

B E S C H L U S S

in dem Nachprüfungsverfahren

der Fa.(...)

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: (...)

gegen (...)

- Antragsgegner zu 1 -

und (...)

- Antragsgegner zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigte: (...)

wegen:

Vergabe der Dienstleistung "Fahrplanmäßiges Leistungsangebot im Schienenpersonennahverkehr zur Bedienung der Allgemeinheit", CPV 60111000, CPC-Referenznummer 711

Aktenzeichen: VK - 5/2002 - L

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 10.04.2002 am 18. 4. 2002

durch
die Vorsitzende
die hauptamtliche Beisitzerin
und den ehrenamtlichen Beisitzer

Regierungsdirektorin Reider
Oberregierungsrätin Bork-Galle
Herrn Franz-Bernhard Wewel

b e s c h l o s s e n :

1. Den Antragsgegnern zu 1 und zu 2 wird aufgegeben, die Ausschreibung "Fahrplanmäßiges Leistungsangebot im Schienenpersonennahverkehr zur Bedienung der Allgemeinheit" aufzuheben.

2. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer). Die Festsetzung der Höhe der Kosten bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten.
3. Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten war für alle Beteiligten im Verfahren notwendig.
4. Die Antragsgegner zu 1 und 2 tragen die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin, als Gesamtschuldner.

Gründe

I.

Die Antragsgegner sind Zweckverbände, die aus einem Zusammenschluss von Gebietskörperschaften des Landes NRW bestehen. Die Antragsgegner beabsichtigen die gemeinsame Vergabe von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennahverkehr. Die Federführung für die Durchführung des Vergabeverfahrens obliegt dem Antragsgegner zu 1.

Die Antragsgegner veröffentlichten im Oktober 2001 eine europaweite Ausschreibung zur Vergabe der Leistung "Fahrplanmäßiges Leistungsangebot im Schienenpersonennahverkehr zur Bedienung der Allgemeinheit".

Zur Wahl der Verfahrensart ist angegeben;

"Der Auftrag wird nach den Bestimmungen der Basisparagrafen und der Paragraphen 8a und 28a der VOL/A Abschnitt 2 im freihändigen Verfahren (Verhandlungsverfahren) vergeben." Teilangebote und Subunternehmen wurden nicht zugelassen. Als Anforderung an den Berufsstand wurde die Zulassung als Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß § 6 AEG bei Betriebsaufnahme gefordert. Unter dem Punkt 12) wurde gefordert, dass mit dem Antrag auf Teilnahme Nachweise gemäß einer in 10 Punkte gegliederten Auflistung zu erbringen sind. In den nationalen Veröffentlichungsorganen wurde diese Auflistung mit Nachweise überschrieben und als "Mindestbedingungen" bezeichnet. Als Vergabepflichtstelle wurde die Postfachadresse der Bezirksregierung Düsseldorf angegeben.

Zur Begründung der gewählten Verfahrensart wurde in einem Vergabevermerk ohne Datum ausgeführt, dass es sich hier um einen Fall des § 3 Nr. 4 lit. h VOL/A handle, da die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden könne. Der genaue Leistungsumfang sei zu Beginn des Verhandlungsverfahrens noch nicht festzulegen, da der zur Verfügung stehende Finanzrahmen noch nicht feststehe. Wegen des Auslaufens befristeter Verträge sei jedoch der Beginn des Vergabeverfahrens jetzt erforderlich. Hinzu komme, dass die Bieter gefordert seien, an den finanziellen Bedürfnissen des Auftraggebers orientierte Konzepte z.B. zu den Positionen "Sicherheit und Service", "Kommunikation" und "Marketing" zu erstellen, die im Rahmen von Verhandlungen auf ihre Tauglichkeit und Finanzierbarkeit geprüft und vertraglich angepasst werden müssten, was in einem offenen Verfahren nicht möglich sei.

Die Verdingungsunterlagen bestanden aus den Teilen "A. Einführung", "B. Bewerbungsbedingungen", "C. Anforderungen an die Angebote", "D. Verkehrsvertrag" und "E. Anlagen zu den Teilen A. - D.". Teil E enthielt ein Kalkulationsschema und die näheren

Beschreibungen zu den Anforderungen an Service und Fahrzeuge. Das Kalkulationsschema forderte eine Aufstellung der einzukalkulierenden Kostenarten untergliedert nach zu erwartenden Kosten mit und ohne Fördermittel. Unter dem Punkt 2. "Allgemeines zur Kalkulation" und dort unter Punkt 2.5 "Berücksichtigung von Fördergeldern" ist ausgeführt:

"Das Land Nordrhein-Westfalen gewährt Eisenbahnverkehrsunternehmen derzeit noch finanzielle Unterstützung bei der Fahrzeugbeschaffung (hier: Fahrzeugförderung) und bei der Investition in Betriebshöfe bzw. Werkstätten (hier; Werkstartförderung). Ob diese Förderpraxis in der Zukunft - und damit auch für die Durchführung der hier in Rede stehenden Verkehrsleistung - beibehalten wird, ist ungewiss. Die Kosten sind alternativ mit Annahme des Erhaltens und des Versagens der Fördermittel auszuweisen. Die Wertung der Angebote erfolgt auf der Grundlage der ohne Fördermittel kalkulierten Kosten. (...)

Für den Vertrag ist eine Laufzeit von 10 Jahren, beginnend mit dem Fahrplanwechsel 2004, vorgesehen. In der Einführung zu den Verdingungsunterlagen wurde unter 3. „Zusammenfassung des Verfahrensgegenstandes" die Verteilung der zu erbringenden Fahrleistung angegeben mit 1.428.000 Km pro Jahr für den Antragsgegner zu 1 und 835.000 Km pro Jahr für den Antragsgegner zu 2.

Für alle eingegangenen 9 Bewerbungen konnte die Erfüllung der Eignungskriterien festgestellt werden, so dass allen 9 Firmen mit Datum vom 20. 12. 2001 die Verdingungsunterlagen übersandt wurden. Der Termin zur Abgabe eines Angebotes war zunächst der 19. 3. 2002, nach einer Verlängerung der Abgabefrist der 5. 4. 2002. Die Bindefrist wurde auf den 31. 1. 2003 festgesetzt.

Nach dem Versand der Verdingungsunterlagen gingen bei dem Antragsgegner zu 1 eine Vielzahl von Nachfragen zu den Verdingungsunterlagen ein, bis zur mündlichen Verhandlung ca. 125 Stück. Die Nachfragen wurden jeweils beantwortet und in mehreren Schreiben als Fragen und Antworten allen Bewerberfirmen zur Verfügung gestellt, In mehreren Punkten wurde auf die Nachfragen hin das Leistungsverzeichnis teilweise redaktionell angepasst, teilweise korrigiert oder geändert.

Eine Nachfrage war gerichtet auf die Klärung des Begriffes "neuwertige Fahrzeuge". In der Antwort hierzu wurde ausgeführt, als neuwertig würden die Fahrzeuge anerkannt, die den Anforderungen der Punkte 10. 3. 4 aus Teil C. in Verbindung mit Teil E., Anlage 3, gerecht würden. Die zitierten Stellen weisen keine Alters- oder Abnutzungsgrenze für die Fahrzeuge auf, sondern erfordern die EBO (Eisenbahnbau- und Betriebsordnung) - Zulassung sowie konkret benannte Ausstattungsstandards in technischer und fahrgastbezogener Hinsicht. Eine Vielzahl von Anfragen bezog sich auf das Kalkulationsschema, so dass dieses mehrfach geändert und in seiner letzten Fassung mit Eilboten am 28. 3. 2002 den Bewerberfirmen zur Verfügung gestellt wurde. Auch die letzte Fassung sieht die Aufteilung der Kostenangabe nach zu erwartenden Kosten mit und ohne Förderung vor. In den Verdingungsunterlagen ist in Teil C., Punkt 6, Seite 10 ausgeführt, dass die Wertung der Angebote ohne Berücksichtigung der Fördermittel erfolgen soll.

Mehrere Nachfragen bezogen sich auf die Berücksichtigung von in der Vergangenheit erhaltenen Fördermitteln und reklamierten Wettbewerbsnachteile, wenn diese Fördermittel außer Betracht blieben. Diese Nachfragen wurden durchgehend mit dem Hinweis beantwortet, dass die Berücksichtigung von in der Vergangenheit erhaltenen Fördermitteln nicht beabsichtigt sei. Neben einer dieser Nachfragen, die den Sachverhalt bereits ausdrücklich rügt, gingen von 4 weiteren Firmen, darunter die Antragstellerin mit ihrer Rüge vom 8.2. 2002, insgesamt 5 Rügen mit dem übereinstimmenden sinngemäßen Inhalt ein, dass die Nichtberücksichtigung von in der Vergangenheit erhaltenen Fördermitteln einen Wettbewerbsnachteil für nicht geförderte Unternehmen darstelle. Die Rügen wurden von dem Antragsgegner zu 1 als unbegründet und

teilweise wegen Verspätung zurückgewiesen. Eine der rügenden Firmen teilte dem Antragsgegner zu I auf die Zurückweisung ihrer Rüge schriftlich mit, dass sie kein Angebot abgeben werde, da die Nichtberücksichtigung von in der Vergangenheit erhaltenen Fördermitteln ein so großer und nicht durch andere Maßnahmen oder Umstände ausgleichender Wettbewerbsnachteil für die nicht geförderten Unternehmen sei, dass sich der Aufwand für die Erstellung eines Angebotes nicht lohne.

Bis zum Abgabetermin am 5. 4. 2002 gingen 4 Angebote, darunter das der Antragstellerin, ein. Mit Schreiben vom 22. 3. 2002 wurden diese Bieter gebeten, zu den in der Vergangenheit erhaltenen Fördermitteln Auskunft zu erteilen und hierzu ein beigefugtes Formblatt bis zum 15. 4. 2002 auszufüllen. Zu Erläuterung erklärten die Antragsgegner, dass diese Abfrage vorsorglich erfolge und dass eine Änderung der erstellten Angebote nicht erforderlich sei. Die Angaben seien nur für den Fall zur Verwendung vorgesehen, dass das anhängige Nachprüfungsverfahren erfolgreich sei.

Nachdem die Rüge der Antragstellerin mit Schreiben des Antragsgegners zu I vom 7.3. 2002 zurückgewiesen worden war, erhob die Antragstellerin mit Datum vom 14. 3. 2002 den Nachprüfungsantrag, der den Antragsgegnern am 15.3, 2002 zugestellt wurde.

Die Antragstellerin trägt vor,

nach dem Leistungsverzeichnis und der Antwort auf eine entsprechende Nachfrage seien die Bieter berechtigt, neue und gebrauchte Fahrzeuge anzubieten, soweit diese den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprechen. Ebenso sei es zulässig, auf bereits bestehende Infrastruktureinrichtungen zurückzugreifen. Auf ihre Nachfrage, ob die in der Vergangenheit gewährten Fördermittel berücksichtigt würden, habe sie mit Schreiben vom 30. 1. 2002 die Auskunft erhalten, dass dies nicht vorgesehen sei. Sie habe daraufhin mit Datum vom 8. 2. 2002, bei den Antragsgegnern eingegangen am 14. 2. 2002, diesen Sachverhalt gerügt als Verstoß gegen das Gebot der Chancengleichheit und das Gebot des fairen Wettbewerbs.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig Die Vergabekammer sei zur Entscheidung zuständig. Die Antragsgegner seien aus Bundes- und Landesmitteln finanzierte und staatlich beherrschte Zweckverbände und damit öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB. Der streitige Auftrag sei ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 99 Absatz 4 GWB und keine Dienstleistungskonzession, da dem Auftragnehmer für die Erbringung seiner Leistung ein im Rahmen des Vergabeverfahrens zu ermittelndes Entgelt gezahlt werde, wodurch die für die Konzession wesensnotwendige und ausreichende Übertragung der mit der Dienstleistung verbundenen Nutzungsrisiken auf den Dienstleister ausgeschlossen werde. Dies habe die Vergabekammer in dem Beschluss VK-1/2000-L auch so bewertet. Die streitgegenständliche Leistung überschreite den Schwellenwert von 200,000 € Ob § 15 AEG die Ausschreibung von SPNV- Leistungen ins Ermessen des Auftraggebers setze oder -wohl richtig- dahingehend zu verstehen sei, dass eine Ausschreibungspflicht bestehe, könne dahinstehen. Hier sei hier jedenfalls von den Auftraggebern die Form der Ausschreibung gewählt und die Vergabekammer als Nachprüfungsstelle angegeben worden. Es sei nicht einsichtig, dass die nicht mehr gelten solle. Im übrigen verbiete das Gemeinschaftsrecht, das AEG als die §§ 97 ff GWB aussperrendes "Eisenbahnvergaberecht" auszulegen. Die §§ 97 ff GWB seien in Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien entstanden und enthielten keine Bereichsausnahmen. Insofern seien die §§97 ff GWB als Ergänzung von § 15 AEG zu lesen.

Die Antragstellerin sei antragsbefugt nach § 1,07 Absatz 2 GWB, da sie ein fortwährendes Interesse am Erhalt des Auftrages habe. Durch die Nichtberücksichtigung der früheren Subventionen resultiere ein potentieller Vorteil für in der Vergangenheit geförderte Unternehmen, der ihre Chancen auf den Zuschlag erheblich verringere, so dass ihr ein Schaden drohe. Es könne ihr daher nicht zugemutet werden, den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens abzuwarten. Es entspreche dem Sinn der Rügepflicht., möglichst frühzeitig tätig zu werden. Die Rüge sei auch nicht verrostet. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung der Rügefrist sei nicht die Übersendung der Verdingungsunterlagen, sondern die Beantwortung der Frage nach der Berücksichtigung früherer Fördermittel. Die Verdingungsunterlagen selbst hätten nur eine Aussage zu den zukünftigen Fördermitteln getroffen und noch keinen Anlass zu Zweifeln hinsichtlich in der Vergangenheit gewährter Fördermittel gegeben.

Der Antrag sei auch begründet. Die Nichtberücksichtigung von in der Vergangenheit gewährten Fördermitteln bei der Angebotsauswertung rühre dazu, dass erheblich günstiger kalkuliert werden könne, wenn bereits geforderte Fahrzeuge und Werkstätten einbezogen werden dürften als wenn mit Neuanschaffungen kalkuliert werden müsse. Dies gelte umso mehr, als der Preis ein wesentliches Vergabekriterium neben der Qualität sei. Nach der bisherigen Praxis könne die Förderung bei Fahrzeugen mehr als 50% der Investitionskosten und bei Werkstätten bis zu 90% betragen haben. Die Abschreibung bei der Fahrzeugförderung sei über 15 Jahre möglich gewesen. Nach dem Kalkulationsschema sei dies unmittelbar von Bedeutung für die dort anzugebende Höhe des Kaufpreises für die Fahrzeuge und Investitionen für Werkstätten. Hier könne ein geförderter Bieter den wesentlich geringeren Buchwert gegenüber dem Anschaffungswert bei nicht geförderten Bietern einsetzen, Hinzu kämen Zins- und Finanzierungseffekte. Bei einer unterstellten Förderung von 50% könne dies zu einem Kostenvorteil von 1 € pro Kilometer führen, in der Summe für die Fahrbetriebskosten könne dies einen Vorteil von 15 - 25 % oder bei den Gesamtkosten, 8 - 15 % gegenüber den Kosten nicht geförderter Dienstleister erbringen. Die Vergabeunterlagen enthielten keine Spielräume, die es ermöglichten, diese Nachteile unternehmerisch abzugleichen.

Sie, die Antragstellerin, verfüge über keine im ausgeschriebenen Netz einsetzbaren geförderten Fahrzeuge oder Werkstätten, die sie bei der Kalkulation berücksichtigen und deren Kostenvorteile sie nutzen könne. Dies könne nur ein einziger Bieter, die Deutsche Bahn (DB). Sie habe in den vergangenen Jahren in erheblichem Umfang Fördermittel in NRW erhalten. So seien der DB Ende der Neunziger Jahre 630 Mio. DM Fördermittel für moderne Elektrotriebwagenzüge der Baureihe ET 423 zugesagt worden. Weitere Fördermittel seien der DB für die Beschaffung von Fahrzeugen der Typen E 146 (-Regiolok), ET 425 VT643 (Talent) und Doppelstockwagen gewährt worden. Die Typen E 146, ET 425 und die Doppelstockwagen seien aufgrund ihrer technischen Beschaffenheit für den Einsatz in dem ausgeschriebenen Netz geeignet. Die DB sei daher die einzige Bieterin, die sich den Kostenvorteil bereits erhaltener Fördermittel zunutze machen könne. Ähnliches gelte für die Investitionen für Werkstätten. Auch hier verfüge die DB im Einzugsbereich der ausgeschriebenen Leistung über eine moderne Werkstatt für elektrische Fahrzeuge, die in erheblichem Umfang durch das Land NRW gefördert wurde. Da das Wirtschaftsministerium mit Schreiben vom 4. 3. 2002 bestätigt habe, dass die Förderung des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) ab Anfang 2002 völlig eingestellt werde, bestehe also nicht einmal theoretisch die Chance, in den Genuss vergleichbarer Vorteile zu kommen.

Die Nichtberücksichtigung in der Vergangenheit gezahlter Zuschüsse verstoße gegen das Gebot der Chancengleichheit, da einzelne Bieter bewusst in eine bessere Wettbewerbssituation gebracht würden. Man könne entweder alle Angebote mit oder ohne die Fördermittel vergleichen. Durch den Wegfall der Förderung durch das Land sei jedoch ausgeschlossen, dass entsprechende Vergleichsgruppen entstehen könnten. Nur die DB XY habe bisher aufgrund ihrer

marktbeherrschenden Stellung in der Vergangenheit bereits die nach der vorliegenden Ausschreibung benötigten Fahrzeuge beschaffen und die Werkstätten einrichten können unter Verwendung hoher Fördersätze. Da die Subventionen noch nicht abgeschrieben seien, bestehe die wettbewerbsverzerrende Wirkung fort. Andere Förderprogramme hätten keine vergleichbaren Auswirkungen auf die Preiskalkulation gehabt wie die Altförderung in diesem Vergabeverfahren. Insbesondere die Aussicht auf zukünftige Förderung habe für alle Bieter gleichermaßen bestanden und damit die Chancengleichheit aufrecht erhalten. Dies falle jedoch nun weg.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbiete auch indirekte Diskriminierung. Eine einheitliche Behandlung aller Bieter erfordere, dass auch die Bieter als im wesentlichen gleich anzusehen seien. Eine Vergleichbarkeit der DB-XY mit ihren privaten Konkurrenten scheide wegen der hervorgehobenen Marktposition und der in einem nicht vergleichsfähigen Umfang erhaltenen Förderung aus. Die DB halte auf den SPNV -Märkten in NRW einen Anteil von mindestens 95%. Die restlichen 5% verteilen sich auf die übrigen Anbieter in NRW, die erst seit Beginn der Neunziger Jahre in den Genuss von Fördermittel gekommen sein. Sie, die Antragstellerin, habe in NRW überhaupt keine Fördermittel erhalten. Der Förderanteil der DB könne sich aufgrund der besser und damit kostengünstiger an die befahrenen Strecken angepassten Fahrzeuge der Dienstleister auf regionalen Strecken auch auf 98 - 99 % belaufen. Damit sei aber keine Gleichbehandlung mehr möglich, Das unterscheide den vorliegenden Sachverhalt auch von der Entscheidung der Vergabekammer zur Vergabe von Buslinien. In dem entschiedenen Fall habe bereits Wettbewerb bestanden.

Verletzt werde auch der Wettbewerbsgrundsatz. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der DB könne von einem fairen Wettbewerb nicht gesprochen werden, wenn einem marktbeherrschenden Unternehmen die fortwährende Ausnutzung umfangreicher Zuwendungen zu Lasten ihrer privaten Mitbewerber zugebilligt werde. Dem stehe auch das Urteil des EuGH vom 7.12.2000, Rs. C-94/99, nicht entgegen, da eine andere Konstellation betroffen gewesen sei und zu der Frage der Berücksichtigung einzelner Subventionen bewusst keine Aussage getroffen worden sei. Zudem habe der EuGH in dem Urteil selbst auf dessen beschränkte Aussagekraft hingewiesen. Wenn aber wegen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen ein Bieter ganz ausgeschlossen werden dürfe, dann sei erst recht die weniger belastende Maßnahme der Berücksichtigung der erhaltenen Vorteile zulässig sein. Ein Vergabeverfahren dürfe wettbewerbsbeschränkenden Vorgehensweisen keinen Vorschub leisten. Dazu komme es aber, wenn ein Unternehmen Vorteile aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung und der Erbringung von Leistungen auf Monopolmärkten ohne Konkurrenz erhalten habe und diese Vorteile nun einsetzen könne, um seine Position im Wettbewerb nachhaltig zu verbessern. Wenn dadurch ein Bieter deutlich unter seinen Kosten liegende Angebotspreise abgebe, stelle dies kartellrechtlich einen Fall verbotener Quersubventionierung dar. § 19 Absatz 4 Nr. 1 GWB verbiete marktbeherrschenden Unternehmen, Leistungen unterhalb ihrer realen Kosten anzubieten. § 20 Absatz 4 GWB verbiete marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Stellung zur Behinderung kleinerer Unternehmen zu nutzen. Ein wettbewerbsfreundliches Verfahren verlange daher die Neutralisierung in der Vergangenheit erlangter Vorteile. Dabei gehe es nicht darum, die Gewährung der Fördermittel überhaupt anzugreifen, sondern um die Frage, wie die Förderung im Vergabeverfahren zu berücksichtigen sei. Eine Klage gegen die Gewährung der Fördermittel sei mangels Klagebefugnis ausgeschlossen gewesen. Die Gewährung von Beihilfen sei durch die EU-Kommission zu genehmigen, damit sich die Kommission zur Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht äußern könne. Es sei aber nicht bekannt, dass die auf dem Regionalisierungsgesetz beruhenden Förderprogramme von der EU-Kommission notifiziert worden seien. Es gehe auch nicht darum, die Notifizierung zu überprüfen, sondern lediglich um die Frage, ob überhaupt das Verfahren eingehalten worden sei.

Die Erfassung und Berücksichtigung in der Vergangenheit erhaltener Subventionen sei auch in der Vergabepaxis möglich und möglich, wie das dem, Vortrag beigefügte Beispiel einer Ausschreibung der Rhein-Neckar-S-Bahn zeige, Der Wert der erhaltenen Förderung werde dem Angebot kalkulatorisch hinzugerechnet, was die Chancengleichheit wieder herstelle. Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Förderquoten oder Abschreibungssätze könnten jedenfalls kein Hinderungsgrund sein. Der Antragsgegner zu 2 habe selbst in einem anderen Vergabeverfahren von den Bietern Informationen zu den in der Vergangenheit erhaltenen Fördermitteln verlangt.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegner zu verpflichten, bei der Wertung der Angebote im Vergabeverfahren Haardt-Achse (EU-Ausschreibung 2001/S 190-130662) durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass eventuelle preisliche Verzerrungen durch in vorhandenen Ressourcen (Fahrzeuge, Werkstätten, sonstige förderfähige Betriebsinvestitionen) einzelner Bieter gebundene öffentliche Fördermittel kalkulatorisch neutralisiert werden.
2. Den Antragsgegnern die Kosten dieses Verfahrens, die Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß § 128 Absatz 4 GWB in Verbindung mit § 80 VwVfG, einschließlich der vorprozessualen Rechtsanwaltskosten aufzugeben.

Die Antragsgegner beantragen,

1. den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner für notwendig zu erklären;
3. die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,

Die Antragsgegner tragen vor,

der Antrag sei möglicherweise unzulässig. Es gebe in der Literatur auf §§ 6 und 15 Absatz 2 AEG gestützte Auffassungen, wonach auf den SPNV die Vorschriften nicht anwendbar seien und daher kein Nachprüfungsverfahren zulässig sei, Die genannten Vorschriften räumten den zuständigen Behörden Ermessen zu der Frage ein, ob die Leistung ausgeschrieben werden solle oder nicht. Die Regelungen seien *lex specialis* gegenüber dem Vergaberecht. Zudem gebe es Meinungen, die die SPNV-Verträge als Dienstleistungskonzessionen einstufen und nicht als Dienstleistungsaufträge. Diese Auffassung vertrete auch das Wirtschaftsministerium NRW. Auf der Basis dieser Rechtsauffassung würden derzeit noch ca. 90 % des Marktes im SPNV-Bereich nicht im Wettbewerb vergeben. Wenn man der Auffassung folge, dass Vergaberecht nicht anwendbar sei, sei eine europaweite Ausschreibung aber mit einer europaweiter Ausschreibung zu einem Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte vergleichbar. Die Zuständigkeit der Vergabekammer sei dann nach § 100 Absatz 1 GWB ausgeschlossen, da die Rechtsschutzmöglichkeiten, nicht willkürlich erweitert werden könnten.

Der Antrag sei jedenfalls unbegründet. Die Antragsgegner seien zur Berücksichtigung der bei einzelnen Bietern in den Ressourcen gebundenen öffentlichen Mittel nicht verpflichtet. Die Antragsgegner würden vielmehr den Grundsatz der Chancengleichheit und des Wettbewerbs verletzen, wenn sie deshalb die Angebote einzelner Bieter preislich verändern würde. Die Antragstellerin habe nicht vorgetragen, ob und in welcher Höhe jedem einzelnen Bewerber und der DB XY Fördermittel zugeflossen seien. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlange, dass alle Angebote nach einheitlichen Kriterien

gewertet würden. Eine Hinzurechnung oder Abrechnen von in der Vergangenheit erhaltenen oder nicht erhaltenen Subventionen würde die Zuwendungsempfänger benachteiligen, was vergaberechtlich nicht zulässig sei. Auch der Wettbewerbsgrundsatz werde nicht verletzt, da dieser nicht verlange, dass in bestehende Marktstrukturen oder in bereits erlangte Marktpositionen eingegriffen werde. Die Forderung der Antragstellerin werfe die Frage nach dem Rahmen der zu berücksichtigenden Fördermittel (seit wann?, wofür?, in welcher Höhe?, für wie lange?) auf.

Die Antragstellerin könne nicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Subventionen vorgehen. Wenn sie diese für wettbewerbsverzerrend halte, hätte sie bereits gegen den Förderbescheid vorgehen müssen oder bei der EU-Kommission Subventionsbeschwerde einlegen müssen. Die Antragstellerin verlange, dass die Antragsgegner sich über bestandskräftige Bescheide hinwegsetzen, was nicht Aufgabe des Vergaberechts sei. Das von der Antragstellerin angeführte Urteil begründe überzeugend, warum einzelnen Bietern gewährte Fördermittel im Vergabeverfahren irrelevant seien. Es sei nicht relevant, ob am Vergabeverfahren teilnehmende gemischtwirtschaftliche Unternehmen von staatlicher Seite subventioniert würden oder ob private Unternehmen staatliche Fördermittel erhalten hätten, da in beiden Fällen staatliche Gelder geflossen seien. Wenn danach ein Bieter nicht wegen vorab erhaltener Fördermittel auszuschließen sei, müsse er im Verfahren auch gleichbehandelt werden. Die Praxis der Antragsgegner werde der Rechtsauffassung der Vergabekammer gerecht, die in dem Beschluss VK-1/20QO-L zum Ausdruck komme.

Die gewählte Vorgehensweise entspreche auch praktischen Erwägungen. Zum einen sei die Vielzahl und Art der erhaltenen Förderungen nicht eingrenzbar. So müssten ggf. auch Subventionen anderer Staaten an dort ansässige Bieter berücksichtigt werden oder Gelder, die im Zusammenhang mit dem Aufbau Ost geflossen seien. Die Forderung der Antragstellerin, verlange letztlich, dass alle staatlichen Einflussnahmen auf den Preis herausgerechnet werden müssten. Zudem gebe es faktisch keine Möglichkeit, die Angaben der Bieter zu den erhaltenen Fördermitteln zu überprüfen. Wenn., wie in anderen Vergabeverfahren geschehen, die Bieter die nachgefragten Fördermittel durchweg mit Null angeben würden, müsse der Auftraggeber dies hinnehmen. Schließlich sei es ausgeschlossen, in Anlehnung an die Entscheidung des EuGH die Rechtmäßigkeit der gewährten Zuschüsse zu überprüfen.

Wenn die Vergabekammer dem Antrag der Antragstellerin stattgeben wolle, sei aus Sicht der Antragsgegner eine detaillierte Angabe zur Vorgehensweise bei der kalkulatorischen Berücksichtigung der Fördermittel erforderlich.

Die Vergabekammer hat in der mündliche Verhandlung am 10.02.2000 den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gegeben, zur Sache abschließend vorzutragen.

Die Antragstellerin hat ergänzend vorgetragen,

sie sei der Überzeugung, dass das an sich notwendige Notifizierungsverfahren für die nach dem Regionalisierungsgesetz NRW in der Vergangenheit gewährten Fördermittel für die Anschaffung von Fahrzeugen und für Werkstätten nie stattgefunden habe. Die Antragsgegner beabsichtigten nun aber durch das Kriterium des angebotenen Preises, in dem sich die von dem Konkurrenten DB XY erhaltenen eu-rechtswidrigen Beihilfen niederschlagen, gegen die Pflicht zu gemeinschaftsrechtskonformen Verhalten, welche allen öffentlichen Stellen der Mitgliedsstaaten obliege, zu verstoßen. Dieser Forderung könnten sie allenfalls nachkommen, wenn sie die in der Vergangenheit erhaltenen Förderungen in angemessener Form bei der preislichen Auswertung der Angebote berücksichtigen würden. Die Abfrage erhaltener Förderungen in einer weiteren Ausschreibung zeige die Machbarkeit auf. Sinnvoll erscheine dabei die Konzentration auf die im

Lande NRW gewährten Förderungen auf Fahrzeuge und Werkstätten Ihre Argumentation bezüglich nicht eu-rechtskonform erlangter Beihilfen sei allerdings nicht auf das Land Nordrhein-Westfalen beschränkt.

Bei ihrer eigenen Kalkulation habe sie Spielräume bei den Positionen Personalkosten, Energiekosten, Instandhaltungskosten sowie bei der Gestaltung ihres Angebotes in den Bereichen Service und Marketing. Demgegenüber sei die Fahrzeugfinanzierung jedoch der größere Kostenblock, bei dem keine Spielräume bestünden. Konkurrenzunternehmen der DB XY könnten auch keine eventuell in anderen Bundesländern geförderten Fahrzeuge unter Ausnutzung dieses Vorteils in NRW einsetzen, da diese Förderungen dann anteilig zurückerstattet werden müssten

Die Antragsgegner haben ergänzend vorgetragen, die Entscheidung der EuGH „Arge Gewässerschutz“ räume lediglich die Möglichkeit eines Bieterausschlusses ein, wenn kumulativ aufgrund einer rechtswidrigen Beihilfe deren mögliche Rückzahlung aus Sicht des Auftragnehmers die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters überfordern könnte. Die von der Antragstellerin vorgetragene Tatsachen im Hinblick auf die an Konkurrenzunternehmen gewährten Förderungen einschließlich der Rückerstattungsverpflichtung müssten, da sie von den Antragsgegnern nicht überprüfbar seien, mit Nichtwissen bestritten werden. Weiterhin müsse mit Nichtwissen bestritten werden, dass es keine weiteren Förderungen im Fahrzeug- und Werkstattbereich geben werde. Nach neueren Informationen, ausgehend von der Bundesebene, sei die künftige Bereitstellung von Mitteln nicht gänzlich auszuschließen. Ihr Verständnis von „Neuwertigkeit“ der Fahrzeuge habe sie den Bietern vollständig mitgeteilt. In dem von der Antragstellerin angesprochenen weiteren Vergabeverfahren habe sie Neufahrzeuge verlangt. Die Abfrage von Fördermitteln sei bezogen auf Fahrzeuge somit auch nur in die Zukunft gerichtet, allerdings darauf nicht begrenzt, so dass ggf. auch frühere Förderungen anzugeben gewesen waren, die sich in den übrigen Kostenpositionen niedergeschlagen haben. Aus ihrer Sicht sei allerdings die Berücksichtigung von in der Vergangenheit gewährten Förderungen diskriminierungsfrei nicht möglich. Es kämen hier verschiedenste Rechenansätze in Betracht, die aller gleichermaßen angreifbar seien. Die Bieter könnten nicht gezwungen werden, erhaltene Fördermittel in einer ganz bestimmten Art und Weise innerbetrieblich einzukalkulieren. Die im Kalkulationsschema von den Bietern abgefragten Werte dienten nur der internen Plausibilitätsüberprüfung des Endpreises und der Einschätzung der Sicherheit der störungsfreien Leistungserbringung.

Mit Schriftsatz ihres bevollmächtigten Vertreters vom 09.04.2002 hat die Firma XYZ GmbH ihre Beiladung zu dem vorliegenden Nachprüfungsverfahren begehrt. Die Kammer hat diesem Begehren nicht entsprochen.

Der Vergabekammer haben die Vergabeakten der Vergabestellen vorgelegen. Ein Zuschlag ist bislang nicht erfolgt. Zum weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.04.2002 Bezug genommen. Am 16.4.2002 ging bei der Vergabekammer ein weiterer, nicht nachgelassener Schriftsatz der Antragstellerin ein, der sich rechtlich mit den in der mündlichen Verhandlung von den Antragsgegnern überreichten Entscheidungen auseinandersetzt, aber keinen neuen Sachvortrag enthält. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war daher nicht erforderlich. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten und des Vergabevorganges wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und den Inhalt des Vergabeunterlagen verwiesen,

II.

Der Antrag ist zulässig.

Die Vergabekammer ist zur Entscheidung über den Antrag gemäß § 104 Absatz 1, 2. Halbsatz des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zuständig.

Der Antrag ist auf die Überprüfung der Vergabe eines öffentlichen Auftrages gerichtet ist, der dem Land Nordrhein - Westfalen zuzurechnen ist. Die gemeinsam ausschreibenden Antragsgegner zu 1 und zu 2 sind Zweckverbände, die ihren Sitz in Nordrhein-Westfalen haben und deren Mitglieder Gebietskörperschaften des Landes in Nordrhein-Westfalen sind.

Es liegt ein öffentlicher Auftrag gemäß § 99 GWB vor.

Die Zweckverbände sind öffentliche Auftraggeber. Sie sind zu dem im Allgemeininteresse liegenden Zweck gegründet worden, Verkehrsdienstleistungen zu erbringen. Es handelt sich dabei um Leistungen nicht gewerblicher Art, da es im Schienenverkehrsbereich einen entwickelten Markt mit marktmäßigen Wettbewerbsstrukturen aufgrund der vorausgegangenen staatlichen Monopolstrukturen noch nicht gibt. Für die Einordnung als nicht gewerblich ist zudem zu berücksichtigen, dass eine Gewinnerzielungs- oder Kapitalerhaltungsabsicht nur sehr bedingt realisierbar ist, da unrentable Strecken und Versorgungsgebiete nach betriebswirtschaftlicher Gewinnerorientierung nicht vollständig von der Verkehrsversorgung ausgeschlossen werden dürfen. Die Antragsgegner sind daher öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB. § 98 Nr. 3 GWB stellt lediglich einen Auffangtatbestand dar, der eingreift, wenn die Verbände nicht eigene Auftraggeberqualität haben.

Die Beförderungsleistung im Schienenpersonennahverkehr unterfällt den durch § 1 a Nr. 1 und Nr. 2 Absatz 2 definierten Dienstleistungsaufträgen, die ihrer Art nach zur Anwendung der a-Paragrafen verpflichtet. Die Antragsgegner sind auch gemäß § 4 der Vergabeverordnung (VgV) und § 7 Absatz 1 Nr. 1 VgV zur Anwendung der a-Paragrafen verpflichtet. Die Ausnahme des § 8 Nr. 4 lit. c VgV greift nicht, da die Antragsgegner nicht selbst Betreiber eines Netzes zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Schienenverkehrs sind, sondern den Betrieb jeweils vergeben. Die Vergabestellen erbringen selbst keine Verkehrsleistungen und stehen nicht in Konkurrenzsituation zu privaten Firmen. Damit ist der dritte Abschnitt der VOL/A auf das vorliegende Verfahren nicht anwendbar.

Der abzuschließende Vertrag ist auf eine entgeltliche Leistung gerichtet. Gegenstand des Vertrages soll die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenverkehr sein. Das Entgelt besteht in den Zuwendungen, die die Antragsgegner für die erbrachten und nicht kostendeckenden Verkehrsdienstleistungen dem jeweiligen Auftragnehmer zu zahlen haben. Der Wettbewerb ist gerichtet auf die Minimierung des Zuwendungsbedarfs durch eine möglichst kostengünstige Leistungserbringung.

Damit liegt eine - dem Vergaberecht nicht unterliegende - Dienstleistungskonzession nicht vor. Eine Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn die öffentliche Hand Abgaben erhält für die einem Dritten erteilte Erlaubnis, Rechte oder tatsächliche Vorteile, die ihr zustehen, wirtschaftlich zu nutzen. Der Dritte trägt dabei das Risiko der Vermarktung der eingeräumten Rechtsstellung (vgl. Vergabeüberwachungsausschuss beim Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und

Technologie , Beschluss v. 22.06.99 - VÜA 31/98, Seite 4). Die entgeltliche Leistungsbeziehung liegt dann erst in der Beziehung des Erlaubnisnehmers zu seinen Kunden (VÜA Bayern, a.a.O). Im vorliegenden Fall ergeben sich zwar Ähnlichkeiten mit der Dienstleistungskonzession, da die zukünftige Auftragnehmerfirma die Fahrgeldeinnahmen zur Kostendeckung als Einnahmen verwenden darf. Die Antragsgegner und die Antragstellerin gehen jedoch übereinstimmend und ohne erkennbare Fehleinschätzung davon aus, dass die Fahrgeldeinnahmen nicht ausreichen werden, um die Kosten der zu erbringenden Leistung zu decken, so dass erheblicher Zuwendungsbedarf zu leisten sein wird. In dieser Konstellation wird der Auftragnehmerfirma das für Dienstleistungskonzessionen charakteristische wirtschaftliche Risiko gerade nicht übertragen, sondern es bleibt bei der gesicherten und im Vertrag festzulegenden Gegenleistung für die zu erbringende Leistung, deren Höhe sich an den in den Angeboten zum Ausdruck gebrachten wirtschaftlichen Risiken der Auftragnehmerfirma orientiert.

Die streitgegenständliche Dienstleistung überschreitet unstreitig den gemäß § 100 Absatz 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert. Da die Antragsgegner sich zu einer gemeinsamen Ausschreibung zusammengetan haben, ist die ausgeschriebene Leistung als ein einheitlicher Auftrag zu sehen, dessen geschätzter Gesamtauftragswert auch nicht zwischen den beiden Antragsgegnern im Hinblick auf den Schwellenwert aufzuteilen ist.

Die Vergabekammer ist nach § 2 Absatz 3 der Zuständigkeitsverordnung Nachprüfungsverfahren NRW auch örtlich zuständig.

Zwar haben die Antragsgegner ihren Sitz in unterschiedlichen Regierungsbezirken und würden jeder für sich in die Zuständigkeit verschiedener Vergabekammern fallen. Hier ist die Federführung für das durchzuführende Verfahren dem Antragsgegner zu I mit Sitz im Regierungsbezirk Düsseldorf übertragen worden und zugleich der größte Anteil der Leistung im Gebiet des Antragsgegners zu I zu erbringen. Es kommt auf die Frage, ob die Antragsgegner mit der Angabe der Bezirksregierung Düsseldorf als Nachprüfungsstelle in den Verdingungsunterlagen eine der zivilrechtlichen Gerichtsstandvereinbarung vergleichbare Festlegung zulässigerweise getroffen haben oder ob sich die örtliche Zuständigkeit der Kammer bei mehreren Auftraggebern analog der Bestimmungen in § 18 VgV nach dem Schwerpunkt der Leistung richtet, daher hier nicht an, da beide Überlegungen zur Zuständigkeit der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf führen.

Das Nachprüfungsverfahren ist auch nicht durch § 15 AEG ausgeschlossen.

§ 15 AEG ist gegenüber dem 4. Abschnitt des GWB die ältere Norm. Der 4. Abschnitt des GWB stellt die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vergabebestimmungen in nationales Recht dar. Die mit der Einordnung im Wettbewerbsrecht verbundene Herauslösung der öffentlichen Beschaffung aus dem Haushaltsrecht und die damit verbundene Änderung des rechtlichen Charakters öffentlichen Vergabeverhaltens gilt für den gesamten Bereich der öffentlichen Vergaben, soweit die unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsrecht erlassenen Bestimmungen des GWB und der darauf ergangenen Änderungen der Verdingungsordnungen keine Ausnahmen vorsehen. Ein nationales Gesetz, das willkürlich bestimmte Vergabebereiche dem Wettbewerb entziehen würde, wäre mit Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar. Eine gesetzliche oder in den Verdingungsordnungen verankerte Ausnahme des Schienenpersonennahverkehrs aus dem Vergaberecht gibt es nicht. § 15 AEG ist im Licht dieser Entwicklung und gesetzgeberischen Wertung zu lesen. Eine Norm, die wie § 15 AEG aus der Zeit vor der Einführung des 4. Abschnittes des GWB stammt und Entscheidungsspielraum, zur Frage der Ausschreibung einräumt, ist daher unter Berücksichtigung der Normen des 4. Abschnittes des GWB so

auszulegen, dass eine Ausschreibungspflicht besteht.

Aber selbst wenn man den Vergabestellen eine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Methode des Einkaufs der Verkehrsdienstleistungen zugestehen wollte, wäre hier ein Vergabenachprüfungsverfahren zulässig, da sich die Antragsgegner für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entschieden haben. Mit dieser Entscheidung binden sie sich einerseits an die gesetzlichen Bestimmungen zur rechtmäßigen Durchführung des Vergabeverfahrens und andererseits an die damit verbundenen Rechtsschutzmöglichkeiten. Dies haben die Antragsgegner zudem in ihren Verdingungsunterlagen den Bewerbern in dem Vergabeverfahren so auch mitgeteilt, indem sie sowohl die nach den gesetzlichen Vergabebestimmungen üblichen Formen und Inhalte der Veröffentlichung gewählt als auch eine Nachprüfungsstelle angegeben haben.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Absatz 2 GWB.

Sie hat durch die Anforderung der Bewerbungsunterlagen, Erstellen und Einreichen einer Bewerbung und mittlerweile Erstellen und Abgabe der Angebotsunterlagen ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert

Sie hat eine Verletzung ihrer Rechte aus § 97 Absatz 7 GWB schlüssig geltend gemacht, indem sie vorgebracht hat, ihr sei kein diskriminierungsfreier Zugang zum Wettbewerb gewährt worden. Durch die Nichtberücksichtigung in der Vergangenheit gewährter Fördermittel an das ehemalige staatliche Monopolunternehmen sei es diesem möglich, in wettbewerbsverzerrender Weise günstiger zu kalkulieren als nicht geforderte Unternehmen. Für die Darlegung der Rechtsverletzung ist ausreichend, dass die Rechtsverletzung möglich ist. Ob sie tatsächlich vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit des Antrages.

Die Antragstellerin hat als drohenden Schaden schlüssig dargelegt, dass sie bei Auswertung der Angebote durch die vorbeschriebene Diskriminierung Nachteile in der preislichen Gestaltung ihres Angebotes haben werde, die unternehmerisch nicht abzugleichen seien, was ihre Chance auf den Zuschlag verschlechtere.

Die Antragstellerin hat ihre Rügepflicht aus § 107 Absatz 3 Satz 1 GWB erfüllt.

Die Verdingungsunterlagen sagen über die Behandlung in der Vergangenheit erhaltener Fördermittel bei der Bewertung der Angebote nichts aus, sondern befassen sich lediglich mit den in Zukunft ggf. zu erwartenden Zuschüssen. Die Antragstellerin musste aus der Gestaltung der Verdingungsunterlagen., die im Gegensatz zu einer anderen der Antragstellerin bekannten Ausschreibung dieser Antragsgegner keine Eintragungsmöglichkeit für in der Vergangenheit erhaltene Förderung vorsieht, auch nicht den positiven Rückschluss ziehen, dass damit keine Berücksichtigung dieser Mittel geplant sei. Zum einen liegt hier kein Fall des § 107 Absatz 3 Satz 2 GWB vor, wonach die Erkennbarkeit eines Fehlers ausreicht, da die Frage der Behandlung von Fördermitteln in der Bekanntmachung der Ausschreibung nicht behandelt wird. Der Inhalt der Verdingungsunterlagen gehört nicht mehr zur Bekanntmachung im Sinne von § 107 Absatz 3 Satz 2 GWB, Zum anderen kommt es für die Rüge nach § 107 Absatz 3 Satz 1 GWB auf die positive Kenntnis des Vergabefehlers an. Voraussetzung der positiven Kenntnis ist unabhängig von der rechtlichen Bewertung zumindest Sicherheit über den zugrunde liegenden Sachverhalt. Auf Rückschlüsse oder Vermutungen muss ein Bewerber oder Bieter seine Rüge nicht stützen, um das Verhältnis zum Auftraggeber nicht unnötig und möglicherweise zu unrecht zu belasten. Die Nachfrage der Antragstellerin zur Behandlung in der Vergangenheit gewährter Beihilfen war daher zulässig.

Erst durch die Antwort der Antragsgegner auf diese Frage mit Datum vom 30.1.2002 bestand für die Antragstellerin Klarheit darüber, wie die Antragsgegner vorgehen wollten. Diesen Sachverhalt hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 8.2.2002 gerügt. Im Hinblick auf die

komplexe Materie des Zusammenspiels von Förderrecht und Vergaberecht war die Einholung anwaltlichen Rates zuzugestehen. Die Frist zwischen dem 30.1.2002 und dem 8.2.2002 beinhaltet erkennbar kein schuldhaftes Hinauszögern der Rüge zum eigenen Vorteil oder gezielten Nachteil anderer Wettbewerber und ist daher als unverzüglich anzuerkennen. Der Unverzüglichkeit steht auch nicht entgegen, dass die Antragsgegner das Rügeschreiben erst am 14.2.2002 erhalten haben. Der 8.2.2002 war ein Freitag, so dass bei normalem Geschäftsbetrieb das Schreiben am 11.2.2002 hätte eingehen können. Der 11.2.2002 war jedoch Rosenmontag. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die ungewöhnlich lange Laufzeit des Rügeschreibens durch den Karneval verursacht wurde. Da trotz der Verzögerung die Rüge immer noch in der vom OLG Düsseldorf als Höchstmaß zugelassenen Unverzüglichkeitsfrist von 14 Tagen die Antragsgegner erreichte., besteht für eine Verweigerung des Rechtsschutzes wegen eventueller Verzögerung der Rüge kein Anlass.

Die Antragstellerin hat ein Rechtsschutzbedürfnis.

Der Nachprüfungsantrag wurde zwar vor der Abgabe der Angebote gestellt, so dass eine Aussage über die Position der Antragstellerin im Konkurrentenfeld noch nicht möglich ist. Die Antragstellerin hat jedoch glaubhaft dargelegt, dass die Nichtberücksichtigung der in der Vergangenheit gewährten Fördermittel unmittelbare Auswirkungen auf die Preisgestaltung der Angebote und damit auf ihre Chance und Position im Wettbewerb hat. Da sie nach § 107 Absatz 3 GWB zur unverzüglichen Rüge verpflichtet ist, durfte sie mit diesem Vortrag nicht bis nach der Auswertung der Angebote und damit bis zur Erkennbarkeit der eigenen Position im Wettbewerb warten.

III.

Der Antrag ist begründet.

Die Antragstellerin wird durch die Gestaltung des Wettbewerbs in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergaberechts aus § 97 Absatz 7 GWB verletzt.

1.

Die beabsichtigte generelle Nichtberücksichtigung in der Vergangenheit erhaltener Fördermittel verstößt gegen die Pflicht zur Vergabe im Wettbewerb und zur Bekämpfung unlauterer Verhaltensweisen im Wettbewerb gemäß § 97 Absatz 1 GWB und § 2 Absatz 1 VOL/A.

Das Wettbewerbsprinzip verlangt, dass allen potentiellen Bietern diskriminierungsfrei die gleichen Chancen im Wettbewerb eingeräumt werden. Damit verbieten sich Wettbewerbsbedingungen, die gezielt einem bestimmten Bieter oder einer bestimmten Bietergruppe bessere Chancen gewähren. Dabei kann die Wettbewerbsverzerrung sowohl durch die Wettbewerbsbedingungen als auch durch die beabsichtigte Bewertung der Angebote entstehen. Zu den zu bekämpfenden wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen zählen u.a. Verhaltensweisen, die das GWB untersagt, z.B. die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung in den in §§ 19 und 20 GWB beschriebenen Formen. Als unlauter gelten u.a. Verhaltensweisen, die gegen den lautereren Wettbewerb regelnde Bestimmungen des UWG verstoßen. Als wettbewerbswidrig und unlauter im Sinne von § 1 UWG ist grundsätzlich der Einsatz von rechtswidrig erhaltenen staatlichen Beihilfen zum Zwecke des Unterbietens von Mitbietern anzusehen. Im vorliegenden Fall hätten die Antragsgegner daher in den Verdingungsunterlagen ankündigen müssen, dass sie im Fall besonders niedriger Preise auch den Nachweis über in der Vergangenheit

erhaltene Fördermittel und den Nachweis über deren gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit fordern würde und darauf hinweisen müssen, dass Bieter, denen dieser Nachweis nicht gelingt, vom Verfahren ausgeschlossen werden können.

Im Einzelnen:

Nach dem unstreitigen Vortrag der Beteiligten sind im vorliegenden Fall an einen Wettbewerber in der Vergangenheit Fördermittel des Landes NRW geflossen, die andere Wettbewerber nicht erhalten haben. Die Antragstellerin hat auch schlüssig und insoweit von den Antragsgegnern nicht bestritten dargelegt, dass sich diese Fördermittel auf die in der Ausschreibung geforderte Kalkulation auswirken und zu im Umfang erheblichen Preisverschiebungen zugunsten des geförderten Unternehmens führen können. Durch die für die geförderten Fahrzeuge und Werkstätten günstiger anzusetzenden Anschaffungs- und Investitionskosten kann im Hinblick auf den Umfang der Leistung und die Dauer des beabsichtigten Vertragsverhältnisses der Preis für die zu erbringende Leistung und damit der Ausgleichs- bzw. Zuwendungsbedarf für die Antragsgegner entsprechend günstiger gestaltet werden. Da der Preis nach den Wettbewerbsbedingungen einen erheblichen Einfluss auf die Vergabeentscheidung der Antragsgegner haben wird, kommt der Frage der Behandlung der in der Vergangenheit erhaltenen Förderungen eine wettbewerbsentscheidende Rolle zu. Das entscheidende Ausmaß der Behandlung der in der Vergangenheit gewährten Förderungen spiegelt sich auch in den Inhalten der eingegangenen Rügen der in der Vergangenheit nicht in NRW geforderten Unternehmen wieder, die alle diese Frage zum Gegenstand hatten und schließlich bei einem Bewerber zum Rücktritt vom Wettbewerb führte. Hinzu kommt, dass es sich bei dem geförderten Unternehmen um ein ehemaliges staatliches Monopolunternehmen handelt, das die Förderung aufgrund eben dieser Monopolstellung erhalten hat.

Für die diskriminierungsfreie Gestaltung des Wettbewerbs kommt es daher darauf an, ob und wie die in der Vergangenheit gewährten Förderungen, insbesondere, wenn sie allein einem bestimmten Unternehmen zugute kommen konnten, zu berücksichtigen sind.

Bei den gewährten Fördermitteln handelt es sich teilweise um staatliche Beihilfen im Sinne des EG-Vertrages.

Beihilfen im Sinne von Art. 87 Absatz 1 EGV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Geld- oder Sachleistungen oder geldwerte Vorteile, die bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen. Der Begriff umfasst auch Maßnahmen, die in verschiedenen Formen die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, Charakteristisch sind die Freiwilligkeit der staatlichen Leistung, die begünstigende Wirkung beim Empfänger und die fehlende Gegenleistung. Die hier in Rede stehenden Förderungen bezogen sich auf den Fahrbetrieb, die Beschaffung der Fahrzeuge und die Einrichtung der Werkstätten. Der Förderung des Fahrbetriebes steht eine Gegenleistung gegenüber, so dass dieser Teil der Förderung nicht unter den Begriff der Beihilfe fällt. Der Förderung der Beschaffung der Fahrzeuge und der Einrichtung der Werkstätten steht jedoch keine Gegenleistung gegenüber. Sie führt vielmehr zu einer Verbesserung des Betriebswertes des geförderten Unternehmens und fällt somit unter den Beihilfebegriff. Soweit positive Einflüsse aus auf andere Ziele, z.B. regionale Strukturförderung, gerichteten Förderungen auf ein Unternehmen Auswirkungen haben, können auch diese unter den Beihilfebegriff fallen.

Regelungen des EG-Vertrages

Da Subventionen und sonstige Hilfestellungen staatlicher Stellen an die nationale Wirtschaft deren Wettbewerbsstellung gegenüber Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten verbessern kann, sind staatliche Beihilfen gemeinschaftsrechtlich grundsätzlich verboten. Sie sind abzugrenzen von den Gemeinschaftsbeihilfen, die auf gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen beruhen und deshalb den Bewerbern aus allen Mitgliedstaaten zugute kommen.

Das Verbot des Art. 87 Absatz 1 EGV bindet dabei nicht nur die Mitglied Staaten unmittelbar., sondern nach Art. 10 EGV auch deren staatliche und hoheitliche Organe, so dass die Bestimmung auch die Antragsgegner verpflichtet.

Ausnahmetatbestände liegen nicht vor.

Vom Beihilfeverbot ausgenommen sind Leistungen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs entsprechen, Art. 73 EGV, und insbesondere öffentliche Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, z.B. Eisenbahn und Post (Art. 86 Abs.2 EGV), soweit die Anwendung der Wettbewerbsregelungen des Vertrages, zu denen das Beihilfeverbot gehört, die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die hier streitigen Förderobjekte dienen nicht der Koordinierung des Verkehrs und die Einhaltung der Wettbewerbsregeln verhindert auch nicht die Erfüllung der dem Beihilfeempfänger übertragenen Aufgaben. Es liegt nach dem Sachverhalt auch kein Ausnahmetatbestand nach Art. 87 Absatz 2 EGV vor.

Nationale Regelungen

Weder der zweite Abschnitt der VOL/A noch die hier gemäß § 1a Nr. 2 Absatz 2 VOL/A zur Anwendung kommenden Basisparagrafen enthalten eine ausdrückliche Regelung zur Behandlung von Angeboten, die auf der Basis gewährter Förderungen erstellt wurden. Regelungen für den Bereich des Verkehrs, die auf eine rechtliche Einschätzung der Frage schließen lassen, gibt es hierzu in § 25b Nr. 2 Absatz 3 VOL/A und § 11 SKR Nr. 2 Absatz 3 VOL/A. Danach dürfen Angebote, die aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig sind, vom Auftraggeber nur zurückgewiesen werden, wenn dieser den Bieter daraufhingewiesen hat und dieser nicht den Nachweis liefern konnte, dass die Beihilfe der EU-Kommission gemeldet oder von ihr genehmigt wurde.

Voraussetzungen des Beihilfeverbotes und der nationalen Regelungen

Das Verbot des Art. 87 Absatz 1 EGV setzt voraus, dass die Beihilfen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Eine Verfälschung liegt vor, wenn sich die Wettbewerbssituation der Konkurrenten am Markt verschiebt. Ob der zwischenstaatliche Wettbewerb verzerrt ist, entscheidet die EU-Kommission in dem Verfahren nach Art. 88 EGV. Die Einführung einer Beihilfe ist rechtswidrig, bis über die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt durch die EU-Kommission entschieden wurde, Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV. Unter den Voraussetzungen des Art. 87 EGV können Beihilfen als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen werden, wenn die Kommission als Beihilfenaufsicht darüber entscheiden hat.

Die Regelungen des § 25b Nr. 2 Absatz 3 VOL/A und § 11 Nr. 2 Absatz 3 VOL/A setzen für ein Tätigwerden des Auftraggebers zur Sicherung des Wettbewerbs voraus, dass ein Preis aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig erscheint.

Die Basisparagrafen der VOL/A verlangen in § 25 Nr. 2 Absatz 2 VOL/A die Aufklärung besonders niedriger Preise. Für die nationalen Bestimmungen ist dabei die zumindest auch

bieterschützende Funktion anzuerkennen, da der Wettbewerb nicht durch unseriöses Kalkulationsverhalten verzerrt werden soll.

Die nationalen Bestimmungen unter Berücksichtigung des EG-Vertrages

Sowohl die nationalen Bestimmungen als auch die Bestimmungen des EGV gehen davon aus, dass Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt im Einklang stehen und rechtmäßig gewährt werden können.

Von einer Verfälschung des Wettbewerbs ist wegen der Bestimmungen des Art. 88 EGV immer dann anzunehmen, wenn die Beihilfe von der EU-Kommission nicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar genehmigt wurde.

Dass über die hier streitigen Fördermittel eine Entscheidung der EU-Kommission vorliegt, hat die Antragstellerin verneint, die Antragsgegner mit Nichtwissen bestritten. Ein Aufklärungsbedarf dieser Frage durch die Vergabekammer bestand hierzu dennoch nicht (s. dazu unten).

Die nationalen Bestimmungen im 3. und 4. Abschnitt der VOL/A verlangen besondere Aufmerksamkeit gegenüber einem auf einer Beihilfe beruhenden besonders niedrigen Preis.

In der Gesamtschau dieser Regelungen nach Sinn und Zweck ist festzustellen, dass weder die Gewährung noch der Erhalt von staatlichen Förderungen grundsätzlich wettbewerbswidrig ist, Dem entspricht auch das von beiden Beteiligten zitierte Urteil des EuGH vom 7.12. 2000, Rs. C-94/99 (ARGE Gewässerschutz), wonach die Nichtberücksichtigung rechtmäßig gewährter Beihilfen nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Der EuGH hat jedoch auch festgestellt, dass es dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt sei, diese Beihilfen zu berücksichtigen, insbesondere wenn sie auf nicht vertragskonformer Grundlage beruhen und dadurch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters durch drohende Rückforderungsansprüche der EU gefährdet sein könne.

Der entscheidende Aspekt der Wettbewerbsverzerrung ergibt sich nach den - insoweit mit den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehenden - nationalen Bestimmungen aus dem besonders niedrigen Preis.

Erst der besonders niedrige Preis führt zu den entscheidenden Vorteilen im Wettbewerb. Die so entstandenen Vorteile stellen dann eine Wettbewerbsverzerrung dar, wenn sie nicht das Ergebnis einer im Wettbewerb erworbenen Marktposition und besonders leistungsstarken unternehmerischen Handelns sind, sondern auf der Gewährung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen beruhen. Der Einsatz dieser Förderung zur zielgerichteten Unterbietung der Konkurrenz verstößt gegen das Verbot des unlauteren Wettbewerbs und ist gemäß § 2 Nr. 2 VOL/A vom Auftraggeber zu bekämpfen. Auch ohne das subjektive Element der zielgerichteten Unterbietung der Konkurrenz stellt die Wertung eines Angebotes mit aufgrund erhaltener gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen ungewöhnlich niedrigem Preis einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar, da andere Bieter ihr Angebot ohne die Vorteile einer solchen Förderung kalkulieren mussten und somit im Wettbewerb einen Nachteil haben.

Die Frage, ob ein Auftraggeber einen durch erhaltene Beihilfe besonders niedrig angesetzten Preis zu berücksichtigen hat, kann nicht in Anlehnung an die sprachliche Fassung der §§ 25 b Nr. 2 Absatz 3 und 11 SKR Nr. Absatz 3 VOL/A als ins Belieben des Auftraggebers gestellt betrachtet werden.

Sie ist nach der Gesamtheit der vergaberechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Nach § 97

Absatz 1 und 2 GWB und § 2 VOL/A sind öffentliche Auftraggeber zur Durchführung eines diskriminierungsfreien, die Chancengleichheit währenden Wettbewerbs verpflichtet. Ausnahmen von dieser Pflicht bestehen nicht. Nach § 25 Nr. 2 Absatz 2 VOL/A muss die Überprüfung von im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Preisen stattfinden. Gemäß § 25 Nr. 2 Absatz 3 VOL/A darf auf ein Angebot mit einem zur Leistung in offenbarem Missverhältnis stehenden Preis ein Zuschlag nicht erteilt werden.

Alle diese Regelungen sind verpflichtend und lassen dem Auftraggeber keinen Spielraum in der Frage, ob er sich mit der Ursache ungewöhnlich niedriger Preise auseinandersetzt. Dabei kommt es nicht darauf an, dass es eine Vielzahl anerkannter wettbewerbskonformer Fälle besonders günstiger Preisgestaltungsmöglichkeiten gibt. Der Auftraggeber hat vielmehr aufzuklären, ob einer der zulässigen Fälle besonders niedriger Preisgestaltung vorliegt, z.B. durch eine besonders gute betriebswirtschaftliche Kalkulation, oder ob hier zu Unrecht erhaltene Vorteile eingebracht wurden.

Im vorliegenden Fall gilt dies um so mehr, als es sich um einen Bereich handelt, in dem sich Markt erst entwickelt. Aufgrund der vorangegangenen Monopolsituation, des weit überwiegend allein geförderten Unternehmens ist besonders aufmerksam darauf zu achten, dass die ehemalige Monopol Situation nicht faktisch durch das Fortschreiben aus dem Monopol resultierender Vorteile aufrecht erhalten bleibt. Dies würde sich schwerpunktmäßig dadurch äußern, dass das ehemalige Monopolunternehmen durch beihilfebedingte besonders günstige Preise sich weiterhin den Markt, sozusagen außer Konkurrenz, sichern könnte.

Liegt nach dem Gesamtbild der Angebotslage kein Angebot mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis vor, besteht auch kein Bedarf, sich mit der Kalkulation einzelner Bieter näher auseinanderzusetzen. Die Prüfung ungewöhnlich niedriger Preise unter dem Aspekt der erhaltenen Beihilfen setzt jedoch in Anlehnung an den Rechtsgedanken in den §§ 25b Nr. 2 Absatz 3 und 11 Nr. 2 Absatz 3 VOL/A und nach dem Gebot des transparenten Wettbewerbs voraus, dass die Nachfrage nach den erhaltenen Förderungen den Bietern angekündigt wird.

Die Bindung der Berücksichtigung in der Vergangenheit erhaltener Fördermittel an den ungewöhnlich niedrigen Preis des Angebotes eines Beihilfenempfängers trägt auch dem Umstand Rechnung, dass im Schienenpersonennahverkehr auf dem Markt kein Anbieter zu finden sein wird, der nicht seinerseits Fördermittel für die Erbringung seiner Leistung oder den Aufbau und die Erhaltung seiner Fahrzeuge und Werkstätten erhalten hat. Für die Frage der Wettbewerbsverzerrung kann es aber auf die Frage, durch wen und wo regional die Fördermittel gewährt wurden, nicht ankommen. Verhindert werden sollen lediglich Wettbewerbsverzerrungen durch ungewöhnlich niedrige Preise aufgrund unzulässiger Förderungen. Wettbewerbsvorteile, die sich aufgrund zulässiger Beihilfen ergeben, sind aber als Ergebnis rechtmäßigen staatlichen Handelns und als rechtmäßig erlangte Wettbewerbssituation anderer Bieter hinzunehmen.

Die Berücksichtigung in der Vergangenheit erhaltener Beihilfen bei einem Angebot mit ungewöhnlich niedrigem Preis ist zudem unter dem Aspekt der finanziellen Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen.

Nach § 25 Nr. 2 Absatz 1 VOL/A sind nur Bieter für den Zuschlag in Betracht zu ziehen, die u.a. die erforderliche Leistungsfähigkeit haben. Eine Einbeziehung von Bietern, deren Kalkulation von vorneherein in der Gefahr steht, durch die Rückforderung zu unrecht erhaltener Fördermittel nicht für die gesamte Dauer der Vertragslaufzeit stabil zu sein, würde zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen, deren Kalkulation nicht von potentiellen Rückforderungsansprüchen bedroht ist. Die Relevanz dieser Frage hat auch der EuGH in der zitierten Entscheidung zur ARGE Gewässerschutz erkannt und als möglichen Ausschlussgrund anerkannt.

Unter den Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 der Beihilfen-Verordnung (Kann-Vorschrift) ist die einstweilige Rückforderung bei Zahlung von Beihilfen vor der Entscheidung der Kommission (formelle Rechtswidrigkeit) bis zu deren Entscheidung möglich, bei festgestellter Unvereinbarkeit besteht materielle Rechtswidrigkeit. Bei materieller Rechtswidrigkeit wird nach Art. 14 Absatz 1 der BeihilfenVO die Rückforderung verlangt. Die Aufforderung zur Rückforderung der rechtswidrig gewährten Beihilfe richtet sich nach Art. 14 BeihilfenVO an den Mitgliedstaat und wird dort nach nationalem Recht durchgeführt. Die Rückforderung nach nationalem Recht, hier § 48 VwVfG mit der Vertrauensschutzregelung, darf die Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen. Das wäre der Fall, wenn das nationale Recht die Einziehung der zu unrecht geleisteten Zahlung unmöglich machen Die Jahresfrist des § 48 Absatz 4 VwVfG beginnt daher erst mit der Entscheidung der Kommission (EuGH, Deutsche Milchkontor Rs.C-24/95). Das Risiko einer Rückforderung kann sich bei einer zu unrecht gewährten Beihilfe daher noch Jahre nach der Gewährung realisieren und somit auch langfristige Vertragsverhältnisse mit ständiger Unsicherheit der finanziellen Leistungsfähigkeit belasten. Vertrauensschutz für den Beihilfeempfänger wird dagegen selten durchgreifen, da sich in der Regel jeder Gewerbetreibende nach EuGH, RS-C 5/89 BUG-Alutechnik zu vergewissern hat, ob das Prüfungsverfahren der Kommission zu einem positiven Ende geführt hat.

Zusammenfassend ist festzustellen,

dass die Antragsgegner nach nationalem Vergaberecht grundsätzlich zwingend ungewöhnlich niedrige Preise zu prüfen und deren Zustandekommen aufzuklären haben. Für die Berücksichtigung in der Vergangenheit erhaltener Fördermittel gilt, dass diese nur dann auch nach gemeinschaftsrechtlicher Wertung zu einem Wettbewerbsverstoß führen können, wenn sie unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht gewährt wurden und die Grundlage eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises bilden. Ob hier ungewöhnlich niedrige Angebotspreise vorlagen, war zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht bekannt. Jedenfalls wäre den Antragsgegnern deren Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkt der Würdigung der Beihilfensituation in Anlehnung an den Rechtsgedanken der §§ 25b Nr. 2 Absatz 3 und 11 SKR Nr. 2 Absatz 3 VOL/A und unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes verwehrt. Ein Auftraggeber darf sich aber nach den Vergabebestimmungen notwendigerweise zu prüfende Sachverhalte nicht durch die Gestaltung seiner Verdingungsunterlagen abschneiden. Die Verdingungsunterlagen müssen daher ankündigen, dass die Überprüfung ungewöhnlich niedriger Preise auch unter dem Gesichtspunkt der erhaltenen Förderung stattfinden wird und ggf. entsprechende Nachweise zu erbringen sind. Da die Entscheidungen der EU-Kommission über die Beihilfen jeweils im EU- Amtsblatt veröffentlicht werden, dürfte der erforderliche Nachweis durch Vorlegen der entsprechenden Veröffentlichung zu erbringen sein.

2.

Die Wahl der Verfahrensart verstößt gegen § 101 Absatz 5 GWB und § 3 Nr. 5 VOL/A.

Nach § 101 Absatz 5 GWB und § 3 Nr. 5 VOL/A gilt der Vorrang der Offenen Ausschreibung, Die Antragsgegner berufen sich zur Wahl des Verhandlungsverfahrens darauf, dass die Leistung wegen der ungeklärten Finanzierungssituation aufgrund noch ausstehender bundesgesetzlicher und

landesgesetzlicher Regelungen im Umfang nicht eindeutig beschreibbar sei. Die Voraussetzungen des § 3 Nr. 4 lit. h GWB liegen jedoch nicht vor.

Auch nach dem Vortrag der Antragsgegner ist das, was der Auftragnehmer als Leistung erbringen soll, technisch und praktisch beschreibbar. Aufgrund der ungeklärten Finanzierungssituation ist lediglich unklar, welches Leistungsvolumen abgenommen werden kann. Dies ist jedoch keine Frage einer nicht beschreibbaren Leistung, sondern kann durch entsprechende Gestaltung der Verdingungsunterlagen in Form von Abnahmealternativen gestaltet werden. Auch im Verhandlungsverfahren sind die Antragsgegner an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Sie müssen daher zur Vorbereitung der Verhandlungen und um vergleichbare Verhandlungsangebote zu erhalten, ohnehin bestimmte Abnahmevarianten mit allen Verhandlungspartnern besprechen. Dabei geht es um feststehende, im Markt nicht neu entwickelte technische oder wissenschaftliche Lösungen, die schon wegen der Neuheit oder Spezialität vorab nicht beschreibbar wären, sondern um die Gestaltung von unterschiedlichen Leistungspaketen im einzelnen beschreibbarer Leistungen. Hinzu kommt, dass die Antragsgegner den überwiegenden Teil der Leistung bereits beschrieben haben. Vor dem Hintergrund des sich durch das gesamte Vergaberecht ziehenden Vorranges des offenen Verfahrens reicht die ungeklärte Finanzierungssituation auf Seiten des Auftraggebers zur Begründung einer vorab nicht beschreibbaren Leistung und damit der Wahl des Verhandlungsverfahrens nicht aus.

3.

Ob die Vielzahl der Nachfragen zum Leistungsverzeichnis einen Hinweis auf einen eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur eindeutigen Leistungsbeschreibung nach §§ 8, 8a VOL/A darstellt, kann dahin gestellt bleiben, da die Fragen mittlerweile alle beantwortet wurden und somit der Mangel jedenfalls ausgeglichen wäre.

IV.

Die Aufhebung der Ausschreibung war die nach § 114 Absatz 1 GWB gebotene Maßnahme.

Die generelle Nichtberücksichtigung von in der Vergangenheit gewährten Beihilfen ohne weitere Differenzierung und die entsprechende Gestaltung der Verdingungsunterlagen verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Gebot zur Vergabe im diskriminierungsfreien Wettbewerb. Der Rechtsverstoß verletzt die Antragsstellerin in ihrem Recht auf Chancengleichheit im Wettbewerb, da die generelle Nichtberücksichtigung in der Vergangenheit geleisteter Förderungen an einzelne Wettbewerber die Chancen der nicht geförderten Wettbewerber beeinträchtigt. Da die differenzierte Bewertung ungewöhnlich niedriger Preise auch unter dem Aspekt der gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfegewährung nach den Grundsätzen der Transparenz und den ansonsten erkennbaren rechtlichen Wertungen in den Verdingungsunterlagen anzukündigen ist, ist eine Neugestaltung der Verdingungsunterlagen notwendig. Die nachträgliche Einführung dieses Aspektes in ein bereits laufendes Vergabeverfahren wäre mangels Transparenz und wegen der Manipulationsanfälligkeit nachträglich veränderter Wettbewerbsbedingungen unzulässig. Es kam daher nur eine Aufhebung der Ausschreibung in Betracht.

Die Kostenentscheidung zu den Gebühren und Auslagen der Vergabekammer beruht auf § 128 GWB.

Für die Höhe der Gebühr ist gemäß § 128 Absatz 2 GWB der sachliche und personelle Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes bestimmend. Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von 2500,- Euro und eine Höchstgebühr von 25000,- Euro festgesetzt, wobei im Einzelfall aus Billigkeitsgründen eine Ermäßigung auf 250,- Euro und - bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung - eine Erhöhung auf 50.000,- Euro möglich ist. Da im vorliegenden Fall in den der Vergabekammer vorgelegten Unterlagen Angaben zum geschätzten Gesamtauftragsvolumen nicht enthalten sind und damit die konkrete wirtschaftliche Bedeutung der Maßnahme nicht erkennbar ist, muss die Festsetzung der Höhe der Gebühren einem gesonderten Beschluss vorbehalten bleiben.

Da die Vergabestelle im Verfahren unterliegt, war gemäß § 128 Absatz 3 Satz 1 GWB ihre Kostentragungspflicht auszusprechen.

Über die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung war nach § 128 Absatz 4 GWB in Verbindung mit § 80 VwVfG zu entscheiden, Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Beteiligten notwendig, da alle Beteiligten ihren Tätigkeitsschwerpunkt nicht im Vergaberecht haben, Hinzu kommt, dass das Vergaberecht eine neue, sich schnell entwickelnde Rechtsmaterie darstellt und hier in der speziellen Kombination mit dem Beihilfenrecht der EU zu bewerten war.

VI.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig.

Sie ist binnen einer Notfrist von 2 (zwei) Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen, Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Sie muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Von der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Reider

Bork-Galle

Wewel