

Leitsätze:

1. Der Betrieb eines Fahrradverleihsystems stellt keine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Abs. 4 GWB dar. Sektorentätigkeiten im Bereich Verkehrsleistungen haben immer netzgebundene Verkehrsleistungen zum Gegenstand. Ein Fahrradverleihsystem ist dem Individualverkehr zuzuordnen. Es wäre mit der Gesetzessystematik nicht vereinbar, wenn über das Vehikel der Sektorenhilfstätigkeit Verkehrsleistungen, die nicht von § 102 Abs. 4 GWB erfasst sind, der Sektorentätigkeit zugeordnet werden könnten. Sektorenhilfstätigkeiten sind nur solche Leistungen, die ohne die Sektorentätigkeit nicht erbracht werden.
2. Die VSt kann sich nicht darauf berufen, dass mit dem Nachprüfungsantrag die Unwirksamkeit gemäß § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht mehr festgestellt werden könne, weil die ASt den Nachprüfungsantrag erst nach Ablauf der 30 Tage-Frist nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung gestellt habe, wenn die Bekanntmachung mehrere Fehler enthält und somit keine Rechtswirkung entfaltet.
3. Gemäß dem Tatbestand von § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GWB ist diese Vorschrift nur anzuwenden, wenn Bieter oder Bewerber von der VSt entsprechend informiert wurden. Hat die VSt die ASt nicht am Vergabeverfahren beteiligt, so hatte die ASt keine Bieter- oder Bewerberstellung inne. Die über den Wortlaut hinausgehende teleologische Auslegung von § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GWB, dass die 30 Tagesfrist auch dann beginnen würde, wenn der Wirtschaftsteilnehmer direkt von der VSt informiert worden sei, selbst wenn er nicht Bieter oder Bewerber im Vergabeverfahren gewesen sei, widerspricht dem eindeutigen Wortlaut und lässt eine solche Auslegung nicht zu.
4. Die Bekanntmachung über vergebene Aufträge darf erst bekannt gemacht werden, nachdem der Vertragsschluss erfolgt ist.
5. Der Gesetzgeber hat in § 135 Abs. 2 GWB einen gesetzlich detailliert normierten Verwirkungstatbestand geschaffen. Es erscheint nicht zulässig - wenn die Voraussetzungen für eine Verkürzung der Frist auf 30 Kalendertagen gemäß § 130 Abs. 2 GWB nicht vorliegen und der Vertragsschluss noch keine sechs Monate zurück liegt - über das Institut der Verwirkung die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages infrage stellen zu wollen.
6. Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ist bei einer durchgeführten de-facto-Vergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU keine Rüge erforderlich. Die von einem ASt dennoch erhobene Rüge löst nicht die Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB aus.

Nachprüfungsantrag:
(Antragstellerin – ASt)

Vergabestelle:
vertreten durch:
.....
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene
(Beigeladene - BGI)

Dienstleistungsauftrag: Errichtung und Betrieb eines Fahrradvermietsystems
Vergabeverfahren: de-facto-Vergabe

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 26.07.2018 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

Beschluss:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
2. Es wird festgestellt, dass die zwischen der Vergabestelle und der Beigeladenen abgeschlossene Durchführungsvereinbarung vom xx.xx.xxxx zum Aufbau und Betrieb eines stationären Fahrradverleihsystems in durch und die nachfolgend abgeschlossene Rahmenvereinbarung vom xx.xx.xxxx/xx.xx.xxxx von Anfang an unwirksam sind. Auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung beauftragte Bestellungen sind ebenfalls unwirksam und rückabzuwickeln.
3. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Vergabestelle unter Beachtung der Vorschriften des Kartellvergaberechts und der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Liefer- und Dienstleistungen in einem wettbewerblichen Verfahren zu beschaffen und eine Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen.
4. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Vergabestelle.
5. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
6. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €.

Sachverhalt:

1.

Am xx.xx.xxxx schloss die Vergabestelle mit der Beigeladenen eine Durchführungsvereinbarung zum Aufbau und Betrieb eines stationären Fahrradverleihsystems in

2.

Im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union wurde am xx.xx.xxxx unter dem Aktenzeichen xxxx/S xxx-xxx eine „*Bekanntmachung vergebener Aufträge - Versorgungssektoren (Richtlinie 2004/17/EG)*“ durch die Vergabestelle veröffentlicht.

Als Überschrift erschien bei der oben genannten Bekanntmachung

„*Deutschland-.....: Vermietung von Fahrzeugen zur Personenbeförderung mit Fahrer*“.

Unter II.1.1) (*Bezeichnung des Auftrags*) dieser Bekanntmachung veröffentlichte die Vergabestelle: „*Betrieb eines Fahrradvermietsystems*“).

Unter II.1.3 gab die Vergabestelle bekannt: „*Die Bekanntmachung betrifft den Abschluss einer Rahmenvereinbarung*“.

Unter II.1.4 beschrieb die Vergabestelle den Auftrag wie folgt:

„*Seit 20xx betreibt die Firma X aus nach einem formalen Auswahlverfahren für ein Fahrradvermietsystem unter dem Namen Die (VSt) möchte mit X als Dienstleister das Fahrradvermietsystem fortführen und weiterentwickeln. Die (VSt) sieht X als idealen Partner, um als Mobilitätsdienstleister im intermodalen Split auf die Anforderungen der Kunden noch besser eingehen zu können.*“

Bei II.1.5) benannte die Vergabestelle folgende CPV-Codes: 60170000, 34430000, 72250000, 79342300.

Unter IV.1.1) der Bekanntmachung begründete die Vergabestelle die Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe ohne vorherige Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union wie folgt:

„*Die Firma X betreibt bereits ein stationbasiertes Fahrradvermietsystem. Bisherige Auftraggeber ist gewesen. Die (VSt) möchte das Fahrradvermietsystem weiter betreiben und weiter entwickeln. Die (VSt) sieht daher, dass der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann (vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 3 SektVO) und es sich um eine Gelegenheitsbeschaffung handelt, da X in 2018 - sollte die Vereinbarung mit gänzlich wegfallen - das existierende Fahrradvermietsystem entfernen muss (vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 8 in Verbindung mit Nr. 9 SektVO). Die gegenwärtigen Standorte des Fahrradverleihsystems könnten damit weiterhin genutzt werden. Neue Standorte sind im ersten Schritt nicht zu entwickeln.*“

3.

Am xx.xx.xxxx/xx.xx.xxxx schloss die Vergabestelle mit der Beigeladenen eine Rahmenvereinbarung zur Integration des bisher von X in betriebenen stationären Fahrradverleihsystems in die (VSt) und dessen Weiterentwicklung.

4.

Die Antragstellerin wurde im März 2018 durch Medienberichte auf die durchgeführte Vergabe aufmerksam. Mit Schreiben vom 29.03.2018 rügte die Antragstellerin gegenüber der Vergabestelle den Zuschlag an die Beigeladene ohne vorherige Durchführung eines nach GWB erforderlichen Vergabeverfahrens.

5.

Mit Schreiben vom 12.04.2018 half die Vergabestelle der Rüge nicht ab. Ein rechtliches Vorgehen gegen die de-facto-Vergabe sei aufgrund des Ablaufens der 30 – Tage-Frist nach Veröffentlichung der Bekanntmachung nicht möglich. Zudem sei § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. b u. c SektVO einschlägig, da die infrastrukturellen Einrichtungen nur von einem bestimmten Unternehmen hätten übernommen werden können. Zudem handle es sich um eine besonders vorteilhafte Gelegenheit im Sinne von § 13 Abs. 2 Nummer 8, 9 SektVO. Eine EU-weite Vergabe sei daher gesetzlich nicht vorgeschrieben.

6.

Mit Nachprüfungsantrag vom 30.05.2018 beantragte die Antragstellerin:

- 1. gegen die Antragsgegnerin das Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB einzuleiten,*
- 2. festzustellen, dass der mit der (BGI) geschlossene Vertrag zum Fahrradverleihsystem in unwirksam ist,*
- 3. die Antragsgegnerin bei fortbestehender Vergabeabsicht zu verpflichten, die streitgegenständlichen Leistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu vergeben,*
- 4. die Vergabeakte beizuziehen und der Antragstellerin gemäß § 165 GWB Akteneinsicht zu gewähren*
- 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.*

Zur Begründung trägt die Antragstellerin vor, dass sie ein Interesse an der streitgegenständlichen Leistung habe, die erfolgte de-facto-Vergabe den Anforderungen nach

§ 14 ff VgV nicht genüge, die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht vorliegen würden und die Auftragsbekanntmachung gegen § 37 Abs. 1 VgV verstoßen würde.

Es sei unzutreffend, dass nur ein Unternehmen diese Leistungen bereitstellen könne. Auch die ASt könne – was sie in vielen Großstädten bereits bewiesen habe – ein Fahrradverleihsystem in betreiben.

Der Umstand, dass die VSt die bereits existierenden Fahrradstationen übernehmen möchte, sei kein technischer Grund, den Wettbewerb auszuschließen. Die VSt dürfe nicht durch subjektive Präferenzen den Wettbewerb künstlich verengen (§ 14 Abs. 6 VgV).

Die BGI besitze auch keine ausschließlichen Rechte gem. § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV.

Es liege auch keine Gelegenheitsbeschaffung gem. § 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO vor. Die Vorschrift greife schon nicht, weil es sich hier um keine Sektorentätigkeit handeln würde. Zudem gelte § 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO nur für Lieferleistungen. Die Bekanntmachung gehe aber auch von Dienstleistungen aus.

Wenn ein Unternehmen seine Tätigkeiten lediglich an einem Standort einstellt, seien die Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nr. 7 VgV nicht erfüllt. Nachdem die BGI aber ihre Geschäftstätigkeit nicht eingestellt habe, sondern in das ursprünglich vorhandene Fahrradverleihsystem aufgeben möchte, greife diese Vorschrift nicht.

Die am xx.xx.xxxx im EU-Amtsblatt durch die Vergabestelle veranlasste Bekanntmachung sei unrichtig und irreführend. Überschriften sei die Bekanntmachung mit „*Vermietung von Fahrzeugen zur Personenbeförderung mit Fahrer*“.

Es sei nicht das aktuell geltende Standardformular der Richtlinie 2014/24/EU verwendet worden, sondern das überkommene Formular der Richtlinie 2004/17/EG.

Es sei zweifelhaft, dass ein Rahmenvertrag abgeschlossen worden sei. In Abschnitt V der Bekanntmachung würden der Name und die Anschrift des begünstigten Wirtschaftsteilnehmers und der Tag der Zuschlagsentscheidung fehlen.

Unter VI.3.2 seien keine Angaben zur Einlegung von Rechtsbehelfen gemacht worden. Es würden genaue Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen fehlen.

Die VSt sei zwar öffentliche Auftraggeberin gem. § 99 Nr. 2 GWB, weil sie Verkehrsleistungen erbringe, die im Allgemeininteresse liegen würden. Die VSt handle aber vorliegend nicht im Allgemeininteresse, da der Betrieb eines Fahrradverleihsystems keine Sektorentätigkeit gem. § 102 Abs. 4 GWB darstelle, da der Auftrag nicht zum Zwecke

der Sektorentätigkeit vergeben werde. Somit würden für die VSt die vergaberechtlichen Regeln nach § 99 GWB gelten (§ 136 GWB, § 1 Abs. 1 SektVO).

Ausweislich der Bekanntmachung über vergebene Aufträge liege der Auftragswert bei x Mio. Euro. Die ASt habe als einer der größten Anbieter von Fahrradverleihsystemen ein Interesse an diesem Auftrag und sie sei durch die de-facto-Vergabe in ihren Rechten nach § 96 Abs. 6 GWB verletzt. Ihr drohe auch ein Schaden, weil ihr keine Möglichkeit gegeben worden sei, ein Angebot abzugeben. Eine Rüge sei nicht erforderlich, wie sich aus § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ergebe. Die von der ASt trotzdem erhobene Rüge löse nicht die Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB aus.

Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht gem. § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB verfristet, weil die Frist hier nicht in Gang gesetzt worden sei. Die Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx sei fehlerhaft. Es hätte das Formular gem. Anhang III der Verordnung (EU) 2015/1966 verwendet werden müssen. Tatsächlich erfolgte die Bekanntmachung auf Basis der überkommenen Richtlinie 2004/17/EG.

Die VSt habe unzureichend begründet, weshalb eine Vergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung erfolgt sei. Die VSt habe nicht alle Pflichtangaben im verwendeten Formular gemacht (z.B. Tag der Zuschlagsentscheidung, Name und Anschrift des begünstigten Wirtschaftsteilnehmers).

Die Überschrift der Bekanntmachung – „*Vermietung von Fahrzeugen zur Personenbeförderung mit einem Fahrer*“ – enthalte irreführende Angaben. Aufgrund dieser Umstände habe die ASt auf diese Bekanntmachung nicht aufmerksam werden können.

Der Auftragsgegenstand sei in der Bekanntmachung zu ungenau beschrieben. Es sei insbesondere unklar, ob auch die Infrastruktur vorgehalten werden musste.

Auch die Sechsmonatsfrist von § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB sei noch nicht abgelaufen, da der Vertragsschluss frühestens im Dezember 2017 erfolgt sei.

Mit Nichtwissen werde bestritten, dass die Vergabestelle die Anforderungen an ein Verhandlungsverfahren eingehalten habe. Auch bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb hätte die Vergabestelle nach § 51 Abs. 2 Satz 1 VgV mindestens 3 Bewerber zur Abgabe eines Angebotes auffordern müssen. Die Antragstellerin habe keine Einladung erhalten. Dies sei im Hinblick auf ihre Stellung als zuverlässiger und preislich belastbarer Marktteilnehmer ungewöhnlich.

7.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle beantragte mit Schriftsatz vom 15.06.2018:

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 30. Mai 2018 einschließlich der Nebenanträge zurückzuweisen;

2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen;

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Vertragsbeziehung die Vermietung von Fahrrädern durch einen Sektorenauftraggeber an Dritte zum Gegenstand habe, die gemäß §137 Abs. 1 Nr. 9 GWB nicht dem GWB-Vergaberecht unterliege. Damit sei der Vierte Teil des GWB nicht anwendbar. Gegenstand der Vertragsbeziehungen mit X sei die Vermietung von Fahrrädern an Dritte durch die Antragsgegnerin. Auch die weiteren Voraussetzungen des § 137 Abs. 1 Nummer 9 GWB würden vorliegen. Der Vergabestelle stehe kein besonderes oder ausschließliches Recht zum Verkauf oder zur Vermietung des Auftragsgegenstandes zu. Auch andere Unternehmen könnten die Vermietung von Fahrrädern unter den gleichen Bedingungen wie die Vergabestelle anbieten. Es würden hier keine besonderen oder ausschließlichen Rechte bestehen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch deshalb unzulässig gemäß § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB, weil die Feststellung der Unwirksamkeit eines abgeschlossenen Vertrages mit einem Nachprüfungsantrag nur innerhalb von 30 Kalendertagen nach Bekanntmachung bzw. der Information der Antragstellerin über den Abschluss des Vertrages geltend gemacht werden könne. Diese Frist sei abgelaufen. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB bestünden keine formellen oder sonstige Anforderungen an die Bekanntmachung. Sinn und Zweck der ex-post-Bekanntmachung sei es, dem Markt deutlich zu machen, dass, worüber und mit wem ein Auftrag zustande gekommen sei und weshalb der Auftraggeber der Meinung sei, dass ausnahmsweise ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig sei. Die Marktteilnehmer könnten aufgrund dieser Bekanntmachung entscheiden, ob sie gegen die Beauftragung vorgehen möchten. Auf die Einhaltung bestimmter formaler Vorgaben für Bekanntmachungen komme es nicht an. Nicht erforderlich sei die Angabe einer Nachprüfstelle und gegebenenfalls einzuhaltender Fristen. Entscheidend sei vielmehr, dass die mit der Bekanntmachung bezweckte Warnfunktion des Marktes gewährleistet sei. Genau diese Funktion erfülle die Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx. Durch Eingabe branchenüblicher Begriffe oder der Verwendung der gängigen CPV-Codes erscheine es unglaubwürdig, dass die Antragstellerin die Bekanntmachung nicht gesehen haben will.

Es komme noch nicht einmal darauf an, ob die Frist durch die Bekanntmachung vom xxxx ausgelöst worden sei, weil die Antragstellerin spätestens mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 12.04.2018 über den Vertragsschluss informiert worden sei. Das

Schreiben vom 12.04.2018 betreffe nicht nur die Zurückweisung der Rüge, sondern enthalte darüber hinaus die nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB geforderten Informationen über den Abschluss des Vertrages durch den Auftraggeber. Der am 30.05.2018 eingereichte Nachprüfungsantrag sei somit verfristet.

Die Ausnahmetatbestände gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3 SektVO und § 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO seien anwendbar und würden die unmittelbare Vergabe des streitgegenständlichen Auftrages an die Beigeladene im Rahmen eines Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulassen.

Ein Vertragsschluss bzw. die Vergabe bezüglich der Übernahme der bereits bestehenden Infrastruktur des Fahrradverleihsystems einschließlich der Beauftragung des Betriebs und Weiterentwicklung sei ausschließlich mit bzw. an X möglich gewesen, so dass gemäß § 13 Abs. 2 Nummer 3 b) und c) SektVO ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig sei. Sinn und Zweck der Ausnahmetatbestände sei es, dass sich die Durchführung eines Wettbewerbs erübrige, wenn der zu vergebende Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden könne. Ob nur ein Unternehmen den Auftrag erfüllen könne, hänge entscheidend davon ab, wie der Auftraggeber den Auftragsgegenstand festlege. Die Vergabestelle bewege sich innerhalb ihres Leistungsbestimmungsrechts, wenn sie das Fahrradverleihsystem von X übernehmen und gleichzeitig X mit dem Betrieb und der Weiterentwicklung beauftragen möchte. Nur das Bestandssystem der Beigeladenen erfülle die Anforderungen der Vergabestelle. Für die Vergabestelle hätte es einen völlig unverhältnismäßigen finanziellen und zeitlichen Mehraufwand bedeutet, wenn sie das Bestandssystem nicht übernommen hätte.

Das gegenwärtige Fahrradverleihsystem in beruhe auf dem Modellprojekt „Innovative öffentliche Fahrradverleihsysteme – Neue Mobilität in Städten“, das in den ÖPNV integriert sei. Bereits im Jahr 20xx/20xx habe die Vergabestelle ein Interessenbekundungsverfahren zwecks Aufbaus der Infrastruktur und des Betrieb eines Fahrradverleihsystems in durchgeführt, das eng mit dem öffentlichen Nahverkehr in verknüpft werden sollte. In diesem Verfahren setzte sich die Beigeladene durch und erhielt den Zuschlag. Gegenstand des Fahrradverleihsystems sei die Vermietung von Fahrrädern an Besucher, Pendler und Anwohner der in Ergänzung und als Bestandteil des ÖPNV. Dieses Modellprojekt sei vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung gefördert worden. Durch die Möglichkeit, Fahrräder in der Kombination mit Bussen oder Bahnen und als Lückenschluss in der Wegkette nutzen zu können, werde die Flexibilität und Attraktivität des ÖPNV in deutlich verbessert. Fahrradverleihsysteme seien somit integraler Bestandteil des öffentlichen Verkehrsnetzes zur Versorgung der Allgemeinheit mit Bahn- und Busleistungen. Das Fahrradverleihsystem trage zur Schließung der sogenannten „letzten Meile“ bei.

Das von X im Jahr 20xx in Betrieb genommene Fahrradverleihsystem „.....“ sei ein sogenanntes stationsgebundenes System. Die Fahrräder seien an ortsfesten Selbstbedienungsstationen im Verleihgebiet aufgestellt. Die Stationen bestünden aus Ständern/Abstellbügel, die auf einer Platte montiert seien, die plan auf dem Boden aufliegen und verschraubt seien sowie Info-Stelen (eine je Station), die zusätzlich ein Fundament hätten und so fest mit dem Boden verschraubt seien. Das Fahrradverleihsystem der Beigeladenen sei seit seiner Errichtung im Jahr 20xx insbesondere durch die strategische Positionierung der mit der Vergabestelle abgestimmten Stationen eng mit dem ÖPNV-Angebot in vernetzt. Es sei daher zu befürchten, dass das etablierte Fahrradverleihsystem nicht mehr zur Verfügung stehen werde.

Mit Blick auf die Integration des Fahrradverleihsystems in das ÖPNV-Gesamtkonzept betreffe dies die Sektorentätigkeit der Vergabestelle unmittelbar und würde diese Tätigkeit erleichtern und fördern. Die Verschränkung von klassischen Verkehrsleistungen mit Fahrradverleihsystemen sei ein gefördertes Modellprojekt und damit werde deutlich, dass Fahrradverleihsysteme integrale Bestandteile des ÖPNVs seien. Der unmittelbare Zusammenhang zwischen den klassischen Verkehrsleistungen der Vergabestelle und dem Fahrradverleihsystem sei weiterhin aufgrund der Anordnung der Infrastruktur in unmittelbarer Nähe zu den bzw. Haltestellen der Vergabestelle offensichtlich.

Vor der Übernahme des Fahrradverleihsystems habe die Vergabestelle das bestehende System und die ihr zur Verfügung stehenden Optionen zur Eigenerstellung als auch in Bezug auf andere Anbieter von Fahrradverleihsystemen evaluiert und entsprechende Gespräche geführt. Auf der Grundlage dieser Informationen sei es für die Vergabestelle klar gewesen, dass das bestehende System der Beigeladenen in organisatorischer, technischer, finanzieller und zeitlicher Hinsicht durch ein anderes System nicht gleichwertig ersetzt werden könne. Insbesondere der mit dem Aufbau eines neuen Systems verbundene Zeitverlust, organisatorische Aufwand und die damit verbundenen Kosten seien der Grund, weshalb diese Möglichkeit als unwirtschaftlich und nicht sachgerecht verworfen worden sei.

Vor diesem Hintergrund habe die Vergabestelle im Dezember 2017 entschieden, das gut etablierte und mit dem ÖPNV-Angebot der Vergabestelle bereits vernetzte System der Beigeladenen zu übernehmen. Diese Vorgehensweise habe sich als sinnvoll und sehr wirtschaftlich erwiesen, da die Beigeladene der Vergabestelle preislich sehr weit entgegengekommen sei. Somit habe es sich um eine besonders günstige Gelegenheit gehandelt.

Die Vergabestelle habe unmittelbar nach Abschluss des Durchführungsvertrages diese Vergabe im Amtsblatt bekannt gemacht. In der Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx habe

die Vergabestelle klar und eindeutig offengelegt, dass sie das Fahrradverleihsystem der Beigeladenen übernehmen werde und für den weiteren Betrieb und die Weiterentwicklung die Beigeladene beauftragt habe. Die entsprechende Bekanntmachung wäre im TED unter Nutzung branchenüblicher Suchbegriffe bzw. CPV-Codes zu finden gewesen. Deshalb sei die Behauptung der Antragstellerin, dass sie von der Bekanntmachung nichts mitbekommen hätte, nicht nachvollziehbar und unglaubwürdig. Insofern hätte ein professioneller Wirtschaftsteilnehmer, wie die Antragstellerin, sofort klar erkennen können, welche Leistungen an welchen Auftragnehmer vergeben worden seien. Weiterhin habe die Vergabestelle in der Bekanntmachung dargestellt, weshalb eine unmittelbare Beauftragung der Beigeladenen im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb zulässig gewesen sei.

Die Übernahme der bestehenden Infrastruktur des Fahrradverleihsystems einschließlich der Beauftragung des Betriebs und Weiterentwicklung dieses Fahrradverleihsystems habe die Vergabestelle gemäß § 13 Abs. 2 Nummer 3 b) und c) SektVO in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchführen dürfen. Der Auftrag habe nämlich nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden können, da aufgrund technischer Gründe sowie Ausschließlichkeitsrechte kein Wettbewerb vorhanden gewesen sei. Die Vergabestelle bewege sich innerhalb des ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrechts, wenn sie das Fahrradverleihsystem der Beigeladenen - welches eng mit dem ÖPNV Angebot vernetzt sei - übernehmen möchte. Schließlich sei dieses System als Modellprojekt mit erheblicher finanzieller Förderung seitens der öffentlichen Hand speziell auf die Bedürfnisse der entwickelt und errichtet worden. Über 50 bestehende Fahrradstationen würden eine flächendeckende Abdeckung des Stadtgebiets und enge räumliche Verknüpfung mit dem sonstigen ÖPNV Angebot sichern. Auch nach Evaluierung anderer Optionen und entsprechenden Erkundigungen bei anderen Kommunen und kommunalen Verkehrsunternehmen habe die Vergabestelle feststellen müssen, dass in der Gesamtschau nur das Bestandssystem der Beigeladenen die Anforderungen und den Bedarf erfüllen würde. Das komplexe Gesamtsystem sei in gut etabliert und eingespielt. Es sei ein sachlicher Grund, ein bereits vorhandenes Bestandssystems sowie die bereits getätigten Investitionen weiter zu nutzen zu wollen. Zudem besitze die Beigeladene als Eigentümerin des Bestandssystems Ausschließlichkeitsrechte. Nur diese könne das Bestandssystem auf die Vergabestelle übertragen. Somit sei der Ausnahmetatbestand des § 13 Abs. 2 Nr. 3 b) und c) SektVO (und des identischen § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) und c) VgV) erfüllt.

Zudem sei auch der Tatbestand des § 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO erfüllt, weil die Beschaffung der Infrastruktur des Fahrradverleihsystems eine besonders vorteilhafte Gelegen-

heit gewesen sei, die nur kurzfristig bestanden habe und bei der ein Preis erzielt werden konnte, der erheblich unter dem Marktpreis gelegen habe. Die Übernahme und/oder Weiterentwicklung eines voll funktionsfähigen Bestandssystems sei grundsätzlich die wirtschaftlichste Beschaffungsvariante.

8.

Mit Schriftsatz vom 28.06.2018 entgegnete die Antragstellerin, dass die Berufung auf § 137 Absatz 1 Nr. 9 GWB nur konstruiert sei. Die Vergabestelle sei in der Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx und in ihrer Rügeantwort selbst davon ausgegangen, dass der Auftrag den vergaberechtlichen Vorschriften unterliegen würde. Sie habe die Vergabe explizit auf § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. b), c) SektVO gestützt. Der Aufbau und Betrieb eines Fahrradverleihsystems sei nach gängiger Auffassung ein vergaberechtlicher Vorgang.

Der verfahrensgegenständliche Auftrag werde von der Vergabestelle nicht zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben. In § 102 Abs. 4 GWB sei abschließend festgelegt, welche Tätigkeiten dem Bereich Verkehrsleistungen zugeordnet seien. Der Verleih von Fahrrädern zur Teilnahme am Verkehr gehöre nicht dazu. Die Aufzählung der in § 102 Abs. 4 GWB genannten Verkehrsträger sei abschließend und nicht erweiterungsfähig.

In der Verkehrsplanung sei es immer das Maximalziel, alle angebotenen Verkehrsleistungen aufeinander abzustimmen. Erweiterungen über das Vehikel einer Hilfstätigkeit sei im Hinblick auf die abschließende Aufzählung in § 102 Abs. 4 GWB nicht möglich. Ansonsten wäre bspw. auch die Vergabe von Aufträgen zu Taxidiensten oder Car-Sharing als Hilfstätigkeit der Sektorentätigkeit zuzuordnen.

Die in § 136 GWB normierte Formulierung, dass das Sektorenvergaberecht auf Vergaben zum Zwecke der Ausübung einer Sektorentätigkeit Anwendung finde, erweitere den Numerus clausus der Verkehrsträger im Sektorenbereich nicht, auch nicht mittelbar. Die Sektorenhilfstätigkeit müsse im Hinblick auf die Wertungen des Gesetzes begrenzt werden. Ein Fahrradverleih gehe über eine klassische Sektorenhilfstätigkeit hinaus, denn dieser habe einen selbstständigen Charakter. Hilfstätigkeiten seien nur solche, die die Sektorentätigkeit ermöglichen, unterstützen oder erleichtern würden. Sektorenhilfstätigkeiten seien nur solche Leistungen, die ohne die Sektorentätigkeit nicht erbracht werden würden. Fahrradverleihsysteme würden indes ohne weiteres eigenständig ohne die Verkehrssysteme des § 102 Abs. 4 GWB existieren. Sie seien daher keine Hilfssysteme.

§ 137 Abs. 1 Nummer 9 GWB sei auch tatbestandlich nicht einschlägig. Voraussetzung für eine Bereichsausnahme sei eine bestehende wettbewerbliche Marktsituation. Eine solche sei vorliegend hinsichtlich des Auftragsgegenstandes nicht der Fall. Die Fahrrad-

systemleistungen der Beigeladenen seien vielmehr auf einen Zuschuss angewiesen und zwar dauerhaft.

Der Ausnahmetatbestand von § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB betreffe nur die Weiterveräußerung, also den Verkauf oder die Vermietung an Dritte. Nicht davon erfasst seien Beschaffungen, die notwendig seien zur Herstellung des vermieteten Gegenstandes. Denn die Veräußerung oder Vermietung müsse aufgrund der Anforderungen des § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB auf dem freien Markt stattfinden. Das für die Weiterveräußerung oder Vermietung zu verkaufende oder zu vermietende Produkt müsse auf dem freien Markt zu finden sein. Vorliegend sei aber nicht die Vermietung der Leistungsgegenstand des Auftrages, sondern die Herstellung, nämlich der Einkauf der notwendigen Infrastruktur und die Bereithaltung und der Betrieb des Fahrradverleihsystems. Dieser Auftragsgegenstand sei gerade nicht dem Wettbewerb ausgesetzt. Die vom Endkunden erwirtschafteten Entgelte würden die Kosten des Fahrradverleihsystems nicht decken. § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB betreffe ausschließlich Verträge zum Zwecke der Weiterveräußerung und Vermietung von Erzeugnissen des Sektorenauftraggebers. Das Fahrradverleihsystem sei aber kein Eigenerzeugnis der Vergabestelle. Zudem könnten andere Unternehmen den Auftragsgegenstand nicht zu den gleichen Bedingungen wie die Vergabestelle vermieten. Denn die Vermietung der Fahrräder erfolge unter Zuhilfenahme öffentlicher Mittel durch die Vergabestelle.

Entgegen der Darstellung der Vergabestelle habe die EU-Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx die 30-Tage-Frist nicht ausgelöst. § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB beruhe nämlich auf europarechtlichen Vorgaben, die entsprechende Formvorgaben aufstellen würden. § 135 GWB weise daher ein Umsetzungsdefizit auf. Somit würden die von der Vergabestelle begangenen formalen und inhaltlichen Fehler den Fristenlauf verhindern. Die Vergabestelle habe verschiedene erforderliche Angaben nicht gemacht. Es fehle an der zwingend erforderlichen Information zu Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen. Auch die von der Vergabestelle in der Bekanntmachung gegebene Begründung zur Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb sei nicht ausreichend. Diese sei inhaltsleer und erfülle nicht den europarechtlichen geforderten Standard. Die Bekanntmachung der Vergabestelle würden nur die Inhalte der gesetzlichen Vorschriften wiedergegeben, auf die das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gestützt werden solle. Tatsachen, die belegen, dass die Tatbestandsmerkmale jener Normen erfüllt seien, trage die Vergabestelle nicht vor. Auch die Beschreibung des Leistungsgegenstandes sei vollkommen unklar. So sei offen, ob Fahrradstationen gekauft würden oder nur Betriebsleistungen zu erfüllen seien. Somit könne ein Marktteil-

nehmer nicht beurteilen, ob erfolgreich Rechtsschutzmöglichkeit ergriffen werden können.

Die Bekanntmachung sei auch irreführend. Gebe man in der Eingabemaske der „tenders electronic daily“ in der Volltextsuche das Wort „Fahrradverleih“, erfolge eine Fehlanzeige. Entgegen der Behauptung der Vergabestelle seien auch die von ihr genutzten CPV-Codes nicht üblich. Der von der Vergabestelle genutzte Hauptcode, der zur Überschrift der Bekanntmachung führte, sei schlicht falsch.

Auch die Rügeantwort der Vergabestelle vom 12.04.2018 ändere daran nichts. § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB sei bereits nach ihrem Wortlaut nicht einschlägig. Sie umfasse ausschließlich eine „Information der Betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber“. Die Antragstellerin sei zum Zeitpunkt der Rügeantwort weder Bieter noch Bewerber gewesen. Eine Umdeutung der Rügeantwort in eine Information nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB ließe sich mit dem Zweck des § 135 Abs. 2 GWB nicht vereinbaren. § 13 Abs. 2 Nr. 3 SektVO bzw. § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV sei weder einschlägig, noch erfüllt. Indem die Vergabestelle den Leistungsgegenstand auf die in vorhandenen Fahrradverleihstationen der Beigeladenen verkürzen möchte, halte sich die Vergabestelle nicht in den Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts. Insbesondere übersehe die Vergabestelle, dass § 14 Abs. 6 VgV (bzw. § 13 Abs. 3 SektVO) das Leistungsbestimmungsrecht einschränken würde. Die Vergabestelle habe Alternativen oder andere Anbieter gar nicht in Betracht gezogen. Dies sei unzulässig, da gebrauchte Assets auch durch andere Marktteilnehmer geliefert werden könnten. Auch die Betriebsleistungen könnten durch andere Marktteilnehmer erbracht werden. Qualitätseinbußen wären nicht zu befürchten. Es werde mit Nichtwissen bestritten, ob die Vergabestelle ein Markterkundungsverfahren durchgeführt habe, was notwendig gewesen wäre.

Die Vergabestelle verhalte sich diskriminierend, wenn sie ihren Beschaffungsbedarf allein auf die Leistungen der Beigeladenen festlege. Nach § 31 Abs. 1 VgV (bzw. § 28 SektVO) sei die Leistungsbeschreibung in einer Weise zu formulieren, dass allen Unternehmen der gleiche Zugang zum Vergabeverfahren gewährt werde. Nach § 31 Abs. 6 VgV dürfe nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft verwiesen werden. Die Festlegung auf die vorhandene Installation der X verstoße gegen diese Vorgaben.

Auch die Antragstellerin habe gebrauchte Assets zur Hand, die sie der Vergabestelle anbieten könnte. Sollte sich der Auftragsgegenstand zudem die Lieferung von Neuware und die Erbringung von Dienstleistungen beinhalten, würden sich mannigfaltige Kalkulationsansätze bieten, damit auch die Antragstellerin ein konkurrenzfähiges Angebot abgeben könnte. Abgeschriebene Assets könnte auch die Antragstellerin zu einem fast symbolischen Preis in die Kalkulation einstellen.

Zudem würden keine technischen Gründe vorliegen, die den Anbietermarkt nur auf die Beigeladene begrenzen würden. Es würden keine Kompatibilitätsprobleme bestehen. Selbst wenn die vorhandenen Stationen weiter genutzt würden, könnten gebrauchte und kompatibel gemachte Fahrräder geliefert werden und kompatible neue Assets (Fahrräder und Stationen) erstellt werden. Dies belege eine gerade abgeschlossene Ausschreibung um ein Fahrradverleihsystem in Auch dort mussten die Bieter ihre Angebote auf die Bestandsinfrastruktur (Stationen) anpassen. Dies sei ohne weiteres möglich.

Soweit die Vergabestelle irrtümlich davon ausgehe, dass nur die Leistungen der Beigeladenen einen niedrigen Preis aufweisen würden, sei dies kein „technischer Grund“ im Sinne des Gesetzes.

Auch § 14 Abs. 4 Nummer 2 lit. c VgV sei nicht erfüllt. Die Vergabestelle sei nicht in einer Situation gewesen, dass die Beigeladene die Bedingungen diktieren könnte. Die Antragstellerin könnte Stationen und Fahrräder (gegebenenfalls auch gebraucht) in gleicher Qualität anbieten. Zudem würden die Dienstleistungen, die die Beigeladene die nächsten Jahre erbringen soll, in keinem Fall ein ausschließliches Recht darstellen.

§ 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO sei nicht anwendbar, weil keine Sektorentätigkeit gegeben sei. Zudem sei nicht zu erkennen, warum es sich um eine kurzfristig vorteilhafte Gelegenheit handeln würde. Die Beigeladene habe bereits im Jahr 20xx angekündigt, sich aus dem bestehenden Vertrag mit xxxxx zurückzuziehen. Ab diesem Zeitpunkt dürfte die Beigeladene für Verhandlungen offen gewesen sein. Somit fehle es schon am Merkmal der „Kurzfristigkeit“. Seit dem öffentlichen Wissen über den Rückzug der Beigeladenen aus dem bestehenden Fahrradverleihsystem hätte die Vergabestelle in jedem Fall ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchführen können. In diesem Fall hätte die Vergabestelle auch einen konkreten Marktpreis für die Leistungen ermitteln können.

Zudem müsse der Behauptung entgegengetreten werden, dass ein Bestandssystem grundsätzlich die wirtschaftlichste Variante sei.

Weiter müsse darauf hingewiesen werden, dass die Vergabestelle nicht nur den Kauf von (gebrauchten) Fahrrädern und Stationen in Auftrag gegeben habe, sondern den dauerhaften Betrieb des Fahrradverleihsystems als zukünftige Leistungen vergeben habe. Somit bestehe in Bezug auf die künftig zu erbringenden Dienstleistungen und künftigen Lieferleistungen offenkundig keine einmalige, kurzfristig bestehende Gelegenheit gemäß § 13 Abs. 2 Nr.8 SektVO.

9.

Mit Schreiben der Vergabekammer vom 25.06.2018 wurde die Firma X zu dem Verfahren beigeladen.

10.

Am 04.07.2018 hat der Vorsitzende die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB gemäß § 167 Absatz ein Satz 2 GWB aufgrund besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten bis einschließlich 03.08.2018 verlängert.

11.

Mit Schreiben vom 06.07.2018 gewährte die Vergabekammer der Antragstellerin eingeschränkt Akteneinsicht.

12.

Mit Schriftsatz vom 13.07.2018 beantragt die Antragstellerin weitergehende Akteneinsicht.

Soweit die Vergabeakte offengelegt wurde, betont die Antragstellerin, dass die Vergabestelle im Vergabevermerk selbst nicht von der Zulässigkeit der de-facto-Vergabe ausgegangen sei, denn sie wollte das vergaberechtliche Risiko gemäß § 135 Abs. 2 GWB durch Bekanntmachung im Amtsblatt minimieren.

Zudem belege der Vergabevermerk, dass die Vergabestelle bei der Leistungsbestimmung nicht ihrer Pflicht aus § 14 Abs. 6 VgV (bzw. § 13 Abs. 3 SektVO) nachgekommen sei und sich nicht mit etwaigen Alternativen oder Ersatzlösungen beschäftigt habe. Der Vergabevermerk enthalte keine Ausführungen, warum die Leistungsbestimmung in der Art vorgenommen worden sei, dass letztlich nur die Leistungen der Beigeladenen in Betracht kamen und somit der Wettbewerb von vorneherein in eklatanter Weise beschränkt worden sei. Auch etwaige Gespräche mit anderen Bietern hätten nicht stattgefunden. Inhalte und Duktus der Vergabeakte sprächen nicht dafür, dass der Leistungsgegenstand unbefangen definiert worden sei. Vielmehr habe die Vergabestelle schlicht aus subjektiver Präferenz die Beigeladene beauftragen wollen und hierfür eine Begründung gesucht.

Die Vergabestelle habe sich mit der Wirtschaftlichkeit des Angebots der Beigeladenen im Kontext der Marktverhältnisse nicht auseinandergesetzt. Es würden sich keine Erwägungen hinsichtlich des möglichen Marktpreises für die Leistungen (im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO) im Vergabevermerk finden. Somit sei nicht geprüft und bestätigt, dass der von der Beigeladenen erhobene Preis „erheblich unter den üblichen Marktpreisen“ liege.

Die Vergabeakte dokumentiere, dass keine Markterkundung durchgeführt worden sei, um festzustellen, ob tatsächlich nur ein Unternehmen die Leistungen zu dem angeblich günstigen Preis erfüllen könne. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei ein solches Markterkundungsverfahren bei einer Verkürzung des Wettbewerbs auf ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb aber notwendig.

Die Vergabeakte belege auch, dass ein Verstoß gegen § 51 Abs. 2 Satz 1 VgV (oder § 45 Abs. 3 Satz 2 SektVO) vorliege. Es seien trotz der Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb keine weiteren Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden.

Die zur Einsicht freigegebenen Teile der Vergabeakte würden erkennen lassen, dass die Vergabestelle ein „neu aufzubauendes Fahrradverleihsystem“ in Auftrag gegeben habe. Bei einem solchen System stelle sich die Frage, warum ein Neuaufbau nicht durch einen Wettbewerber der Beigeladenen hätte erfolgen können. Selbst wenn die Vergabestelle die bestehenden Infrastrukturen hätte übernehmen können, hätte der Weiterbetrieb und der Neuaufbau auch durch jedes andere Unternehmen erfolgen können. Nachdem der Assetkaufvertrag nur Fahrradständer und -stationen umfasse, sei davon auszugehen, dass die Bestellung vom xx.xx.2018 Neufahrräder umfassen würde. Solche hätte auch ein anderes Unternehmen liefern können.

13.

Mit Schriftsatz vom 13.07.2018 betont der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle, dass der Ausnahmetatbestand des § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB dann greife, wenn und soweit die Leistungen im Zusammenhang mit der Sektorentätigkeit stehen würden. Nicht erforderlich sei, dass die fragliche Leistung (hier: Errichtung und Betrieb eines Fahrradverleihsystems) selbst als Sektorentätigkeit anzusehen sei. Weiter setze § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB nicht voraus, dass die Vergabestelle die zum Verkauf oder Vermietung bestimmte Leistung selbst hergestellt habe. Die streitgegenständliche Beauftragung der Beigeladenen betreffe die Übernahme des Fahrradverleihsystems zum Zwecke der Ausübung der Sektorentätigkeit der Vergabestelle. Dieser Auftrag habe die Vermietung von Fahrrädern an Dritte zum Gegenstand. Gemäß § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB sei somit das GWB-Vergaberecht nicht anwendbar. Der Anwendungsbereich von §§ 136,137 GWB sei eröffnet, wenn die jeweilige Beschaffung „zum Zwecke der Ausübung einer Sektorentätigkeit“ erfolge. Nicht erforderlich sei, dass die Beschaffung selbst Sektorentätigkeit sei. Ausreichend und erforderlich sei vielmehr, dass die Beschaffung im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit stehe. Die Entscheidung der Vergabestelle, ein Fahrradverleihsystem zu beschaffen und betreiben zu lassen, erfolge einzig und allein auf der Grundlage ihres Auftrages den ÖPNV in zu erbringen. Alleiniges Ziel der

Einführung des Fahrradverleihsystems in sowie der Übernahme des Systems durch die Vergabestelle sei die Steigerung der Attraktivität des ÖPNV-Angebots der Vergabestelle.

Weiter vertieft der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle seinen Sachvortrag zu § 135 Abs. 2 GWB.

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB bestünden keine formellen oder sonstigen Anforderungen an die Bekanntmachung. Die Rechtsprechung habe zu der mit § 135 GWB identischen Vorgängerregelung des § 101b Abs. 2 GWB a. F. eindeutig klargestellt, dass es nicht auf die Einhaltung bestimmter formaler Vorgaben ankomme. Mit der Bekanntmachung müsse lediglich die bezweckte Warnfunktion des Marktes gewährleistet sein. Selbst bei einer richtlinienkonformen Auslegung sei allein Artikel 2f Abs. 1 lit. a) 2. Spiegelstrich der Richtlinie 2007/66/EG maßgeblich. Nach dieser Vorschrift komme es allein auf die Veröffentlichung einer Bekanntmachung mit Angabe der Gründe an. Dieser Verpflichtung sei die Vergabestelle nachgekommen und genüge den Anforderungen von § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB. Die Bekanntmachung sei auch nicht unter irreführender Bezeichnung im Supplement im Supplement zum Amtsblatt der EU eingestellt worden. Unter Abschnitt II.1.1.) habe die Vergabestelle als Bezeichnung des Auftrags „Betrieb eines Fahrradvermietensystems“ angegeben. Da es sich bei dem streitgegenständlichen Auftrag um ein Fahrradvermietensystem und nicht um ein Fahrradverleihsystem handle, sei die Nutzung dieses Begriffs nicht irreführend. Zudem sei die Bekanntmachung über die verwendeten CPV-Codes auffindbar.

Zudem sei die 30-Tagesfrist gemäß § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB auch durch das Schreiben der Vergabestelle vom 12.04.2018 ausgelöst worden. Soweit sich die Antragstellerin darauf berufen würde, dass sie keine formale Bieter- oder Bewerberstellung gehabt habe, verkenne sie, dass das Rügeantwortschreiben der Vergabestelle vom 12.04.2018 alle notwendigen Informationen beinhaltet habe. Eine systematische und teleologische Auslegung der Vorschrift müsse zu dem Ergebnis führen, dass nach 30 Kalendertagen ein Interessent, der durch die Vergabestelle informiert worden sei, die Vergabe nicht mehr anfechten dürfe. Dem Gesetzgeber sei es darum gegangen, dass entweder der Markt als solcher (durch Bekanntmachung) oder die am Auftrag interessierten Unternehmen (in der Regel Bieter oder Bewerber) informiert werden. Einer analogen Anwendung des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB bedürfe es daher gar nicht.

Zudem könne die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag nicht mehr stellen, weil sie aufgrund der Gesamtumstände dieses Recht verwirkt habe.

Zudem würden die Voraussetzungen gemäß § 13 Abs. 2 Nummer 3 SektVO vorliegen, weil die Beigeladene Eigentümerin des vorhandenen Systems sei. Diese Leistungen hätten somit nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden können. Die Entscheidung der Vergabestelle, die Anschaffung des bestehenden Fahrradverleihsystems, dessen Betrieb und Weiterentwicklung als Gesamtauftrag zusammenzufassen, stelle keinen Verstoß gegen das ihr zustehende Leistungsbestimmungsrecht dar. Die Zusammenfassung der verschiedenen Leistungsbestandteile zu einem Gesamtauftrag sei auch keine künstliche Einschränkung der Auftragsvergabeparameter gemäß § 13 Abs. 3 SektVO. Es sei sachlich nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle mit demjenigen das zukünftige Fahrradverleihsystem sicherstellen möchte, der dieses System entwickelt habe und sich damit auskenne.

14.

Mit Schriftsatz vom 20.07.2018 vertiefte die Antragstellerin ihren Sachvortrag zu § 137 Abs. 1 Nummer 9 GWB und § 135 Abs. 2 GWB. Die Bekanntmachung des § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB müsse den formalen Anforderungen genügen, die das Europarecht (insbesondere die Rechtsmittelrichtlinie) an jene Bekanntmachungen aufstelle, ungeachtet des Wortlauts der nationalen Regelung. Wäre die Norm tatsächlich so auszulegen, wie die Vergabestelle dies suggeriere, wäre sie aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts unanwendbar, mit der Folge, dass der Rückgriff auf die Fristenregelung vollkommen versperrt wäre (Dreher/Hoffmann in: Beck'scher Vergaberechtkommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 135 Rn. 65). Diese Pflicht ergebe sich auch aus der unmittelbar geltenden Verordnung (EU) 2015/1986, die die zwingenden Inhalte zur Bekanntmachung eines vergebenen Auftrags im Amtsblatt der EU regle. Diese Vorgaben würden unmittelbar gelten und seien nicht abdingbar. Auch die VK Sachsen habe mit Beschluss vom 8. April 2011, Az. 1/SVK/002-11, festgestellt dass die 30-Tagefrist nur dann in Lauf gesetzt würde, wenn eine ordnungsgemäße Bekanntmachung erfolgt sei.

Auch stünden die Vorgaben des Europarechts den „Auslegungsversuchen“ der Vergabestelle zur Umdeutung der Rügeantwort in eine Vergabeinformation nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB entgegen. Die europarechtliche Ermächtigungsgrundlage für § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB sei Art. 2f Abs. 1 lit. a), 2. Spiegelstrich Richtlinie 2007/66/EG. Die Fristverkürzung könne ausdrücklich nur gegenüber „Bietern und Bewerbern“ erfolgen. Zudem fehle in der Rügeantwort vom 12.04.2018 eine Information über die Rechtsschutzmöglichkeiten (Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 135 GWB Rn. 80 ff.)

Die Vergabestelle könne sich nicht darauf berufen, dass die Antragstellerin ihr Recht zur Stellung eines Nachprüfungsantrages verwirkt habe. Vorliegend hätten weder Loyali-

tätspflichten bestanden, noch sei der Nachprüfungsantrag rechtsmissbräuchlich. Antragstellerin und Vergabestelle hätten sich in keinerlei (schuldrechtlicher) Beziehung zueinander befunden. Daher habe weder ein vorvertragliches noch vertragliches Verhältnis bestanden, aus dem sich Treuepflichten i.S.d. § 242 BGB ergeben könnten. Zudem habe die Vergabestelle aufgrund ihres eigenen Verhaltens nicht darauf vertrauen können, dass kein Nachprüfungsantrag eingereicht werde. Nicht schutzwürdig sei das Vertrauen einer Partei, wenn sie sich selbst unredlich verhalte oder die verspätete Geltendmachung des Rechts veranlasst habe. Schon aufgrund der spärlichen Informationspreisgabe in der EU-Bekanntmachung und dem Rügeantwortschreiben sei die Vergabestelle nicht schutzwürdig. Die Vergabestelle habe zunächst nicht den Zeitpunkt des Vertragschlusses mitgeteilt, so dass die Antragstellerin nicht die 6-Monatsfrist des § 135 Abs. 2 Satz 1 habe berechnen können. Das intransparente Verhalten der Vergabestelle habe zu Zeitverzögerungen geführt, da die Antragstellerin erst weitere Recherchen durchführen musste. Zudem sei zu beachten, dass in § 135 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 GWB eine gesetzliche Frist zur Einlegung des Rechtsbehelfs vorhanden sei. Die Vergabestelle könne vor Ablauf dieser 6 Monatsfrist nicht darauf vertrauen, dass kein Nachprüfungsantrag gestellt würde. Nachdem eine fehlerhafte Bekanntmachung durch die Vergabestelle erfolgt sei, konnte sie auch nicht auf den Ablauf der 30-Tagesfrist des § 135 Abs. 2 GWB vertrauen. Aus § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB könne abgeleitet werden, dass keinerlei Frist im Zusammenhang mit dem Rügevorgang zu laufen beginne, wenn eine de-facto-Vergabe angegriffen werde. Zudem fehle das für eine Verwirkung notwendige Zeitmoment.

15.

Mit Schriftsatz vom 24.07.2018 vertieft der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle seinen Sachvortrag.

16.

In der mündlichen Verhandlung am 26.07.2018 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen. Die Antragstellerin stellt ihren Antrag aus dem Schreiben vom 30.05.2018 und konkretisiert den Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit aller abgeschlossenen Verträge. Zudem stellt sie hilfsweise, für den Fall, dass ihr Hauptantrag gemäß § 135 Abs. 2 GWB unzulässig sei, den Antrag auf Feststellung, dass der Vierte Teil des GWB trotz § 137 Abs. 1 Nummer 9 GWB anwendbar sei.

Die Vergabestelle stellt ihre Anträge aus dem Schreiben vom 15.06.2018 und beantragt auch die Zurückweisung des Hilfsantrages.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist im Hauptantrag 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) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB. Sie ist eine städtische Verkehrsgesellschaft, die zu 100 % im Eigentum der steht, welche wiederum zu 100 % der gehört.

Die Vergabestelle handelt vorliegend nicht als Sektorenauftraggeberin, weil der Betrieb des Fahrradverleihsystems keine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Abs. 4 GWB darstellt. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle handelt es sich bei der Fortführung und Weiterentwicklung des bestehenden Fahrradvermietsystems nicht um eine Sektorentätigkeit. Unstreitig ist die Vergabestelle zwar Sektorenauftraggeberin im Sinn von § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Verbindung mit § 102 Abs. 4 GWB, soweit sie die Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per ..., ... und ... versorgt. Nach Auffassung der Vergabestelle ermöglicht, erleichtert oder fördert der verfahrensgegenständliche Auftrag diese unstreitige Sektorentätigkeit (= Betrieb des ..., ... und ...netzes) der Vergabestelle und unterliegt deshalb als sogenannte Sektorenhilfstätigkeit den Vorschriften der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber. Die erkennende Vergabekammer sieht im verfahrensgegenständlichen Fahrradverleihsystem dagegen keine Sektorentätigkeit. Der Gesetzgeber hat in § 102 Abs. 4 GWB abschließend festgelegt, welche Verkehrsleistungen eine Sektorentätigkeit darstellen. Sektorentätigkeit im Bereich Verkehrsleistungen haben immer netzgebundene Verkehrsleistungen zum Gegenstand. Ein Fahrradverleihsystem ist dem Individualverkehr zuzuordnen. Es wäre mit der Gesetzessystematik nicht vereinbar, wenn über das Vehikel der Sektorenhilfstätigkeit Verkehrsleistungen, die nicht von § 102 Abs. 4 GWB erfasst sind, der Sektorentätigkeit zugeordnet werden könnten. Es macht einen Unterschied, ob eine Sektorenhilfstätigkeit die in § 102 Abs. 4 GWB definierte Sektorentätigkeit lediglich ermöglicht, erleichtert oder fördert (z.B. Catering in Zügen) oder ob die Tätigkeit eine eigenständige Verkehrsleistung ist, die von der abschließenden Aufzählung in § 102 Abs. 4 GWB nicht erfasst ist. Sektorenhilfs-

tätigkeiten sind folglich nur solche Leistungen, die ohne die Sektorentätigkeit nicht erbracht werden. Fahrradverleihsysteme sind eigenständige Verkehrssysteme, die auch ohne ein- oder ...liniennetz betrieben werden können. Zum Beispiel können Touristen und Anwohner Kunden eines Fahrradverleihsystems sein, auch wenn sie das ÖPNV-Netz der Vergabestelle nicht nutzen möchten. Das Fahrradverleihsystem der Vergabestelle ist daher kein Hilfssystem der Sektorentätigkeit gem. § 102 Abs. 4 GWB, sondern ein zusätzlicher eigenständiger Aufgabenbereich. Der Argumentation der Antragstellerin ist zuzustimmen, dass das Maximalziel der Verkehrsplanung immer die Abstimmung und Integration aller angebotenen Verkehrsmittel sei. Als Konsequenz müsste dann der Betrieb aller Verkehrsträger als Sektorenhilfstätigkeiten eingestuft werden. Das ist aber mit dem Wortlaut von § 102 Abs. 4 GWB und der Gesetzessystematik nicht vereinbar.

Im Ergebnis können somit Verkehrsleistungen, die nicht von der abschließenden Aufzählung von § 102 Abs. 4 GWB erfasst sind, nicht Sektorentätigkeit sein.

- c) Bei dem abgeschlossenen Rahmenvertrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB. Auf der Grundlage dieses Rahmenvertrages können Liefer- und Dienstleistungen durch die Vergabestelle abgerufen werden.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB. In der Bekanntmachung über vergebene Aufträge vom 23.12.2017 hat die Vergabestelle den endgültigen Gesamtauftragswert mit x Millionen Euro beziffert.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie als Betreiberin von vergleichbaren Fahrradverleihsystemen ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat vorgetragen, dass ihr durch die durch die unzulässige de-facto-Vergabe ein Schaden droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.
- f) Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht nicht entgegen, dass bereits eine Durchführungsvereinbarung und eine Rahmenvereinbarung mit der Beigeladenen geschlossen wurden. Ein Vertrag ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne vor-

herige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

Der Feststellungsantrag ist auch innerhalb der Ausschlussfristen von § 135 Abs. 2 GWB gestellt worden.

Der Nachprüfungsantrag ist unzweifelhaft innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss der Durchführungsvereinbarung gestellt worden.

Die Vergabestelle kann sich auch nicht darauf berufen, dass mit dem Nachprüfungsantrag die Unwirksamkeit gemäß § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht mehr festgestellt werden könne, weil die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag erst nach Ablauf der 30 Tage-Frist nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung vom xx.xx.xxxx gestellt habe. Die Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx enthält mehrere Fehler, sodass sie keine Rechtswirkung entfaltet.

Zum einen hat die Vergabestelle in der Bekanntmachung beim gemeinsamen Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) als Hauptgegenstand den CPV-Code 60170000 angegeben. Aufgrund der Verwendung dieses fehlerhaften CPV-Codes wurde die Bekanntmachung mit der Überschrift „Vermietung von Fahrzeugen zur Personenbeförderung mit Fahrer“ veröffentlicht. Das verfahrensgeständliche Fahrradverleihsystem hat nichts mit der Vermietung von Fahrzeugen zur Personenbeförderung mit einem Fahrer zu tun. Es ist daher nachvollziehbar, dass ein Wirtschaftsteilnehmer (der ein Fahrradverleihsystem anbieten möchte), selbst wenn er bei der erweiterten Suche im TED diese Bekanntmachung gefunden hätte, dieser keiner weitere Beachtung geschenkt hätte. Aufgrund der Verwendung eines falschen CPV-Codes als Hauptgegenstand wurde die fehlerhafte Überschrift bei der Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx generiert. Eine solch fehlerhafte Überschrift ist für den Wirtschaftsteilnehmer, der sich auf der TED-Website informiert, irreführend.

Zudem hat die Vergabestelle in der Bekanntmachung vom xx.xx xxxx unter VI.3.2) (=Einlegung von Rechtsbehelfen) und VI.3.3) (= Stelle, die Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erteilt) keine Angaben gemacht. Die Vergabestelle (als öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB) hätte für die „Bekanntmachung vergebener Aufträge“ das Standardformular Anhang III der DVO (EU) 2015/1986 verwenden müssen. Unter VI. des Standardformulars Anhang III. „Bekanntmachung vergebener Aufträge“ sind Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen zu machen. *„Anstelle der genauen Angaben der Fristen kann auch eine Stelle angegeben werden, bei der Auskünfte*

über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind. Fehlt es in der Bekanntmachung an notwendigen Bestandteilen oder sind diese fehlerhaft, tritt mangels Veröffentlichung einer ordnungsgemäßen Bekanntmachung keine Fristverkürzung nach § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB ein“ (Dreher/Hoffmann in Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil, § 135 Rn. 71). So liegt der Fall hier. Die Vergabestelle hat weder Angaben zu den Fristen gemacht, noch eine Stelle angegeben, die Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erteilt. Damit die in § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB vorgesehene Fristverkürzung eintritt, sind über den reinen Wortlaut hinaus sowohl die inhaltlichen Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie als auch die DVO (EU) 2015/1986 zwingend zu beachten, ansonsten wäre § 135 Abs. 2 GWB aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts unanwendbar, mit der Folge, dass der Rückgriff auf die Fristenregelung vollkommen versperrt wäre (siehe dazu Dreher/Hoffmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 135 Rn. 61, 65 f).

Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht gemäß § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GWB unzulässig, weil die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag nicht innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Rügezurückweisung vom 12.04.2018 gestellt hat. Gemäß dem Tatbestand von § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GWB ist diese Vorschrift nur anzuwenden, wenn Bieter oder Bewerber von der Vergabestelle entsprechend informiert wurden. Die Vergabestelle hat die Antragstellerin nicht an dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt, somit hatte die Antragstellerin keine Bieter- oder Bewerberstellung inne. Die über den Wortlaut hinausgehende teleologische Auslegung der Vergabestelle von § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GWB, dass die 30 Tagesfrist auch dann beginnen würde, wenn der Wirtschaftsteilnehmer direkt von der Vergabestelle informiert worden sei, selbst wenn er nicht Bieter oder Bewerber im Vergabeverfahren gewesen sei, widerspricht dem eindeutigen Wortlaut und lässt eine solche Auslegung nicht zu. *„In dem die Vorschrift nur noch auf die Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber abstellt, spielt die 30-Tages-Frist nach § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 für außenstehende Unternehmen in den Fällen einer de-facto-Vergabe nach § 135 Abs. 1 Nummer 2 GWB keine Rolle mehr* (Dreher/Hoffmann in Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil § 135 Rn. 60)“. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Vergabestelle in dem Schreiben vom 12.04.2018 nicht auf die 30-Tages-Frist nach § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GWB hingewiesen hat. Wenn die Vergabestelle das Schreiben vom 12.04.2018 nicht nur als Zurückweisung der Rüge, sondern auch als Informationsschreiben

nach § 135 Abs. 2 Satz 1 Hs.1 GWB ansehen möchte, dann hätte sie auf Rechtsfolgen und die 30-Tages-Frist hinweisen müssen.

Zudem ist die Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx inhaltlich unrichtig, weil in dieser Bekanntmachung bereits der Abschluss der Rahmenvereinbarung bekannt gegeben wurde. Tatsächlich wurde die Rahmenvereinbarung erst am xx.xx.xxxx/xx.xx.xxxx unterzeichnet. Die Bekanntmachung über vergebene Aufträge darf erst bekannt gemacht werden, nachdem der Vertragsschluss erfolgt ist (VK Südbayern, Beschluss vom 18.11.2014, Az. Z3-3-3194-1-40-09/14). Unerheblich ist, dass am xx.xx.xxxx eine Durchführungsvereinbarung unterzeichnet wurde, denn in der Bekanntmachung wurde explizit der Abschluss der Rahmenvereinbarung bekannt gegeben. Nachdem die Vergabestelle in ihrem Schreiben vom 12.04.2018 auf die Bekanntmachung Bezug nahm, wird auch dieses insofern unrichtig.

Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht wegen Verwirkung unzulässig. Der Gesetzgeber hat in § 135 Abs. 2 GWB einen gesetzlich detailliert normierten Verwirkungstatbestand geschaffen. Es erscheint nicht zulässig- nachdem die Voraussetzungen für eine Verkürzung der Frist auf 30 Kalendertagen gemäß § 130 Abs. 2 GWB nicht vorliegen und der Vertragsschluss noch keine sechs Monate zurück liegt - über das Institut der Verwirkung die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages infrage stellen zu wollen. Wie bereits ausgeführt, hat der Gesetzgeber in § 135 Abs. 2 GWB bereits ausführlich geregelt, unter welchen Umständen ein Antragsteller sich nicht mehr auf die Unwirksamkeit berufen darf. Zudem hat die Antragstellerin zutreffend darauf hingewiesen, dass die Vergabestelle ihr im Schreiben vom 12.04.2018 nicht den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mitgeteilt habe. Aus diesem Grund habe ein erhöhter Rechercheaufwand bestanden. Somit fehlt es auch an dem für eine Verwirkung notwendigen Zeitmoment, denn aufgrund des erhöhten Rechercheaufwands kann der Vergabestelle nicht vorgeworfen werden, dass sie den Nachprüfungsantrag erst am 30.05.2018 gestellt hat.

- g) Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht deshalb unzulässig, weil der Ausnahmetatbestand des § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB greift und die Vergabestelle die Bestimmungen des Kartellvergaberechts folglich nicht beachten müsste. Die Ausnahmetatbestände des § 137 GWB „sind ausschließlich bei der Vergabe von Aufträgen im Sinne des § 102 durch Sektorenauftraggeber nach § 100 zugrunde zu le-

gen“ (Lausen in Beck'scher Vergaberechtkommentar, GWB 4. Teil, 3. Aufl., § 137 Rn. 5). Wie bereits oben unter 1. b) ausgeführt, ist die Vergabestelle im vorliegenden Fall keine Sektorenauftraggeberin.

Zudem erfasst § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB die Händlertätigkeit eines Sektorenauftraggebers (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 137 GWB, Rn. 15). Voraussetzung für die Vergaberechtsfreiheit ist somit, „dass es für den Auftragsgegenstand einen freien Markt mit mehreren Anbietern gibt (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 137 GWB, Rn. 18). „Gemäß § 137 Abs. 1 Nummer 9 lit. b) GWB besteht nur dann keine Ausschreibungspflicht, wenn ein hinreichender Wettbewerb besteht und die in Rede stehenden Waren allgemein zum Kauf oder zur Miete angeboten werden“ (Röwekamp in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. § 137 GWB Rn. 7).

Nachdem das von der Vergabestelle beabsichtigte Fahrradverleihsystem von der BGI in der Vergangenheit nicht eigenwirtschaftlich betrieben werden konnte, kann hier nicht gemäß § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB von einem hinreichenden Wettbewerb ausgegangen werden. Somit greift der Ausnahmetatbestand des § 137 Abs. 1 Nr. 9 GWB nicht, weil für die Vermietung von Fahrrädern an Dritte in der verfahrensgegenständlichen Art und Weise (frei zugängliche Fahrräder zu jeder Tages- und Nachtzeit mit Kundenservice) kein hinreichender Wettbewerb vorhanden ist.

- h) Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ist bei einer durchgeführten de-facto-Vergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU keine Rüge erforderlich. Die von der Antragstellerin dennoch erhobene Rüge vom 29.03.2018 löst nicht die Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB aus (Wiese in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn. 198).

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Vergabestelle war nicht berechtigt, gemäß § 13 Abs. 2 Nrn. 3, 8, 9 SektVO bzw. nach § 14 Abs. 4 Nrn. 2 und 7 VgV im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb den Auftrag an die Beigeladene zu vergeben. Die Vergabestelle hätte nach § 37 VgV eine Auftragsbekanntmachung veranlassen müssen, die sie aber unterlassen hat. Die

Antragstellerin ist dadurch in ihren Rechten verletzt. Gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB war somit die Unwirksamkeit der bereits geschlossenen Vereinbarungen festzustellen.

- a) § 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO ist bereits deshalb nicht anwendbar, weil es sich nicht um eine Sektorentätigkeit der Vergabestelle handelt. Auf die Begründung in Ziffer 1b) wird hierzu verwiesen. Eine inhaltsgleiche Vorschrift gibt es in der VgV nicht. Zudem hat die Antragstellerin zutreffend vorgetragen, dass der Tatbestand des § 13 Abs. 2 Nummer 8 SektVO schon deshalb nicht erfüllt sei, weil es sich hier nicht um eine besonders vorteilhafte Gelegenheit handeln würde, die nur kurzfristig bestanden habe. Die Beigeladene hat bereits im Kalenderjahr 20xx die Einstellung von angekündigt. Somit handelt es sich um keine Gelegenheit, die nur „kurzfristig“ bestanden hat. Vielmehr hätte die Vergabestelle ab dem Jahr 20xx im Rahmen eines Vergabeverfahrens prüfen können, ob es sich tatsächlich um eine günstige Gelegenheit handelt, die bestehenden Fahrradstationen von der Beigeladenen zu übernehmen.
- b) Auch die Tatbestandsvoraussetzungen von § 13 Abs. 2 Nr. 9 SektVO bzw. der inhaltsgleichen Vorschrift in § 14 Abs. 4 Nr. 7 VgV sind nicht gegeben. Die Vorschrift greift nur, wenn die Beigeladene ihre Geschäftstätigkeit endgültig eingestellt hätte oder sich in Insolvenz befunden hätte. Nach unwidersprochenem Sachvortrag der Antragstellerin betreibt die Beigeladene in über 100 Städten Leistungen mit Fahrrädern. Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nr. 7 VgV sind nicht erfüllt, wenn die Beigeladene lediglich am Standort in das von ihr betriebene Fahrradverleihsystem einstellen möchte. Zudem befindet sich in der Vergabeakte kein Nachweis, dass der Kauf der Assets unter Berücksichtigung der gesamten Rahmenvereinbarung zu einer besonders günstigen Bedingung erfolgt ist. Der Kauf der ortsunveränderlichen Fahrradstationen ist im Hinblick auf den Gesamtumfang der Liefer- und Dienstleistungen, die die Beigeladene erbringen soll, untergeordnet. Aus der Vergabeakte kann nicht entnommen werden, dass bei einer Gesamtbetrachtung aller Liefer- und Dienstleistungen besonders günstige Bedingungen vorgelegen haben.
- c) Die Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nummer 2 lit. b) oder lit. c) liegen ebenfalls nicht vor.
- Die Antragstellerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass technische Gründe einem wettbewerblichen Vergabeverfahren gemäß § 14 Abs. 4 Nummer 2 lit. b VgV nicht entgegenstehen würden. Selbst wenn die vorhandenen Stationen wei-

ter genutzt würden, könnten gebrauchte und kompatibel gemachte Fahrräder geliefert werden und kompatible neue Assets (Fahrräder und Stationen) erstellt werden. Eine abgeschlossene Ausschreibung in (auch dort mussten die Bieter ihre Angebote auf die Bestandsinfrastruktur anpassen) habe dies belegt. Auch Ausschließlichkeitsrechte gemäß § 14 Abs. 4 Nummer 2 lit. c VgV zwingen die Vergabestelle ebenfalls nicht, ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur mit der Beigeladenen zu führen. In ihrem Vergabebericht vom 21.11.2017 hat die Vergabestelle selbst ausgeführt, dass die Beigeladene - sollte sie kein Fahrradverleihsystem mehr in betreiben - die Infrastruktur abbauen müsste. Das Eigentumsrecht der Beigeladenen an den vorhandenen Fahrradstationen ist deshalb kein Grund, dass sich die Vergabestelle auf § 14 Abs. 4 Nummer 2 lit. c VgV berufen kann. Vielmehr entscheidend ist die Frage, ob nur die Beigeladene solche Fahrradstationen im aufstellen und betreiben darf. Die Antwort auf diese Frage hat sich die Vergabestelle in ihrer Bekanntmachung vom xx.xx.xxx selbst gegeben. Die Beigeladene ist lediglich aufgrund einer sogenannten Sondernutzungserlaubnis gemäß Art. 18 Bayerisches Straßen- und Wegegesetz zur Nutzung der Flächen zum Betrieb einer Fahrradstation berechtigt. Die als zuständiger Straßenbaulastträger darf eine solche Sondernutzungserlaubnis nur auf Widerruf oder Zeit gewähren. Nachdem die Vergabestelle selbst erkannt hat, dass die Beigeladene die derzeit vorhandenen Fahrradstationen abbauen müsste, kann sich die Vergabestelle nicht darauf berufen, dass die Beigeladene Ausschließlichkeitsrechte besitzen würde. Somit kann auch jeder andere Wettbewerber mit einer entsprechenden Sondernutzungserlaubnis der solche Fahrradstationen aufbauen und betreiben.

Zudem sind auch die in § 14 Abs. 6 VgV genannten zusätzlichen Voraussetzungen zum Ausnahmestatbestand des § 14 Abs. 4 Nummer 2 VgV nicht erfüllt. Die Entscheidung der Vergabestelle, die Anschaffung des bestehenden Fahrradverleihsystems, dessen Weiterbetrieb und weitere Entwicklung als Gesamtauftrag zusammenzufassen, stellt einen Verstoß gegen § 14 Abs. 6 VgV bzw. § 13 Abs. 3 SektVO dar, weil die Vergabestelle damit ohne nachvollziehbare Notwendigkeit künstlich den Wettbewerb einschränken wollte. Die Vergabestelle diskriminiert alle anderen Wettbewerber, wenn sie den Kauf, den Weiterbetrieb und die weitere Entwicklung des Fahrradverleihsystems in einem Auftrag zusammenfasst. Der Kauf vorhandener Assets von der Beigeladenen ist im Rahmen der Gesamtbetrachtung untergeordnet. Die Antragstellerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass sie auch vergleichbare Leistungen erbringen könnte. Die Antragstellerin hätte auch gebrauchte Assets anbieten können. Es bestand keine nachvollzieh-

bare Notwendigkeit, den Wettbewerb hier einzuschränken. „Soweit der Bedarf auch ohne Ausschließlichkeitsrechte gedeckt werden könnte, muss dies in der Vergabeentscheidung berücksichtigt werden“ (Kainer, NZBau 2018, S. 390f mit Verweis auf Kirch, NZBau 2016, S. 742ff).

Auch der von der Vergabestelle aufgeführte zeitliche und angeblich finanzielle Mehraufwand kann die Verengung des Leistungsgegenstands nicht tragen. Eine europaweite Ausschreibung führt immer zu einem Mehraufwand für den Auftraggeber. Das ist allerdings kein Grund, ein vergaberechtlich notwendiges Verfahren nicht durchzuführen. Auch zeitliche Erwägungen rechtfertigen die Vergabe ohne ein wettbewerbliches Verfahren nicht, da die Beigeladene bereits Ende 20xx erklärt hat, in Nürnberg nicht fortführen zu wollen. Selbst wenn sich das Fahrradverleihsystem der Beigeladenen in gut etabliert und eingespielt haben sollte, ist es kein nachvollziehbarer Grund, den Wettbewerb einzuschränken.

Auch das „know-how“ der BGI als Betreiberin des Bestandssystems rechtfertigt nicht die Einschränkung des Wettbewerbs in der vorgenommenen Art und Weise. In der Vergabeakte findet sich kein Nachweis (z.B. durch Markterkundung), dass das Angebot der Beigeladenen konkurrenzlos wirtschaftlich ist.

Die Leistungsbestimmung muss mit dem in § 97 GWB verankerten Gebot der Wettbewerbslichkeit übereinstimmen (Lampert in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtkommentar, § 121 GWB Rn. 5ff). Die Bestimmung des Leistungsgegenstands darf nicht zu einer Verengung des Wettbewerbs führen (siehe dazu Kainer, NZBau, 2018, S. 389). Die Vergabestelle hat hier die vergaberechtlichen Grenzen der Beschaffungsfreiheit überschritten, indem sie den Leistungsgegenstand derart einschränkt, obwohl dafür keine durch das Vergaberecht anerkannten Gründe vorliegen.

- d) Nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB hat die Vergabekammer geeignete Maßnahmen anzuordnen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Gemäß der Vergabeakte wurden bereits Bestellungen auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung durch die Vergabestelle getätigt. In der mündlichen Verhandlung hat die Vergabestelle bestätigt, dass diese Bestellungen (teilweise) schon ausgeführt wurden. Nachdem die Rahmenvereinbarung unwirksam ist, war festzustellen, dass diese Bestellungen auch unwirksam sind und rückabgewickelt werden müssen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Anträge gestellt und daher kein Kostenrisiko übernommen. Eine Erstattung ihrer Aufwendungen scheidet daher ebenfalls aus.
- d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf den in der Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx veröffentlichten Gesamtauftragswert und eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.
- e) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Die Kostenrechnung für die VSt wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....