



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

hierzu Entscheidung des OLG Naumburg 2 Verg 6/13 vom 12.02.2014

§ 8 Abs. 4 PBefG

- geltend gemachter Rechtsverstoß bezieht sich auf Personenbeförderungsgesetz u.
nicht auf Vorschriften des Vergaberechts

Die Antragstellerin hat geltend gemacht, dass der Antragsgegner unzutreffend von einer
Erbringung von Verkehrsleistungen in eigenwirtschaftlicher Weise ausgegangen sei.

Die Einordnung, ob ein eigenwirtschaftlicher Verkehr vorliegt, beurteilt sich nach
§ 8 Abs. 4 PBefG. Der von der Antragstellerin geltend gemachte Rechtsverstoß bezieht
sich daher im Kern nicht auf Vorschriften des Vergaberechts, sondern auf solche des
Personenbeförderungsgesetzes.

Die Prüfung, ob die Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich erbracht werden kann, ist nicht
Bestandteil des Vergabeverfahrens.

AZ: 2 VK LSA 16/13

Halle, 19.12.2013

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen den

.....

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in dem Interessenbekundungsverfahren bezüglich der
Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen für den öffentlichen Personennahverkehr im
..... hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne Durchführung

einer mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, den hauptamtlichen Beisitzer Herrn und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn beschlossen:

Der Antrag wird verworfen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kosten werden auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für den Antragsgegner notwendig.

Gründe

I.

Der Antragsgegner veranlasste ein Verfahren für die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen für den öffentlichen Personennahverkehr im Er hat dabei davon abgesehen, ein förmliches Vergabeverfahren im Sinne des GWB und der VOL/A durchzuführen.

Am veranlasste er eine Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

In dieser wird unter II.1) auf das Auslaufen von Linienverkehrsgenehmigungen nach § 13 i.V. mit § 42 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) im hingewiesen.

Unter II.4) wird beschrieben, dass der beabsichtige, die Linienverkehrsgenehmigungen nach § 42 PBefG neu zu erteilen. Die Neuerteilung erfolge im Wege eines Genehmigungswettbewerbes im Sinne des „..... Modells“. Die Linienverkehrsgenehmigungen sollen in Form einer Linienbündelung zum 01.01.2015 für den Zeitraum von 10 Jahren erteilt werden.

Gemäß II.6) soll am 01.10.2013 der voraussichtliche Beginn der Vergabeverfahren sein.

Am versendete der Antragsgegner eine Wettbewerbsbekanntmachung an das Supplement.

Unter II. 1.2) weist er darauf hin, dass das Antrags- und Bearbeitungsverfahren gemäß PBefG und auf der Grundlage des Nahverkehrsplans des durchgeführt werde. Der Nahverkehrsplan in der Fassung des Beschlusses des vom enthalte eine Laufzeit vom 01.01.2015 bis 31.12.2020.

Jeder Antragsteller erhalte von der Genehmigungsbehörde einen passwort-geschützten Zugang zu einem Internetportal, auf dem die notwendigen Informationen zum Verfahren ab dem 20.09.2013 zur Verfügung stünden.

Gemäß IV.4.2 und IV.4.3) sei der Schlusstermin für die Anforderung von Unterlagen oder die Einsichtnahme der, Uhr.

Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge sei der, Uhr.

Am veröffentlichte der Antragsgegner im Amtsblatt des die Bekanntmachung des Auslaufens von Genehmigungen nach PBefG und gab darin ebenfalls einen Hinweis auf den passwortgeschützten Zugang zu den Antragsunterlagen.

Die im Internet zugänglichen Unterlagen, die von einem Ingenieurbüro für Systemberatung und Planung erarbeitet wurden, enthielten allgemeine Informationen zum Verfahren, die Antragsunterlagen und Anfragen, die im Laufe des Verfahrens gestellt wurden. Es wurde

darin darauf aufmerksam gemacht, dass bis spätestens 13.12.2013 Anfragen an die Genehmigungsbehörde gestellt werden können.

In den allgemeinen Informationen sind u.a. folgende zur Präzisierung der einzureichenden Antragsunterlagen vorgesehene Dokumente enthalten:

- Nahverkehrsplan 2015-2020,
- Schulliste,
- Wohnliste,
- Tarifbestimmungen („.....-Tarif“ ABW),
- Schülerbeförderungssatzung,
- Satzung zum Ausgleich ermäßigter Ausbildungstarife,
- ÖSPV-Finanzierungssatzung (Satzung über anteilige Mitfinanzierung von Defiziten der Verkehrsunternehmen für die Erstellung von eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen) mit Begleiterklärung),
- Bewertungskriterien der Genehmigungsbehörde.

In der ÖSPV-Finanzierungssatzung führte der Antragsgegner aus, dass es sich bei den Zuschussleistungen um eine anteilige Mitfinanzierung von Defiziten der Verkehrsunternehmen handele, die bei den Verkehrsunternehmen entstehen, um die Sicherstellung der eigenwirtschaftlichen Linienverkehrsleistungen zu gewährleisten.

Die Satzung sieht konkrete Zuschussleistungen pro Fahrgastkilometer bzw. pro Beförderungsfall vor. Der Gesamtbetrag der Zuschussleistungen ist limitiert.

Auf eine Anfrage teilte der Antragsgegner allen Bewerbern mit, dass die Finanzierungssatzung für den eine allgemeine Vorschrift entsprechend Art. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 darstelle. Ausgleichsleistungen, die im Rahmen von allgemeinen Vorschriften gezahlt würden, seien für die Verkehrsunternehmen Einnahmen im handelsrechtlichen Sinne und führten gemäß § 8 Abs. 4 PBefG nicht zum Verlust der Eigenwirtschaftlichkeit. Sollte kein Antrag für die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre gestellt werden, greife das Personenbeförderungsgesetz in Verbindung mit der VO (EG) Nr. 1370/2007.

Am 23.09.2013 erhob die Antragstellerin eine Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB.

Sie rügte, dass entgegen der Vorabbekanntmachung die Linienverkehrsgenehmigungen statt für 10 nur noch für 6 Jahre erteilt werden sollen. Aus ihrer Sicht sei aufzuklären, warum die ÖSPV-Finanzierungssatzung, bei der es sich um eine „allgemeine Vorschrift“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 handeln müsse, Ausgleichsleistungen für Betriebsleistungen und für Beförderungsfälle wie „Jedermann-Fahrgäste“ und „AST-Fahrgäste“ vorsehe, obwohl in deren Rahmen Ausgleichsleistungen nur für festgelegte Höchsttarife gewährt werden dürften. Nach ihrer Auffassung handele es sich hier um die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 in einem wettbewerblichen Verfahren.

Der Antragsgegner teilte mit seinem Schreiben vom 30.09.2013 mit, dass er bezüglich der Rüge nicht abhelfen könne. Er begründet dies damit, dass es sich hier um ein Verwaltungsverfahren und nicht um ein Vergabeverfahren handele.

Daraufhin stellte der Bevollmächtigte der Antragstellerin am 17.10.2013 unter Bezugnahme auf § 107 Abs. 1 GWB einen Nachprüfungsantrag.

Er erklärte, dass die Antragstellerin fristgemäß gerügt habe, da sie weder aus der Vorinformation vom 27.03.2013 noch aus der Wettbewerbsbekanntmachung vom die gerügten Verstöße erkennen konnte. Erst nach Einsichtnahme in das Internetportal habe sie feststellen können, dass es sich bei dem gewählten

Vergabeverfahren um einen Wettbewerb für eigenwirtschaftliche Verkehre mit Gewährleistung von Ausgleichsleistungen handele.

Die Antragstellerin begründete ihren Antrag damit, dass auch für Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 gem. § 8a Abs. 6 PBefG die europaweite Ausschreibung nach § 97 Abs. 7 GWB vorgesehen sei. Ebenso schreibe die VO (EG) Nr. 1370/2009, die am 03.12.2009 in Kraft getreten ist, in Art. 3 Abs. 1 vor, dass eine zuständige Behörde Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nur noch im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages gewähren dürfe. Das zugrunde liegende „..... Modell“ basiere auf der Gewährung von Zuschüssen zur Defizitabdeckung.

Eine gemäß Art. 3 Abs. 2 und 3 für allgemeine Vorschriften bestehende Ausnahme sei begrenzt auf Höchsttarife, z.B. Verbundtarife oder abgesenkte Tarife des Ausbildungsverkehrs. Die hier gegebene ÖSPV-Finanzierungssatzung sei keine allgemeine Vorschrift. Sie gewähre gem. Art. 5 Abs. 1 Zuschüsse für Betriebsleistungen mit einem Fahrplankilometersatz und gem. § 5 Abs. 2 und 3 für Beförderungsfälle mit unterschiedlichen Sätzen. Dies ginge nicht mit Höchsttarifen konform.

Es sei auch nicht davon auszugehen, dass es dem Antragsgegner möglich wäre, den Auftrag gem. § 62 Abs. 1 PBefG noch bis zum 31.12.2013 zu vergeben.

In weiteren Schreiben, hier als Reaktion auf die Stellungnahme des Antragsgegners zum Nachprüfungsantrag, wiederholte und vertiefte die Antragstellerin ihre Argumentation und führte aus ihrer Sicht hierfür zutreffende Beschlüsse, Vorschriften aus anderen Bundesländern und z.T. eigene Literaturquellen an. Sie führte aus, dass es sich nicht eindeutig um eigenwirtschaftliche, sondern vielmehr um gemeinwirtschaftliche Verkehre handele, die nach dem GWB-Vergaberecht oder in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren zu vergeben wären. Daraus würde sich zugleich die Zuständigkeit der Vergabekammer für die Prüfung des Verfahrens ergeben.

Die Antragstellerin beantragt:

- das eingeleitete Vergabeverfahren aufzuheben,
- die Busdienstleistungen europaweit auszuschreiben oder
- diese in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren zu vergeben.

Der Antragsgegner beantragt:

- den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Er führt aus, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle.

Gegenstand des Genehmigungswettbewerbes seien nicht der öffentliche Personennahverkehr, sondern die Leistungen im Buslinienverkehr. Die Erteilung der Linienverkehrsgenehmigungen würden im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens gem. der §§ 2, 3, 8 Abs. 4, 9, 13, und 42 PBefG erteilt. Er betreibe kein Verfahren nach §§ 8a oder 8b PBefG. So sei auch der Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nicht Gegenstand des Verwaltungsverfahrens.

Insoweit die Frage zu klären wäre, ob es sich tatsächlich um eine eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG handele, sei dies auf dem Verwaltungsrechtsweg erforderlich. Es bestünde für die Antragstellerin kein Rechtsschutzbedürfnis.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil sich die Antragstellerin in unzutreffender Weise auf § 97 Abs. 7 GWB berufe.

Der Antragsgegner legte dar, dass Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG eigenwirtschaftlich zu erbringen sind. Die Eigenwirtschaftlichkeit schließe auch ein, dass der entsprechende Aufwand auf der

Grundlage allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 und 3 VO (EG) 1370/2007 durch Beförderungserlöse, Ausgleichsleistungen und sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gedeckt würden. Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007 würden hier nicht vorliegen.

Es läge auch keine mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbare Ausgleichsleistung vor, wie die Antragstellerin bezüglich der Finanzierungssatzung rügte. Diese Satzung sei eine allgemeine Vorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007. Mit ihr würden Ansprüche auf Zuschussleistungen für Verkehrsunternehmen begründet, welche die Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste ermöglichen. Es handele sich lediglich um einen Defizitausgleich. Der Tarif würde das wesentliche Einnahmeelement sein. Diese Zuschussleistung wäre durchaus EG-konform und würde als handelsrechtlicher Ertrag die Erbringung der eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen sichern. Die in der Finanzierungssatzung zugrunde gelegten Sätze für Zuschussleistungen würden eine Überkompensation vermeiden. Sie würde alle finanziellen Einwirkungen auf die Kosten und Einnahmen beachten.

Zudem wäre die Ausgleichsleistung auf einen errechenbaren und bestimmaren Höchsttarif beschränkt. Die gewährten Zuschüsse würden notifiziert. Eine rechtswidrige Beihilfe würde damit ausgeschlossen.

Es entfalle auch der Vorwurf, dass die im Verwaltungsverfahren zu erteilenden Linienverkehrsgenehmigungen ausschließliche Rechte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 darstellten.

Am 08.11.2013 übermittelte die Vergabekammer der Antragstellerin ein Anhörungsschreiben. Unter Bezugnahme auf vorliegende Entscheidungen anderer Spruchkörper wird problematisiert, ob die Fragestellung, inwieweit eigenwirtschaftliche oder gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen vorlägen, dem Vergabeverfahren vorgelagert sei. Hierüber könne möglicherweise eine Nachprüfungsinstanz nicht befinden.

Unabhängig hiervon ginge die Vergabekammer vorläufig davon aus, dass der Antragsgegner die betreffenden streitgegenständlichen Verkehrsdienstleistungen zutreffend als eigenwirtschaftlich eingestuft habe. Nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste können gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein.

Anders als die Antragstellerin meine, stelle die ÖSPV-Finanzierungssatzung des Landkreises Wittenberg eine Vorschrift in diesem Sinne dar. Es sei zwar zutreffend, dass diese Satzung unmittelbar nur Regelungen über Zuschussleistungen des enthielte. Hierdurch sollen jedoch Höchsttarife abgesichert werden. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 der o.g. Verordnung seien die Leistungen gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG als eigenwirtschaftlich zu qualifizieren.

Die Antragstellerin nahm am 13.11.2013 Stellung dazu. Sie bemängelt, dass der Antragsgegner keine konkreten Tarifvorgaben in ihren Vorschriften festgelegt habe. Er habe damit verabsäumt, die Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen vorzunehmen. Sie weist darauf hin, dass die Finanzierung von reinen Betriebskosten über eine allgemeine Vorschrift ausgeschlossen wäre.

Der ÖSPV-Finanzierungssatzung fehle es an der Festsetzung einer tariflichen Verpflichtung. Eine konkrete Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und des Höchsttarifes sei durch den Antragsgegner an keiner Stelle der zugänglich gemachten Unterlagen gegeben worden.

Der Antragsgegner nahm seinerseits am 15.11.2013 Stellung zu den Hinweisen der Vergabekammer und dem nachfolgenden Schreiben der Antragstellerin.

Er wies nochmals daraufhin, dass er sich für die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens nach dem Personenbeförderungsgesetz entschieden habe.

Die strittige Frage, ob es sich hier um eigenwirtschaftliche oder gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen handeln, könne nicht durch die Nachprüfungsinstanzen geklärt werden. Die mit diesem Verfahren verbundenen Rechtsfragen müssten auf dem Verwaltungsrechtsweg gestellt und entschieden werden. Ein effektiver Rechtsschutz sei damit nach der VwGO gegeben.

Er trat der Darstellung der entgegen, dass die ÖSPV-Finanzierungssatzung keine klar definierten Höchsttarife enthielte.

Die Antragstellerin nahm zu diesem Schriftsatz am 15.11.2013 Stellung.

Sie beharrte auf ihrer Auffassung, dass für die Rechtsfrage, ob es sich um eigenwirtschaftliche oder gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen handle, die Zuständigkeit der Vergabekammer eröffnet sei, da für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen eine Ausschreibungspflicht gegeben sei. In diesem Zusammenhang sei auch bereits für die Vorfrage, ob die ÖSPV-Finanzierungssatzung eine allgemeine Vorschrift ist, die Zuständigkeit der Vergabekammer gegeben.

Sie vermerkte, dass in dem Schriftsatz vom 15.11.2013 offen bleibt, wo ein Höchsttarif festgelegt worden sei.

Am 25.11.2012 teilte die Vergabekammer der Antragstellerin mit, dass sie vorläufig zu der Auffassung gelangt sei, sachlich nicht zuständig zu sein. Sie beabsichtige, über die Angelegenheit nach Aktenlage im schriftlichen Verfahren zu entscheiden.

Am 02.12.2013 nahm die Antragstellerin dazu Stellung.

Im Einzelnen trug sie vor, dass es nicht um die Frage der Eigenwirtschaftlichkeit oder der Gemeinwirtschaftlichkeit im Sinne von § 8 Abs. 4 PBefG ginge. Die von der Vergabekammer angeführte Rechtsprechung bezöge sich nur auf die Frage, ob ein Verkehr auch ohne Ausgleichsleistungen betrieben werden könne.

Die Antragstellerin wies darauf hin, dass vorliegend jedoch Ausgleichsleistungen gewährt würden.

Nach Art. 3 Abs.1 VO (EG) Nr. 1370/2007 sei für diesen Fall die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages vorgeschrieben. Diese würden gem. § 8a Abs. 7 PBefG der Nachprüfung nach dem GWB unterliegen.

Der Verweis der Vergabekammer auf die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts wurde von der Antragstellerin insoweit kritisch betrachtet, als dass auf diesem Weg kein wirksamer und schneller Rechtsschutz gegeben wäre. Der Gesetzgeber hätte deshalb bei der Novellierung des PBefG entschieden, dass die Vergaben nach der VO(EG) Nr. 1370/2007 dem Rechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren zu unterwerfen seien.

Im Übrigen vertiefte die Antragstellerin ihre bisherige Argumentation.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Verfahrensakte verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht zulässig.

Die Vergabekammer ist insoweit sachlich nicht zuständig.

Im Sinne des § 97 Abs. 7, 104 Abs. 2 GWB überprüft die Vergabekammer nur, ob der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat. Im Vergabenachprüfungsverfahren sind indes grundsätzlich Rechtsverstöße nicht zu prüfen, die außerhalb des Anwendungsbereichs vergaberechtlicher Vorschriften liegen (Thüringer OLG Beschluss Verg 3/11 v. 23.11.2011 Rd. 24, OLG Düsseldorf vom 22.05.2002 Verg 6/02). Die

Antragstellerin hat geltend gemacht, dass der Antragsgegner unzutreffend von einer Erbringung von Verkehrsleistungen in eigenwirtschaftlicher Weise ausgegangen sei.

Die Einordnung, ob ein eigenwirtschaftlicher Verkehr vorliegt, beurteilt sich nach § 8 Abs. 4 PBefG sowie damit in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 bis 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007.

Der von der Antragstellerin geltend gemachte Rechtsverstoß bezieht sich daher im Kern nicht auf Vorschriften des Vergaberechts, sondern auf solche des Personenbeförderungsgesetzes.

Die Frage, ob eine eigenwirtschaftliche oder gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung vorliegt, ist vor diesem Hintergrund der vergaberechtlichen Nachprüfung vorgelagert und kann somit nicht von den Nachprüfungsinstanzen kontrolliert werden. Nur die Frage, in welcher Form der Vertrag über gemeinwirtschaftliche Verkehre geschlossen werden kann, wird durch § 8a Abs. 6 und 7 PBefG geregelt. Die Prüfung, ob die Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich erbracht werden kann, ist nicht Bestandteil des Vergabeverfahrens (vgl. VK Münster Beschluss VK 5/13 v. 29.05.2013 Ziff. 2.1 e, Thüringer OLG Beschluss a.a.O., OLG Düsseldorf Beschluss VII-Verg 48/10 v. 02.03.2011 Rd. 130, OLG Rostock vom 04.07.2012 17 Verg 3/12 Rd. 61). Dies ergibt sich auch aus der Begründung zu § 12 Abs. 6 des Entwurfs zum Personenbeförderungsgesetz (Bundesrat Drucksache 462/11 vom 12.08.2011 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personen-beförderungsrechtlicher Vorschriften S. 32). Wenn innerhalb der dort genannten Frist kein eigenwirtschaftlicher Antrag eingeht, kann der Aufgabenträger das Vergabeverfahren vorbereiten und sich darauf verlassen, dass keine Konkurrenzangebote gestellt werden. Dies deutet darauf hin, dass die Regelungen dem Schutz des Aufgabenträgers, nicht jedoch der Bieter im Vergabeverfahren dienen (Thüringer OLG a.a.O.).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin betreffen die vorgenannten Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen die vorliegende Fallkonstellation. Für die Frage, ob ein Verkehr eigenwirtschaftlich erbracht wird, ist gerade die Regelung des § 8 Abs. 4 PBefG maßgeblich. Nur soweit dies nicht gegeben ist, haben die Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungen nach § 8a Abs. 6. PBefG. Es trifft zwar zu, dass diese Entscheidungen zu gemeinwirtschaftlichen Verkehren ergangen sind und entsprechende Vergabeverfahren durchgeführt worden sind. In Ergebnis dessen wurde jedoch ausgeführt, dass auch die Entscheidung über eigenwirtschaftliche Verkehre der Nachprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen entzogen ist.

Soweit die Antragstellerin darauf abstellt, dass zwischen zwei Begriffen der Gemeinwirtschaftlichkeit zu unterscheiden sei, nämlich nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG bzw. Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007, ist darauf zu verweisen, dass § 8 Abs. 6 PBefG in Zusammenhang mit § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG zu sehen ist. Aber auch bei gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Sinne der VO (EG) ist eine Ausschreibungspflicht nicht gegeben, soweit die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) vorliegen. Insoweit entsprechen diese Regelungen denen des § 8 Abs. 4 Satz 2 Alt 1 PBefG.

Zwar sind Verstöße gegen Vorschriften außerhalb des Vergaberechts dann von Bedeutung, wenn sich hierfür ein unmittelbarer vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt findet. So hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass ein Verstoß seitens eines Busunternehmers gegen das kommunalrechtliche Betätigungsverbot von vergaberechtlicher Relevanz sein kann, da hierdurch im Vergabeverfahren gegen das Wettbewerbsgebot verstoßen worden sein könnte (OLG Düsseldorf vom 04.05.2009 VII-Verg 68/08).

Anders als in der gegebenen Fallkonstellation handelt es sich dabei jedoch nicht um Rechtsfragen, deren Prüfung dem Vergabeverfahren voraus gehen (insoweit auch andere Sachlage als bei BGH vom 18.06.2012 X ZB 9/11). Vielmehr betreffen diese Fragestellungen den Ablauf des Vergabeverfahrens selbst.

Abweichend von der Auffassung der Antragstellerin handelt es sich somit bei der Frage, ob der Antragsgegner zutreffend von einer eigenwirtschaftlichen Verkehrserbringung ausging, um eine verwaltungsrechtliche Frage. Ihr steht die Möglichkeit offen, gegebenenfalls vor dem Verwaltungsgericht um einstweiligen Rechtsschutz in einem Eilverfahren nachzusuchen. Hierbei steht nicht zu befürchten, dass sich die Angelegenheit übermäßig verzögert. Die von der Antragstellerin angeführte Entscheidung des OLG Düsseldorf (vom 02.03.2011 VII-Verg 48/10) bezieht sich auf eine andere Fallkonstellation. Gegenstand des Verfahrens war eine Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007. Vorliegend ist jedoch zu beurteilen, ob der Antragsgegner die Einordnung als eigenwirtschaftliche Verkehre zutreffend vorgenommen hat.

Die Vergabekammer ist somit nicht befugt, darüber zu befinden, ob die Einordnung der Verkehre zutreffend erfolgte.

Die Frage, ob die ÖSPV-Finanzierungssatzung des Antragsgegners vom 29.07.2013 Höchsttarife im Sinne § 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beinhaltet, braucht an dieser Stelle nicht weiter vertieft zu werden.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 GWB verzichtet, weil allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach der mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt, mithin die Antragstellerin. Ihr Antrag wurde verworfen.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Grundlage des wirtschaftlichen Wertes ist insoweit die Summe der Fehlbetragsfinanzierung durch Zuschüsse. Dabei handelt es sich um die anteilige Mitfinanzierung von Defiziten der Verkehrsunternehmen für die Erstellung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen und den Ausgleich für ermäßigte Ausbildungstarife. Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von Euro ohne Auslagen. Angesichts der Tatsache, dass von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen wurde und dass nur über eine Rechtsfrage zu befinden war, wird dieser Wert um die Hälfte auf Euro reduziert. Dieser Wert verringert sich weiterhin um den von der Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschuss von Euro und erhöht sich um die Auslagen der Vergabekammer in Höhe vonEuro.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzweckens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist hier als Unterliegende anzusehen und hat daher diese Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

Ihre eigenen Aufwendungen für ihre Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung hat die Antragstellerin selbst zu tragen.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

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

gez.

gez.