



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der XXXXXXXXXXXX,
vertreten durch den Vorstand,
XXXXXXXXXXXX

- Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte:
XXXXXXXXXXXX Rechtsanwälte,
XXXXXXXXXXXX

gegen

XXXXXXXXXXXX,
vertreten durch den Vorstand,
XXXXXXXXXXXX

- Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigte:
XXXXXXXXXXXX Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
XXXXXXXXXXXX

unter Beteiligung der

XXXXXXXXXX,
XXXXXXXXXX

- Beigeladene –

Verfahrensbevollmächtigte:

XXXXXXXXXX Rechtsanwälte GbR,
XXXXXXXXXX

wegen Direktvergabe der Lieferung von 80 U-Bahnwagen

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende XXXXXXXXXXXX, den hauptamtlichen Beisitzer XXXXXXXXXXXX und die ehrenamtliche Beisitzerin XXXXXXXXXXXX am 02.02.2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf 35.000,-- € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens ist die beabsichtigte Direktvergabe der Antragsgegnerin an die Beigeladene zur Lieferung von 80 U-Bahnwagen.

Im Jahr 2007 hat die Antragsgegnerin mit dem Land Berlin den sog. Verkehrsvertrag geschlossen, in dem die Leistungspflichten der Antragsgegnerin für den Zeitraum 01.01.2008 bis 31.12.2020 festgelegt sind. Zu den dort geregelten Leistungspflichten der Antragsgegnerin gehören auch der Betrieb sowie die Instandhaltung des Berliner U-Bahnnetzes samt U-Bahnfahrzeugen. Für das Jahr 2019 hat sich die Antragsgegnerin verpflichtet, bei der U-Bahn ein Volumen von 22,1 Mio. Nutz-Zugkilometern zu erbringen.

Die Antragsgegnerin hat derzeit 1.272 U-Bahnfahrzeuge mit jeweils mehreren Wagen im Einsatz. Dabei sind noch 136 Wagen aus Serien in Betrieb, die in der Zeit zwischen 1957 und 1976 beschafft wurden.

Neu zu beschaffende U-Bahnfahrzeuge müssen eigens für das Berliner U-Bahnnetz konstruiert werden, da dieses in verschiedener Hinsicht besondere Anforderungen

aufweist. Wegen der diesbezüglichen Besonderheiten wird auf die Darstellung der Antragsgegnerin in deren Schriftsatz vom 11.12.2017 (dort S. 5, 6, 16, 17) verwiesen.

Die Antragstellerin hat bisher noch zu keinem Zeitpunkt U-Bahnwagen für die Antragsgegnerin geliefert.

Die letzte abgeschlossene Beschaffung der Antragsgegnerin (36 U-Bahnzüge à vier Wagen Kleinprofil) erfolgte im Jahr 2012 nach vorangegangener europaweiter Ausschreibung (IK-Beschaffung). Die Zuschlagsentscheidung erfolgte zugunsten der Beigeladenen. Die Lieferung der mit letzter Optionsziehung vom 19.06.2016 bestellten Fahrzeuge ist für den Zeitraum April 2018 bis April 2019 vorgesehen.

Ab dem Jahr 2014 befasste sich die Antragsgegnerin mit dem Projekt „Zukunftssichere Schienenfahrzeugbeschaffung“ (nachfolgend: wie abgekürzt „ZSFB“). Vor Einleitung des Vergabeverfahrens führte die Antragsgegnerin eine EU-weite Markterkundung (nachfolgend: wie auch bezeichnet „Industriedialog“) durch, die sie europaweit am 16.09.2014 bekanntgemacht hatte. Für die Entwicklung und Lieferung der von der Antragsgegnerin im Industriedialog abgefragten Prototypen waren von den Fahrzeugherstellern Lieferzeiten von 24 bis 36 Monaten angegeben worden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Industriedialogs mit insgesamt 12 Teilnehmern einschließlich der Antragstellerin wird auf die Darstellung der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 11.12.2017 (dort S. 8, 9) verwiesen.

Die Bekanntmachung der ZSFB-Vergabe erfolgte unter dem 15.12.2016. Die Antragsgegnerin strebt darin die Lieferung von Fahrzeugen ab dem Jahr 2021 an.

Die Lieferzeitvorgabe beträgt für das erste Fahrzeug (im streitgegenständlichen Großprofil) 969 Kalendertage (entspricht 2 Jahren und 8 Monaten) ab Zuschlagserteilung, welche die Antragsgegnerin für das erste Quartal 2019 vorgesehen hat. Für die anschließende Zulassung geht die Antragsgegnerin von einem Zeitraum von mindestens 40 Wochen aus.

Mit der Bekanntmachung sollte unter anderem die Transportkapazität der seit 1979 im Einsatz befindlichen Serie F79 ersetzt werden.

Die Antragsgegnerin hatte zunächst vorgesehen, bis zur Lieferung von Fahrzeugen im Rahmen des Projektes ZSFB keine weiteren U-Bahnfahrzeuge zu beschaffen, sondern die Zeit bis dahin mit den bisher im Einsatz befindlichen U-Bahn-Serien und den bereits bestellten Neulieferungen aus der IK-Serie zu überbrücken. Zu diesem Zweck sollten die Fahrzeuge der Serie F79 ertüchtigt werden und mit dieser Ertüchtigung die Nutzungsdauer der Serie um 20 Jahre verlängert werden.

Nachdem bei den ersten beiden zur Ertüchtigung vorgesehenen Fahrzeugen der Serie F79 in erheblichem Umfang Korrosion festgestellt worden war, wurde infolge weitergehender Untersuchungen im Jahr 2014 ergänzend festgestellt, dass eine derartige Ertüchtigung mit Lebenszeitverlängerung um 20 Jahre ausgeschlossen sei. Allerdings sei es möglich, eine Notinstandsetzung durchzuführen, um die Betriebszeit der Wagen der Serie F79 bis zur Lieferung der Fahrzeuge aus der ZSFB-Beschaffung zu verlängern.

Ab dem Jahr 2015 erfolgte eine Notinstandsetzung der Züge der Serie F79, die durch den Gutachter XXXXXXXXXXXX begleitet wurde.

Im Rahmen einer Routineinspektion im Jahr 2017 kam der Gutachter XXXXXXXXXXXX in seinem Bericht zur Beurteilung der Schäden in verschiedenen Wagen der Baureihe F79 zu dem Ergebnis, dass es sich um systematische Schädigungen an den Wagen handelt, die jeweils auf die gleichen Ursachen zurückzuführen seien. Daraufhin ordnete die technische Aufsichtsbehörde des Landes Berlin („TAB“) im Februar 2017 eine unverzügliche Sonderkontrolluntersuchung der betroffenen Fahrzeuge an. Die daraufhin erfolgte Sonderkontrolle wurde von Mitarbeitern der Antragsgegnerin durchgeführt und im Hinblick auf die Auswertung der aus der Untersuchung gewonnenen Proben von der Gesellschaft für Schweißtechnik International mbH („GSI“) fachlich begleitet. Letztere empfahl im Prüfbericht vom 08.03.2017, die Wagen der Baureihe F79 zusätzlich zu den bisher einmal jährlich durchgeführten Standardkontrollen in ihr Untersuchungsprogramm aufzunehmen.

Ergänzend wurde die Firma XXXXXXXXXXXX mit der weiteren Prüfung der gerissenen Verstärkungsbleche in den fraglichen U-Bahnwagen beauftragt. Mit Bericht vom 05.04.2017 führt der Gutachter aus, dass der bestehende Substanzverschleiß deutlich gravierender war als in früheren Gutachten beschrieben. Wegen der technischen Details wird auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11.12.2017 (dort S. 11, 12) verwiesen.

Infolge der vorgenannten Feststellungen erwartete die Antragsgegnerin, dass der Zeitpunkt, ab dem die Fahrzeuge nicht mehr repariert werden können, kurzfristig erreicht werde. Der Betriebsleiter U-Bahn der Antragsgegnerin, XXXXXXXXXXXX, kam zu dem Ergebnis, dass der ursprünglich vorgesehene Weiterbetrieb der Baureihe F79 um weitere acht Jahre mit Blick auf die Verschleißentwicklung der Grundsubstanz nicht realistisch sei, da Schweißreparaturen bei alten Alu-Wagenkästen durch den Wärmeeintrag die Alustruktur schädigen, maximal einmal an einer Stelle möglich seien und erneute Risse an dieser Stelle dann nicht mehr repariert werden könnten. Er stellte daher fest, dass der betriebssichere Einsatz der U-Bahnfahrzeuge F79 ab 2019 nicht mehr gewährleistet werden könne.

Die Antragsgegnerin prüfte daraufhin die Konsequenzen für sich, namentlich mit Blick auf den zwischen ihr und dem Land Berlin bestehenden Verkehrsvertrag. Insofern wird auf die diesbezüglichen Ausführungen im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11.12.2017 (dort S. 12, 13) verwiesen.

Nach Prüfung eines nur teilweisen Ersatzes der Serie F79 kam aus Sicht der Antragsgegnerin in Anbetracht des Abarbeitungsstands bei der Rissanierung nur der vollständige Ersatz der Serie F79 in Betracht. Durch die Vorschädigung des Gefüges habe aufgrund des Wärmeeintrags vom Schweißen keine Annahme getroffen werden können, wann es zu erneuten Rissbildungen kommen würde. Auch könnten jederzeit an der gleichen Stelle erneut Risse auftreten. Der betroffene Wagenkasten sei dann nicht mehr reparierbar, wobei dieses Risiko bei sämtlichen Fahrzeugen der Serie bestehe. Wegen der weiteren Einzelheiten zu den diesbezüglichen Erwägungen der Antragsgegnerin wird auf ihren Schriftsatz vom 11.12.2017 (dort S. 14) verwiesen.

Daraufhin leitete die Antragsgegnerin Vorbereitungen zu einer Notbeschaffung ein. Im Rahmen dieser Vorbereitungen prüfte sie den genauen Umfang der Beschaffung, die Bestimmung der Lieferfrist sowie die Frage der in Betracht kommenden Anbieter. Hinsichtlich der Einzelheiten, auch zu dem Verhältnis der gegenständlichen Anzahl von 80 im Verhältnis zum Wegfall von nur 70 Wagen F79, wird auf den vorgenannten Schriftsatz (dort S. 15) verwiesen.

Die Beschaffung der 80 IK-Wagen sollte zusätzlich erfolgen und das Rahmenvertragsvolumen des Projektes ZSFB nicht schmälern.

Hinsichtlich der Notbeschaffung führte die Antragsgegnerin kein gesondertes Markterkundungsverfahren durch. Vielmehr schloss sie aus ihren bisherigen Beschaffungen namentlich der IK-Beschaffung sowie der Markterkundung im Projekt ZSFB, dass eine zeitnahe Lieferung von im Berliner U-Bahnnetz einsatzfähigen Wagen nur durch die Beigeladene erfolgen könne.

Am 21.08.2017 beschloss der Vorstand der Antragsgegnerin, vor dem Hintergrund der geschilderten Situation eine Direktvergabe durchzuführen.

Die Beigeladene wurde als einziges Unternehmen zur Angebotsabgabe für die Lieferung von 80 U-Bahnwagen aufgefordert. Das Angebot wurde verhandelt. Die Beigeladene sagte eine Lieferung in 2019 zu. Eine Zuschlagserteilung ist aufgrund der eingegangenen Rüge bzw. der Bekanntgabe des Nachprüfungsantrags bislang nicht erfolgt.

Am 04.10.2017 fand ein Gespräch statt, an dem die Vorstandsvorsitzende der Antragsgegnerin, die CEO XXXXXXXXXXXX der Antragstellerin sowie der Referent Vorstand Betrieb der Antragsgegnerin teilnahmen. In diesem Gespräch wurde unter anderem die seitens der Antragsgegnerin geplante streitgegenständliche Direktbeschaffung vom Unternehmen der Beigeladenen erörtert. In dem zugehörigen von dem Referenten Vorstand Betrieb der Antragsgegnerin gefertigten Gesprächsprotokoll heißt es unter TOP 04 wörtlich:

„Angestrebte Dringlichkeitsbeschaffung IK

Auf Nachfragen von XXXXXXXXXXXX, wird klargestellt, dass die drei vergaberechtlichen Voraussetzungen zur Dringlichkeitsbeschaffung von Wagen der Baureihe IK erfüllt sind. Da der Auftrag im Sinne des Vergaberechts eine sogenannte „technische Besonderheit“ aufweist, kann eine Direktvergabe an XXXXXXXXXXXX erfolgen. Nur XXXXXXXXXXXX kann mit der bestehenden Fertigungsstraße die Fahrzeuge in dem erforderlichen Zeitraum liefern.

XXXXXXXXXXXXX schließt eine Rüge der Dringlichkeitsbeschaffung vor der Vergabekammer nicht aus.“

Die Vorstandsvorsitzende der Antragsgegnerin wies zudem darauf hin, dass sich aus der Beschaffung von weiteren 80 Wagen der IK-Serie keine Verringerung des ZSFB-Volumens ergeben werde.

Mit Beschluss vom 25.10.2017 stimmte der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin dem vorangegangenen Vorstandsbeschluss der Antragsgegnerin über die vorgesehene Direktvergabe an die Beigeladene zu.

Mit „Freiwilliger Ex-ante-Transparenzbekanntmachung“ vom 31.10.2017 machte die Antragsgegnerin die Vergabe der 80 U-Bahnwagen im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb bekannt.

Mit Schreiben vom 09.11.2017 rügte die Antragstellerin den beabsichtigten in der Ex-ante-Transparentbekanntmachung mitgeteilten Abschluss des Liefervertrages. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 20.11.2017 zurück.

Mit Schreiben vom 28.11.2017, eingegangen bei der Vergabekammer am gleichen Tag, hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin den Antrag am Folgetag übermittelt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Insbesondere sei sie antragsbefugt. Ihr Interesse am verfahrensgegenständlichen Auftrag folge schon daraus, dass U-Bahnfahrzeuge zu ihrem Produktportfolio gehören. Außerdem habe sie ihr Interesse am Auftrag durch ihre Rüge der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße sowie das Einreichen des gegenständlichen Nachprüfungsantrags bekräftigt.

Ihr drohe auch ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB. Indem sich die Antragsgegnerin für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb entschieden hat, an dem lediglich die Beigeladene beteiligt wurde, sei der Antragstellerin von vornherein jegliche Chance auf den Erhalt des Zuschlags genommen. Die Antragsgegnerin hätte ein Verfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb durchführen müssen, an dem sich auch die Antragstellerin, alleine oder in einem Konsortium, beteiligt hätte.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag mache die Antragstellerin gerade geltend, dass die Antragsgegnerin nicht berechtigt sei, sich aufgrund des selbst bestimmten Liefertermins auf den Ausnahmetatbestand zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3 b) SektVO zu berufen.

Ihr Interesse am Auftrag werde darüber hinaus durch ihre Beteiligung am ZSFB-Vergabeverfahren dokumentiert. Die streitgegenständliche Direktvergabe werde sich zwangsläufig auf die Anzahl der im Rahmen des ZSFB-Vergabeverfahrens abzurufenden U-Bahnwagen auswirken, da die streitgegenständlichen Wagen nicht zweimal beschafft würden. Selbst wenn sich durch die Beschaffung der 80 U-Bahnwagen die Mindestanzahl der im Rahmen des ZSFB-Vergabeverfahrens zu beschaffenden Wagen nicht reduzieren sollte, wäre der Bedarf der Antragsgegnerin jedenfalls für diese 80 U-Bahnwagen befriedigt, so dass das tatsächliche Gesamtvolumen des ZSFB-Beschaffungsvorhabens nur sinken könne.

Ihr drohe auch ein Schaden, da ihr durch die unzulässige Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb von vornherein jegliche Chance auf den Erhalt des Zuschlags genommen sei.

Die Antragstellerin sei mit ihrem Vorbringen auch nicht präkludiert. Zwischen der Veröffentlichung der EU-Bekanntmachung am 31.10.2017, mit der die Antragsgegnerin die beabsichtigte Direktvergabe ankündigte, und dem Zugang des Rügeschreibens der Antragstellerin vom 09.11.2017 bei der Antragsgegnerin seien nicht mehr als zehn Kalendertage verstrichen.

Entgegen der Behauptung der Antragsgegnerin habe sie am 04.10.2017 keine Kenntnis vom geltend gemachten Vergabeverstoß gehabt. Der Verstoß sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht begangen worden. Die Antragsgegnerin habe die Direktvergabe zum Gesprächszeitpunkt noch gar nicht beschlossen gehabt, da der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin dem Beschaffungsvorhaben noch nicht zugestimmt hatte.

Bloße Überlegungen zu einem Vorgehen, das dann ggf. gegen Vergaberecht verstößt, könnten nicht gerügt werden. Das Gespräch zwischen Frau XXXXXXXXXXXX und Frau XXXXXXXXXXXX vom 04.10.2017 habe der Antragstellerin keine Kenntnisse über die geplante Direktvergabe an die Beigeladene vermittelt. Die Entscheidung sei erst in der Aufsichtsratssitzung der Antragsgegnerin am 25.10.2017 gefallen.

Eine Rügeobliegenheit könne nach dem eindeutigen Wortlaut des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB erst entstehen, wenn der Auftraggeber (vermeintlich) einen Verstoß gegen das Vergaberecht begangen habe, nicht bereits dann, wenn er einen Vergaberechtsverstoß in der Zukunft zu begehen droht. Zu einer Rüge auf Grundlage bloßer Vermutungen (Verdachtsrüge) sei die Antragstellerin nicht verpflichtet.

Das Protokoll des Gesprächs vom 04.10.2017 sei verspätet vorgelegt worden. Die Ausführungen im einschlägigen Protokollpunkt TOP 04 seien in sich widersprüchlich, da der protokollierte Text eine Subsumtion unter den Tatbeständen des § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO wie auch des § 13 Abs. 2 Nr. 3 b) SektVO erlaube. Die Antragstellerin hätte insoweit aus dem Gespräch nicht entnehmen können, auf welchen Ausnahmetatbestand sich die Antragsgegnerin für eine Direktvergabe beruft. Dass die Antragsgegnerin meint, eine Direktvergabe an die Beigeladene auf Grundlage von § 13 Abs. 2 Nr. 3 b) SektVO rechtfertigen zu können, sei frühestens aus der Bekanntmachung vom 31.10.2017 ersichtlich gewesen.

Auch habe die Vorstandsvorsitzende der Antragsgegnerin in dem Gespräch in Aussicht gestellt, ein Vorziehen des ZSFB-Vergabeverfahrens prüfen zu wollen.

Soweit die Antragsgegnerin die Auffassung vertritt, ein rügefähiger Vergaberechtsverstoß setze die Zustimmung des Aufsichtsrats zu der Direktvergabe nicht voraus, da es keine Seltenheit sei, dass kommunale Unternehmen Verfahren zur öffentlichen Auftragsvergabe mit einem Bewilligungsbeschluss des Vorstands einleiten und das Vergabeverfahren bis zur Zuschlagsreife durchgeführt wird, wobei der endgültige Vertragsschluss noch unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrates steht, führe dies im Übrigen zu keinem anderen Ergebnis. Diese Auffassung der Antragsgegnerin treffe nur für ein transparent geführtes wettbewerbliches Vergabeverfahren zu. Denn dann werde in der Regel nach außen erkennbar mit dem vom Vorstand beschlossenen Vergabeverfahren tatsächlich begonnen und den am Auftrag interessierten Unternehmen durch die Auftragsbekanntmachung die Möglichkeit der Kenntnisnahme von den Parametern der Beschaffung verschafft. Der gegenständliche Vergaberechtsverstoß sei jedoch erst durch die Veröffentlichung der Bekanntmachung vom 31.10.2017 nach außen erkennbar geworden. Erst diese Bekanntmachung habe Außenstehenden offenbart, dass die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren nunmehr eingeleitet hatte und sich zur Rechtfertigung der gewählten Vergabeverfahrensart auf § 13 Abs. 2 Nr. 3 b) SektVO beruft. Mit dem Vorstandsbeschluss der Antragsgegnerin vom 21.08.2017 sei jedenfalls nicht nach außen erkennbar ein konkretes Vergabeverfahren begonnen worden.

Der Nachprüfungsantrag sei darüber hinaus begründet. Ein Ausnahmetatbestand, der die gegenständliche Direktvergabe rechtfertige, existiere nicht.

Der Bedarf nach zusätzlichen U-Bahnwagen bestehe bei der Antragsgegnerin schon seit vielen Jahren. Gleichwohl habe sie Investitionen in die Erneuerung und Erweiterung ihres Fuhrparks immer wieder aufgeschoben. Selbst das mit EU-Bekanntmachung vom 15.12.2016 bekannt gemachte Vergabeverfahren ZSFB komme nur sehr schleppend voran.

Auch die stetigen und vorhersehbaren Verschleißerscheinungen an den Wagen der Serie F79 seien im Hause der Antragsgegnerin seit Jahren bekannt. Gleichwohl habe die Antragsgegnerin auch hier nicht einmal zum Jahr 2009, als die vorgesehene 30-jährige Nutzdauer der Fahrzeuge dieser Serie abgelaufen sei, in Ersatzwagen investiert.

Der nun angeblich plötzlich irreparable Zustand der Serie F79 sei nicht glaubhaft. Nach den Ausführungen in der Antragserwiderung hätten mehrere Gutachten an den Wagen lediglich solche Verschleißerscheinungen festgestellt, die bei entsprechender Wartung und ggf. Instandsetzung einen noch jahrelangen Einsatz der Wagen zuließen. Bisherige Reparaturen seien auch erfolgreich gewesen, wie die Antragsgegnerin selbst ausführe. Dennoch wolle die Antragsgegnerin nun plötzlich durch einen einzigen Prüfbericht der Firma XXXXXXXXXXXX aus dem April 2017, welcher nach eigener Aussage im Widerspruch zu den zuvor erstellten anderen Gutachten stehe, belegt sehen, dass eine weitere Instandhaltung der Wagen ausscheide.

Die angebliche Notlage sei weder schlüssig vorgetragen, noch im Ansatz bewiesen. Der Prüfbericht der Firma XXXXXXXXXXXX werde der Antragstellerin bisher vorenthalten, obwohl er die maßgebliche Grundlage für die Entschließung des Betriebsleiters der Antragsgegnerin gewesen sein soll, den Einsatz der kompletten Serie F79 ab dem 01.01.2019 für nicht mehr sicher zu erklären. Auch die Entschließung des Betriebsleiters, bei dem es sich lediglich um einen bei der Antragsgegnerin angestellten weisungsgebundenen Mitarbeiter handele, werde der Antragstellerin vorenthalten. Beide Unterlagen dürften daher bei der Entscheidung der Vergabekammer als Nachweis für den Vortrag der Antragsgegnerin nicht berücksichtigt werden, ohne dass die Antragstellerin zuvor Gelegenheit hatte, diese Unterlagen zu prüfen.

Die insoweit darlegungs- und beweislastverpflichtete Antragsgegnerin habe weder nachgewiesen, dass sie mit der vorliegenden Beschaffung tatsächlich eine ernste und unvorhersehbare Notlage zu beheben sucht, noch, dass es in Ermangelung jeglicher Alternativen oder Zwischenlösungen gerechtfertigt wäre, durch das Setzen der von ihr gewählten kurzen Ausführungsfrist im Ergebnis jeglichen Wettbewerb um einen Auftrag im dreistelligen Millionenwert auszuschalten.

Wenn man der Antragsgegnerin auf der Grundlage ihres hiesigen Vortrages gestatte, die streitgegenständliche Direktbeschaffung bei der Beigeladenen zu tätigen, dann würde man der Antragsgegnerin letztlich einen Freibrief erteilen, auch in den kommenden Jahrzehnten immer wieder nach diesem Muster millionenschwere Aufträge mit der immer gleichen Begründung außerhalb des Wettbewerbs zu vergeben.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin die mit EU-Bekanntmachung Nr. 2017/S 209-434718 vom 31.10.2017 angekündigte Zuschlagserteilung an die Beizuladende zu untersagen,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, das in der EU-Bekanntmachung Nr. 2017/S 209-434718 vom 31.10.2017 in Bezug genommene Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Markterkundung zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen,
3. ihr Akteneinsicht zu gewähren,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und
6. der Antragsgegnerin gemäß §§ 163 Abs. 2 S. 4, 59 Abs. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. §§ 421, 424, 426 ZPO analog aufzugeben, das Instandsetzungskonzept für die U-Bahnwagen der Serie F79 der Antragstellerin – hilfsweise für den Fall, dass dieses ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Antragsgegnerin darstellt oder aus einem anderen Grund nicht der Antragstellerin überlassen werden darf, nur der Vergabekammer – vorzulegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen und
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für die Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt. Ihr Ziel sei lediglich darauf gerichtet, das streitgegenständliche Beschaffungsvorhaben komplett zu verhindern. Auch im Falle einer Ausschreibung des Auftrags sei sie wegen der zur Erfüllung des Beschaffungsbedarfs zwingend erforderlichen kurzen Lieferfrist chancenlos. Insoweit handele die Antragstellerin allein aus Sorge um den Umfang des Ausschreibungsvolumens des ZSFB-Vergabeverfahrens.

Die Antragstellerin habe den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß zu spät gerügt, da sie bereits spätestens am 04.10.2017 Kenntnis davon gehabt habe.

Die Rechtsverletzung konkurrierender Unternehmen könne im Übrigen allein aus dem Umstand resultieren, dass nur mit der Beigeladenen verhandelt wurde. Auf die Kenntnis der zur Begründung herangezogenen Tatbestandsalternative des § 13 SektVO komme es nicht an.

Der Antrag sei unbegründet, da allein die Beigeladene aus technischen Gründen für die Auftragsausführung in Betracht komme. Eine technische Alleinstellung könne sich auch daraus ergeben, dass eine Leistung kurzfristig beschafft werden muss und am Markt nur ein Anbieter für die Leistungserbringung in Betracht kommt. Dringlichkeitsaspekte könnten auch im Rahmen von § 13 Abs. 2 Nr. 3 b) SektVO berücksichtigt

werden, ohne dass es sich dabei um eine Umgehung der Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO handele.

Wie der Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht sei auch ihr weiterer Antrag auf Vorlage zusätzlicher Unterlagen (s. o., Antrag der Antragstellerin zu 6.) zurückzuweisen.

Mit Beschluss vom 13.12.2017 hat die Vergabekammer die XXXXXXXXXXXX dem Verfahren beigelegt.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Beigeladenen notwendig war und
4. für den Fall, dass dem Antrag auf Akteneinsicht der Antragstellerin stattgegeben wird, ihr in demselben Umfang Einsicht in die dem Verfahren zugrundeliegenden Unterlagen zu gewähren.

Die Beigeladene ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, da sie keinen infolge des behaupteten Vergabeverstößes drohenden Schaden dargelegt habe. Auch habe die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag keine Verletzung in eigenen Rechten durch die Festsetzung der Lieferfrist geltend gemacht.

Die Antragstellerin sei mit ihrem Vorbringen präkludiert, da die Zehntagesfrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB spätestens am 04.10.2017 begonnen habe.

Für die Antragstellerin habe es insoweit dahinstehen können, auf welchen der beiden fraglichen Tatbestände des § 13 Abs. 2 SektVO die Antragsgegnerin ihre Wahl der Verfahrensart gestützt hatte, da die Antragstellerin die Voraussetzungen keiner der beiden Alternativen als gegeben angesehen habe.

Die Antragstellerin habe den in Rede stehenden Vergaberechtsverstoß „auf Vorrat“ sammeln wollen, was dem Sinn und Zweck der Präklusionsbestimmungen widerspreche.

Der Nachprüfungsantrag sei darüber hinaus offensichtlich unbegründet.

Die Antragsgegnerin führe vorliegend zulässigerweise ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß §§ 141 Abs. 2 GWB, 13 Abs. 2 Nr. 3 b), Abs. 3 SektVO alleine mit der Beigeladenen durch, da vorliegend allein die Beigeladene die zu vergebende Leistung bis zu dem vorgegebenen Liefertermin im Jahr 2019 erbringen könne.

Auf die ausführlichen Schriftsätze aller Verfahrensbeteiligter wird verwiesen.

Ergänzend wird auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Dem Antrag ermangelt es an der insoweit erforderlichen Antragsbefugnis (dazu nachfolgend A.). Des Weiteren ist die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen präkludiert (nachfolgend B.). Ein Akteneinsichtsrecht ergibt sich bei dieser Rechtslage nicht (nachfolgend C.).

A.

Die Antragstellerin ist nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB.

Weder hat die Antragstellerin ein Interesse an dem streitgegenständlichen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 1 GWB (dazu nachfolgend 1.) noch hat sie dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB entstanden ist oder zu entstehen droht (dazu nachfolgend 2.).

1.

Die Antragstellerin hat das gemäß § 160 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Interesse an dem streitgegenständlichen öffentlichen Auftrag nicht dargelegt. Die insoweit durch die Antragstellerin dargelegten Ausführungen tragen das behauptete Interesse nicht; vielmehr verdeutlicht ihr Vortrag, dass der konkrete Auftrag von ihrem Interesse nicht berührt ist.

a) Es kann nach dem gesamten Vorbringen der Verfahrensbeteiligten, namentlich dem der Antragstellerin, zunächst als unstreitig gelten, dass die Antragstellerin den konkreten zur Vergabe an die Beigeladene vorgesehenen Auftrag nicht durchführen kann und nicht durchführen will. Abgestellt auf die streitgegenständliche Direktvergabe lässt sich ein Interesse der Antragstellerin ohne jeden Zweifel nicht verifizieren. Die Antragstellerin behauptet an keiner Stelle, auf die streitgegenständliche Direktvergabe bieten zu wollen.

Aufgrund dieses Umstandes kommen die Ausführungen der Antragstellerin, für ein Interesse spreche bereits die Erhebung der Rüge sowie das Stellen des Nachprüfungsantrags sowie ihre generelle Eignung für die Leistungen der betreffenden Branche (vgl. Schriftsatz vom 22.12.2017, dort S. 20), nicht zum Tragen. Denn die zwecks Beleg dieser Auffassung von der Antragstellerin angeführten obergerichtlichen Entscheidungen (Beschlüsse des OLG Naumburg v. 14.03.2014 – 2 Verg 1/14, des OLG Jena v. 19.10.2010 – 9 Verg 5/10, des OLG Celle v. 14.09.2006 – 13 Verg 2/06) weichen vom streitgegenständlichen Fall in einem Punkt maßgeblich ab: in allen diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Fällen bestand zumindest die Mög-

lichkeit, dass die jeweiligen Antragsteller sich wie behauptet für die direkt vergebene Leistung ebenfalls hätten bewerben können bzw. wollen. Da es bei einer Direktvergabe in der Natur der Sache liegt, dass die streitenden Konkurrenten kein Angebot abgegeben haben (können) – Angebotsabgabe wird generell als maßgebliches Indiz zur Annahme des Interesses im Rahmen der Antragsbefugnis angesehen -, ist es ohne Weiteres nachvollziehbar, wenn in den zitierten Beschlüssen die Erhebung der Rüge, das Stellen des Nachprüfungsantrags sowie eine generelle Eignung für die Leistungen der betreffenden Branche als ausreichend erachtet wird, um eine Antragsbefugnis zu begründen.

In unmittelbarem Gegensatz dazu will und kann die hiesige Antragstellerin auf den konkreten zur Überprüfung stehenden Auftrag unstreitig nicht bieten. Demzufolge reichen die genannten allgemeinen Gesichtspunkte (Streitigmachung des behaupteten Anspruchs nebst Kostenrisiko, Branchenidentität) vorliegend zur Bejahung der Antragsbefugnis gerade nicht aus; letztere lässt sich eben nicht auf die von der Antragstellerin herangezogenen Entscheidungen (OLG Naumburg, OLG Jena, OLG Celle, a.a.O.) zurückführen.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch die weitere von der Antragstellerin zur Stützung ihrer Rechtsauffassung zitierte Entscheidung der VK Bund (Beschluss v. 21.12.2015 – VK 1 – 106/15) nicht einschlägig ist; sie weicht von der Streitgegenständlichen Konstellation sogar noch erheblicher ab als jene der genannten OLG-Beschlüsse. Es ging im dortigen Fall bereits nicht um eine Direktvergabe, sondern um eine europaweite Ausschreibung. Die dortige Antragstellerin hatte mit Blick auf für sie nicht tragbare Bedingungen letztlich kein Angebot abgegeben, was die VK Bund im Ergebnis dazu veranlasste, im Rahmen der Antragsbefugnis auf die Erhebung der Rüge und das Einreichen des Nachprüfungsantrags abzustellen.

b) Vorliegend kann sich die Antragsbefugnis der Antragstellerin bzw. das hierzu erforderliche Interesse an dem öffentlichen Auftrag nach diesbezüglich regelmäßig großzügig anzusetzenden Maßstäben (vgl. insoweit grundlegend BVerfG, Beschluss v. 29.07.2004 – 2 BvR 2248/03; insoweit vertiefend s. u. A. 2.) auch nicht daraus ergeben, dass nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass sich die Antragstellerin in einem aus ihrer Sicht ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren zu einem späteren Zeitpunkt mit einem Angebot für die Lieferung der gegenständlichen U-Bahnwagen bzw. den Teil der derzeit nicht mangelbehafteten U-Bahnwagen hätte beteiligen können.

Denn ein solches ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren ist - als mindeste Anforderung, und zwar ausdrücklich bereits unter dem Prüfungspunkt der Antragsbefugnis – von der Antragstellerin nicht aufgezeigt worden bzw. nur unter gänzlich abstrakt-theoretischen Annahmen vorstellbar, die zur Annahme der Antragsbefugnis nicht ausreichen. Die Antragstellerin hat nichts dazu vorgetragen, auf welche konkrete Leistung sich ihr Interesse beziehen könnte.

Dieses ergibt sich unter Berücksichtigung der weiteren Besonderheiten der Streitgegenständlichen Fallkonstellation wie folgt:

Die Antragstellerin könnte im Nachprüfungsverfahren nur mit dem unterstellten Ergebnis obsiegen, dass der Vortrag der Antragsgegnerin zur Notwendigkeit des

Vergabezeitpunkts unbegründet ist. Dabei ist es gleichgültig, ob hier im Rahmen der Begründetheit die Vorschrift des § 13 Abs. 2 SektVO letztlich in der Alternative der Nr. 3 b oder der Nr. 4 dem Grunde nach einschlägig wäre, da eben beide Ansätze im Kern das Zeitmoment bzw. seine Berechtigung beinhalten (im Falle des § 13 Abs. 2 Nr. 3 b SektVO, indem sich die technischen Alleinstellungsgründe der Beigeladenen nur im Kontext des konkreten Bedarfszeitpunkts ergeben; im Falle des § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO unmittelbar).

Würde die Antragstellerin also obsiegen, so hätte sie zuvor zwingend entweder den behaupteten, zeitlich bedingt nichtvorhandenen Wettbewerb aus technischen Gründen gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3b SektVO oder eine etwaige Dringlichkeit gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO (oder ggf. beides) entkräftet bzw. als unbegründet durchgesetzt.

Nach ihrem gesamten Vorbringen muss man die Antragstellerin unter Heranziehung dieser grundsätzlichen Fallfrage des Dringlichkeitszeitpunktes dabei so verstehen, dass sie durchaus von Mängeln der bezogenen Wagen ausgeht, diese jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt als von der Antragsgegnerin behauptet behoben zu werden brauchen (also nicht bereits im Jahr 2019). Tatsächlich hat die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt behauptet, dass die betroffenen U-Bahnwagen generell nicht von den seitens der Antragsgegnerin behaupteten Mängeln betroffen seien. Genau das hat sie nicht getan; sie hat nicht die Mängelbehaftung als solche bestritten, sondern sie hat lediglich deren Schwere bzw. den daraus resultierenden von der Antragsgegnerin behaupteten Zeitpunkt des erforderlichen Austauschs der betroffenen Wagen in Abrede gestellt (Kalenderjahr 2019 mit der weiteren Ausdifferenzierung, ob hier bereits der 01.01.2019 oder alternativ die zweite Jahreshälfte des Jahres 2019 in Ansatz zu bringen sein soll).

Die Antragsgegnerin hat in ihren Schriftsätzen jedoch dargelegt, dass es für die Fertigung der Wagen für ein vorher noch nicht damit befasstes Unternehmen - wie eben das der Antragstellerin - eines Zeitraums von mindestens vier Jahren (vgl. Replik der Antragsgegnerin v. 11.12.2017, dort S. 8, 9) bis hin zu fünf Jahren (wie vor, dort S. 17; ebenso Ex-Ante-Transparentbekanntmachung v. 31.10.2017, dort Ziffer IV.1.1, als anzunehmende Vorlaufzeit) bedarf.

Diesem Vortrag zum zeitlichen Rahmen ist die Antragstellerin in der Sache ausdrücklich *nicht* entgegengetreten. Sie hat den vorgenannten Zeitraum im Gegenteil sogar noch erweitert, indem sie vorgetragen hat, für das streitgegenständliche Vergabeverfahren seien zudem separate Markterkundungen erforderlich (vgl. etwa Schriftsatz der Antragstellerin v. 22.12.2017, dort S. 5).

Wenn dieses Zeitfenster im vorliegenden Verfahren demzufolge als unstrittig angenommen werden kann bzw. muss, dann reicht der Vortrag der Antragstellerin, die Mängel als solche nicht zu bestreiten, aber für die betroffenen Waggonen, wenn sie später tatsächlich Gegenstand einer regulären Ausschreibung werden sollten, zu einem beliebigen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt „irgendwann“ ein Angebot abgeben zu können, vorliegend gerade nicht aus, um auch unter Zugrundelegung der im Rahmen der Antragsbefugnis insoweit reduzierten Anforderungen ein Interesse begründen zu können.

Denn ein irgend gearteter Vortrag eines Zeitpunktes, bis zu dem die Antragstellerin selbst die fraglichen Wagen hätte liefern können und bis zu dem zugleich die vor-

handenen Wagen trotz ihrer Mängel definitiv noch einsetzbar wären, fehlt gänzlich. Die Antragstellerin hat auch nichts dazu vorgetragen, wie eine Beschaffung unter Berücksichtigung des Risikos weiterer zu erwartender Ausfälle der U-Bahnwagen aus der Serie F79, die derzeit noch nicht mit Mängeln behaftet sind, in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren erfolgen könnte.

Da wie dargelegt sowohl die allgemeine Verfahrensdauer mit vier bis fünf Jahren vergleichsweise hoch ist (wobei die Antragsgegnerin noch längere ebenfalls nicht bestrittene Zeiträume darstellt, vgl. Replik v. 11.12.2017, dort S. 17) und die Antragstellerin im Gegensatz zur Beigeladenen mit der Fertigung für das Netz der Antragsgegnerin noch nicht befasst war, bedeutet das nichts anderes, als dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag zwangsläufig davon ausgeht, die mangelbehafteten Wagen würden sämtlich noch mindestens bis zum Jahr 2023 verkehrssicher im Betrieb gehalten werden können. Dieses trägt die Antragstellerin zwar nicht unmittelbar vor; es ist jedoch der zwingende Schluss aus dem Sachverhalt, wie er sich nach Bereinigung auf das Unstreitige darbietet.

Die Antragstellerin könnte nach allem erst im Jahr 2023 zum Zuge kommen (bei günstigster Berechnung im Sinne der Antragstellerin unter Heranziehung der ebenfalls von dieser nicht bestrittenen Zeitfenster der Antragsgegnerin auf S. 9 der Replik v. 11.12.2017 ggf. frühestens im Herbst 2022), die Fahrzeuge aber müssten, mit den als solchen unstreitigen Mängeln versehen, bis dahin dem kontinuierlichen Einsatz standhalten. Eine realistische Vergabekonstellation, auf die sich ihr Interesse „am Auftrag“ beziehen könnte, hat die Antragstellerin insoweit nicht aufgezeigt. Auch mit Blick auf das Interesse am Auftrag hat jedoch eine Plausibilitätskontrolle des Antragstellervortrags stattzufinden (vgl. Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 GWB, Rn. 15).

Genau zu dieser Frage ist die Antragstellerin einen konkretisierenden Vortrag schuldig geblieben und hat sich vielmehr auf die Elemente der Streitigmachung sowie der Branchenidentität berufen. Letzteres reicht indes – wie oben unter A. 1. a) ausführlich dargelegt – bei der gegenständlichen Fallkonstellation gerade nicht aus, um das Interesse der Antragstellerin zu begründen (begründet wird damit generell nur das Interesse bezogen auf die jeweilige in Streit stehende Direktvergabe unmittelbar, s. o.).

Die Annahme, die Antragstellerin könne im Jahr 2023 theoretisch den Zuschlag auf die Lieferung von U-Bahnwagen erhalten, deren grundsätzliche Mängelbehaftung nicht nur nicht im Jahr 2019, sondern bis zum Jahr 2023 in einer den Austausch begründenden Weise nicht zu Tage treten wird, setzt ein erheblich hohes Maß an Abstraktion voraus, welches auch im Licht der reduzierten Anforderungen im Rahmen der Antragsbefugnis zu deren Bejahung nicht als ausreichend angesehen werden kann. Auch die Voraussetzungen der Antragsbefugnis sind nicht abgekoppelt von jeder Lebenswirklichkeit. Das gilt umso mehr, als die Antragstellerin selbst einen insoweit erforderlichen Vortrag bereits nicht leistet, wobei dieser indes auch schwerlich zu leisten sein dürfte.

Die Antragstellerin hat zudem nicht dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB entstanden ist oder zu entstehen droht.

Vor dem Hintergrund der Spezifika des Berliner U-Bahnnetzes und dem Umstand, dass sie hierzu U-Bahnen bislang noch nicht geliefert hat, hat die Antragstellerin weder die von der Antragsgegnerin fundiert dargelegten Zeitfenster der Beschaffungsspannen noch die Mängelbehaftung der betroffenen Wagen als solche bestritten. Eine zur Annahme der Antragsbefugnis erforderliche Zuschlagschance (bzw. deren potentielle Verschlechterung) ist unter Zugrundelegung vernünftiger Maßstäbe nicht ersichtlich.

Dabei ergibt sich der unterbliebene Vortrag zu einem mindestens drohenden Schaden unmittelbar aus den zuvor unter A. 1. getroffenen Ausführungen.

Denn der Nachprüfungsantrag wird der allgemeinen Minimalforderung, derzufolge durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des antragstellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können (vgl. BVerfG, a.a.O.), nicht gerecht.

Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, welche Zuschlagschancen sich verschlechtern könnten.

Wie zuvor A. 1. ausführlich dargestellt, hat die Antragstellerin – neben dem unstreitigen Nichtinteresse an der streitgegenständlichen Direktvergabe – die erforderlichen Parameter für eine derartige potentielle Zuschlagsverschlechterung in einem zukünftig stattfindenden regulären Vergabeverfahren gerade nicht dargetan. Wenn die Antragstellerin schon nicht darlegt, in welchem Rahmen sie die Leistung überhaupt erbringen könnte, kann sie zwangsläufig auch keine verschlechterten Zuschlagschancen geltend machen.

Sie hat lediglich vorgetragen, dass die Mängel im Jahr 2019 (gleich, ob man hier, wie die Antragstellerin meint, den 01. Januar oder, der Antragsgegnerin folgend, die zweite Jahreshälfte in Ansatz bringen will bzw. muss) nicht zwingend eine Ersatzbeschaffung erforderlich machen. Aufgrund der Besonderheiten des Falls (s. o., insbesondere der unbestrittenen Mängelbehaftung als solcher und der Fähigkeit zur eigenen Lieferung frühesten im Jahr 2023) hätte die Antragstellerin jedoch irgendetwas dazu vortragen müssen, dass die Mängel nicht nur im Jahr 2019 den Einsatz der fraglichen Wagen noch nicht beenden müssen, sondern bis hin zum Jahr 2023 nicht, da sie selbst erst dann würde liefern können. Nur unter solchem Vortrag könnte die Antragstellerin überhaupt erst eine Chance auf den Zuschlag geltend machen.

Ein derartiger Vortrag ist den Ausführungen der Antragstellerin jedoch nicht im Ansatz zu entnehmen. Eine über den allgemeinen Vortrag, U-Bahn-Produzent zu sein und mit dem Nachprüfungsantrag ein Kostenrisiko eingegangen zu sein (was wie oben dargelegt vorliegend zur Begründung der Antragsbefugnis eben nicht ausreichend ist), hinausgehende Darlegung hat sie überhaupt erstmals in ihrem Schriftsatz vom 17.01.2017 (gemeint 2018, dort S. 6/7 [letzterer Schriftsatz wird nachfolgend mit der korrigierten Jahreszahl zitiert]) vollzogen. Allerdings fehlt auch dort jeglicher Vortrag, der über eine – wenn überhaupt - äußerst abstrakt denkbare Möglichkeit einer Zuschlagsverschlechterung hinausgeht, wobei immer im Sinne der Antragstellerin zu

unterstellen ist, dass die Mängel der Wagenreihe bis zur nächsten potentiellen Regelvergabe keine Ersatzbeschaffung „erzwingen“.

Ergänzend sei abschließend darauf hingewiesen, dass auch der diesbezüglichen Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, a.a.O., dort B. II. 2. b), die man als Maßstab für die großzügige Auslegung der Anforderungen zur Antragsbefugnis ansehen kann, eine mit der vorliegenden in keiner Weise vergleichbare Fallkonstellation zugrunde lag. Der Fall war vielmehr konventioneller Natur; die damalige Beschwerdeführerin hatte ein Angebot abgegeben, wobei es bei dem gerügten Vergaberechtsverstoß –unklare Ausschreibungsunterlagen- um die Frage der Eignung zur Beeinträchtigung der Chancengleichheit ging und damit letztlich der Chance auf den Zuschlag, was zur Darlegung des drohenden Schadenseintritts letzten Endes als ausreichend erachtet worden war. Auch die zusätzlichen Anforderungen, die vom OLG Frankfurt am Main in der damaligen Beschwerdeentscheidung zulasten der Beschwerdeführerin an die Darlegungslast zum Schaden aufgestellt, jedoch vom Bundesverfassungsgericht als übermäßige Erschwerung der Rechtsschutzgewährleistung gewertet worden sind, sind mit der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbar (BVerfG, a.a.O., dort B. II. 2. c bb).

Aus den oben ausführlich dargestellten Gründen ist eine Verschlechterung der Zuschlagschancen und damit ein drohender Schaden bei der Antragstellerin nicht ersichtlich. Ihre insoweit äußerst abstrakte Aussicht auf Ersatzbeschaffung der defekten Bahnen erscheint nach dem gesamten Sach- und Rechtsvortrag als lebensferne Annahme, die mit der realen Möglichkeit einer Zuschlagsaussicht unter vernünftigen Gesichtspunkten nicht in Einklang zu bringen ist.

Derartigem Vortrag muss nach Überzeugung der Kammer bereits im Rahmen der Antragsbefugnis Einhalt zu gebieten sein.

B.

Der Nachprüfungsantrag ist auch mit Blick auf die unter dem 09.11.2017 erhobene Rüge unzulässig.

Denn diese Rüge ist vergaberechtlich als verspätet anzusehen.

Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB hat ein Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften gegenüber dem Auftraggeber innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen nach seinem Erkennen zu rügen.

Vorliegend erfolgte die Rüge nicht innerhalb der vorgenannten Zehntages-Frist.

Denn ein Erkennen des gegenständlichen Vergabeverstoßes lag bereits am 04.10.2017 vor, mithin an jenem Tag, an dem das Gespräch zwischen der Vorstandsvorsitzenden der Antragsgegnerin und der CEO XXXXXXXXXXXX der Antragstellerin stattfand.

Dabei ist vorab zunächst darauf hinzuweisen, dass es auf die von der Antragstellerin streitig gestellten Passagen dieser Unterredung (vgl. Schriftsätze der Antragstellerin v. 22.12.2017, dort S. 19, 23; v. 17.01.2018, dort S. 9) nicht fallentscheidend ankam bzw. ankommt. Eine etwaige Berufung auf Diskussionen in Vergaberechtsforen so-

wie ein etwaiger nachteiliger Einfluss der Direktvergabe auf die ZSFB-Vergabe wirken sich auf die gegenständliche vergaberechtliche Bewertung der Rechtzeitigkeit der Rüge nicht aus. Auch der dritte und letzte streitig gestellte Punkt – die von der CEO XXXXXXXXXX der Antragstellerin aufgeworfene Frage, ob das ZSFB-Verfahren vorgezogen werden könne -, kann zugunsten der Antragstellerin unterstellt werden, ohne dass dies eine vom Nachfolgenden abweichende Einschätzung rechtfertigt (s. u. 2.). Von der – insoweit obsoleten – Beweiserhebung hat die Vergabekammer daher Abstand genommen.

Denn fest steht, dass unstreitiger Bestandteil des Gesprächs die an die Beigeladene vorgesehene Direktvergabe war, die mit Vorstandsbeschluss der Antragsgegnerin vom 21.08.2017 im Gesprächszeitpunkt bereits beschlossen war. An keiner Stelle wird von der Antragstellerin etwas Gegenteiliges behauptet; sie führt insoweit lediglich ihre rechtlichen Schlussfolgerungen aus, aus welchen Gründen zum Zeitpunkt des Gesprächs noch nicht von einem „Erkennen“ dieses Verstoßes im Rechtssinne die Rede sein könne.

Die diesbezüglich vorgetragenen Erwägungen, namentlich im Schriftsatz der Antragstellerin vom 17.01.2018 (dort S. 7–12), vermögen allesamt nicht zu überzeugen.

Die Antragstellerin hat den vermeintlichen Verstoß – die vom zuständigen Vorstand der Antragsgegnerin beschlossene Direktvergabe an die Beigeladene – am 04.10.2017 positiv „erkannt“ im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, indem ihr diese Direktvergabe, ggf. mit den potentiellen Widersprüchen (s. vorgenannter Schriftsatz, dort S. 10), kommuniziert worden ist.

Im Rahmen des „Erkennens“ gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB wird gefordert und reicht es eben auch aus, dass der Antragsteller neben der positiven Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen (dazu nachfolgend 1.) zugleich aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung die Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften (nachfolgend 2.) hat (vgl. stellvertretend für viele BGH VergabeR 2007, 59 Rn. 35; OLG München, Beschluss v. 16.04.2009 – Verg 3/09).

Beides ist vorliegend erfüllt.

1. positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen

Der grundsätzliche Inhalt des in einigen nicht entscheidungsrelevanten Details streitigen Gesprächs vom 04.10.2017, die beschlossene Direktvergabe an die Beigeladene, wird von der Antragstellerin nicht bestritten. Er kann daher als unstreitig gelten.

Aus tatsächlichen (nachfolgend a) wie rechtlichen (nachfolgend b) Gründen irrelevant ist insoweit der Vortrag der Antragstellerin, der Verstoß sei im Zeitpunkt des Gesprächs noch gar nicht vollzogen gewesen, da die notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin erst später erfolgt sei.

a) Mit diesem Einwand kann die Antragstellerin bereits aus tatsächlichen Gründen nicht durchdringen. Denn an keiner Stelle ihrer umfänglichen Ausführungen trägt sie vor, dass ihr im Zeitpunkt des Gesprächs überhaupt bekannt war, dass zur Frage der

Direktvergabe eine Zustimmung des Aufsichtsrates der Antragsgegnerin erforderlich war, geschweige denn, dass eine derartige Zustimmung nicht bereits erfolgt sein konnte. Das Argument der Erforderlichkeit der Zustimmung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin verwendet die Antragstellerin erst im Nachhinein rein rechtlich; eine Behauptung, sich im Gesprächszeitpunkt über diese – noch ausstehende – Zustimmung bewusst gewesen zu sein, fehlt gänzlich.

Das bedeutet, dass sich die Antragsgegnerin auf diesen Umstand bereits rein tatsächlich nicht stützen kann, wenn man die „tatsächlichen Umstände“ im Rahmen ihrer positiven Kenntnis des Vergaberechtsverstoßes zu bewerten hat. Ihr Vortrag, der Verstoß habe am (bzw. im Zeitraum zehn Tage nach dem) 04.10.2017 nicht gerügt werden können bzw. müssen, da die Aufsichtsratszustimmung noch ausstand, stellt sich als Schutzbehauptung dar, solange nicht zumindest behauptet wird, von dieser Notwendigkeit in der Zukunft auch Kenntnis bereits im Gesprächszeitpunkt besessen zu haben.

b) Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass eine Bezugnahme auf die ausstehende Zustimmung des Aufsichtsrates der Antragsgegnerin auch aus rechtlichen Gründen verfehlt ist.

Dieses ergibt sich aus formalen Gründen (nachfolgend aa) wie auch mit Blick auf Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit (nachfolgend bb). Die diesbezüglichen Argumente der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 17.01.2018 (dort S. 11, 12) vermögen kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen (nachfolgend cc).

aa) Auf die noch ausstehende Zustimmung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin kann es bereits aus formalen Gründen nicht ankommen, wenn es um die Bewertung der Frage geht, ob der streitgegenständliche Verstoß „Durchführung der Direktvergabe“ bereits im Gesprächszeitpunkt 04.10.2017 erfolgt war.

Vorliegend war ein mangels entgegenstehender Gesichtspunkte nicht zu beanstandender Beschluss des Vorstands der Antragsgegnerin zur Frage der Direktvergabe an die Beigeladene ergangen. Der Vorstand ist als leitendes Organ der Antragsgegnerin zur Vornahme dieser Entscheidung zuständig und befugt; Gegenteiliges ist nicht ersichtlich (vgl. §§ 7, 8 BerlBG).

Mit dieser Entscheidung war die Direktvergabe formal ordnungsgemäß beschlossen. Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Konstellation maßgeblich von jenen Fällen, welche die Antragstellerin unter dem Oberbegriff „Rüge auf Verdacht“ für sich reklamiert. Zwar muss nach allgemeiner Auffassung auf bloßen Verdacht oder Vermutung ins Blaue hinein keine Rüge ausgebracht werden (vgl. etwa OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 07.08.2007 – 11 Verg 3/07). Davon kann im vorliegenden Fall jedoch keine Rede sein. Denn die fachlich zuständige CEO der Antragstellerin ist von der Vorstandsvorsitzenden der Antragsgegnerin über die Direktvergabe gerade ins Bild gesetzt worden.

Zwar wäre es dem Aufsichtsrat möglich gewesen, die Zustimmung zur beschlossenen Direktvergabe zu verweigern. Dieses hätte im Verhältnis zu der erfolgten Vorstandsentscheidung für die Direktvergabe jedoch nur ein nachträgliches Korrektiv dargestellt. Dass ein solcher nachträglicher Gremienvorbehalt vorher bereits umgesetzte (vermeintliche) Vergabeverstöße nicht in die Zukunft verlagern kann, wird dem Grunde nach auch von der Antragstellerin nicht in Frage gestellt (vgl. Schriftsatz vom

17.01.2018, dort S. 12). Ihre diesbezüglichen Argumente für die vorliegende Konstellation überzeugen jedoch nicht (nachfolgend cc).

bb) Gerade mit Blick auf Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit erscheint ein Abstellen auf den Zeitpunkt der nachträglichen Zustimmung durch den Aufsichtsrat der Antragsgegnerin verfehlt.

Denn die Rüge soll bewirken, dass ein Bieter ihm nachteilig erscheinende etwaige Mängel des Verfahrens anzeigen und so ggf. zur Korrektur bringen kann, während spiegelbildlich die jeweilige Vergabestelle auf diese Weise Kenntnis von ihr potentiell unterlaufenen Vergabeverstößen erlangt, um diese im Sinne von Verfahrensfairness und Bietergleichbehandlung ggf. abstellen zu können.

Das macht der vorliegende Fall nachdrücklich deutlich. Mit einer ordnungsgemäßen Rüge nach dem Gespräch vom 04.10.2017 hätte die Antragstellerin dem Aufsichtsrat für seine Entscheidung über die Zustimmung zur Direktvergabe einschlägiges Material aus ihrer Sicht an die Hand geben können (in diesem Zusammenhang denotwendig unterstellt, sie hätte entgegen den obigen Ausführungen Kenntnis von der noch ausstehenden Aufsichtsratszustimmung gehabt).

Wollte man der Auffassung der Antragstellerin also folgen, so würde dieser Rügezweck vorliegend mithin karikiert.

cc) Schließlich vermögen auch die Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 17.01.2018 (dort S. 11, 12) zur These, der gegenständliche Vergabeverstoß sei erst im Zeitpunkt der Zustimmung durch den Aufsichtsrat der Antragsgegnerin begangen worden, kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen.

Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass auch die Antragstellerin bei transparent geführten Vergabeverfahren dem entgegenstehenden Ansatz der Antragsgegnerin, wonach ein rügefähiger Vergabeverstoß die Zustimmung des Aufsichtsrates zu der Direktvergabe nicht voraussetze, dem Grunde nach nicht entgegentritt (wie vor, S. 12).

Ihren Widerspruch zu dieser Auffassung macht die Antragstellerin lediglich an dem Umstand der „Erkennbarkeit nach außen“ fest, der – das dürfte unstrittig sein – erst mit der Bekanntmachung vom 31.10.2017 gegeben war. Vorliegend geht es aber gerade nicht um eine Erkennbarkeit durch eine anonyme Vielzahl potentieller Interessenten, sondern ausschließlich um die Frage der konkreten Rügeobliegenheit bzw. ihres Zeitpunkts durch die Antragstellerin und damit deren Erkennen.

Insoweit macht die Argumentation der Antragstellerin eher die fehlende Substanz ihres Vortrags deutlich. Dieses verstärkt sich mit ihrer nachfolgenden Überlegung, in der die Antragstellerin ausführt, ein für Außenstehende erkennbarer und rügefähiger Vergabeverstoß habe noch nicht vorgelegen, als der Vorstand der Antragsgegnerin am 21.08.2017 seinen Beschluss über die Direktvergabe fasste. Letzteres steht vorliegend überhaupt nicht in Frage; abzustellen ist vielmehr und abgestellt wird einzig auf den Zeitpunkt des Gesprächs am 04.10.2017.

2. Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung

Neben der Kenntnis von den Tatsachen, die den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin begründen können (vgl. zuvor 1.), ist bei der Antragstellerin

infolge der Darlegungen der Antragsgegnerin im Gespräch vom 04.10.2017 zu den Umständen der erfolgten Direktvergabe auch die Vorstellung vorhanden, dass die Direktvergabe gegen Vergabevorschriften verstößt bzw. nach ihrer Ansicht dagegen verstoßen könnte.

Wie dem Gesprächsprotokoll zum Termin 04.10.2017 zu entnehmen ist, wurde der Antragstellerin, und zwar auf ihre Nachfrage, mitgeteilt, dass die vergaberechtlichen Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsbeschaffung aus Sicht der Antragsgegnerin erfüllt seien. Dieser Inhalt des Gesprächs ist von der Antragstellerin ausdrücklich nicht bestritten worden.

Damit verfügte die Antragstellerin neben dem bloßen Tatsachenwissen auch über die rechtliche Begründung für die ausnahmsweise Direktbeschaffung der Antragsgegnerin.

Dass dabei keine konkrete vergaberechtliche Rechtsnorm genannt worden ist, ändert an dieser Bewertung nichts. Denn wie dargelegt ist es für die rechtliche Bewertung ausreichend, dass der betroffene Bieter laienhaft der Umstände gewahr wird, die den tatsächlichen Vorgang rechtlich relevant werden lassen, so dass auf das „Einschlägigsein“ einer bestimmten Norm als Grundlage des Handelns, selbst wenn diese genannt worden wäre, bereits nicht abgestellt wird. Vorliegend ist der Antragstellerin unstreitig der Umstand der behaupteten Dringlichkeit vermittelt worden. Diesen konnte die Antragstellerin aus Laiensicht einordnen.

So ist es letztlich auch unerheblich, dass der protokollierte Text namentlich infolge der zusätzlichen Erwähnung der „technischen Besonderheit“ eine Subsumtion sowohl unter § 13 Abs. 2 Nr. 3b SektVO als auch unter § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO zuließe. Denn die von der Antragsgegnerin behauptete Dringlichkeit kommt streitgegenständlich eben auch in der Variante des § 13 Abs. 2 Nr. 3b SektVO zum Tragen, so dass dieser vermeintliche Widerspruch im Protokoll, wenn er denn einer sein sollte, jedenfalls in der laienhaften Wertung keinen Unterschied bedeutet. Das gilt vorliegend insoweit umso mehr, da die Antragstellerin ausdrücklich beide Tatbestände für unbegründet und damit vergaberechtswidrig hält.

Soweit die Antragstellerin im Kontext der Medienberichterstattung andererseits behauptet, der Umstand der Dringlichkeit erlaube die Subsumtion weder unter § 13 Abs. 2 Nr. 3b noch unter § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO (vgl. Schriftsatz vom 17.01.2018, dort S. 9), so würde dieses – Direktvergabe aufgrund Dringlichkeit ohne tatbestandliche Verankerung – umso mehr die von der Antragstellerin vertretene Rechtswidrigkeit der Direktvergabe untermauern. Auch hier tritt zu Lasten der Antragstellerin hinzu, dass ihrer Auffassung nach gerade beide potentiellen Dringlichkeitstatbestände unbegründet und damit vergaberechtswidrig sind bzw. wären.

Schließlich vermag auch der Einwand der Antragstellerin, die Vorstandsvorsitzende der Antragsgegnerin habe in besagtem Gespräch in Aussicht gestellt, prüfen zu wollen, ob nicht das ZSFB-Vergabeverfahren vorgezogen werden könne (vgl. Schriftsatz vom 17.01.2018, dort S. 10), kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Denn diese Prüfungszusage, ihr tatsächliches Erfolgen zugunsten der Antragstellerin einmal unterstellt, beinhaltet bereits keinerlei irgend geartete zusätzliche Information dazu, auf welche Weise, in welchem zeitlichen Rahmen, in welchem inhaltlichen Umfang, inwieweit überhaupt in Einklang mit den vergleichsweise strengen Formvorschriften des Vergaberechts ein derartiges „Vorziehen“ angedacht war.

Vor allem aber enthält diese Prüfungszusage, soweit erfolgt, keinerlei Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Direktvergabe. Nichts Gegenteiliges behauptet die Antragstellerin. Insbesondere behauptet sie in keiner Weise, dass eine Abhängigkeit von ZSFB-Vergabe und streitgegenständlicher Direktvergabe mit dieser Zusage verknüpft oder auch nur thematisiert war.

Von daher vermag dieser zusätzliche, nicht protokollierte Gesprächsinhalt die im Gespräch erlangte Kenntnis der Antragstellerin zur tatsächlichen Durchführung der Direktvergabe wie namentlich auch ihrer vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit aus Laiensicht nicht in Frage zu stellen.

Nur der Vollständigkeit halber sei abschließend auf den letzten Satz zu TOP 04 des Protokolls zum Gesprächstermin 04.10.2017 hingewiesen, der lautet: „XXXXXXXXXX schließt eine Rüge der Dringlichkeitsbeschaffung vor der Vergabekammer nicht aus.“ Diese Aussage ist von der Antragstellerin ausdrücklich nicht bestritten worden.

Die Feststellung rundet die obigen Erläuterungen insoweit ab, als die Erwägung einer Rüge denotwendig die Erkenntnis eines vorangegangenen rügefähigen Inhalts voraussetzt.

C. Der Antrag der Antragstellerin auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 165 GWB war infolge der Unzulässigkeit des Antrags zurückzuweisen.

Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes zunächst, dass dem Antragsteller bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 111 Rnr. 6¹; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschlüsse v. 12.12.2001 – Verg 19/01 – und 19.12.2000 – Verg 10/00; Verg 07/00). Dabei darf ein Akteneinsichtsrecht nicht dazu führen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag erst im Wege der Akteneinsicht substantiiert werden würde.

Dem Antrag der Beigeladenen auf Akteneinsicht war nicht weiter nachzugehen. Denn er stand unter der Bedingung, dass dem Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin stattgegeben würde; Letzteres ist unterblieben.

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprü-

¹ § 111 GWB a. F. ist wortlautidentisch mit § 165 GWB n. F.

fungsverfahrens. Die Antragstellerin hat behauptet, der Auftragswert bewege sich in dreistelliger Millionenhöhe (s. Nachprüfungsantrag, dort S. 17; Schriftsatz v. 22.12.2017, dort S. 3); diesem Vortrag sind die übrigen Verfahrensbeteiligten nicht entgegengetreten. Die Vergabekammer hat sich an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert. Bei der Festsetzung des tenorierten Betrages hat die Kammer berücksichtigt, dass vorliegend kein Aufwand durch Akteneinsichtnahme und mündliche Verhandlung entstanden ist.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011 - 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011 - Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131). Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenbereich organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2007, Verg W 6/07). Maßgeblich sind die objektiv anzuerkennenden Erfordernisse im jeweiligen Einzelfall anhand einer ex ante-Prognose. Treten indes weitere nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein.

Dem vorliegenden Verfahren lag ein komplexer und in Detailfragen umstrittener Sachverhalt zugrunde. Vornehmlich ging es um die grundsätzliche Frage der Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb im Rahmen der Sektorenverordnung und damit verbunden um komplexe Abgrenzungsfragen im Rahmen verschiedener Ausnahmetatbestände. Hinzu trat eine Vielzahl von Fragen im Rahmen der Zulässigkeit.

Zu berücksichtigen ist auch, dass der Verfahrensgegenstand von stadtpolitischer Bedeutung ist, was bereits die umfängliche von den Verfahrensbeteiligten vorgelegte Presseberichterstattung deutlich macht. Dem Gebot der Waffengleichheit kommt insoweit besondere Bedeutung zu.

Es entspricht darüber hinaus der Billigkeit, die Aufwendungen der Beigeladenen gemäß § 182 Abs. 4 S. 2 GWB der Antragstellerin aufzuerlegen. Denn die Beigeladene hat vorliegend eigene Sachanträge gestellt und das Verfahren durch kontinuierliche Schriftsätze aktiv gefördert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.05.2012 – Verg 5/12). Der Vortrag der Beigeladenen erschöpfte sich dabei insbesondere nicht in einer Wiederholung des Vortrags der Antragsgegnerin, sondern ging in verschiedenen Aspekten darüber hinaus.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung 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.

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

Vorsitzende

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzerin

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX