in Teil- und Fachlose möglich wäre. Zulässig bzw. haushaltsrechtlich ggf. wie hier sogar geboten sei eine einheitliche Vergabe demgegenüber, wenn wirtschaftliche und technische Gründe dies erfordern. Maßgeblich für die Betrachtung von Netz- bzw. Losgrößen sei zunächst die Gesamtmenge der in Sachsen-Anhalt zu vergebenen SPNV-Leistungen. Mit Blick auf das Jahr 2016 werde aktuell von ca. 25 bis 26 Mio. Zugkm ausgegangen. Bei der Zerlegung dieser Gesamtmenge der ursprünglich von der Beigeladenen im Rahmen eines einzigen Vertrages erbrachten Leistungen habe man sich von nachfolgenden Grundsätzen leiten lassen. Entgegen der antragstellerseitigen Ansicht sei die Mittelstandsfreundlichkeit jedenfalls bei einer Größenordnung bis 6-7 Mio. Zugkm gegeben. Außerdem mangle es derzeit deutschlandweit an finanzkräftigen Bewerbern. Losgrößen von unter 5 Mio. Zugkm seien nach den Erfahrungen für international operierende Unternehmen uninteressant. Anforderung sei daher, nach Berücksichtigung eines verkehrsfachlich zutreffend ermittelten Netzzuschnitts, die Netz- bzw. Losgröße sowohl für Mittelständler als auch für große Unternehmen interessant zu gestalten. Je kleiner das Netz gewählt werde, umso ungünstiger werde das Verhältnis zwischen den fixen Kosten der Verwaltung und der Fahrzeugbeschaffung sowie den variablen Kosten für Infrastrukturnutzung, Betrieb und Personal. Es müsse das Interesse des Auftraggebers sein, hier ein Optimum zwischen einem aufgrund der Zerteilung in Lose erreichbaren Wettbewerbs- bzw. Vergabegewinns und der Minimierung der fixen Kosten zu erzielen. Die Vergabe nur einer einzigen Linie mit nur 1 Mio. Zugkm entspreche dieser Zielstellung keinesfalls.

Zudem müsse der Auftraggeber im SPNV während der Vertragslaufzeit einen Betreuungsaufwand erbringen. Daher verstehe sich von selbst, dass es ein Optimierungskriterium sei, die Zahl der zu betreuenden Verträge zu begrenzen. Im Übrigen sei die Unterteilung in Netzgrößen zwischen 5 und 6 Mio. Zugkm bereits geübte Praxis.

Die Auftraggeber hätten in dem vorliegend betrachteten Netz, Linien zusammengefasst, die aufgrund der Lastspitzen in Kombination mit den infrastrukturellen Randbedingungen den Einsatz von Doppelstockfahrzeugen erforderlich machten. Dies liege ebenso im Interesse einer wirtschaftlichen Leistungserbringung (Vereinheitlichung der Instandhaltung, Reservevorhaltung). Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 ÖPNVG LSA bilde der Plan des öffentlichen Personennahverkehrs des LSA die Grundlage für eine landesweit koordinierte Verkehrsgestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs im Rahmen der Landesentwicklung. Die Antragstellerin könne nach allem die Bildung weiterer Lose bzw. nur bestimmter Lose nicht verlangen. Damit dokumentiere sie, dass ihr die Leistungsfähigkeit fehle und das Rechtsschutzinteresse schon deshalb zu verneinen sei.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

Sie stützt die Auffassung der Antragsgegner und lässt zusammenfassend im Wesentlichen vortragen,

dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig und unbegründet sei. So lägen die Voraussetzungen für eine Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB nicht vor. Die Antragstellerin habe einerseits nicht hinreichend ihr Interesse am Auftrag dargelegt und andererseits drohe kein Schaden. In Fällen einer Freihändigen Vergabe müsse deutlich vorgetragen werden, den Vertrag auch abschließen bzw. durchführen bzw. an dem Vergabeverfahren teilnehmen zu wollen. Wenn kein Angebot abgegeben werde, sei es zudem erforderlich, dass der Antragsteller bereits auf dem betreffenden Markt tätig sei, also entsprechende Leistungen erbringe oder sich zumindest nachweisbar um entsprechende Aufträge bemühe. Vorliegend habe die Antragstellerin nicht dargelegt, dass sie den Vertrag abschließen wolle. Die Ansicht der Antragstellerin, bereits die Einlegung eines Rechtsbehelfs mit Kostenrisiko reiche für das erforderliche Interesse aus, treffe nicht zu.

Zudem verfüge sie nicht über die für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen erforderliche Genehmigung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AEG bzw. habe nicht dargelegt, ob sie bis zur Betriebsaufnahme für das ENORM eine Genehmigung erhalten könne. Auch erbringe die Antragstellerin selbst keinerlei Eisenbahnverkehrsleistungen. Denn der Gesellschaftszweck umfasse nur die „Beteiligung an und Durchführung von öffentlichen Ausschreibungen für Personennahverkehr, sowie die Beteiligung an anderen Unternehmen“, nicht hingegen die Erbringung von SPNV-Leistungen. Daher fehle es nicht nur gegenwärtig an der erforderlichen Eignung, das Erbringen der streitbefangenen Leistung gehöre nicht einmal zum Unternehmenszweck. Auf die Eignung Dritter nach § 7 Abs. 9 EG VOL/A könne man sich bei nicht prioritären Dienstleistungen nicht berufen. Auch sei nicht bekannt, dass sich die Antragstellerin bislang überhaupt an Ausschreibungen im SPNV beteiligt habe. Dies mache deutlich, dass es nicht um den Erhalt des Auftrages, sondern nur um ein Blockieren des Vertrages gehe. Dem allerdings würden die Rechtsschutzmöglichkeiten des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens gerade nicht dienen.

Zudem habe sich die Antragstellerin nach der bekanntgemachten Vergabeabsicht am 02.10.2010 nicht bei den Antragsgegnern gemeldet bzw. dagegen Bedenken geltend gemacht, noch ein Interesse an der eigenen Leistungserbringung geäußert. So drohe der Antragstellerin auch kein Schaden, da sie mangels Eignung bereits von einem Vergabeverfahren auszuschließen wäre.

Der Nachprüfungsantrag sei auch deshalb unzulässig, weil der Antragstellerin das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Sie könne das beantragte Rechtsschutzziel nicht erreichen, weil der Beigeladenen der Zuschlag vor Erhebung des Nachprüfungsantrages am 30.11.2011 wirk-

sam erteilt worden sei. Ob und wann ein Zuschlag wirksam erteilt sei, richte sich neben den §§ 101 b und 115 Abs. 1 GWB nach allgemeinem Vertragsrecht. Die Antragstellerin könne keinen Verstoß gegen § 101 b Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 GWB geltend machen. Denn vorliegend gehe es gerade nicht um den von vorgenannter Vorschrift erfassten Fall einer heimlichen Vergabe, bei der Unternehmen mangels rechtzeitiger Kenntnis gar nicht die Möglichkeit hätten, vor Zuschlagserteilung um Rechtsschutz nachzusuchen. Vielmehr sei die Direktvergabeabsicht bereits im Oktober 2010 bekannt gegeben worden. Erst 1 Jahr nach der Bekanntmachung und nach Vertragsschluss mache sie ihr Interesse an der Auftragsvergabe geltend. Von ihrem Auskunftsrecht gemäß Art. 7 Abs. 4 der Verordnung EG 1370/2007 habe die Antragstellerin gar keinen Gebrauch gemacht. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe sie auch nicht davon ausgehen können, dass nach Bekanntgabe des BGH- Urteils vom 08.02.2011 sich die geplante Direktvergabe erledigen würde. Dies würde bereits übersehen, dass in der Bekanntmachung als Grundlage für die Direktvergabe nicht § 15 Abs. 2 AEG, sondern Art. 5 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 genannt worden sei. Denn danach seien Direktvergaben zulässig, sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt sei. Nach nationalem Recht sei auch nach der Rechtsprechung des BGH eine Freihändige Vergabe auf der Grundlage u. a. von § 3 Abs. 5 VOL/A zulässig, was vorliegend auch erfolgt sei. Zudem hätte die Antragstellerin sich von Anfang an, also innerhalb der 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung entsprechend § 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB, gegen alle vier Antragsgegner wenden müssen. Nach Bekanntmachung der Auftragsvergabe am 02.12.2011 habe die Antragstellerin innerhalb dieser Frist lediglich einen Nachprüfungsantrag gegen den Antragsgegner zu 1) gerichtet. Die subjektive Antragserweiterung vom 10.02.2012 gegen die Antragsgegner zu 2) bis 4) sei unstrittig erst nach Ablauf der 30 Kalendertage erfolgt.

Entgegen der antragstellerseitigen Ansicht, sei die Bekanntmachung in keinerlei Hinsicht widersprüchlich. Unter Abschnitt VI. der Bekanntmachung sei unmissverständlich formuliert worden, dass die Auftraggeber neben dem Antragsgegner zu 1) auch die Antragsgegner zu 2) bis 4) seien. Der 1. Antrag der Antragstellerin beziehe sich auf die Linie S 20 und der befinde sich nicht nur im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners zu 1), sondern auch des Antragsgegners zu 3). Dass sich die Stadt und der sich anschließende Streckenabschnitt bis zur Landesgrenze von Sachsen-Anhalt in befinde, dürfte allgemein bekannt sein. Ebenso sei es nicht nur offensichtlich, sondern werde auch durch die Bezeichnung der vier Auftraggeber bestätigt, dass der Antragsgegner zu 1) keine SPNV-Leistungen in oder vergabe und bezahlen könnte. Es sei daher schon nach eigenem Vortrag der Antragstellerin evident, dass es nicht um eine Vergabe allein des Antragsgegners zu 1) gehen könne. So habe der Abschnitt VI., als Ergänzung zu Abschnitt I., der Bekanntmachung die in § 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB geregelte Frist ausgelöst. Selbst wenn man im Übrigen auf § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB abstelle, nach dem die Unwirksamkeit nur festgestellt werden könne, wenn sie innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes geltend gemacht werde, gelte hier nichts anderes. Spätestens bei Einreichung des Nachprüfungsantrages am 30.12.2011 hätte die Antragstellerin positive Kenntnis davon, dass der strittige Auftrag von den Antragsgegnern zu 1) bis 4) gemeinsam vergeben worden sei. Dies ergebe sich aus der selbst durch die Antragstellerin als Anlage 1 übergebenen Bekanntmachung. Daher habe sie nicht erst durch die Akteneinsicht erfahren, denn diese habe nur bestätigt, was sich bereits aus der Bekanntmachung ergeben habe, nämlich dass alle vier Antragsgegner Auftraggeber seien.

Ebenso untauglich sei die vertretene Auffassung, dass die Frist von 30 Kalendertagen nicht gelte, da in der Bekanntmachung nicht auf die Frist des § 101 b Abs. 2 GWB bzw. auf die Folgen der Frist hingewiesen worden sei. Weder das nationale noch das Unionsrecht würden eine entsprechende Belehrung fordern.

Zudem sei dem auf Vergaberecht spezialisierten Anwalt die 30 Kalendertagefrist sehr wohl bewusst gewesen, dass der Nachprüfungsantrag binnen dieser Frist gestellt werden müsste. Dies zeige der auf den 30.12.2011 datierte Antrag hinreichend deutlich. Aufgrund der fehlerhaften Angabe der Person des Antragsgegners, komme auch eine bloße Berichtigung nicht in Betracht. Vielmehr sei die Erweiterung des Antrages vom 10.02.2012 materiell als Parteiänderung bzw. Parteienerweiterung anzusehen. Folge sei, dass einem Nachprüfungsantrag allein gegen den Antragsgegner zu 1) nicht stattgegeben werden könne, da es sich um ein einheitliches und untrennbares Leistungsverhältnisses handele. Ebenso sei die vorge-

nommene Parteierweiterung mit Schriftsatz vom 10.02.2012 grundsätzlich möglich, allerdings seien die Prozesshandlungen gegenüber den Antragsgegnern zu 2) bis 4) aufgrund der bereits abgelaufenen Frist nicht wirksam. Entgegen der antragstellerseitigen Ansicht sei die Frist nicht nur gegenüber dem Antragsgegner zu 1) gelaufen. Denn in der Bekanntmachung seien alle vier Antragsgegner benannt worden.

Die Verfristung des Nachprüfungsantrags gegen die Antragsgegner zu 2) bis 4) habe verfahrensrechtliche Folgen auch gegenüber dem Antragsgegner zu 1). Denn die vorliegende Konstellation entspreche einer notwendigen Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen i. S. d. § 62 Abs. 1, 2. Alt. ZPO, weil die Auftragserteilung nur durch die betroffene Auftraggebermehrheit gemeinsam erfolgen könnte. Wenn jedoch im Rahmen eines Passivprozesses nicht alle passiv legitimierten Mitglieder einer Streitgenossenschaft verklagt werden, sei die Klage gegen einen isoliert verklagten Streitgenossen nicht nur unbegründet, sondern bereits unzulässig. Dies treffe vorliegend ebenso zu, denn es gehe nicht um Erfüllungsansprüche aus dem abgeschlossenen Vertrag, für die einzelne Gesamtschuldner gegenüber einem Vertragspartner einzustehen hätten, sondern darum, ob der Vertrag als solcher wirksam sei. Dies könne allein gegenüber sämtlichen Auftraggebern, die ein einheitliches und untrennbares Auftragsverhältnis eingegangen seien, erklärt werden. Daher gehe auch die Auffassung der Antragstellerin bezüglich des § 421 Satz 1 BGB an der Sach- und Rechtslage vorbei. Es gehe nicht darum, Ansprüche gegen Gesamtschuldner aus einem Vertragsverhältnis geltend zu machen, sondern darum, ob die Antragsgegner gemeinsam den in Rede stehenden Vertrag ohne die vorhergehende Durchführung eines Vergabeverfahrens abschließen durften. Dies könne nur einheitlich ihnen gegenüber geltend gemacht werden. Der BGH habe in den vielfach zitierten Beschluss darauf hingewiesen, dass ein einheitlicher Vertrag nur einheitlich für unwirksam erklärt werden könne. Dementsprechend müsse sich ein Nachprüfungsantrag auch gegen sämtliche Auftraggeber des betreffenden Vertrages richten.

Überdies habe die Antragstellerin das Recht zur Nachprüfung verwirkt. Denn seit der Veröffentlichung der Vergabeabsicht seien ca. 15 Monate vergangen. Es sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin kurz nach dieser Veröffentlichung Kenntnis davon erlangt habe. Zumindest sei dies möglich gewesen. Im Gegensatz zu einem anderen Wettbewerber habe sie weder Bedenken zur Zulässigkeit der Vergabe oder gar ein Interesse an der eigenen Leistungserbringung geäußert. Daher konnten die Antragsgegner sowie die Beigeladene damit rechnen, dass die Antragstellerin einen Nachprüfungsanspruch nicht mehr geltend machen werde.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Dies folge schon daraus, dass der Antragsgegner zu 1), nicht ohne die übrigen von der Entscheidung der Vergabekammer betroffenen Antragsgegner zu 2) bis 4) passiv legitimiert sei. Abgesehen von der insgesamt fehlenden Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages sei der allein gegen den Antragsgegner zu 1) hinsichtlich § 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB noch nicht verfristete Antrag zumindest unbegründet. Dies gelte auch für die im Hauptantrag der Antragstellerin genannte Linie S 20, die sich nicht nur auf das LSA, sondern auch auf das Land Niedersachsen erstrecke. Obgleich es um Leistungen in Niedersachsen gehe, wolle die Antragstellerin die Unwirksamkeit der diesbezüglichen Vereinbarung allein gegenüber dem Antragsgegner zu 1) feststellen. Eine theoretisch dem Nachprüfungsantrag stattgebende Entscheidung der Vergabekammer würde lediglich den Antragsgegner zu 1) verpflichten können. Gegenüber den Antragsgegnern zu 2) bis 4) könne gemäß § 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB die Unwirksamkeit nicht mehr festgestellt werden.

Außerdem sei der in Rede stehende Verkehrsvertrag zu Recht freihändig auf der Grundlage des § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A vergeben worden. Die unmittelbare Anwendbarkeit der VO EG 1370/2007 habe zur Folge, dass eine Freihändige Vergabe bzw. eine Direktvergabe unionsrechtlich durch die v. g. Verordnung ausdrücklich zugelassen sei, soweit die Grenzen der VO eingehalten werden. Dies ziehe auch die Antragstellerin nicht in Zweifel. Ausweislich Art. 5 Abs. 3 VO EG 1370/2007 würden die zu einer Ausschreibungspflicht führenden Vergaben nicht vor dem 03.12.2019 gelten. Es würden die Ausschreibungspflichten gemäß Art. 21 der EU-Vergaberichtlinie 2004/18 ausdrücklich nicht für prioritäre Dienstleistungen nach Anhang II B gelten. Ebenso ergebe sich aus dem EU-Primärrecht keine Ausschreibungspflicht.

Hinsichtlich des § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV bestünde keine Sperrwirkung, denn die angegriffene Vergabe werde nicht auf diese Vorschrift gestützt, sondern ausdrücklich auf § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A. Durch diese Regelung bestehe daher auch keine Umgehungsgefahr hinsichtlich der tatbestandlichen Anforderungen in § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV, da die Freihändige Vergabe an eigenständige Voraussetzungen geknüpft werde. Dementsprechend besage auch die Rechtsprechung des BGH, dass eine Direktvergabe im SPNV-Bereich in den Grenzen des § 3 VOL/A möglich sei.

Gemäß § 3 Abs. 5 lit. I) VOL/A sei eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn zur Erbringung der Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht komme. Auch sei sie auf der Grundlage einer vorteilhaften Gelegenheit nach wie vor möglich.

Außerdem verkenne die Antragstellerin, dass das europäische Primärrecht die Auslegung nationaler Vergabevorschriften im Bereich des SPNV nicht berühre. Da es sich vorliegend um nichtprioritäre Dienstleistungen handele, seien gemäß § 4 Abs. 4 VgV nur die eingeschränkten Bestimmungen anwendbar.

Die Voraussetzungen einer vorteilhaften Gelegenheit lägen vor. Insoweit schließt sich die Beigeladene den Ausführungen der Antragsgegner an. Ergänzend werde ausgeführt, dass nach dem großen Verkehrsvertrag in den Jahren 2014-2017 durch die Antragsgegner rund Mio. € mehr an die Beigeladene zu zahlen wäre, als dies nunmehr nach dem strittigen ENORM-Vertrag der Fall sei. Hintergrund sei der gegenüber dem ENORM-Vertrag reduzierte Leistungspreis in €/Zugkm. Auch in den Jahren 2018-2028 würden für die Antragsgegner bereits aufgrund der höheren Fahrzeugkosten deutlich höhere Zahlungen anfallen. Bei den vorgesehenen Doppelstockzügen der Firma handele sich um die letzten Fahrzeuge aus diesem Lieferlos 2003. Könnten diese nicht eingesetzt werden, würden die Kosten um ca. Mio. € höher liegen. Hinzu komme, dass die Beigeladene als Fahrzeug-Großauftraggeber gegenüber kleineren Verkehrsunternehmen deutliche Mengenrabatte bei der Fahrzeugindustrie erzielen könnte und bei den in Rede stehenden Fahrzeugen auch erzielt habe. Auch könnten bei steigenden technischen Anforderungen, einer großen Zahl von anstehenden Neuvergaben mit entsprechend großer Fahrzeugnachfrage und einem eng begrenzten Markt von Fahrzeuganbietern die Preise der Fahrzeuge im Jahr 2017 nicht niedriger liegen als dies derzeit der Falle sei.

Entgegen der geäußerten Ansicht der Antragstellerin, könne die Beigeladene frei über die Fahrzeuge verfügen. Die für den ENORM-Vertrag vorgesehenen Fahrzeuge seien weder vom Antragsgegner zu 1) noch von einem der anderen Antragsgegner gekauft oder auch nur teilweise finanziert oder gefördert worden.

Rein vorsorglich weist die Beigeladene darauf hin, dass die Beschaffung der Fahrzeuge nichts mit den Investitionszusagen in § 9 des Großen Verkehrsvertrages vom 03.03.2003 zu tun habe.

Würde man andere Fahrzeuge als die aus dem Lieferlos 2003 vorsehen, sei anzumerken, dass diese weder im täglichen Betrieb erprobt seien, noch es sich um zugelassene Fahrzeuge handle. Somit bestünden Risiken bezüglich der rechtzeitigen Lieferung sowie im Hinblick auf die Zuverlässigkeit. Weiterhin könnte das zwingend erforderliche Zulassungsverfahren des Eisenbahnbundesamtes zu Nacharbeiten und damit zu Verzögerungen in der Auslieferung und zu weiteren Preiserhöhungen führen. Zudem würden ab 2018 mit großer Wahrscheinlichkeit die vorhandenen 12 Fahrzeuge der Baureihe, die ein Re-Design erhalten sollen, nicht mehr verfügbar sein, so dass ab Ende 2017 Neufahrzeuge beschafft werden müssten, die ebenso zu höheren Kosten führen würden. Die dargestellten Kostenvorteile seien einmalig, denn die neuen 48 Doppelstockwagen würden ohne den strittigen Vertrag ansonsten in anderen Bundesländern eingesetzt werden.

Neben den Kostenersparnissen bestünden weitere Vorteile, wie z. B. das sehr hohe Qualitätsniveau. Überdies seien aufgrund der gestiegenen Qualität Zuwächse bei den Erlösen aus Fahrscheinen zu erwarten, die im Gegensatz zum Großen Verkehrsvertrag ganz überwiegend den Antragsgegnern zufließen würden.

Der Antragstellerin wurde ausweislich des Beschlusses vom 02.02.2012 Einsicht in die Vergabeakten der Antragsgegner gewährt. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich jedoch nicht auf die durch die Beigeladene eingereichten Unterlagen sowie die Auswertungsbelege, die Inhalte aus diesen Unterlagen enthalten.

Die erkennende Kammer hat mittels Beschluss vom 03.02.2012 die zum Verfahren beigeladen. Durch Beschluss vom 28.02.2012 ist der Beigeladenen ebenso Einsicht in die Vergabeakten der Antragsgegner gewährt worden, nicht jedoch in die Unterlagen, die Informationen im Zusammenhang mit der Bewertung des Angebotes der Beigeladenen enthalten.

Mit Beschluss vom 02.03.2012 ist den Antragsgegnern zudem Einsicht in die Verfahrensakte der 1. Vergabekammer gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich nicht auf die firmeninternen Ausführungen und Unterlagen der Antragstellerin.

Seitens der erkennenden Kammer sind die Beteiligten mit Schreiben vom 28.03.2012 darüber informiert worden, dass im schriftlichen Verfahren entschieden werden sollte. Gleichzeitig haben sie Gelegenheit zur abschließenden Stellungnahme bis zum 16.04.2012 erhalten. Aufgrund des antragstellerseitigen Schriftsatzes vom 02.04.2012 hat die Kammer die Frist zur Stellungnahme bis zum 23.04.2012 verlängert.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der seit dem 01.01.2010 maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 193.000 Euro gem. § 100 Abs. 1 GWB in dem streitbefangenen Vergabeverfahren bei Weitem überschritten ist.

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03 i. V. m. d. Gemeinsamen Geschäftsordnung d. VgK, Bek. des MW v. 05.08.2009 (MBI. LSA Nr. 33/2009).

Die Antragsgegner sind öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1, 3 bzw. 4 GWB.

Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages folgt aus der antragstellerseitigen Nichteinhaltung der Fristen des § 101b Abs. 2 GWB. Der schriftsätzlich am 30.12.2011 eingereichte Nachprüfungsantrag richtete sich ursprünglich ausschließlich gegen den Antragsgegner zu 1). Erst mit Schriftsatz vom 10.02.2012 wurde der Antrag auf die Antragsgegner zu 2) bis 4) erweitert. Diese Erweiterung war möglich, erfolgte jedoch verspätet.

Grundlage der Entscheidung ist die kammerseitige Überzeugung, dass bei einer Auftragsbermehrheit immer dann alle Auftraggeber zu Antragsgegnern des Nachprüfungsantrages gemacht werden müssen, wenn die beabsichtigte Vergabe der gesamten Leistung angegriffen wird und diese Leistung materiell-rechtlich als unteilbar gelten muss.

a) Die Antragstellerin vertritt dazu eine nicht überzeugende abweichende Auffassung, die sie u. a. mit dem Wortlaut des § 108 Abs. 2 GWB zu begründen sucht. Ausweislich § 108 Abs. 2 GWB muss der Nachprüfungsantrag u. a. die Bezeichnung des Antragsgegners enthalten. Die Verwendung dieses Begriffes im Singular spiegelt lediglich die tatsächlich auftretende Grundkonstellation wider, ist jedoch keinesfalls Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, bei einer unteilbaren Leistung und einer Auftragsbermehrheit die Benennung nur eines Auftraggebers ausreichen zu lassen.

- b) Soweit die Antragstellerin hinsichtlich der Antragsgegner zu 2) bis 4) bereits die Auftraggebereigenschaft in Frage zu stellen sucht, steht dies im ausdrücklichen Widerspruch zum Text der Bekanntmachung vom 02.12.2011. Unter Abschnitt VI. 2) ist dort explizit von einer weiteren Auftraggebereigenschaft der Antragsgegner zu 2) bis 4) - jeweils im Rahmen ihrer Zuständigkeitsbereiche - die Rede. Zugestanden werden kann hier zwar, dass der mit dem jeweiligen Zuständigkeitsbereich einhergehende Begriff des Aufgabenträgers keine Festlegungen im Hinblick auf eine gleichzeitige Auftraggeberstellung trifft, die Aufgabenträgereigenschaft schließt eine gleichzeitige Auftraggeberposition aber auch nicht aus. Es kommt demnach auf den Einzelfall an. Vorliegend haben sich die Antragsgegner ihre jeweilige Zustimmung zur vertraglichen Leistungsvergabe vorbehalten. Nur bei einer einvernehmlichen Entscheidung soll es zu einer vertraglichen Bindung kommen. Gerade dies ist die Ausübung einer klassischen Auftraggeberstellung, die zudem durch die Bekanntmachung auch unmissverständlich nach Außen hin transparent gemacht wurde. Die Antragstellerin hatte somit keinen Grund, die Angaben der Bekanntmachung diesbezüglich in Zweifel zu ziehen.
- c) Daran vermag auch der Hinweis der Antragstellerseite nichts zu ändern, dass die Antragsgegner zu 2) bis 4) ihre Unterschriften bereits vor dem in der Bekanntmachung vom 02.12.2011 veröffentlichten Termin der Entscheidung über die Zuschlagserteilung unter das Vertragswerk gesetzt haben. Zwischen den Antragsgegnern besteht die bereits erwähnte schriftliche Übereinkunft, über die Zuschlagsentscheidung nur im Einvernehmen zu befinden. Dies beinhaltet selbstverständlich auch, dass über den Zuschlag erst dann abschließend entschieden ist, wenn auch der letzte Auftraggeber seine Entscheidung getroffen hat. Dies geschah durch die Unterschriftsleistung des Antragsgegners zu 1) am 30.11.2011 und somit genau zum in der Bekanntmachung veröffentlichten Zeitpunkt.
- d) Ebenfalls rechtlich unbeachtlich ist der Hinweis des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin, lediglich bei dem Antragsgegner zu 1) habe sich eine Vergabeakte befunden, was als Indiz für eine alleinige Auftraggebereigenschaft gelten könne. Wollte man dem Besitz einer Vergabeakte tatsächlich diese Indizwirkung zubilligen, so würde dies vorliegend gerade für eine vierfache Auftraggeberstellung sprechen. Denn ausweislich der Einlassungen der Antragsgegner befand sich die Vergabeakte im Besitz derGmbH. Aufgrund des Vertretungsverhältnisses gegenüber allen Antragsgegnern übte die GmbH somit unmittelbaren und die Antragsgegner allesamt mittelbaren Besitz an der Vergabeakte aus.
- e) Erfolglos musste auch der Hinweis der Antragstellerin auf eine angeblich vorliegende unschädliche Falschbezeichnung der Antragsgegnerseite bleiben. Eine solche setzt bereits begrifflich eine irrtümliche Ungenauigkeit bei der Benennung der Antragsgegnerseite voraus. Diese muss zudem unvermeidbar und als Falschbezeichnung auch erkennbar gewesen sein. Daran fehlt es jedoch aufgrund der Eindeutigkeit der Formulierungen der Bekanntmachung vom 02.12.2011 sowie der anwaltlichen Stellungnahmen der Antragstellerin, die vorgibt, den Nachprüfungsantrag zunächst ausdrücklich nur gegen den Antragsgegner zu 1) richten zu wollen.
- f) Eine andere Sichtweise vermag auch der Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Naumburg vom 23.02.2012 unter dem Aktenzeichen 2 Verg 15/11 nicht zu eröffnen. Danach gilt eine Mehrheit von Auftraggebern dann als ausreichend im Nachprüfungsantrag bezeichnet, wenn dort ein gemeinsamer Vertreter als Antragsgegner ausgewiesen wurde. Hätte die Antragstellerin demnach die GmbH aufgrund ihrer Vertreterstellung gegenüber sämtlichen Auftraggebern als Antragsgegner benannt, so hätte dies im Sinne dieser Rechtsprechung ausgereicht. Dies ist jedoch hier nicht der Fall. Als Antragsgegner wurde vielmehr ausdrücklich das Land Sachsen-Anhalt ausgewiesen. Die GmbH wurde nur als Vertreter des Antragsgegners zu 1) zusätzlich aufgeführt, kann demnach nicht schon im Zeitpunkt der ursprünglichen Antragstellung stellvertretend auch für die später im Rahmen der subjektiven Antragserweiterung einbezogenen Antragsgegner zu 2) bis 4) stehen.

- g) Konsequenterweise war der Nachprüfungsantrag auch nicht durch die erkennende Kammer in der Art auszulegen, dass er sich bereits in seiner ursprünglichen Form gegen sämtliche Antragsgegner hätte richten sollen. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass die Auslegung von Willenserklärungen ihre natürliche Grenze im tatsächlichen Willen findet. Vorliegend hat die Antragstellerin in Erwiderung des gegnerischen Schriftsatzes vom 10.01.2012 mittels anwaltlichen Schreibens vom 30.01.2012 ausführen lassen, dass sie lediglich den Antragsgegner zu 1) als Auftraggeber anerkenne und eine darüber hinaus gehende Auftraggebereigenschaft Dritter zumindest mit Nichtwissen bestreite. Ein derartiges Verhalten lässt keinen Raum für Auslegungen. Die Antragstellerin muss sich vielmehr an der Eindeutigkeit der ihr zuzurechnenden anwaltlichen Äußerungen festhalten lassen.
- h) Auch unter dem Gesichtspunkt einer gesamtschuldnerischen Haftung entsprechend den §§ 421 ff BGB wäre es nicht ausreichend, sich mittels des Nachprüfungsantrages ausschließlich gegen den Antragsgegner zu 1) zu wenden. Die Einbeziehung nur eines Auftraggebers hätte insoweit ausgereicht, als man vertragliche Ansprüche gegen diesen als Gesamtschuldner hätte geltend machen wollen. Die Gesamtschuldnerstellung wirkt sich jedoch nicht aus, soweit es – wie hier – um das rechtliche Zustandekommen und die Wirksamkeit des vorliegend streitbefangenen Vertrages geht. Ein rechtliches Vorgehen der Antragstellerseite kann in einem derartigen Fall nur einheitlich gegenüber allen Auftraggebern erfolgen.
- i) Ebenfalls nicht zu überzeugen vermochten schließlich die Ausführungen des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin zur gewillkürten Prozessstandschaft auf Passivseite. Zu Recht lässt die Antragstellerin darauf hinweisen, dass für die Aktivseite eine gewillkürte Prozessstandschaft dann angenommen werden kann, wenn ein Mitglied einer sich am Wettbewerb beteiligenden Bietergemeinschaft zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens ermächtigt wurde. Selbst wenn man eine grundsätzliche Übertragbarkeit dieser Überlegung auf die Passivseite unterstellt, liegt die erforderliche Ermächtigung des Antragsgegners zu 1) zur Vertretung der Antragsgegner zu 2) bis 4) hier nicht vor. Soweit die Antragstellerseite auf die Bevollmächtigung derGmbH Bezug nimmt, verkennt sie, dass die GmbH nicht selbst Beteiligte des Verfahrens ist.

Die Ergänzung des ursprünglichen Nachprüfungsantrages durch anwaltlichen Schriftsatz der Antragstellerseite vom 10.02.2012 ist demnach als eine grundsätzlich notwendige subjektive Antragserweiterung zu bewerten, deren Rechtzeitigkeit sich u. a. an § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB bemisst. Nach dieser Regelung kann die Unwirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrages nach Absatz 1 nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstoß, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht wird. Diese Frist wurde bei der subjektiven Antragserweiterung auf die Antragsgegner zu 2) bis 4) nicht eingehalten. Spätestens mit dem Anrufen der erkennenden Kammer am 30.12.2011 hat die Antragstellerin auch nach Außen erkennbar dokumentiert, dass sie in der durch die Bekanntmachung vom 02.12.2011 öffentlich gemachten Auftragserteilung einen Vergabeverstoß der Auftraggeberseite zu erkennen glaubt. Die subjektive Antragserweiterung hätte somit bis zum 30.01.2012 erfolgen müssen. Dies geschah jedoch erst zum 10.02.2012.

Wurde die Antragstellerin durch die Bekanntmachung vom 02.12.2011 auf das vermeintlich vergaberechtswidrige Tun aufmerksam, so hat sie auch die dort niedergelegten Ausführungen zur Auftraggebersituation zur Kenntnis genommen. Soweit nunmehr dennoch der individuelle Rückschluss auf eine Auftraggeberstellung sämtlicher Antragsgegner durch die Antragstellerin bis zur Einsichtnahme in die Vertragsunterlagen verneint bzw. die Beteiligung der Antragsgegner zu 2) bis 4) mit Nichtwissen bestritten wurde, ist dies rechtlich unerheblich. Der Wortlaut der Bekanntmachung lässt vernünftigerweise zumindest hinsichtlich der vierfachen Auftraggebereigenschaft keine Zweifel zu. Unter Abschnitt VI. Ziffer 2) 1. wurde ausdrücklich unter Bezugnahme auf Abschnitt I auf die weitere Auftraggeberstellung der Antragsgegner zu 2) bis 4) für die jeweils in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Streckenabschnitte hingewiesen. Sollte die Antragstellerin diesen Umstand nach der Lektüre der Be-

kanntmachung tatsächlich nicht erkannt haben, so könnte man hier wohl zu Recht von einem schuldhaften Verschließen gegenüber einer sich geradezu aufdrängenden Schlussfolgerung sprechen. Dies muss umso mehr gelten, als sich das Hauptinteresse der Antragstellerin auf die Linie S 20 von über und bis nach richtet. Es erscheint schlechterdings nur sehr schwer vorstellbar, nicht zu erkennen, dass die Stadt nicht in Sachsen-Anhalt sondern in liegt. Die Kammer scheut sich daher nicht in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB das Merkmal des Wissens um die Auftraggebereigenschaft sämtlicher Antragsgegner zum Zeitpunkt der Antragstellung am 30.12.2011 bei der Antragstellerin notfalls auch unter diesem Gesichtspunkt zu bejahen. Soweit in der Literatur vereinzelt Stimmen laut werden, die eben dies ausschließen, vermochten die vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen. Dies muss insbesondere für den argumentativen Rückgriff auf den Wortlaut des § 107 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 GWB gelten. Dort ist zugegebenermaßen von dem Erfordernis einer bloßen Erkennbarkeit die Rede. Die Kammer setzt jedoch nicht die Begriffe des tatsächlichen Erkennens mit der bloßen Erkennbarkeit gleich. Sie differenziert vielmehr zwischen der bloßen Erkennbarkeit und einem schuldhaften Verschließen gegenüber einer sich gewissermaßen aufdrängenden Erkenntnis und setzt Letztere mit dem tatsächlichen Erkennen gleich. Jede andere Sichtweise würde die betreffende Regelung in der Rechtsanwendung wider jede Vernunft entwerten. Dies stünde nicht im Einklang mit dem Ziel des gesetzgeberischen Tätigwerdens.

Der Anwendung des § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB steht nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer auch kein Verstoß gegen europarechtliche Regelungen entgegen. Soweit die Antragstellerseite diesbezüglich auf Art. 2f Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 89/665/EWG verweist und vorträgt, eine Verfristung sei dort nur im Zusammenhang mit einer zuvor erfolgten Bekanntmachung vorgesehen, so dass § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB in unzulässigerweise über die europarechtskonformen Regelungsmöglichkeiten hinausgehe, hält dies einer vertieften rechtlichen Prüfung nicht stand. Der europäische Richtliniengeber bringt durch die zitierte Regelung zum Ausdruck, dass er einen potentiellen Leistungsanbieter dann nicht mehr für schutzwürdig hält, wenn dieser trotz der durch Bekanntmachung eröffneten Möglichkeit zur Kenntnisnahme von einem eventuell als vergaberechtswidrig einzuordnenden Tun eines öffentlichen Auftraggebers nicht binnen 30 Tagen gegen die angekündigte Zuschlagserteilung vorgeht. Lässt der europäische Richtliniengeber für den Verlust der Schutzwürdigkeit bereits die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme durch Bekanntmachung ausreichen, wie sollte dann der im nationalen Recht verankerte Verlust dieser Rechtsstellung bei tatsächlich festgestellter Kenntnis auch ohne Bekanntmachung einer Schlechterstellung der Position des Rechtsschutzsuchenden gleichkommen. Die nationale Regelung des § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB greift gerade nicht über die einschlägige europarechtliche Norm hinaus, sie bleibt vielmehr hinter dieser zurück, indem sie das Merkmal der Kenntnisnahmemöglichkeit verschärft und nur tatsächliche Kenntnis ausreichen lässt. Vorliegend hat der Bundesgesetzgeber somit von der ihm zustehenden Regelungskompetenz Gebrauch gemacht und die europarechtlichen Grenzen seines Handelns nicht überschritten.

In diesem Zusammenhang mag zugestanden werden, dass sich die Feststellung der positiven Kenntnis im Einzelfall durchaus schwierig gestalten kann. Dies ist jedoch eine Frage der individuellen Rechtsanwendung (s. o.) und betrifft nicht Aspekte der grundsätzlichen Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit mit Europarecht.

Der Nachprüfungsantrag ist zudem gemäß § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB präkludiert. Auch nach dieser Regelung hätte die subjektive Antragsweiterung spätestens bis zum 30.01.2012 erfolgen müssen.

In diesem Zusammenhang ist unbeachtlich, ob die Antragstellerin zu Recht davon ausgehen kann, dass die Bekanntmachung vom 02.12.2011 nicht auch durch die Antragsgegner zu 2) bis 4) autorisiert wurde. Denn abweichend von der Auffassung der Antragstellerin kommt es im Rahmen des § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB nur auf die Wahrnehmung der Warnfunktion durch Bekanntmachung an. Dieser Aufgabe würde auch eine lediglich vom Antragsgegner zu 1) autorisierte Bekanntmachung gerecht. Insoweit vermag auch der in diesem Zusammenhang antragstellerseitig anklingende Einwand, ein nicht an der Bekanntmachung vom 02.12.2011 beteiligter Auftraggeber sei nicht schutzwürdig im Sinne des § 101b Abs. 2 Satz

2 GWB, nicht zu überzeugen. Die Regelung dient dem Schutz des Rechtsverkehrs und ist Ausdruck des legitimen gesetzgeberischen Ermessens, dem Vertrauen in den Rechtsverkehr 30 Tage, nachdem ein nicht berücksichtigter Leistungsanbieter durch Veröffentlichung von der Auftragserteilung hat Kenntnis nehmen können, den Vorrang einzuräumen. Eine Grenze hat der Gesetzgeber durch den Wortlaut der Regelung erst dann gezogen, wenn die Bekanntmachung nicht durch ein Mitglied der Auftraggeberseite veranlasst wurde. Dies ist hier jedoch unstreitig nicht der Fall.

Weiterhin ist hier ohne Bedeutung, ob die Auftraggeberstellung des Einzelnen seiner jeweiligen Aufgabenträgerschaft entspricht oder diese gar übersteigt. In jedem Fall erfolgte zum 30.11.2011 der Zuschlag und in jedem Fall besteht eine vierfache Auftraggeberstellung.

Der Anwendung des § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB steht hier auch nicht entgegen, dass die Bekanntmachung vom 02.12.2011 keine Hinweise auf die Fristenregelung des § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB enthält. Hierzu ist festzustellen, dass weder das deutsche noch das europäische Vergaberecht eine Rechtsbehelfsbelehrung fordert, wie sie z. B. im § 58 Abs. 1 VwGO vorgesehen ist. Insoweit ist die Sachlage hier auch nicht mit der Situation im Zusammenhang mit § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB vergleichbar. Dort hat der Gesetzgeber an die Nichtabhilfe einer Vergaberüge eine 15-Tage-Frist geknüpft, die den Primärrechtsschutz des Bieters zeitlich begrenzt. Der öffentliche Auftraggeber ist gemäß § 15 EG VOL/A in Verbindung mit Ziffer VI 4.2 der VO (EG) Nr. 1564/2005 u. a. verpflichtet, den Bietern genaue Angaben zur einzuhaltenden Rechtsbehelfsfrist zu machen oder eine Stelle zu benennen, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind. Für den Bereich der ex-post-Transparenz nach § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB fehlen derartige Regelungen. Hier geht es um eine Ausschlussfrist. Der Gesetzgeber ist insoweit davon ausgegangen, dass die betroffenen Bieter jedenfalls dann, wenn sie aus den in Art. 2f der Richtlinie 2007/66/EG geforderten Angaben erkennen können, dass der bekannt gegebene - vergebene - Auftrag für sie von Interesse ist, die weiteren Anforderungen zur Rechtsverfolgung ohne Weiteres dem Gesetz entnehmen können. Auf die Ausschlussfrist ist auch die Regelung für Vergabeverfahren, wie sie in Anhang VII Teil A zur Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG enthalten ist, nicht anzuwenden. Weder im Rahmen der Richtlinie 2007/66/EG noch des § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB sind detaillierte Anforderungen an eine Belehrung über die Frist eines Rechtsbehelfs für einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit übernommen worden.

Einer Anwendbarkeit des § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB steht im konkreten Fall schließlich auch nicht das Fehlen des laut Art. 2f Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 89/665/EWG erforderlichen Begründungszwanges entgegen. Vorliegend hat die Auftraggeberseite dieser europäischen Forderung durch die Bezugnahme auf § 3 Abs. 5 lit. I VOL/A unter Ziffer VI. 2) der Bekanntmachung entsprochen. In diesem Zusammenhang weist der anwaltliche Vertreter in seinem Schriftsatz vom 23.04.2012 zu Recht darauf hin, dass ein Erfüllen des Begründungserfordernisses die Angabe tatsächlicher oder rechtlicher Umstände voraussetzt. Letzteres hat die Auftraggeberseite durch Benennung der nach ihrer Auffassung ihr Verhalten rechtfertigenden Norm der VOL/A getan. Ob die dieser Angabe zugrunde liegende rechtliche Würdigung einer vergaberechtlichen Prüfung standhält, ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Ohne rechtliche Bedeutung ist daher auch, welche rechtlichen Positionen der BGH im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Durchführung einer freihändigen Vergabe eingenommen hat. Der Sinn und Zweck des Begründungserfordernisses ist gerade auch dann erfüllt, wenn ein Auftraggeber durch die Bezugnahme auf eine sein Handeln tatsächlich nicht rechtfertigende Norm sein vergaberechtswidriges Fehlverhalten im Rahmen der Bekanntmachung offenlegt. Alles andere käme einer Vorverlagerung materiell-rechtlicher Erwägungen in die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages gleich.

Bereits im Ansatz geht die Antragstellerseite fehl, wenn sie die Ursache für die verspätete subjektive Antragserweiterung am Zeitpunkt der Gewährung der Akteneinsicht festzumachen sucht. Sie verkennet, dass nicht erst die Akteneinsicht sie in den Stand versetzte, die vierfache Auftragsgeberstellung zu erkennen. Dies war vielmehr bereits aus den Angaben der

Bekanntmachung entnehmbar, so dass der Fristenlauf des § 101b Abs. 2 GWB kammerseitig zu Recht an diesem Ereignis festgemacht wird.

Die Verfristung der subjektiven Antragserweiterung führt entsprechend den Grundsätzen der notwendigen Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen in analoger Anwendung des § 62 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 64 VwGO zur Unzulässigkeit des gesamten Nachprüfungsantrages. Unter Einbeziehung von Haupt- und Hilfsantrag konnte die jeweils streitbefangene Auftragserteilung aus materiell-rechtlichen Gründen nur durch die betroffene Auftraggebermehrheit gemeinsam erfolgen. Werden im Rahmen eines Passivprozesses jedoch nicht alle passiv legitimierten Mitglieder einer materiell-rechtlichen Streitgenossenschaft verklagt, so ist die isolierte Klage gegen einen verklagten Streitgenossen bereits unzulässig. Dies ist hier der Fall.

Einigkeit besteht mit der Antragstellerin in diesem Zusammenhang darüber, dass eine direkte Anwendung dieser gesetzlichen Normen ausscheidet. Ungeachtet dessen existiert nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer jedoch mangels ausreichender Regelungen im vierten Teil des GWB ein Bedürfnis nach einem Analogieschluss. Denn abweichend zum Vortrag der Antragstellerseite scheidet eine Beiladung der Antragsgegner zu 2) bis 4) nach § 109 GWB als Alternative zur Antragsgegnerstellung bereits tatbestandlich aus. Der Gleichsetzung von drei von vier Auftraggebern mit einem beizuladenden Unternehmen im Sinne des § 109 GWB wird kammerseitig daher eine klare Absage erteilt. Sie ist mit dem Wortlaut dieser Regelung nicht vereinbar. Besteht also - wie vorliegend - eine Regelungslücke, so bieten sich zunächst die restlichen Regelungen des GWB und dann die Bestimmungen des VwVfG für einen möglichen Analogieschluss an. Finden sich dort jedoch keine geeigneten Vorschriften, ist der Weg auch zu einer analogen Anwendung geeigneter Bestimmungen der VwGO bzw. der ZPO durchaus offen. So verhält es sich hier.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen, da sie im Verfahren unterlegen ist.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühr ist § 128 Abs. 2 GWB. Danach soll die Gebühr den Betrag von 50.000 € nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, jedoch bis zu einem Betrag von 100.000 € erhöht werden.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt übersteigt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) auf der Grundlage der Angebotspreise des Verkehrsvertrages den regelmäßigen Höchstbetrag von 50.000 €, wie auch den absoluten Höchstbetrag von 100.000 €, erheblich. Aufgrund der Entbehrlichkeit der mündlichen Verhandlung sieht die erkennende Kammer trotz der außergewöhnlich hohen wirtschaftlichen Bedeutung von der Möglichkeit des Rückgriffs auf die absolute Höchstgebühr ab und bescheidet sich mit der Festsetzung einer Gebühr in Höhe von €. Selbst unter Zugrundelegung der Angebotspreise nur für die Linie S 20 wurde die absolute Höchstgebühr überschritten.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen § 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt in Höhe von €.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

..... €,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene notwendig.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Die Beigeladene hat die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages beantragt und durch ihren schriftsätzlichen umfangreichen Vortrag das Verfahren aktiv befördert. Daher entspricht es der Billigkeit, der Antragstellerin auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen.

Unter Berücksichtigung des hier geleisteten Vorschusses in Höhe von 2.500,00 € hat die Antragstellerin nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses einen Betrag in Höhe von € unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Foerster