

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

xxxxx

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxxxx

gegen das

xxxxx

- Vergabestelle -

xxxxx

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxxxx

betreffend die Vergabe des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) für das Land Sachsen-Anhalt hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg am 03.02.2003 auf die mündliche Verhandlung vom 16.01.2003 durch den Vorsitzenden Regierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Wendler und den ehrenamtlichen Beisitzer Ebert beschlossen:

1. Der Antrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Diese Kosten betragen € ....

3. Die Antragstellerin hat der Vergabestelle und der Beigeladenen die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war für die Beigeladene im Verfahren notwendig.

## **Gründe**

### **I.**

Mit ihrem Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin im Wesentlichen, die Vergabestelle zu verpflichten, die Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs im Land Sachsen-Anhalt im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen.

Bereits Mitte des Jahres 2002 war bei der Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg im Hinblick auf die Vergabe dieser Leistungen ein Nachprüfungsverfahren anhängig (Az.: 33-32571/07 VK 05/02 MD). Damals beabsichtigte die Vergabestelle, über diese Leistungen mit der Beigeladenen einen langfristigen Verkehrsvertrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zu schließen.

Die Vergabekammer hat auf Antrag zweier Bahnunternehmen, darunter der Antragstellerin im jetzigen Verfahren, der Vergabestelle mit Beschluss vom 06.06.2002 aufgegeben, die Leistungen des SPNV im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen sowie Teillose zu bilden. Gleichzeitig hat sie der Vergabestelle untersagt, die Leistungen ohne Durchführung eines solchen Verfahrens zu vergeben.

Die Vergabekammer stellte in den Entscheidungsgründen des Beschlusses u. a. fest, dass es sich hierbei um einen öffentlichen Auftrag handle, der dem Vergaberecht unterfalle (§ 99 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen -GWB-). Da die Vergabestelle kein formelles Vergabeverfahren durchgeführt habe und zwischen den Beteiligten kein Vertrauensverhältnis begründet worden sei, bestehe bei dieser Sachlage keine Rügeobliegenheit.

Der Beschluss der Vergabekammer wurde bestandskräftig.

Ausweislich der Kabinettsvorlage vom 14.06.2002 beabsichtige die Vergabestelle daraufhin, die Leistungen im SPNV schrittweise teilnetzbezogen im Wege der Ausschreibung in einem Zeitraum von sechs bis acht Jahren zu vergeben. Bei gleichzeitiger Ausschreibung aller Teilnetze sei zu befürchten, dass es neben der Beigeladenen nicht genügend leistungsfähige Mitbewerber gebe.

Im Folgenden nahm die Vergabestelle Kontakt mit den am damaligen Nachprüfungsverfahren Beteiligten und einem weiteren Bahnunternehmen auf. Am 13.06.2002 erkundete der Minister im Gespräch mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin, Herrn xxx, ihr Interesse zur Durchführung von SPNV-Leistungen. Die Antragstellerin erklärte am Beispiel des Nordharznetzes, den Betrieb nicht vor Mitte/Ende 2004 aufnehmen zu können. Grund dafür seien die Engpässe in der Fahrzeugindustrie und die daraus resultierenden langen Bestellzeiten.

Mit Schreiben vom 25.07.2002 hatte die Antragstellerin im Gegensatz zu ihren bisherigen Aussagen angeführt, dass sie ab Mitte/Ende 2003 die Betriebsbereitschaft einer eigenen Fahrzeugflotte in Dieseltraktion und bis Anfang 2004 auch in E-Traktion gewährleisten könne. Damit sei es für das Land denkbar, in einem geeigneten vereinfachten Verfahren die Leistungen auch in der Interimsphase bis zu einer vollständigen formgerechten Ausschreibung des gesamten Verkehrs in Sachsen-Anhalt im Wettbewerb zu vergeben und dabei nicht auf einen Bieter angewiesen zu sein.

In Erwiderung dessen führte der Minister mit Schreiben vom 23. August 2002 aus, er habe dieses mit Interesse zur Kenntnis genommen. Die Ausschreibung des Vorharznetzes werde vorbereitet. Er bat die Antragstellerin um Mitteilung, wenn es ihrerseits hierzu konkrete Anregungen geben sollte.

Auf Länderebene wurde ab 30.08.2002 über eine Änderung der Vergabeverordnung (VgV) diskutiert. Diese geänderte Vergabeverordnung trat am 01.12.2002 in Kraft. Nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV ist der Abschluss längerfristiger Verträge im Wege einer freihändigen Vergabe ohne sonstige Voraussetzungen im Rahmen des § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) zulässig, wenn ein wesentlicher Teil der Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird.

Spätestens ab dem 24.07.2002 verhandelte die Vergabestelle mit der Beigeladenen über die Erbringung von SPNV-Leistungen. Bereits im September lagen Vertragsentwürfe vor, die von einzelnen Ressorts der Landesregierung geprüft wurden. Die Vertragsparteien paraphierten den Vertrag am 05.12.2002. Er sollte am 20.12.2002 unterschrieben werden. Nach dem Vertragsentwurf soll die Beigeladene für 13 Jahre die Bedienung des Schienenpersonennahverkehrs im Land Sachsen-Anhalt übernehmen. Der Vertragsentwurf sah weiter vor, dass in Bezug auf einige Teilnetze die vertraglichen Rechte und Pflichten während der Vertragslaufzeit enden sollten. Insoweit war beabsichtigt, dass diese Leistungen, anders als im Vertragsentwurf vom Frühjahr 2002 vorgesehen, schrittweise ausgeschrieben werden sollten.

Die Vergabestelle hat die Antragstellerin ausweislich der Vergabeakte in Gesprächen bereits im Monat Oktober 2002 darüber informiert, dass ein Vertragsschluss mit der Beigeladenen bevorstehe.

Am 26.11.2002 übermittelte die Antragstellerin der Vergabestelle ein Schreiben per E-Mail. Dieses war mit der Bezeichnung "Memorandum" überschrieben. Es wurde darin geltend gemacht, dass die Vergabestelle ausschließlich mit der Beigeladenen über den Abschluss eines langfristigen Vertrages verhandele. Der Vertrag solle nach unbestätigten Meldungen am 05.12.2002 unterzeichnet werden. Das Vorgehen der Vergabestelle sei rechtswidrig, da die Vergabestelle davon abgesehen habe, ein transparentes Vergabeverfahren durchzuführen. Dies verstoße gegen den bestandskräftigen Beschluss der Vergabekammer vom 06.06.2002.

Die Antragstellerin habe die Möglichkeit, diesen Beschluss zu vollstrecken. Das Papier selbst trug keinen Namenszug und war lediglich am Ende mit dem Datum vom 26.11.2002 versehen.

Das "Memorandum" wurde mit folgendem Anschreiben übermittelt:

"Sehr geehrter Herr xxx (Leiter des Ministerbüros/ Zusatz der Vergabekammer),

wie besprochen: ein Non-Paper zum Thema.

Mit freundlichen Grüßen

xxx"

Am 04.12.2002 fand ein Gespräch zwischen dem Minister und dem Geschäftsführer der Antragstellerin statt. Der Inhalt dieses Gespräches ist zwischen den Beteiligten streitig.

Gegen den vorgesehenen Abschluss des Vertrages wendet sich die Antragstellerin. Sie hat mit Schriftsatz vom 17.12.2002, Eingang bei der Vergabekammer am 18.12.2002, beantragt, den Beschluss der Vergabekammer vom 06.06.2002 zu vollstrecken. Sie regt an,

1. der Vergabestelle den für den 20.12.2002 angekündigten Vertragsschluss mit der xxx unter Hinweis auf den Beschluss der Vergabekammer vom 06.06.2002 sofort, spätestens am 19.12.2002 zu untersagen,
2. der Vergabestelle für den Fall der Zuwiderhandlung die Verhängung eines Zwangsgeldes in Höhe von € 500.000 ,- anzudrohen und bei einem anhaltenden Verstoß gegen die Ent-

scheidung der Vergabekammer vom 06.06.2002 ein Zwangsgeld in dieser Höhe festzusetzen,

3. festzustellen, dass der von der Vergabestelle abzuschließende Vertrag nichtig ist.

Sie vertritt die Auffassung, das Land verstoße gegen diesen Beschluss.

Die Vergabekammer unterrichtete die Antragstellerin mit Schreiben vom 19.12.2002 darüber, dass die Punkte 1 und 3 nicht in einem Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden können, da das Vollstreckungsrecht hierfür keine Rechtsgrundlage vorsehe.

Vielmehr wäre dieses Verlangen in einem regulären Nachprüfungsantrag vorzubringen. Die Antragstellerin übersandte der Vergabestelle am 19.12.2002 per Fax den Vollstreckungsantrag. Weiterhin reichte sie am 19.12.2002 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein, der am folgenden Tage der Vergabestelle zugestellt wurde.

Sie beantragt dort,

- der Vergabestelle den Abschluss eines Verkehrsvertrages mit der Beigeladenen ohne Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens nach den Vorgaben des GWB zu untersagen.
- der Vergabestelle aufzugeben, die Leistungen des SPNV im Land Sachsen-Anhalt im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen.
- der Vergabestelle aufzugeben, die Leistungen des SPNV in Losen zu vergeben.

Sie beantragt hilfsweise für den Fall, dass die Vergabestelle den Vertrag mit der Beigeladenen schon abgeschlossen habe, festzustellen,

- dass dieser ohne Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens geschlossene Vertrag über den SPNV in Sachsen-Anhalt ab dem Jahr 2003 nichtig sei.

Sie betont nochmals, dass das Verhalten der Vergabestelle, weiterhin ausschließlich mit der Beigeladenen einen Verkehrsvertrag für die nächsten Jahre auszuhandeln und abzuschließen, einen klaren Verstoß gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 06.06.2002 darstelle. Der Vergabestelle sei es auch verwehrt, sich bei ihrem Vorgehen auf § 4 Abs. 3 Nr. 2 Vergabeverordnung (VgV) zu stützen. Diese Vorschrift rechtfertige keine Abweichung vom Grundsatz des Wettbewerbs und vom Grundsatz der Transparenz der Auftragsvergabe. Im Übrigen sei diese Vorschrift nichtig, weil sie gegen höherrangiges Recht verstoße. Die Vergabestelle sei auch ihrer Pflicht zur Dokumentation des Verfahrens nicht nachgekommen. Da

sie kein Vergabeverfahren durchgeführt habe, sei eine Rüge entbehrlich. Unabhängig hiervon sei das "Memorandum" vom 26.11.2002 als Rüge anzusehen. Die Antragstellerin macht weiterhin geltend, Herr xxx habe im Gespräch vom 04.12.2002 mit dem Minister auf dieses "Memorandum" verwiesen. Der Minister habe ihm versichert, dass der Verkehrsvertrag am 05.12.2002 lediglich paraphiert und im Anschluss einer juristischen Prüfung unterzogen würde.

Vor diesem Hintergrund habe sich für ihn zu diesem Zeitpunkt die Frage der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht gestellt. Dazu legte die Antragstellerin eine Eidesstattliche Versicherung des Herrn xxxr mit entsprechendem Inhalt vor.

Die Vergabestelle beantragt,

- den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie macht geltend, dass sich der Beschluss der Vergabekammer vom 06.06.2002 erledigt habe. Gegenstand dieses Beschlusses sei allein der im Februar 2002 paraphierte Verkehrsvertrag, nicht jedoch der neue Vertragsentwurf. Beide Verträge wiesen keinen inhaltlichen Zusammenhang auf.

Die Einreichung des Nachprüfungsantrages stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar. Der Antragstellerin sei spätestens seit Oktober bekannt gewesen, dass die Vergabestelle lediglich mit der Beigeladenen verhandele. Diesem Vorgehen habe sie nicht widersprochen. Der Antrag sei schon mangels Rüge unzulässig. Sie habe auch im Gespräch beim Minister am 04.12.2002 den Eindruck erweckt, gegen den Vertrag nicht weiter vorgehen zu wollen.

Auch fehle es der Antragstellerin an einer Antragsbefugnis. Sie sei entgegen ihrer Behauptung im Schreiben vom 25.07.2002 nicht leistungsfähig. Dies habe eine Prüfung ergeben. Sie hätte weder Personal noch Fahrzeuge in ausreichender Menge und Qualität zum Vertragsbeginn am 01.01.2003 bereitstellen können, so dass Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Bedienung des ganzen Landesnetzes keinen Sinn machten. Auch im vorliegenden Fall sei eine freihändige Vergabe nach § 4 Abs. 3 VgV zulässig.

Die Beigeladene beantragt ebenfalls,

- die Anträge zurückzuweisen.

Sie begründet dies im Wesentlichen hinsichtlich der Zulässigkeit wie die Vergabestelle. Sie macht weiterhin vor allem geltend, dass § 4 Abs. 3 VgV nicht gegen höherrangiges, ins-

besondere europäisches Recht, verstoße. Der Vertrag entspreche den Anforderungen dieser Vorschrift. Auch der Beschluss der Vergabekammer vom 06.06.2002 stehe dem jetzigen Verkehrsvertrag nicht entgegen.

Ein Wiederaufgreifen des Verfahrens sei nicht erforderlich, da sich dieser Beschluss nur auf die damals geltende Sach- und Rechtslage bezogen habe. Die Beigeladene betont, dass eine Rüge auch dann nicht entbehrlich sei, wenn es sich hier um eine Direktvergabe handle, da die Antragstellerin seit langem hiervon Kenntnis hatte.

Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung am 16.01.2003 ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

## II.

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), veröffentlicht im BGBl I 1998 S. 2568 ff., i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 - 63-32570/03, veröffentlicht im MBl LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff.), ist die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg für die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich des Regierungsbezirkes Magdeburg örtlich zuständig.

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne § 98 Nr. 1 GWB.

Bei dem o.g. Verfahren ist der maßgebliche Schwellenwert (€ 200.000) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Abs. 3 VgV für das Gesamtvorhaben um ein Vielfaches überschritten.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist unzulässig.

Die Antragstellerin ist ihrer Pflicht zur unverzüglichen Rüge gegenüber der Vergabestelle nicht nachgekommen. Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Die Antragstellerin wäre bei der gegebenen Sachlage selbst dann verpflichtet, die behaupteten Vergabeverstöße zu rügen, wenn ihre Rechtsauffassung zutreffend wäre, dass es die Vergabestelle rechtswidrig unterlassen habe, ein transparentes Vergabeverfahren durchzuführen; es sich hier also um eine sogenannte "de-facto-Vergabe" handeln würde.

Es ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin über das von ihr beanstandete Vorgehen der Vergabestelle seit langem Kenntnis hatte. Sie wurde bereits mit Schreiben vom 23.08.2002 darüber unterrichtet, dass lediglich die Ausschreibung des Vorharznetzes vorbereitet würde.

Weiter ist von Bedeutung, dass die Antragstellerin ausweislich der Vergabeakte bereits im Monat Oktober 2002 mündlich durch die Vergabestelle über den bevorstehenden Vertragsabschluss mit der Beigeladenen unterrichtet wurde. Diesen Sachverhalt hat die Antragstellerin nicht bestritten. Das sogenannte "Memorandum" lässt den sicheren Schluss zu, dass die Antragstellerin allerspätestens zu diesem Zeitpunkt, also am 26.11.2002, positiv erkannt hatte, dass dieses Vorgehen aus ihrer Sicht einen Vergaberechtsverstoß darstelle. Sie führte aus, dass die Vergabestelle ausschließlich mit der Beigeladenen ohne Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens einen Vertrag aushandele. Dies verstoße gegen den bestandskräftigen Beschluss der Vergabekammer vom 06.06.2002.

Bei dieser Sachlage war die Antragstellerin nicht von der Rügeobliegenheit entbunden.

Bislang wurde zur Frage der Rügeobliegenheit bei "de-facto-Vergaben" argumentiert, dass der Wortlaut des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nur auf Verstöße im Vergabeverfahren bezogen sei. Dies schließe aus, eine zur Präklusion führende Rügeobliegenheit anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber kein derartiges Verfahren in formellem Sinne durchgeführt habe (so BayOblG Verg 18/01; offen: OLG Düsseldorf Verg 3/01). Es fehle auch an einem intensivierte Pflichtenverhältnis zwischen Auftraggeber und potentiellen Auftragnehmern, das regelmäßig erst durch ein Vergabeverfahren begründet werde.

Hinsichtlich des Zugangs zu einem Nachprüfungsverfahren bei solchen "de-facto-Vergaben" hat die genannte Rechtsprechung einen materiellen Verfahrensbegriff zugrunde gelegt. Das bedeutet, dass nicht abgeschlossene Beschaffungsvorgänge auch dann der Nachprüfung unterliegen, wenn die Vergabestelle davon abgesehen hat, ein formelles Vergabeverfahren durchzuführen.

Dies wurde damit begründet, dass anderenfalls eine Rechtsschutzlücke bestehe. Die Unternehmen hätten sonst nicht die Möglichkeit, diesen Vergabeverstoß rechtzeitig zu beseitigen.



Bei der Auslegung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB wurde bei "de-facto-Vergaben" dagegen ein formeller Begriff des Vergabeverfahrens vorausgesetzt (s. o.). Dagegen wurde jüngst zu bedenken gegeben, dass die Präklusionswirkung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB bei "de-facto-Vergaben" damit ins Leere laufe (vgl. OLG Naumburg Az. 1 Verg 7/02 vom 08.01.2003, Seite 13).

Diese Bedenken teilt die Vergabekammer in Fallkonstellationen wie der vorliegenden.

Die Auslegung der Vorschrift ist auch an deren Sinn und Zweck zu orientieren.

Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 GWB enthält eine materielle Präklusionsregel mit der Folge des Ausschlusses subjektiver Rechte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Verfahren. Erkennt ein Unternehmer Fehler im Vergabeverfahren, muss er dem Auftraggeber Gelegenheit geben, diese Fehler von sich aus zu korrigieren, bevor er einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens stellt (vgl. Begründung zum Vierten Teil des GWB, BT-Drucksache 13/9340 zu § 107; Kommentar zum Vergaberecht: 4. Teil des GWB; Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren und Schadenersatz / bearb. von Norbert Portz § 107 GWB Rdnr. 27).

Regelmäßig besteht dieses Interesse auch, wenn der Auftraggeber kein Vergabeverfahren durchführt und der Unternehmer über diesen Umstand seit langem fortlaufend unterrichtet ist. Hier ist es dem Antragsteller ohne weiteres möglich und zumutbar, dies gegenüber der Vergabestelle geltend zu machen. In diesen Fällen besteht auch ein Vertrauensverhältnis zwischen Vergabestelle und Unternehmen (im Ergebnis ebenso VK Düsseldorf Az. VK-12/2000-L). Dies mag anders zu beurteilen sein, wenn der Unternehmer über die Umstände der "de-facto-Vergabe" erst kurz vor Vertragsschluss Kenntnis erlangt und die Rechtslage aus seiner Sicht unklar ist.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat sie die aus ihrer Sicht bestehenden vermeintlichen Vergabeverstöße nicht gerügt.

Das "Memorandum" vom 26.11.2002 ist nicht als Rüge im o. g. Sinne anzusehen. Die Rüge ist zwar gemäß § 107 Abs. 3 GWB an keine Form gebunden. Sie muss jedoch eindeutig erkennen lassen, dass die Änderung des Sachverhaltes ernsthaft, also auch mit der Bereitschaft ggf. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, begehrt wird (VK Düsseldorf 13/00). Hierbei ist die Erklärung so auszulegen, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte (§§ 133,157 BGB).

Dies ergibt unter Berücksichtigung aller Umstände, dass dieses "Memorandum" nicht als rechtsverbindliche Erklärung anzusehen ist. Hierfür spricht, dass es mit der Bemerkung übersandt wurde, es handele sich um ein sogenanntes "Non-Paper" (wörtlich übersetzt: "Nichtpapier"), und im Übrigen nicht erkennen lässt, wer dieses Schreiben gefertigt hatte. Dies deutet darauf hin, dass es sich lediglich um ein unverbindliches Arbeitspapier handeln sollte.

Auch im Gespräch vom 04.12.2002 zwischen dem Minister und Herrn xxx hat die Antragstellerin keine Vergabeverstöße gerügt. Ausweislich der Eidesstattlichen Versicherung vom 16.01.2003 hat Herr xxx gerade eingeräumt, dass sich für ihn zu diesem Zeitpunkt die Frage der Einreichung eines Nachprüfungsantrages nicht gestellt habe. Es kann daher vorausgesetzt werden, dass er gegenüber dem Minister nicht zum Ausdruck gebracht hat, sein Begehren gegebenenfalls auch in entsprechender Weise zu verfolgen. Soweit die Antragstellerin vorträgt, der Minister habe zugesagt, dass der Verkehrsvertrag lediglich paraphiert und anschließend einer Prüfung unterzogen werde, ändert dies nichts an der Tatsache, dass aus Sicht der Antragstellerin kein transparentes Vergabeverfahren durchgeführt wurde.

Bei dieser Sachlage kann auch dahingestellt bleiben, ob die Übersendung des Vollstreckungsantrages vom 17.12.2002 am 19.12.2002 an die Vergabestelle als Rüge anzusehen ist. Diese erfolgte jedenfalls nicht unverzüglich, nämlich frühestens erst 23 Tage nach Kenntniserlangung des behaupteten Vergabeverstößes. Angesichts der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, hat die Rüge im Regelfall innerhalb von ein bis drei Tagen nach Kenntniserlangung zu erfolgen. Eine Rügefrist von zwei Wochen wird dem Unternehmen nur dann zugebilligt, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch eine schwierige Sach- und Rechtslage erschwert wird (OLG Koblenz 1 Verg 1/00).

Dies kann hier offen bleiben, da die Antragstellerin schon die 14-tägige Frist nicht eingehalten hat.

Soweit in dem Beschluss Az. 33-32571/07 VK 05/02 MD ausgeführt wurde, dass eine Rügeobliegenheit nicht bestehe, ist die vorliegende Sachlage anders zu beurteilen.

Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Antragstellerinnen seinerzeit Angebote für das Nordharznetz abgegeben hatten und völlig im Unklaren darüber gelassen wurden, dass dieses Netz Bestandteil der damaligen vertraglichen Regelungen mit der Beigeladenen werden sollte.

Dagegen fanden nunmehr Gespräche zwischen der Antragstellerin und der Vergabestelle statt, wodurch bereits ein Vertrauensverhältnis begründet wurde. Die Vergabestelle hatte am 13.06.2002 das Interesse der Antragstellerin und anderer Unternehmen an der Erbringung der zu vergebenden Leistung erkundet. Dabei stellte sie fest, dass allein nur die Beigeladene zur Erbringung der Leistungen im SPNV für das gesamte Land Sachsen-Anhalt ab 01.01.2003 in der Lage ist. Hierauf hatte sich die Vergabestelle im späteren Handeln eingestellt. Selbst wenn man der Rechtsauffassung der Antragstellerin zuneigt, dass dies nicht hinreichend dokumentiert wurde, so deutet dies doch auf die Durchführung einer Freihändigen Vergabe im Sinne von § 3 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A hin. Die Frage kann jedoch im Einzelnen dahingestellt bleiben.

Ausführungen zur inhaltlichen Begründetheit des Nachprüfungsantrages erübrigen sich.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist vorliegend als Unterliegende anzusehen, da ihr Antrag verworfen wurde.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass hier lediglich Ausführungen zur Zulässigkeit veranlasst waren, ist trotz der enormen wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit lediglich eine Gebühr i. H. v. € ... angemessen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.

Die Beigeladene hat die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages beantragt und durch ihren Vortrag das Verfahren befördert. Deshalb entspricht es der Billigkeit, der unterliegen-

den Antragstellerin auch die zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen (§ 162 Abs. 3 VwGO in entsprechender Anwendung, vgl. 2. Vergabekammer des Bundes VK 2-12/02 vom 24.04.2002, VK 2-18/00 vom 14.08.2000).

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladene notwendig ( § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V. mit § 80 Abs. 2 VwVfG LSA).

### **Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06118 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 wird, sowie die Angaben der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Entscheidung stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea

Wendler

Ebert