

Beschlussvorlage		
- öffentlich -		
Organisation	Bereich/Periode/Jahr/Lfd. Nr./Nachtrag	lfd. Nr. BPL
AÖR	Z/VIII/2010/0022/2	5

Beratungsfolge	Sitzungstermin	Zuständigkeiten
Verwaltungsrat der VRR AÖR	25.03.2010	Kenntnisnahme

Datum: 23.03.2010

Betreff
Sachstandsbericht

Beschlussvorschlag
Der Verwaltungsrat der VRR AÖR nimmt den nachfolgenden Sachstandsbericht zur Kenntnis.

Sachstandsbericht
Zum Thema DB-Rechtsstreit wird nachfolgend die Entscheidung der Vergabekammer Münster vom 18.03.2010 in Form einer Kurzzusammenfassung dargestellt:
Mit Beschluss vom 18.03.2010 hat die Vergabekammer Münster eine Entscheidung in den Vergabenachprüfungsverfahren Abellio und Wersus gegen VRR getroffen. Dem Antrag von Abellio wurde dabei inhaltlich vollumfänglich stattgegeben, während der Antrag von Wersus als unzulässig zurückgewiesen wurde.

1. Verfahren Wersus ./ VRR

Grund für die Zurückweisung des Antrages ist die mangelnde Antragsbefugnis von Wersus. Dies rühre daher, dass Wersus zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen dem VRR und der DB noch gar nicht als Gesellschaft gegründet war. Im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens ist nur derjenige antragsbefugt, der nachweist, ein Interesse am Auftrag zu haben und eine Verletzung eigener Rechte durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen kann (vgl. § 107 Abs. 2 GWB). Eine Rechtsverletzung kann aber nur durch den Vertragsschluss oder die Bekanntmachung des Vertragsschlusses eingetreten sein. Zu diesen Zeitpunkten (24.11.2009 bzw. 09.12.2009) konnten mangels Gesellschaftsexistenz von Wersus aber gar keine eigenen Rechte verletzt worden sein. Die Gründung von Wersus erfolgte nämlich erst am 15.12.2009.

2. Verfahren Abellio ./ VRR

Dem Antrag von Abellio wurde hingegen stattgegeben. Dabei ist der Vertrag vom 24.11.2009 von der Kammer insgesamt für nichtig erklärt worden. Eine Begrenzung auf die Linie S 5, was dem Hauptantrag von Abellio entsprach, wurde verworfen. Insofern hat die Kammer Abellio keinen Anspruch auf eine losweise Vergabe zuerkannt und den Bedenken des VRR (Umlaufverknüpfung S5 und S8 aus betrieblichen Gründen) zugestimmt.

Allerdings hatte Abellio auch einen Hilfsantrag auf Nichtigkeit des gesamten Vertrages gestellt. Diesem hat die Kammer stattgegeben. Im Rahmen der Zulässigkeit hat die Kammer insbesondere keine Bedenken an der Antragsbefugnis von Abellio. Das Interesse an einem möglichen Linienbündel reiche aus, um ein notwendiges Auftragsinteresse und damit eine Befugnis zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zu haben. Bis ins Einzelne gehende konkrete Nachweise, alle überhaupt in Betracht kommenden Leistungen aus dem Vertrag vom 24.11.2009 erbringen zu können, hält die Kammer nicht für notwendig.

Im Weiteren hat die Kammer festgestellt, dass die Vorschriften des Kartellvergaberechts anwendbar sind. Die Kammer hat in diesem Zusammenhang den Vertrag vom 24.11.2009 als Dienstleistungsauftrag eingeordnet. Ein solcher hätte nach den Vorschriften des GWB in einem Vergabeverfahren vergeben werden müssen. Der Ansicht, wonach es sich nicht um einen Auftrag, sondern um einen, nicht dem GWB unterfallenden, Vergleichsvertrag handele, hat sich die Kammer nicht angeschlossen. Diesbezüglich hat die Kammer festgestellt, dass das Vorliegen eines Vergleichsvertrages nicht aus dem Anwendungsbereich des GWB herausführe. Die rechtliche Qualifizierung des Vertrages durch die Parteien sei insoweit unbeachtlich. Auch die Motivation der Vertragsparteien sei nicht entscheidend. Vielmehr sei auf

die objektive Gestaltung und rechtliche Einordnung abzustellen. Danach handele es sich bei dem Vertrag vom 24.11.2009 um einen Vertrag, der die DB verpflichte Dienstleistungen, nämlich die Beförderung von Fahrgästen, zu erbringen und in Fahrzeuge zu investieren. Der VRR verpflichte sich zu einem entsprechenden finanziellen Ausgleich. Dass mit dem Vertrag auch die Rechtsstreitigkeiten zwischen dem VRR und der DB beendet werden sollten, ist hingegen unbeachtlich, da der Vertrag die oben beschriebenen Dienstleistungen enthalte.

Weiterhin hat die Kammer auch verneint, den Vertrag als eine, nicht dem GWB unterfallende, Dienstleistungskonzession anzusehen. Eine Konzession unterscheidet sich insbesondere dadurch von einem Auftrag, dass der Konzessionär das wirtschaftliche Nutzungsrisiko, also das Verwertungs- und Betriebsrisiko trägt. Dabei geht es im vorliegenden Fall um das Betriebsrisiko „Fahrgeldeinnahmen“. Dieses wurde zwar der DB übertragen, die Kammer ist aber der Ansicht, dass die Gesamtgestaltung des Vertrages dazu führe, dass die DB nicht dem vollen Markt ausgesetzt sei. Vielmehr verbleibe ein wesentlicher Teil des Gesamtvertragsrisikos beim VRR. Die DB habe einen Anspruch auf Bezahlung der tatsächlich erbrachten Leistungen, sie erhalte unabhängig von der Höhe der Fahrgeldeinnahmen einen Zuschuss vom VRR und ggf. vom Land NRW. Reichten alle Zuschüsse an die DB nicht aus, habe diese zudem ein Recht auf Vertragsanpassung.

Hiernach hat die Kammer sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine gesetzliche Regelung den Vertragsschluss ohne vorheriges Vergabeverfahren rechtfertigen kann. Infrage kommt die Vorschrift des § 15 Abs. 2 AEG. Diesen betrachtet die Kammer im Zusammenhang mit § 4 Abs. 3 VgV. Dem öffentlichen Auftraggeber steht hier ein Entschließungsermessen (Wahlrecht) zu, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen oder den Auftrag freihändig zu vergeben. Wenn ein solches Wahlrecht ausgeübt worden sei, dann lägen jedenfalls die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe nicht vor. Die Voraussetzungen der §§ 4 Abs. 3 VgV und 3 Nr. 4 lit. A) VOL/A seien nicht erfüllt. Zum einen läge die Vertragslaufzeit über der nach § 4 Abs. 3 VgV erlaubten von zwölf Jahren. Ferner lägen auch die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe nach der VOL/A nicht vor. Denn hierbei müssten stets mehrere Unternehmen im Rahmen eines Bieterwettbewerbes beteiligt sein. Dies sei vorliegend nicht geschehen. Weiter durfte hier der Auftrag auch nicht deshalb an die DB direkt vergeben werden, weil nur diese die vertraglichen Leistungen erbringen kann. Dagegen sprächen die Entwicklungen auf dem Markt der SPNV-Leistungen. Nicht nur die DB komme als Auftragnehmer in Betracht.

Im Anschluss stellte die Kammer fest, dass der Nachprüfungsantrag auch begründet ist. Der Vertrag vom 24.11.2009 ändere den Verkehrsvertrag von 2004 in wesentlichen Teilen ab. Dies sei allein schon deshalb der Fall, weil die neu festgelegte Laufzeit die Vergabe des Auf-

trages im Wettbewerb weiter verhindere. Auch die neuen Regelungen zur Preisgestaltung (u.a. Beteiligung VRR an Fahrgeldeinnahmen) stellten eine wesentliche Änderung des Vertrages dar. Daher hätte der VRR ein Vergabeverfahren durchführen müssen. Da dies nicht geschehen war, sei Abellio in ihren Rechten verletzt.