

Leitsätze:

1. Die Abgabe eines Angebots ist nicht zwingende Voraussetzung für die Bejahung des Interesses am Auftrag, insbesondere, wenn die ASt vorträgt, gerade durch vergaberechtlich unzulässige Eignungsanforderungen an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert worden zu sein. Die Ausarbeitung und Abgabe eines Angebots, von dem von vornherein bekannt ist, dass es anhand der von der VSt aufgestellten Kriterien ausgeschlossen werden würde, kann von der ASt nicht verlangt werden.
2. Die in § 97 GWB niedergelegten vergaberechtlichen Grundsätze geben der Vergabestelle einen Rahmen vor, in dem sie sich hinsichtlich der Anforderung von Eignungsnachweisen und dem Aufstellen von Ausschlusskriterien bewegen darf. Dabei steht es einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben selbst zu definieren und die von den Bietern zu erfüllenden Anforderungen festzulegen.
3. Für die Frage, ob ein Kriterium diskriminierende Wirkung aufweist, kommt es nicht darauf an, ob die Antragstellerin tatsächlich als einzige Teilnehmerin des Vergabeverfahrens von diesem Kriterium betroffen ist. Vielmehr ist danach zu fragen, ob das Kriterium so ausgestaltet wurde, dass bereits die Möglichkeit einer Betroffenheit von Anfang an nur für die ASt gegeben war.
4. Ein Auftraggeber ist hinsichtlich der Aufstellung von Kriterien zur Eignung bzw. Nichteignung nicht völlig frei, sondern die aufgestellten Erfordernisse müssen durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein sowie die allgemeinen vergaberechtlichen Anforderungen berücksichtigen.

**Antragstellerin:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

**( Antragstellerin - ASt )**

**Vergabestelle:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

**( Vergabestelle - VSt )**

**Vergabeverfahren:**

**.....leistungen im Linienverkehr .....**

**Offenes Verfahren nach § 14 SektVO**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 27.09.2016 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

### **Beschluss:**

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Das Vergabeverfahren wird zurückversetzt in den Stand vor der öffentlichen Bekanntmachung und ist unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €  
Auslagen sind nicht angefallen.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Die VSt schrieb .....leistungen im Linienverkehr ..... im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum EU-Amtsblatt am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Schlusstermin zur Angebotsabgabe war der xx.xx.xxxx, xx.xx Uhr.

Der Auftrag ist für den xx.12.2016 bis xx.12.2017 ohne Verlängerungsoption vorgesehen.

Neben den Zuschlagskriterien Preis, Fahrzeugalter ab Datum der ersten Zulassung, Länge der nutzbaren Multifunktionsfläche, Mitwirkung/Dokumentation und technische Zuverlässigkeit stellte die VSt ein absolutes Ausschlusskriterium folgenden Wortlauts auf:

*Im Zeitraum 01.01.15-31.08.2016 konnten Fahrleistungen im Auftrag der ..... wegen Personalmangels nicht erbracht werden.*

#### **2.**

Mit Schreiben vom 06.07.2016 rügte die ASt das Ausschlusskriterium. Dieses sei unter zwei Gesichtspunkten zu beanstanden. Einerseits sei fraglich, ob die – auch bloß einmalige – Nichterbringung einer Fahrleistung im Auftrag der ..... wegen Personalmangels überhaupt als Ausschlusskriterium geeignet sei – zumal selbst eine unverschuldete Nichterbringung einer Fahrleistung das Kriterium verwirklicht. Eine derartige Verschärfung der Anforderungen des § 46 VGV sei weder durch einen sachlichen Grund gerecht-

fertigt noch zumutbar. Außerdem sei das Ausschlusskriterium im vorliegenden Fall aber auch willkürlich und diskriminierend, da die Auswahl des Zeitraums für das Kriterium nicht zu rechtfertigen sei. Die vorangegangene Ausschreibung der .....leistungen im Linienverkehr der ..... sei im Hinblick auf die zeitliche Dauer und den Umfang der Leistungserbringung im Wesentlichen vergleichbar gewesen. Als Zeitraum für das Ausschlusskriterium sei dabei der 01.01.2015 bis 31.08.2015 für ausreichend erachtet und festgelegt worden. Es sei nicht sachlich gerechtfertigt, dass bei einem im Wesentlichen unveränderten Ausschreibungsgegenstand der Zeitraum für das Ausschlusskriterium nunmehr auf einen Zeitraum von 01.01.2015 bis 31.08.2016, mithin 20 Monate, erweitert und dadurch mehr als verdoppelt werde. Es dränge sich der Eindruck auf, dass die VSt diese Anpassung gezielt vorgenommen habe, um die ASt als Bieter verhindern zu können, was diskriminierend sei.

§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB sei eine Norm mit bieterschützendem Charakter im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB.

### **3.**

Die VSt hat die Rüge mit Schreiben vom 11.07.2016 zurückgewiesen. Die gegenständliche Ausschreibung betreffe Verkehrsleistungen und damit eine Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 Abs. 4 GWB. Damit seien neben dem GWB auch die Vorschriften aus der SektVO zu berücksichtigen. Gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB dürften Sektorenauftraggeber die berufliche Leistungsfähigkeit von Unternehmen nach objektiven Kriterien beurteilen, die allen zugänglich sind. Die VSt habe dementsprechend ein Ausschlusskriterium definiert, welches gegenüber allen Interessenten bzw. Bietern gleichermaßen gilt, sodass der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 97 Abs. 2 GWB gewahrt sei. § 46 VgV sei nicht einschlägig, da es sich um einen Sektorenauftrag handle. Es gelte daher ergänzend § 46 Abs. 1 SektVO, wonach der in § 142 Abs. 1 GWB geregelte Grundsatz wiederholt werde. Die verschärften Anforderungen aus § 46 VgV seien aufgrund der Ausschlussanordnung aus § 1 Abs. 2 VgV auf Sektorenaufträge ausdrücklich nicht übertragbar. Das Kriterium an sich sei auch verhältnismäßig. Der Sektorenauftraggeber habe ein überragendes Interesse daran, dass die ausgeschriebenen Verkehrsdienstleistungen erbracht werden. Ausfälle aufgrund Personalmangels seien nicht hinnehmbar, da die VSt fest mit den Verkehrsdienstleistungen rechne. Gerade weil sie kein eigenes Personal zur Verfügung habe, sei sie auf die Leistungen angewiesen. Ein Ausfall wegen Personalmangels bedeutet auch, dass Fahrten im Zweifel ausfielen, was nicht im Sinne eines wirksamen öffentlichen Personennahverkehrs ist. Die VSt dürfe Bieter, die in der Vergangenheit ihr gegenüber derart auffällig geworden sind, nach diesem Kriterium bewerten. Der angesetzte Zeitraum liege sogar

weit unter dem gesetzlich möglichen nach § 126 GWB, wonach - je nach Ausschlussgrund - drei bis fünf Jahre angesetzt werden dürften.

#### 4.

Am 26.07.2016 stellte die Bevollmächtigte der ASt Nachprüfungsantrag und beantragte,

1. gegen die Antragsgegnerin das Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,
3. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten gemäß. § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren sowie
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Die Antragstellerin sei antragsbefugt. Sie habe das nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Interesse am Auftrag. Dieses habe sie durch Prüfung der Vorinformation, die Anforderung der Vergabeunterlagen sowie ihre Rüge hinreichend zum Ausdruck gebracht.

Das von der VSt gewählte Ausschlusskriterium stelle einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. § 97 Abs. 1 S. 2 GWB dar. Wesentliches Element der Verhältnismäßigkeit sei, dass die Maßnahme angemessen sein müsse. Hieran fehle es vorliegend, da die Schwere der Belastung, der Ausschluss vom Verfahren, außer Verhältnis zu dem Nutzen für den verfolgten Zweck stehe. Das Ausschlusskriterium erfasse sogar einmalige und unverschuldete Fahrtausfälle und sei daher unverhältnismäßig.

Die Regelung des § 126 GWB sei nicht mit der vorliegenden Situation vergleichbar. Weder die Voraussetzungen des § 123 GWB noch die des § 124 GWB seien mit dem von der VSt ausgestalteten Ausschlusskriterium vergleichbar. Ähnlich sei vom Sachverhalt allenfalls § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Hier sei aber erforderlich, dass ein Unternehmen erheblich oder fortlaufend mangelhaft seine Leistung erbracht hat und dieses zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Es handle sich hierbei weiterhin um eine Ermessensvorschrift und es werde dem Unternehmen in § 125 GWB die Möglichkeit der Selbstheilung gewährt. Das Ausschlusskriterium der VSt weise eine erhebliche Verschärfung gegenüber der gesetzgeberischen Wertung auf.

Die Ausgestaltung des Kriteriums verstoße weiterhin gegen das Diskriminierungsgebot. Der sachliche Anwendungsbereich der Regelung sei willkürlich. Ginge es der VSt nur

um die Vermeidung von Fahrtausfall, dann hätte sie den sachlichen Anwendungsbereich nicht auf Fahrtausfälle wegen Personalmangels beschränkt.

Auch der zeitliche Anwendungsbereich sei willkürlich gewählt. Bei der vorangegangenen Ausschreibung von .....leistungen im Linienverkehr habe die VSt bei dem Ausschlusskriterium zunächst gar keinen und schließlich einen zeitlichen Rahmen vom 01.01.2015 bis 31.08.2015 gesetzt. Damit habe sie eine Wertung dahingehend getroffen, dass im Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Verkehrsleistung ein Zeitraum von acht Monaten eine ausreichende Gewähr für eine sichere Prognose der zukünftigen Leistungserbringung bietet. Obwohl die gegenständliche Ausschreibung vom Leistungsumfang und der zeitlichen Dauer vergleichbar ist, habe die VSt den Zeitraum von acht Monaten auf 20 Monate mehr als verdoppelt.

## 5.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 27.07.2014 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

## 6.

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 03.08.2016 beantragte die VSt,

1. den Vergabenachprüfungsantrag zu verwerfen,
2. hilfsweise: den Vergabenachprüfungsantrag zurückzuweisen,
3. der Antragstellerin die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, aber jedenfalls unbegründet.

Die VSt sei ein kommunales Querverbundunternehmen, das Verkehrsleistungen nach dem Personenbeförderungsrecht als interner Betreiber gem. der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im .....gebiet ..... durchführe. Sie erbringe diese Leistungen nicht nur durch eigene, sondern auch durch sog. Anmietbusse. Die ASt sei in der Vergangenheit in diesem System als Subunternehmen für die VSt tätig gewesen. Zivilrechtlich sei die VSt Leistender aus dem Beförderungsvertrag mit dem Fahrgast. Die ASt erbringe ihre Leistung nicht gegenüber dem Fahrgast, sondern gegenüber der VSt. Dies sei in einer Reihe von Fällen mangelhaft erfolgt. Beförderungsleistungen seien nicht nur verspätet, son-

dem aufgrund von Personalmangel bzw. Krankheitsfällen oder aufgrund technischer Probleme gänzlich ausgefallen, sodass Vertragsstrafen fällig geworden seien.

Hintergrund des gewählten Ausschlusskriteriums sei der Umstand, dass die VSt als konzessioniertes Verkehrsunternehmen gem. § 21 PBefG mit der Innehaltung einer Linienkonzession auch eine Betriebspflicht übernehme. Diese werde verletzt, wenn ein Verkehrsunternehmen den fahrplanmäßigen Verkehr aus ihm zuzurechnenden Gründen nicht durchführe. Bediene sich ein konzessioniertes Linienverkehrsunternehmen zur Erfüllung seiner Betriebspflicht eines Subunternehmers, so sei ihm dessen Verhalten wie eigenes zuzurechnen gem. § 278 BGB. Die VSt beabsichtige daher durch die Aufnahme dieses Ausschlusskriteriums sicherzustellen, dass kein Verkehrsunternehmen als Subunternehmer beauftragt werde, welches bereits in der Vergangenheit für die VSt Fahrdienstleistungen mangelhaft erbracht hatte. Für die Begrenzung des Kriteriums auf Personalmangel sei davon ausgegangen worden, dass Personalmangel ein Organisationsverschulden darstelle. Die VSt habe bereits in vergangenen Ausschreibungen ein sachlich vergleichbares Ausschlusskriterium angewendet. Dies sei seinerzeit von der ASt nicht gerügt worden. Die Begrenzung des Ausschlusskriteriums auf den Zeitraum von 01.01.2015 bis 31.08.2016 habe den Hintergrund, dass vor dem 01.01.2015 keine Fälle verzeichnet worden seien, in denen Fahrleistungen durch Subunternehmer nicht erbracht worden seien.

Der Antrag sei unzulässig. Die ASt sei nicht antragsbefugt, da sie ihr Interesse am Auftrag nicht durch ein Angebot dokumentiert habe. Die Abgabe eines Angebots sei aber nur in Fällen entbehrlich, in denen das Unternehmen gerade wegen des behaupteten Vergaberechtsverstößes gehindert sei, ein Angebot abzugeben, oder, wenn die zur Angebotsabgabe aufgewendete Zeit und Mühe auch im Falle eines erfolgreichen Nachprüfungsverfahrens vergeblich wäre. Dies betreffe insbesondere Fälle eines vergaberechtswidrigen Verzichts auf eine Losaufteilung. Vorliegend liege keiner dieser Fälle vor. Die ASt werde durch das angegriffene Ausschlusskriterium nicht an der Abgabe eines Angebots gehindert. Das Kriterium betreffe allein die Erfolgsaussichten. Die Abgabe eines Angebots sei auch nicht von vornherein nutzlos gewesen, da die ASt im Falle eines erfolgreichen Nachprüfungsantrags nicht gezwungen sei, ein neues, abweichendes Angebot einzureichen. Die ASt hätte aber in jedem Fall konkret darlegen müssen, auf Grund welcher Vergaberechtsverstöße sie an der Abgabe eines Angebots gehindert gewesen sei. Dies habe sie nicht getan.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei nicht die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, sondern ein gewöhnliches Vergabeverfahren nach den Bestimmungen der Sektorenverordnung. Die VSt sei nicht Aufgabenträgerin des ÖPNV,

die öffentliche Aufträge i.S.d. Verordnung vergabe, sondern die VSt sei selbst ein Verkehrsunternehmen, welches als interner Betreiber i.S.d. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Verkehrsleistungen ausführe.

Die VSt sei aufgrund ihrer kommunalen Eigenschaft Sektorenauftraggeber. Das Ausschlusskriterium sei nicht vergaberechtswidrig. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit liege unter Berücksichtigung der Bedeutung des Kriteriums für die Betriebspflicht der VSt nicht vor. Die VSt könne sich, anders als bei einer Übertragung der Betriebspflicht gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 PBefG, bei der Einsetzung von Anmietverkehren als Subunternehmer ihrer Betriebspflicht nicht entledigen. Sie verletze bei vertragswidrigem Handeln des Subunternehmers zugleich ihre Pflichten als interner Betreiber i.S.d. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007. Sie würde damit Gefahr laufen, ihre Linienkonzession bzw. ihren Status als interner Betreiber zu verlieren.

Das Ausschlusskriterium sei geeignet, sicherzustellen, nur solche Unternehmen als Subunternehmer zu verpflichten, die neben der entsprechenden Fachkunde und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch über die technische und personelle Leistungsfähigkeit verfügen. Die Bedeutung dessen für Auftraggeber unterstreiche der Gesetzgeber mit der neuen Regelung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, wonach ein fakultativer gesetzlicher Ausschlussgrund für Fälle geschaffen werde, in denen ein Unternehmen bei der Durchführung eines früheren Auftrags wesentliche Anforderungen erheblich oder fortwährend mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder einer ähnlichen Rechtsfolge geführt hat.

Das Kriterium sei auch erforderlich. Es sei kein milderes Mittel erkennbar. Die Vergangenheit habe gezeigt, dass vertragliche Sanktionen nicht ausgereicht hätten, um einen personalbedingten Ausfall von Fahrleistungen zu verhindern.

Die VSt habe in Anbetracht der Bedeutung der Sicherstellung der Betriebspflicht mit dem Kriterium auch nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen.

Es liege auch keine Diskriminierung der ASt vor. Der von der ASt gewählte Zeitraum für das Ausschlusskriterium gewählte Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.08.2016 beruhe darauf, dass vor diesem Zeitraum solche Verstöße nicht zu verzeichnen gewesen seien. Die VSt hätte auch auf die Aufnahme eines solchen Zeitraums verzichten können. Dies nicht getan zu haben, bedeute keine Diskriminierung. Die Abänderung (Verlängerung von acht auf 20 Monate) des Zeitraums gegenüber einer vorhergehenden Ausschreibung sei ebenfalls nicht diskriminierend. Die VSt wäre auch befugt gewesen, auf den vergaberechtlich üblichen Zeitraum von drei Jahren abzustellen.

Der Ausschluss wäre schließlich gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ohnehin zulässig gewesen. Die Voraussetzungen des fakultativen Ausschlussgrundes hätten im vorliegenden Fall vorgelegen. Die ASt habe wesentliche Anforderungen bei der Ausführung eines

früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt, was zu einer einem Schadenersatz ähnlichen Rechtsfolge geführt habe. Es seien Vertragsstrafen verwirkt worden.

## 7.

Mit Schreiben vom 11.08.2016 trug die ASt vor, dass Beförderungsleistungen nicht gänzlich ausgefallen seien. Vielmehr habe die ASt jeweils im Vorfeld abgeklärt, dass eine Übernahme der Fahrleistungen erfolgen und es nicht zum Ausfall kommen würde. Auch wenn sie die Fahrleistungen aufgrund Personalmangels nicht selbst erbringen konnte, so habe sie im Vorfeld jeweils sichergestellt, dass es nicht zu einem Ausfall kam.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Die Teilnahme am Wettbewerb durch Abgabe eines Angebots sei nicht zwingende Voraussetzung für die Bejahung eines Interesses am Auftrag. Ein Antragsteller müsse kein Angebot abgeben, welches bei Misserfolg seines Nachprüfungsantrags keinerlei Aussichten auf den Zuschlag haben würde. Die ASt habe bereits in der Vergangenheit mehrfach .....leistungen im Linienverkehr für die VSt durchgeführt. Sie habe auch weiterhin ein Interesse an der Erbringung dieser Dienstleistungen. Daher habe sie sich auch 2015 an der Ausschreibung der VSt beteiligt und sei damals wegen des Ausschlusskriteriums ausgeschlossen worden. Sie müsse daher davon ausgehen, dass ihr Angebot im Falle eines Misserfolgs des Nachprüfungsantrags keinerlei Aussichten auf einen Zuschlag haben würde.

Das Ausschlusskriterium als solches, jedenfalls aber der gewählte Zeitraum, mit einer Anhebung von acht auf 20 Monate, sei rechtswidrig. Es liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor. Die rein vergangenheitsbezogene Betrachtung sei nicht geeignet, die zukünftige Leistungserbringung in irgendeiner Art und Weise zu fördern. Die VSt hätte ihr Ziel auch über zusätzliche Vorgaben zu Reservefahrzeugen und/oder Ersatzfahrern sichern können. Die Formulierung des Ausschlusskriteriums stelle lediglich auf die Nichterbringung der Fahrleistung durch den Bieter ab, aber nicht auf den tatsächlichen Ausfall der jeweiligen Fahrt. Nur ein solcher Fahrtausfall würde einen Verstoß gegen die Betriebspflicht des § 21 PBefG begründen. Eine Formulierung, die auf einen tatsächlichen Fahrtausfall abstellt, hätte ein milderer Mittel gegenüber einem Ausschluss dargestellt.

Es liege ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor. Es gebe keine sachlichen Gründe für die Verlängerung des Ausschlusskriteriums von acht auf 20 Monate. Die VSt räume selbst ein, dass hiervon ausschließlich die ASt betroffen war.

Ein Ausschluss sei auch nicht wegen § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zulässig. Dafür müsse es sich um eine erhebliche oder fortdauernde mangelhafte Auftragserfüllung in Bezug auf eine wesentliche Anforderung gehandelt haben und dieser Umstand müsse zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadenersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben.



Die Verletzung einer wesentlichen Anforderung liege nicht vor, da zu keinem Zeitpunkt eine Fahrt ausgefallen sei. Es habe sich um eine bloße Rückgabe der Fahrten an die VSt gehandelt. Bei Anwendung von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB hätte die VSt zudem, anders als bei einem Ausschlusskriterium, ein ihr zustehendes Ermessen ausüben und der ASt außerdem die Möglichkeit nach § 125 eröffnen müssen.

## **8.**

Mit Schriftsatz vom 19.08.2016 trug die VSt vor, dass die Leistung der ASt gegenüber der VSt in der Vergangenheit ausgefallen sei. Die VSt habe daher die von der ASt geschuldete Beförderungsleistung selbst erbringen müssen. Die Leistung sei lediglich nicht gegenüber dem Fahrgast ausgefallen, wohl aber gegenüber der VSt. An der erheblichen Pflichtverletzung ändere dies nichts.

Das Ausschlusskriterium sei auch nicht wegen des Bezugs auf die Vergangenheit unverhältnismäßig. Das Vergaberecht sehe dies gerade vor. Wenn etwa als Nachweis der fachlichen Eignung Referenzleistungen gefordert werden, so deshalb, weil der Umstand, dass eine bestimmte Leistung in der Vergangenheit zur Zufriedenheit erfüllt wurde, die Prognose begründe, dass dies auch in der Zukunft so sein werde.

Bei dem Ausschlusskriterium sei auch nicht als milderer Mittel auf den tatsächlichen Ausfall einer Fahrt abzustellen. Für das Vertragsverhältnis zwischen VSt und ASt sei es unerheblich, dass die VSt im Außenverhältnis zum Fahrgast in der Lage gewesen sei, doch noch eine Möglichkeit zu finden, die Fahrleistung durchzuführen.

Die VSt habe entschieden, die streitgegenständlichen Fahrleistungen nicht selbst zu erbringen, sondern einen Subunternehmer dafür einzusetzen. Müsse sie stetig mit dem Risiko rechnen, die Leistung auch selbst erbringen zu müssen, weil der Subunternehmer nicht dauerhaft leistungsfähig ist, so könne sie dieses Konzept nicht stringent durchsetzen. Ca. 20 % der Fahrleistungen der VSt würden durch Subunternehmer erbracht. Reservepersonal in diesem Umfang könne sie nicht vorhalten.

Im Übrigen wird auf den Schriftsatz verwiesen.

## **9.**

Mit Schriftsatz vom 30.08.2016 trug die ASt vor, dass sogar die VSt einräume, dass die Leistung gegenüber dem Fahrgast nicht ausgefallen sei. Dies sei deswegen bedeutsam, da die VSt ihr Ausschlusskriterium mit der Sicherstellung der Betriebspflicht gerechtfertigt hatte. Es stehe fest, dass – jedenfalls durch das Verhalten der ASt – die VSt zu keinem Zeitpunkt Gefahr gelaufen sei, ihre Linienkonzessionen bzw. ihren Status als interner Betreiber wegen einer Verletzung der ihr obliegenden Betriebspflicht zu verlieren.

Die VSt habe ausgeführt, dass sie vor dem 01.01.2015 keine Fälle verzeichnet hat, in denen Fahrleistungen durch in Dienst genommene Subunternehmer nicht erbracht worden sind. Allerdings habe die ASt allein im Jahr 2014 72 zusätzliche Fahraufträge von der VSt übernommen.

**10.**

Die Vergabekammer hat die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB bis zuletzt 30.09.2016 verlängert.

**11.**

Mit Schriftsatz vom 07.09.2016 beantragte die VSt,

ihr zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung gem. § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB zu erteilen.

Der Antrag auf Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung sei zulässig und begründet. Vertragsbeginn für die gegenständlichen .....leistungen solle der xx.12.2016 sein. An diesem Datum finde der jährliche Fahrplanwechsel statt. Die bisherigen Verträge über Anmietleistungen endeten am Vortag. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen gelte für die Angebote eine Bindefrist bis 30.09.2016. Zum Ende der Angebotsfrist am xx.xx.xxxx seien vier Angebote eingegangen.

Die Vergabekammer habe mit Verfügung vom 23.08.2016 die Entscheidungsfrist bis zum 30.09.2016 verlängert. Die VSt könne somit voraussichtlich erst am 15.10.2016 und somit deutlich nach Ablauf der Bindefrist den Zuschlag erteilen.

Der Nachprüfungsantrag der ASt habe den Suspensiveffekt gem. § 169 Abs. 1 GWB ausgelöst.

Die Interessen der VSt und der Allgemeinheit an der vorzeitigen Zuschlagserteilung überwiegen eindeutig die Interessen der ASt. Es bestehe ein besonderes Interesse der VSt an der Zuschlagserteilung, während der ASt mangels Erfolgsaussichten des Antrags kein schutzwürdiges Interesse zukomme.

Die ausgeschriebenen Anmietleistungen dienen dem öffentlichen Personennahverkehr in der Region ..... und seien notwendig, um die Aufgaben der Daseinsfürsorge zu erfüllen. Die VSt riskiere einen Verstoß gegen ihre Betriebspflicht, wenn diese Leistungen nicht zum vorgesehenen Vertragsbeginn zur Verfügung stünden.

Der Zuschlag sei bis spätestens 30.09.2016 zu erteilen. Einerseits wegen der Bindefrist, andererseits könne nur so eine rechtzeitige Leistungsübernahme gewährleistet werden. Das Ende der Bindefrist sei so gewählt worden, dass den Unternehmen noch ein ausreichender Zeitraum zur Leistungsübernahme zur Verfügung stehe. Für den ausgeschriebenen Auftrag

seien zum Teil umfangreiche Vorbereitungsmaßnahmen notwendig. Ein Auftragnehmer müsse ggf. neue Fahrzeuge beschaffen, Personal einstellen und einarbeiten. Der VSt sei es nicht möglich gewesen, durch bessere zeitliche Planung diese Risiken zu minimieren. Nach der Planung der VSt wäre schon am 29.07.2016 eine Vorabinformation nach § 134 GWB möglich gewesen. Ein Zuschlag hätte in diesem Falle am 09.08.2016 erfolgen können. Das Ausschreibungsverfahren habe auch nicht früher begonnen werden können. Die zu beschaffende Leistung habe erst mit Kenntnis des neuen Fahr- und Dienstplans festgestanden. In der Gemeinde ..... sei eine Linie neu geplant worden, was Auswirkungen auf viele Wagenumläufe gehabt habe. Dies sei der VSt mit Schreiben vom 04.04.2016 mitgeteilt worden. Danach hätten Umlaufplanungen angepasst werden und anschließend die Dienstpläne seitens der VSt erstellt werden müssen. Die Lose für die gegenständlich ausgeschriebene .....leistung hätten erst danach zusammengestellt werden können.

Demgegenüber sei das Interesse der ASt geringfügig, da ihr Antrag bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet sei.

## **12.**

Die VSt erklärte sich durch Schreiben vom 09.09.2016, die ASt durch Schreiben vom 12.09.2016 mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden.

### **Begründung:**

#### **1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Bei den ausgeschriebenen „.....leistungen im Linienverkehr der ..... “ handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB.
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. § 99 Nr. 2 GWB. Sie ist als Sektorenauftraggeberin im Bereich Verkehrsleistungen tätig, § 102 Abs. 4 GWB.
- d)** Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert (§ 106 GWB). Der gem. Art. 15 Richtlinie 2014/25/EU maßgebliche Wert für Sektorenauftraggeber von derzeit 418.000,- € wird vorliegend deutlich überschritten.

- e)** Die ASt ist auch antragsbefugt, da sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend zum Ausdruck gebracht hat.

Zwar hat sie kein eigenes Angebot abgegeben. Ein solches ist in der Regel notwendig, um das Interesse am Auftrag nachzuweisen (vgl. VK Düsseldorf, B. v. 15.08.2008, Az.: VK.18/2008-L). Allerdings sind wegen des verfassungsrechtlichen Gebots, den Bietern effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, an diese Zulässigkeitsvoraussetzung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (OLG München, B. v. 19.07.2012, Az.: Verg 8/12). Daher ist die Abgabe eines Angebots nicht zwingende Voraussetzung für die Bejahung des Interesses am Auftrag, insbesondere, wenn die ASt vorträgt, gerade durch vergaberechtlich unzulässige Eignungsanforderungen an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert worden zu sein (vgl. Herlemann/Thiele in Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 107 GWB Rn. 23). Vorliegend beruft sich die ASt darauf, von einem vergaberechtswidrigen Ausschlusskriterium betroffen zu sein. Die Ausarbeitung und Abgabe eines Angebots, von dem von vornherein bekannt ist, dass es anhand der von der VSt aufgestellten Kriterien ausgeschlossen werden würde, kann von der ASt nicht verlangt werden. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch eine Rüge gem. § 160 Abs. 3 GWB und die nachfolgende Stellung des Nachprüfungsantrags hinreichend nachgewiesen.

- f)** Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen (§ 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB). Sie hat mit Schreiben vom 06.07.2015 das von der VSt formulierte Ausschlusskriterium gerügt. Die in der Bekanntmachung genannte Frist zur Angebotsabgabe lief bis zum xx.xx.xxxx. Die Rüge erfolgte vor Stellung des Nachprüfungsantrags.

- g)** Die ASt hat durch den Nachprüfungsantrag, der bei der Vergabekammer am 26.07.2016 einging, auch die Frist von 15 Kalendertagen zur Erhebung des Nachprüfungsantrags eingehalten, § 160 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Das Nichtabhilfeschreiben der VSt datiert vom 11.07.2016.

- h)** Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt (§ 168 Abs. 2 S. 1 GWB).

## **2.**

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die ASt ist durch die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden.

Das von der VSt aufgestellte Ausschlusskriterium ist vergaberechtswidrig, da es den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, § 97 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GWB.

**a)**

Die in § 97 GWB niedergelegten vergaberechtlichen Grundsätze geben der Vergabestelle einen Rahmen vor, in dem sie sich hinsichtlich der Anforderung von Eignungsnachweisen und dem Aufstellen von Ausschlusskriterien bewegen darf.

Dabei steht es einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben selbst zu definieren und die von den Bietern zu erfüllenden Anforderungen festzulegen (vgl. OLG München, B. v. 31.08.2010 - Az.: Verg 12/10).

Es ist demnach Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Leistungsanforderungen zu definieren und auch festzulegen, welche Referenzen aussagekräftige Rückschlüsse auf die für den zu vergebenden Auftrag erforderliche Leistungsfähigkeit zulassen (OLG Düsseldorf, B. v. 25.10.2011 - Az.: VII-Verg 86/11).

**b)**

Das von der VSt gewählte Ausschlusskriterium „Im Zeitraum 01.01.15-31.08.2016 konnten Fahrleistungen im Auftrag der ....., wegen Personalmangels nicht erbracht werden.“ stellt keinen Verstoß gegen das Willkürverbot dar. Dass für die Erfüllung dieses Kriteriums ein Zeitraum gewählt wurde, der sich gegenüber der vorangegangenen Ausschreibung mit im Wesentlichen gleichen Inhalt deutlich vergrößert hat, nämlich von acht auf 20 Monate, ist nicht zu beanstanden. Es steht der VSt frei, einen Zeitraum zu wählen, der es ihr zum einen ermöglicht, wenig leistungsfähige Bieter auszuschließen, andererseits aber den Wettbewerb nicht zu sehr beschränkt. Sachfremde Erwägungen für die Wahl eines Zeitraums vom 01.01.2015 bis 31.08.2016, in dem Fahrleistungen ihr gegenüber nicht aufgrund Personalmangels ausgefallen sein durften, sind nicht ersichtlich. Insbesondere liegt die VSt mit der Vorgabe dieses Zeitraums in einem für die Abfrage von Referenzen üblichen Rahmen von drei Jahren. Dass keine Referenz im eigentlichen Sinne vorliegt, schadet nicht, da eine Vergabestelle nicht nur auf Erfahrungswerte Dritter, sondern auch auf eigene Erfahrungen mit den Bietern zurückgreifen darf (vgl. Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14.09.2015, § 97 GWB, Rn. 692).

**c)**

Die VSt hat durch die Formulierung des Ausschlusskriteriums auch nicht deshalb gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, weil das Kriterium nach dem Vorbringen der ASt nur sie selbst betreffe. Für die Frage, ob ein Kriterium diskriminierende Wirkung aufweist,

kommt es nämlich nicht darauf an, ob die Antragstellerin tatsächlich als einzige Teilnehmerin des Vergabeverfahrens von diesem Kriterium betroffen ist. Vielmehr ist danach zu fragen, ob das Kriterium so ausgestaltet wurde, dass bereits die Möglichkeit einer Betroffenheit von Anfang an nur für die ASt gegeben war. Dies ist jedoch nicht der Fall. Im Zeitraum, der von der VSt für das Ausschlusskriterium gewählt wurde, erbrachten fünf Auftragnehmer Fahrleistungen für die VSt. Für all diese Auftragnehmer bestand die Möglichkeit das Ausschlusskriterium zu erfüllen. Wenn von ihnen allein die ASt tatsächlich betroffen ist, liegt das an von ihr erbrachten Schlechtleistungen in der Vergangenheit und nicht an einer diskriminierenden Wirkung des Ausschlusskriteriums.

**d)**

Das von der VSt gewählte Ausschlusskriterium „Im Zeitraum 01.01.15-31.08.2016 konnten Fahrleistungen im Auftrag der ....., wegen Personalmangels nicht erbracht werden.“ verstößt aber gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, § 97 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GWB.

Ein Auftraggeber ist hinsichtlich der Aufstellung von Kriterien zur Eignung bzw. Nichteignung nicht völlig frei, sondern die aufgestellten Erfordernisse müssen durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein sowie die allgemeinen vergaberechtlichen Anforderungen berücksichtigen (Weyand, aaO, Rn. 695).

Die Ausgestaltung des Ausschlusskriteriums in der von der VSt gewählten Form verstößt gegen das Übermaßverbot, weil dieses Ausschlusskriterium zum angestrebten Zweck, Auftragnehmer für zukünftige Fahrleistungen auszuschließen, die erwarten lassen, dass Fahrtausfälle wegen Personalmangels auftreten werden, außer Verhältnis steht. Die Formulierung des Kriteriums „Im Zeitraum 01.01.15-31.08.2016 konnten Fahrleistungen im Auftrag der ....., wegen Personalmangels nicht erbracht werden.“ führt zur Erfüllung des Ausschlusskriteriums bei einer Mehrzahl – also mindestens zwei – nicht erbrachten Fahrleistungen in einem Zeitraum von 20 Monaten. Die Vergabekammer hat zugunsten der VSt ein sehr hohes Interesse an einer Abwicklung der gegenständlichen Anmietleistungen ohne Ausfälle aufgrund Personalmangels angenommen. Dies beruht einerseits auf dem Ausschreibungsgegenstand im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs, mit dem auch eine Betriebspflicht gem. § 21 PBefG einhergeht, und andererseits auf den organisatorischen Problemen, die sich bei jedem Fahrtausfall für die VSt ergeben. Die Vergabe bestimmter Fahrleistungen an einen Subunternehmer dient gerade der organisatorischen Vereinfachung. Dieses Ziel wird verfehlt, wenn Schlechtleistungen dieses Subunternehmers organisatorischen Mehraufwand für die VSt nach sich ziehen.

Das gewählte Mittel eines absoluten Ausschlusskriteriums ist jedoch zur Erreichung dieses Ziels nicht mehr verhältnismäßig. Entgegen der Auffassung der ASt führt dabei eine vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise nicht bereits zur Ungeeignetheit des Kriteriums.

ums. Es ist vergaberechtlich – bspw. durch die Abfrage von Referenzen – anerkannt, dass Verhalten in der Vergangenheit von Vergabestellen als Grundlage für eine Prognose herangezogen wird, ob ein Bewerber hinreichend Gewähr für die ordnungsgemäße Ausführung des Ausschreibungsgegenstands bietet.

Das Ausschlusskriterium ist auch angemessen, weil es das für die Erreichung des angestrebten Ziels relativ mildeste Mittel darstellt. Das Ziel der VSt ist, jene Auftragnehmer von vornherein auszuschließen, die wegen Personalmangels Fahrtausfälle in der Durchführung der Anmietleistungen erwarten lassen. Dieses Ziel würde durch Vertragsstrafen bzw. deren Erhöhung gegenüber früheren Verträgen nicht erreicht. Ein Vertragsverhältnis, in dem das Berufen auf Vertragsstrafen erforderlich ist, möchte die VSt gerade vermeiden, zumal diese bereits in der Vergangenheit erprobt wurden. Eine Vorgabe durch die VSt hinsichtlich einer Anzahl an Ersatzfahrzeugen, wie von der ASt vorgeschlagen, kommt auch nicht in Betracht, da das Ausschlusskriterium gerade auf Fahrtausfälle wegen Personal- und nicht Fahrzeugmangels abstellt. Ebenso wenig kann eine Formulierung als milderer Mittel angesehen werden, die auf einen tatsächlichen Fahrtausfall in der Vergangenheit abstellt. Ausschreibungsgegenstand sind die gegenüber der VSt zu erbringenden Leistungen des Auftragnehmers und nicht die Leistungen im Außenverhältnis zum Fahrgast. Dass es der VSt in der Vergangenheit gelungen ist, bevorstehende Fahrtausfälle durch Auftragnehmer abzuwenden und dadurch den Ausfall der Fahrleistung im Verhältnis zum Fahrgast zu verhindern, kann die ASt nicht als Argument für sich ins Feld führen. Schließlich kann auch eine Vorgabe hinsichtlich von Ersatzfahrern in der Ausschreibung von der VSt nicht verlangt werden. Hierbei handelt es sich um organisatorische Überlegungen, welche die VSt durch die Ausschreibung bewusst an einen Subunternehmer vergeben will, um diese nicht selbst vornehmen zu müssen.

Das Ausschlusskriterium ist nicht angemessen, da es den Wettbewerb über Gebühr beschränkt. Die Formulierung eines absoluten Ausschlusskriteriums, das den Ausschluss vom Vergabeverfahren bei bereits zwei Fahrtausfällen wegen Personalmangels in einem Zeitraum von 20 Monaten nach sich zieht, stellt eine so weitgehende Beschränkung des Wettbewerbs dar, dass diese durch das Interesse der VSt an einer ordnungsgemäßen zukünftigen Vertragsdurchführung nicht gerechtfertigt werden kann. Die VSt lässt insbesondere vermissen, die Anzahl der ausgefallenen Fahrten ins Verhältnis zu den insgesamt erbrachten Fahrleistungen zu setzen, sondern setzt einen absoluten Zahlenwert fest, der jedenfalls bei Auftragnehmern, die im Zeitraum des Ausschlusskriteriums sehr viele Fahrten für die VSt absolvierten, als unverhältnismäßig anzusehen ist.

**e)**

Die Argumentation der VSt, sie sei wegen der neuen Regelung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ohnehin berechtigt, die ASt auszuschließen, überzeugt nicht. Zunächst handelt es sich bei der Norm um eine fakultative Ausschlussmöglichkeit, die dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessen einräumt. Die VSt müsste sich also mit dem Ausschluss der ASt konkret auseinandersetzen. Entsprechendes ist nicht substantiiert dargelegt. Weiterhin fordert die Regelung, dass eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt wurde und dies zur Beendigung, zu Schadensersatz oder einer ähnlichen Rechtsfolge geführt hat. In der Vergangenheit von der VSt gegenüber der ASt geltend gemachte Vertragsstrafen sind aber dogmatisch nicht mit einem Schadensersatz zu vergleichen. Eine Vertragsstrafenregelung kommt zur Geltung, wenn ein zwischen den Parteien als sanktionswürdig vereinbarter Sachverhalt eintritt. Zu einem Schaden muss es gar nicht gekommen sein. Im Gegensatz zur Vertragsstrafe ist für einen Schadensersatzanspruch außerdem immer ein Verschuldenselement erforderlich. Nur bei Vorliegen dieser hohen oder vergleichbaren Voraussetzungen könnte sich die VSt auf § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB berufen. Diese sind vorliegend aber nicht dargelegt. Vielmehr unterstützt die gesetzliche Wertung die Annahme der Unverhältnismäßigkeit des Ausschlusskriteriums. Schließlich formuliert das absolute Ausschlusskriterium nochmals schärfere Anforderungen an Bieter, ohne dass sich die VSt – wie bei der gesetzlichen fakultativen Ausschlussregelung – im Rahmen einer Ermessensentscheidung mit den Besonderheiten des Einzelfalls auseinandersetzen müsste.

**f)**

Das Vergabeverfahren war wegen des unverhältnismäßigen Ausschlusskriteriums in den Stand vor der öffentlichen Bekanntmachung zurückzusetzen.

**3.**

Der Antrag der VSt auf Vorabgestattung des Zuschlags nach § 176 Abs. 2 GWB hat sich mit der Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache erledigt.

**4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.**

- a)** Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen vollständig unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 S. 1 GWB).
- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.



- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
  
- d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Da die ASt kein Angebot abgegeben hat, konnte die Vergabekammer zur Berechnung der Verfahrenskosten ein solches nicht heranziehen. Die Vergabekammer ist zur Berechnung der Verfahrenskosten daher von den durch die VSt geschätzten Kosten ausgegangen. Bei 12-monatiger Laufzeit (Auftrag über ein Jahr ohne Verlängerungsoption) und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €  
Da am Verfahren keine Beigeladene teilgenommen hat und die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erging, ermäßigt sich die Gebühr auf x.xxx,- €
  
- e) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....