

mofair e. V. • Potsdamer Platz 1 • 10785 Berlin

mofair e.V.
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

Telefon +49 (0) 30 25 899 137
Telefax +49 (0) 30 25 899 440

E-Mail: info@mofair.de
Internet www.mofair.de

30. Mai 2012

Fragen zum Verhalten der 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt in Sachen Vergabenachprüfungsverfahren Elektronetz Nord

Warum hat die Vergabekammer der Antragstellerin, NBE Regio GmbH, Akteneinsicht in die Vergabeakte, die ihr vom Auftraggeber NASA GmbH bereits mit Schriftsatz vom 10. Januar 2012 übersandt wurde, gleichwohl erst nach dem 30. Januar 2012 gewährt, dem Termin, nach dem eine Erweiterung des Antrags auf alle Auftraggeber nach Auffassung der Vergabekammer nicht mehr möglich war?

Welchen Grund gab es für die ungewöhnlich lange Verzögerung des Verfahrens?

Wieso war die Vergabekammer einerseits ohne weiteres dazu in der Lage, den am Nachmittag des 30. Dezember 2011 – dem letzten Arbeitstag des Jahres eingereichten Nachprüfungsantrag noch an diesem Tag zuzustellen und die NASA GmbH zur Vorlage der Vergabeakte binnen einer äußerst knapp bemessenen Frist aufzufordern, während sie andererseits mehrere Wochen benötigte, um über den bereits mit dem Nachprüfungsantrag gestellten Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht in die Vergabeakte zu entscheiden?

Wieso hat die Vergabekammer mit in keiner Weise haltbaren Argumenten angenommen, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, obwohl sie der NASA GmbH ausweislich des an die NBE Regio GmbH gerichteten Schreibens vom 2. Januar 2012 zunächst mitgeteilt hatte, dass sie die Wirksamkeit des Vertrages überprüfen werde?

Was war der Grund dafür, dass die Vergabekammer, die zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens überaus schnell agiert hat, das Nachprüfungsverfahren plötzlich nicht mehr vorantrieb?

Zur Erinnerung: In den Jahren 2010/2011 wurde in einer ähnlichen Fallkonstellation bereits ein Nachprüfungsverfahren gegen die DB Regio NRW GmbH — eine Tochtergesellschaft der DB Regio AG eingeleitet. Damals ging es um die

[interessenverband für mobilitätsdienstleister](http://www.mobilitaetsdienstleister.de)

Wolfgang Meyer
Präsident
Dr. Engelbert Recker
Hauptgeschäftsführer

Deutsche Bank Berlin
Konto-Nr. 6 039 861
BLZ 100 700 24

Steuernummer
27/620/57964

rechtswidrige „de facto“-Vergabe eines Auftrags über Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs mit einem Gesamtwert von mehr als 1 Mrd. Euro in Nordrhein-Westfalen. Dem Nachprüfungsantrag des Antragstellers gegen die „de facto“-Vergabe des Auftrags an die DB Regio NRW GmbH gab der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 8. Februar 2011 — X ZB 4/10 in vollem Umfang statt.

Schon damals gab es während des gesamten Nachprüfungsverfahrens massive Versuche, die Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen zu beeinflussen oder sogar insgesamt zu verhindern. Zu der rechtswidrigen „de facto“-Vergabe des Auftrags mit einem Auftragswert von über 1 Mrd. Euro an die DB Regio NRW GmbH kam es nur deshalb, weil sich das Land Nordrhein-Westfalen im Interesse der DB Regio NRW GmbH massiv für eine Auftragserteilung ohne jeden Wettbewerb eingesetzt hatte.

Nachdem ein Antragsteller die „de facto“-Vergabe an die DB Regio NRW GmbH mit einem Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Münster angegriffen hatte, gab es von Seiten des Landes Nordrhein-Westfalen Versuche, die Entscheidung der Vergabekammer Münster zu beeinflussen. Deshalb hielt es die Vergabekammer Münster für notwendig, in ihrem Beschluss vom 18. März 2010 VK 1/10 auf folgendes hinzuweisen:

„Die Kammer stellt hiermit ausdrücklich fest, dass sie den Sachverhalt ausschließlich unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten beurteilt hat. Sie sieht sehr wohl, dass dem Rechtsstreit eine Reihe anderer Gesichtspunkte, wie tatsächliche und wirtschaftliche Probleme bei Durchführung des bestehenden Vertrages zugrunde liegen und es auch um grundsätzliche wettbewerbliche Fragen im Zusammenhang mit der zukünftigen Ausgestaltung des Schienenpersonen-Nachverkehrs geht. Diese Gesichtspunkte können aber im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nicht berücksichtigt werden.“

VK Münster, Beschluss vom 18. März 2010 -- VK1/10.

Den Einflussnahmeversuchen durch das Land Nordrhein-Westfalen hielt die Vergabekammer Münster damals stand.

Sie erklärte den im Wege einer „de facto“-Vergabe abgeschlossen Vertrag zwischen dem Verkehrsverbund Rhein-Ruhr und der DB Regio NRW GmbH für unwirksam. Im Beschwerdeverfahren schloss sich das Oberlandesgericht Düsseldorf dieser Rechtsauffassung an, legte die Sache aber wegen einer beabsichtigten Abweichung von einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor.

Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf wollten das Land Nordrhein-Westfalen und die DB Regio NRW GmbH eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs verhindern; ihr Ziel war es, den Antragsteller zu einer Rücknahme des Nachprüfungsantrags zu bewegen und damit auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus der Welt zu schaffen. Anfang Dezember 2010 berichtete Spiegel-online dann, das Bundeskartellamt sei wegen des Anfangsverdachts des Verstoßes gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV interveniert und habe die Deutsche Bahn in ihre Schranken verwiesen. In dem Bericht von Spiegel-online heißt es unter anderem:

„Kartellamt stoppt Mauschelei der Deutschen Bahn

(...) Nach SPIEGEL-Informationen hat das Kartellamt Absprachen zwischen dem Konzern und seinem Konkurrenten Abellio gestoppt. Die Unternehmen wollten den nordrhein-westfälischen Nahverkehrsmarkt unter sich aufteilen – jetzt droht ihnen eine Geldstrafe.“

Am 7. Dezember 2010 fand dann die mündliche Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof statt. Nachdem der Bundesgerichtshof auf Anregung der DB Regio NRW GmbH entgegen seiner üblichen Praxis einen Verkündungstermin nicht noch an dem Tag der mündlichen Verhandlung, sondern erst für den 8. Februar 2011 bestimmte, wollte die DB Regio NRW GmbH weiterhin eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs verhindern. Dazu kam es nur deshalb nicht, weil das Bundeskartellamt nochmals intervenierte. Mit Schreiben vom 14. Januar 2011 teilte es den Beteiligten folgendes mit:

„Wegen des besonderen Gewichts der hier in Rede stehenden öffentlichen Interessen wird die Beschlussabteilung in dem Fall, dass die Abellio Rail NRW GmbH ihren Nachprüfungsantrag zurücknimmt und sie oder ein mit ihr verbundenes Unternehmen dafür irgendeine Art von Gegenleistung, z.B. in Form eines Subunternehmervertrages, erhält, ein Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 1, Art. 101 AEUV i.V.m. § 81 GWB gegen den Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AÖR, die Abellio Rail NRW GmbH und die DB Regio NRW GmbH sowie die persönlich Verantwortlichen einleiten. Die Beschlussabteilung weist darauf hin, dass im Ordnungswidrigkeitenrecht gemäß § 14 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz der sog. Einheitstäterbegriff gilt. Dies bedeutet, dass jeder Beteiligte an einer Ordnungswidrigkeit ordnungswidrig handelt, gleichgültig, in welcher Weise er zur Verwirklichung der Ordnungswidrigkeit beiträgt“.

Wenn man sieht, dass das Land Nordrhein-Westfalen versucht hat, die Entscheidung der Vergabekammer Münster massiv zu beeinflussen und dass auch die DB Regio

NRW GmbH eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs verhindern wollte – soll man dann etwa glauben, die Vergabekammer sei im vorliegenden Nachprüfungsverfahren keiner Beeinflussung durch das Land Sachsen-Anhalt ausgesetzt gewesen?

Wer die erfreulich klaren Sätze der Vergabekammer Münster in dem Beschluss vom 18. März 2010 – VK 1/10 (s.o.) liest, muss sich fragen: Hat die Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt ihrem Beschluss vom 11. Mai 2012 einen anderen Maßstab zugrunde gelegt?

Wollte sie den Sachverhalt etwa nicht ausschließlich unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten beurteilen, sondern waren andere Gesichtspunkte – z.B. solche tatsächlicher, wirtschaftlicher oder politischer Art entscheidend?

Hat die Vergabekammer überhaupt eine unabhängige Entscheidung getroffen oder wollte sie in erster Linie sicherstellen, dass die politischen Interessen des Landes Sachsen-Anhalt gewahrt werden?