

Leitsätze:

1. Im Hinblick auf das Transparenzgebot muss der Auftraggeber die Kriterien, auf deren Basis er unter den generell geeigneten Bewerbern diejenigen auswählt, die zu Vertragsverhandlungen aufgefordert werden, in der Bekanntmachung angeben.  
Öffentliche Auftraggeber verfügen bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens über einen gewissen Beurteilungsspielraum. Insbesondere im Hinblick auf die hinreichende Eignung eines Bieters anhand der eingereichten Referenzen kommt der Beurteilungsspielraum zum Tragen. Nachprüfungsinstanzen können solche Entscheidungen von öffentlichen Auftraggebern nur eingeschränkt überprüfen. Im Vergabenachprüfungsverfahren ist daher nur kontrollfähig, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nicht auf sachwidrigen Erwägungen beruhen und nicht gegen allgemein gültige Vergabegrundsätze verstoßen worden ist.
2. Die VSt hat ihren Beurteilungsspielraum überschritten, wenn sie ohne Kenntnis der Umsatzzahlen die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit beurteilt hat.
3. Die Möglichkeit zur Nachforderung von bieterbezogenen Unterlagen, die Aspekte der Eignung betreffen, besteht nur bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs, da gemäß § 42 Abs. 2 VgV nur solche Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen, die ihre Eignung im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs nachgewiesen haben. Nur wenn neue Erkenntnisse vorliegen, darf der Auftraggeber nochmals in die Eignungsprüfung eintreten.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( **Antragsteller - ASt** )

**Vergabestelle:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( **Vergabestelle - VSt** )

**Beigelandende:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( **Beigeladene - BGI** )

**Bauvorhaben:** **Einrichtung und Betrieb eines öffentlichen Fahrradvermietungssystems**

**Vergabeverfahren:** **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 17 Abs. 1 VgV**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 22.10.2020 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

### **B e s c h l u s s :**

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Bei Fortbestehen der Vergabeabsicht hat die Vergabestelle unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren fortzuführen.
2. Die VSt und die BGI tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt je zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

### **S a c h v e r h a l t :**

#### **1.**

Die VSt schrieb im EU-Amtsblatt vom xx.xx.xxx den Dienstleistungsauftrag für die „Einrichtung und Betrieb eines öffentlichen Fahrradvermietungssystems innerhalb .....“ europaweit im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus.

Laut Bekanntmachung unter der Ziff. III.1 waren als Teilnahmebedingung am Wettbewerb folgende Nachweise gefordert:

#### **III.1.1) *Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister***

*Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:*

- 1) *Kopie der Anmeldungs- und Eintragungsbescheinigung in das Berufsregister des Sitzes oder Wohnsitzes des Unternehmens;*
- 2) *Bescheinigung der Berufsgenossenschaft;*
- 3) *Unbedenklichkeitsbescheinigungen der zuständigen Finanz- und Sozialämter;*

- 4) *Eigenerklärung, dass der Bewerber/die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft nicht wegen einer der in § 123 Abs. 1-4 GWB genannten Vorschriften verurteilt ist und keine Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 GWB vorliegen.*

### **III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**

*Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:*

- 1) *Umsatzzahlen für vergleichbare Leistungen der letzten 3 Geschäftsjahre;*
- 2) *Nachweis einer Haftpflichtversicherung für Sach-, Personen- und Vermögensschäden mit einer Deckungssumme von mindestens 10 Mio. EUR. Es genügt die Vorlage einer Bescheinigung einer Versicherung, dass diese bereit ist, im Auftragsfall eine Versicherung mit den entsprechenden Deckungssummen mit dem Bewerber abzuschließen.*

### **III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit**

*Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:*

- 1) *Der Bieter muss Erfahrung im Aufbau und der Betreuung eines Fahrradvermietungs-systems vorweisen. Hierfür sind folgende Angaben erforderlich: Standort des Fahrradvermietungs-systems, Anzahl der Fahrräder, Anzahl der Pedelecs, Anzahl der Stationen, Stationstypen (baulich, nicht baulich), Zeitrahmen.*
- 2) *Angabe des vorgesehenen Projektleiters und Projektverantwortlichen jeweils mit Darstellung des beruflichen Werdegangs.*

## **2.**

Bis Ende der Teilnahmefrist am xx.xx.xxxx sind 6 Teilnahmeanträge bei der VSt eingegangen. 2 Bewerber wurden wegen fehlender Unterschrift bzw. ungenügender Referenzen ausgeschieden. Nach Wertung der Teilnahmeanträge wurden 4 Firmen zur Angebotsabgabe aufgefordert.

## **3.**

Laut Niederschrift über den Eröffnungstermin am xx.xx.xxxx haben 3 Bieter, darunter die ASt und die BGI, ein Angebot abgegeben.

## **4.**

Mit Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 14.07.2020 teilte die VSt der ASt mit, dass beabsichtigt sei, frühestens 27.07.2020 den Zuschlag auf das Angebot der BGI zu

erteilen. Die BGI habe einen besseren Preis für die Errichtung und den Betrieb des OFVS angeboten.

## 5.

Am 21.07.2020 rügte die ASt die vorgesehene Zuschlagserteilung an die BGI als vergaberechtswidrig. Es fehle der BGI sowohl an der wirtschaftlichen und finanziellen als auch an der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. Als Newcomer verfüge die BGI nicht über die erforderlichen Voraussetzungen, um die aufgestellten Eignungskriterien zu erfüllen. In der Bekanntmachung seien die Umsatzzahlen für vergleichbare Leistungen der letzten drei Geschäftsjahren gefordert. Als erst im Herbst 2019 gegründetes Unternehmen sei davon auszugehen, dass die BGI über keinerlei nennenswerte eigene Umsätze verfüge. Die BGI könne für sich selbst keine Umsatzzahlen zum Beleg ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit beigebracht haben. Eine vollständige Eignungsleihe durch Dritte sei nicht möglich.

Die BGI verfüge auch über keinerlei nennenswertes Eigenkapital. Sie sei deshalb nicht in der Lage, die Finanzflüsse und erheblichen Vorleistungen, die mit dem Aufbau und dem Betrieb des Fahrradverleihsystems verbunden sind, sicher zu bewerkstelligen.

Das Angebot der BGI sei auch wegen Unauskömmlichkeit nicht beauftragungsfähig.

## 6.

Die VSt hat am 29.07.2020 die Rüge zurückgewiesen.

## 7.

Mit Schreiben vom 29.07.2020 stellt die ASt bei der Vergabekammer Antrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens und beantragt im Einzelnen:

1. Der VSt wird aufgegeben, in dem Vergabeverfahren „Einrichtung und Betrieb eines öffentlichen Fahrradvermietungssystems innerhalb ....“, das Angebot der BGI auszuschließen und die Wertung der Angebote zu wiederholen.
2. Hilfsweise: Die VSt wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in einen Stand vor Einreichung der letzten, finalen Angebote zurück zu versetzen.
3. die VSt trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.

Ferner beantragt die ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

Zur Begründung wiederholt und vertieft die ASt ihre Rüge vom 21.07.2020.

**8.**

Die Vergabekammer hat am 30.07.2020 den Nachprüfungsantrag an die VSt übermittelt.

**9.**

Mit Schreiben vom 11.08.2020 beantragt die VSt

1. den Nachprüfungsantrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens zurückzuweisen;
2. den Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten zurückzuweisen;
3. der ASt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der VSt aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die VSt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei nicht begründet.

Die BGI sei geeignet.

Die wirtschaftlich-finanzielle Eignung der BGI sei gegeben. Sie habe sich mittels Eignungsleihe die Umsatzzahlen ihres Nachunternehmers X geliehen. Dieser habe über eine Nachunternehmerverpflichtungserklärung auch bestätigt, dass er als Gesamtschuldner mithaftet, so dass auf dieser Basis eine wirksame Eignungsleihe zugunsten der BGI vorgenommen wurde. Die Umsatzzahlen des Nachunternehmers sind in einer Höhe, die keine Zweifel an der wirtschaftlich-finanziellen Eignung aufkommen lassen. Dementsprechend positiv sei die Eignungsprognose der VSt ausgefallen. Es liege im Ermessen der VSt auf Grundlage der eingereichten Zahlen eine Eignungsprognose zu treffen. Dies sei fehlerfrei erfolgt.

Aufgrund der Eignungsleihe sei die technisch-berufliche Eignung der BGI zu bejahen. Eine entsprechende Nachunternehmerverpflichtungserklärung liege vor. Die Referenzen seien aussagekräftig und vergleichbar mit dem in Frage stehenden Auftrag.

Der Projektleiter und der Projektverantwortliche müssten nicht über eigene Referenzerfahrung im Bereich von öffentlichen Fahrradverleihsystemen verfügen, weil dies in der EU-Bekanntmachung nicht gefordert war. Nach den veröffentlichten Eignungsanforderungen sei es ausreichend, wenn der Projektleiter über Berufserfahrung verfüge, die ihn

als Projektleiter geeignet erscheinen lassen - egal ob dabei Verleihfahräder eine Rolle spielen würden oder nicht.

Eine Auskömmlichkeitsprüfung hinsichtlich des Angebotes der BGI habe unterbleiben können, da der Angebotspreis sehr nahe an der eigenen qualifizierten Kostenschätzung der VSt liege. Darüber hinaus habe die VSt im Rahmen der Verhandlungen umfassend zu den preislichen Parametern mit der Beizuladenden kommuniziert. Das Protokoll über die Verhandlungsgespräche zeige, dass die BGI zu ihrem Preis aus dem indikativen Angebot hinterfragt worden sei. Die offenen Fragen konnten allesamt beantwortet werden. Eine weitere Preisauflärung sei entbehrlich.

Das Angebot der ASt liege mehr als 40 Prozent über der Kostenschätzung der VSt. Zu dem von der ASt angebotenen Preis könne in xxx kein Fahrradverleihsystem etabliert werden. Sollte die Bezuschlagung der BGI nicht möglich sein, so würde das Vergabeverfahren aufgehoben werden. Insofern hätten etwaige Vergabeverstöße keine subjektive Rechtsverletzung der ASt zur Folge. Ihr Angebot wird aufgrund des hohen Preises im Rahmen dieses Vergabeverfahrens unter keinen Umständen bezuschlagt werden können. Auch deshalb sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

**10.**

Am 17.08.2020 hat die Vergabekammer die Fa. .... zum Verfahren beigeladen.

**11.**

Am 17.08.2020 hat die Vergabekammer der ASt und der BGI gemäß § 165 GWB Akteneinsicht unter Wahrung des Geheimschutzes gewährt, indem sie Auszüge der Vergabeakte zugesandt hat.

**12.**

Am 28.08.2020 lässt die BGI folgende Anträge stellen:

1. Der Nachprüfungsantrag Nr. 1 wird zurückgewiesen.
2. Soweit die BGI einen eigenen Antrag gestellt hat, trägt die ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der BGI.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die BGI im Vergabenachprüfungsverfahren erforderlich war.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet

Die BGI erfülle die Eignungskriterien.

Die wirtschaftlich-finanzielle Eignung der BGI sei durch die Nachunternehmerverpflichtungserklärung der X gegeben.

Ebenso sei die technisch-berufliche Eignung der BGI gegeben, auch hier habe die BGI Nachunternehmerverpflichtungserklärungen abgegeben. Hinsichtlich der Eignung des Projektleiters hätten keine konkreten Vorgaben über Erfahrungen im Bereich von öffentlichen Fahrradverleihsystemen bestanden. Aufgabe eines Projektleiters sei in erster Linie, das Projekt zu leiten, also die Koordination der gestellten Aufgabe zu übernehmen. Die Vergabestelle habe dabei die Prognose zu treffen, ob sie den Projektleiter für die gestellte Aufgabe für geeignet halte und habe dies hier bejaht.

### **13.**

Am 28.08.2020 nimmt die ASt nach Akteneinsicht und zum Schriftsatz der VSt vom 11.8.2020 Stellung:

Der BGI fehle wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit. Die nach Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens abgefragten Umsatzzahlen seien schon aus formalen Gründen nicht berücksichtigungsfähig.

Es sei erst auf Grundlage des von der ASt angestrebten Nachprüfungsverfahrens auf Seiten der VSt festgestellt worden, dass die Darstellungen der Beigeladenen inhaltlich nicht ausreichend seien. In einem solchen Fall sei aber eine Nachforderung ausgeschlossen. Wird ein Nachunternehmer im Rahmen einer Eignungsleihe benannt und legt dieser Referenzen vor, können sonstige unzureichende Erklärungen in einer Bewerbung nicht nachträglich als unvollständig bewertet werden. Es ist vielmehr so, dass die BGI einen inhaltlich unzureichenden Teilnahmeantrag eingereicht hat. Damit hätte die BGI aber schon nicht zum Angebotswettbewerb zugelassen werden dürfen.

Auf die Ausführungen zu der materiellen Wertung der nachgereichten Umsatzzahlen wird verwiesen.

Der BGI fehle die technisch-berufliche Leistungsfähigkeit. Eine Begründung und nachvollziehbare Dokumentation der Eignungsprüfung fehle. Damit sei davon auszugehen, dass eine inhaltliche Bewertung der Referenzen auf Vergleichbarkeit gar nicht vorgenommen worden sei. Hätte die VSt eine solche inhaltliche Prüfung und Bewertung vorgenommen, hätte sie feststellen müssen, dass die Referenzen tatsächlich gar keine vergleichbaren Leistungen betreffen. Es würden damit bei den Projekten die Auftraggeberseitig zwingenden Vorgaben fehlen, etwa zur Ausstattung von Fahrrädern, Stationen und auch zur Fahrraddisposition und Wartung. Insbesondere gebe es keine Service Level

mit einzuhaltenden Verfügbarkeiten und Werkstattreserven, was besondere Herausforderungen öffentlich ausgeschriebener Fahrradverleihsysteme darstellen würden. Referenzen müssten sich auf vergleichbare Leistungen beziehen.

Vergleichbar ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung, wenn sie dieser so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet, d.h. die Referenzen den hinreichend sicheren Schluss zulassen, dass der Bieter über die für die Durchführung des Auftrags erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfüge. Hieran fehle es bei der BGI bzw. der benannten Nachunternehmerin X.

Die Referenzen der X könnten der BGI für den Bereich Betrieb nicht zugerechnet werden. Ein Bieter könne sich auf einschlägige berufliche Erfahrungen auf die Kapazitäten anderer Unternehmen nur dann berufen, wenn diese auch die Leistungen erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Dies sei vorliegend beim Fachwissen über den erfolgreichen Betrieb eines Fahrradverleihsystems nicht der Fall. Es sei davon auszugehen, dass die X lediglich im Rahmen der technischen Investitionen in die Leistungserbringung etwa durch die Ausstattung mit Fahrrädern, IT-Technik eingebunden werde.

So ist es auch nicht realistisch anzunehmen, dass die in ..... ansässige X Betriebspersonal nach ..... entsenden werde. Die von diesem Unternehmen beigesteuerten Referenzen seien damit nicht geeignet, um die beruflich-technische Leistungsfähigkeit der Beigeladenen für den Bereich des Betriebs zu belegen.

Auf die weiteren Ausführungen der ASt zur fehlenden Eignung der Projektleitung der BGI und zur fehlenden Auskömmlichkeit des Angebots der BGI wird verwiesen.

#### **14.**

Am 17.09.2020 nimmt die ASt zum Schriftsatz der BGI vom 28.08.2020 Stellung:

Die ASt bleibt dabei, dass die BGI mangels Lücke in der Bewerbung aus formalen Gründen nicht zum Angebotswettbewerb hätte zugelassen werden dürfen. Auch die inhaltliche Bewertung der wirtschaftlich-finanziellen und technisch-beruflichen Leistungsfähigkeit der VSt sei beurteilungsfehlerhaft erfolgt.

Auf die weiteren Ausführungen der ASt zur fehlenden Eignung der Projektleitung der BGI und zur fehlenden Auskömmlichkeit des Angebots der BGI wird verwiesen.

#### **15.**

Die VSt erwidert im Schriftsatz vom 22.09.2020:

Schon mit dem Teilnahmeantrag habe die BGI erklärt, sich die Eignung in technisch-beruflicher als auch in wirtschaftlicher-finanzieller Hinsicht gemäß § 47 VgV von der X



zu leihen. Die BGI habe zudem die Referenzen dieses Nachunternehmers vollständig dem Teilnahmeantrag beigefügt. Es fehlten die Umsatzzahlen dieses die Eignung verleihenden Nachunternehmers. Diese seien nachgefordert und von der BGI entsprechend nachgereicht worden. Die Prüfung der wirtschaftlich-finanziellen Eignung habe die VSt auf die gesetzlich vorgesehene Abfrage von Umsatzzahlen aus den letzten drei Jahren beschränkt. Diese habe die VSt für ausreichend gewertet. Das Gesamtbild dieses Nachunternehmers erlaube die Prognose einer uneingeschränkt wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit.

Die technisch-berufliche Eignung sei ebenfalls aufgrund der Eignungsleihe zu bejahen. Eine entsprechende Nachunternehmerverpflichtungserklärung liege vor. Die eingereichten Referenzen seien vergleichbar, da es sich um den Aufbau und die Betreuung von Fahrradvermietungssystemen handelt, mit einer erheblichen Anzahl von Fahrrädern bzw. Pedelecs im Innenstadtbereich. Diese Beurteilung sei ermessensfehlerfrei.

Auf die Ausführungen der VSt zu der Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots der BGI wird verwiesen

## **16.**

In ihrer Stellungnahme vom 22.09.2020 führt die BGI aus:

Die X habe die geforderte Nachunternehmerverpflichtungserklärung abgegeben. Auf deren Referenzen berufe sich die Beigeladene. Richtig sei, dass die Umsatzzahlen für die Nachunternehmerin X erst auf Aufforderung der Vergabestelle nachgereicht wurden. Die Beigeladene habe in ihrer Bewerbung die Nachunternehmerverpflichtungserklärung der X eingereicht und Eignungsleihe technische und berufliche Leistungsfähigkeit sowie wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit angekreuzt. Umsatzzahlen für die X fehlten. Die Bewerbung der BGI war also unvollständig, es durfte deshalb nachgefordert werden, § 56 Abs. 2 VgV.

Die BGI sei leistungsfähig. Durch die partnerschaftliche Zusammenarbeit der BGI mit X, einem weiteren Nachunternehmer der BGI und dem bestehenden Logistikbereich, der örtlichen Nähe der Partner, der schon bestehenden Infrastruktur, könne die BGI den Service deutlich günstiger anbieten als andere Mitbieter, die aus der Ferne eine komplett neue Serviceeinheit aufbauen müssten. Diese Vorteile seien im Angebot berücksichtigt worden.

Bei den Nachunternehmerverpflichtungserklärungen habe die BGI jeweils mit angegeben, für welchen Leistungsteilbereich dieser Nachunternehmer herangezogen werden würde sowie, dass sie sich auf deren Eignung berufe (Eignungsleihe). Dabei sei die Aufgabenverteilung der BGI wie folgt vorgesehen:

Beigeladene:

- Projektleitung
- Koordination Schnittstellen zu Apps der .....
- Service vor Ort, insbesondere Relocation, Akkus wechseln, Luftaufpumpen, Betriebsfähigkeit der Räder prüfen
- Marketing
- Call-Center, soweit von X nicht leistbar, aber von VSt in Ausschreibung gefordert.

X:

- Räder/Pedelecs liefern
- App-System inkl. Schlossverwaltung zur Verfügung stellen
- IT im Hintergrund betreiben Information über Zustand der Räder etc. an Service/..... senden
- Call-Center in den Hauptzeiten.

Auf die Ausführungen im Schriftsatz zur Eignung der Projektleitung und zur Auskömmlichkeit des Angebots der BGI wird verwiesen.

**17.**

Auf die Stellungnahme der ASt vom 09.10.2020 wird verwiesen.

**18.**

Der Vorsitzende hat die Frist des 167 Abs. 1 Satz 2 GWB zuletzt bis einschließlich 06.11.2020 verlängert.

**19.**

In der mündlichen Verhandlung am 22.10.2020 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Äußerung. Auf die Niederschrift zur Verhandlung wird verwiesen.

Die ASt stellt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 29.07.2020.

Sie beantragt des Weiteren höchst hilfsweise:

Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen.

Die VSt beantragt, alle Anträge der ASt abzuweisen.

Die BGI stellt ihren Antrag zu Ziffer 1) aus dem Schriftsatz vom 28.08.2020.

**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.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Dienst- und Lieferleistung handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert (§ 106 GWB).
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht.
- f) Die ASt hat am 21.07.2020 rechtzeitig die vorgesehene Zuschlagserteilung an die BGI gerügt, nachdem ihr dies am 14.07.2020 mitgeteilt worden war.
- g) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.
- h) Die ASt hat nach Erhalt des Nichtabhilfeschreibens vom 29.07.2020 den Nachprüfungsantrag am 29.07.2020 innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB gestellt.

**2.**

Der Antrag ist begründet.

Eine Berücksichtigung der BGI verletzt die ASt in Ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB. Die BGI durfte nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, sondern ist mangels nachgewiesener Eignung nach dem Teilnahmewettbewerb vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Eine Eignungsprüfung ist auch im Verhandlungsverfahren zwingend erforderlich; nur wer vom Auftraggeber als geeignet beurteilt wird, darf ein Angebot abgeben. Alle am Auftrag interessierten Unternehmen haben einen Anspruch auf eine rechtmäßige Eignungsprüfung. Die Eignungsprüfung findet am Maßstab der in der Vergabebekanntmachung veröffentlichten Eignungskriterien statt.

Im Hinblick auf das Transparenzgebot muss der Auftraggeber die Kriterien, auf deren Basis er unter den generell geeigneten Bewerbern diejenigen auswählt, die zu Vertragsverhandlungen aufgefordert werden, in der Bekanntmachung angeben.

Nach herrschender Rechtsprechung verfügen öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens über einen gewissen Beurteilungsspielraum. Insbesondere im Hinblick auf die hinreichende Eignung eines Bieters anhand der eingereichten Referenzen kommt der Beurteilungsspielraum zum Tragen. Nachprüfungsinstanzen können solche Entscheidungen von öffentlichen Auftraggebern nur eingeschränkt überprüfen.

Im Vergabenachprüfungsverfahren ist daher nur kontrollfähig, ob

- das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde,
- von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde,
- die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nicht auf sachwidrigen Erwägungen beruhen und
- nicht gegen allgemein gültige Vergabegrundsätze verstoßen worden ist.

Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, während des gesamten Vergabeverfahrens das Verfahren mit allen wesentlichen Entscheidungen zu dokumentieren und abschließend einen Vergabevermerk zu verfassen, § 8 Abs.1 VgV.

**a)** Gemäß Auftragsbekanntmachung wurden unter III.1.2 (Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) „*Umsatzzahlen für vergleichbare Leistungen der letzten 3 Geschäftsjahre*“ verlangt.

In ihrem Bewerbungsbogen zum Teilnahmeantrag hat die Beizuladende keine Umsatzangaben gemacht. Stattdessen findet sich folgender Hinweis im Teilnahmeantrag:

*„ Das Unternehmen wurde zum Zweck der Teilnahme an diesem Wettbewerb gegründet und weist deshalb keine Umsätze aus den Vorjahren aus “*

Dennoch hat die VSt den Teilnahmeantrag der BGI im weiteren Verfahren berücksichtigt. Im Vergabevermerk findet sich kein Anhaltspunkt, warum die VSt auf die Umsatzzahlen für vergleichbare Leistungen der letzten drei Geschäftsjahren zur Überprüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der BGI verzichtete.

Ohne entsprechende Festhaltungen im Vergabevermerk ist es für die Vergabekammer nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die VSt bei der BGI im

Rahmen der Wertung der Teilnahmeanträge zu dem Ergebnis kommen konnte, dass Umsatzzahlen für vergleichbare Leistungen der letzten 3 Geschäftsjahre vorliegen würden. Umsatzzahlen für die Nachunternehmer finden sich im Teilnahmeantrag der BGI nicht. Nachdem die BGI keine eigenen Umsatzangaben gemacht hat, hätte es der Umsatzzahlen eines Nachunternehmers bedurft. Entsprechende Unterlagen konnte die Vergabekammer in der Dokumentation nicht finden.

Die VSt hat ihren Beurteilungsspielraum überschritten, weil sie ohne Kenntnis der Umsatzzahlen, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der BGI beurteilt hat.

Zwar legt die VSt mit ihrer Erwiderung vom 11.08.2020 als Anlage xxxx eine E-Mail vom 06.08.2020 vor, darin ist der Umsatz der X der letzten drei Geschäftsjahren aufgeführt. Eine Berücksichtigung dieser Zahlen nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs am 17.02.2020 ist wegen des Verstoßes gegen den Wettbewerbs- und Gleichheitsgrundsatz unzulässig. Die Möglichkeit zur Nachforderung von bieterbezogenen Unterlagen, die Aspekte der Eignung betreffen, besteht nur bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs, da gemäß § 42 Abs. 2 VgV nur solche Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen, die ihre Eignung im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs nachgewiesen haben (Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht Kommentar; 3. Auflage; RdNr. 16 zu VgV § 56 mit Hinweis auf BR-Drucks. 87/16, S. 209/210).

Haak/Hogeweg in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage § 57 VgV Rn. 30 legen ebenfalls überzeugend dar, dass die Nachforderung von Erklärungen zur Eignung in zweistufigen Verfahren auf den Teilnahmewettbewerb begrenzt sind. Denn hier ist die Eignung gemäß § 42 Abs. 2 VgV abschließend zu prüfen. Nur wenn neue Erkenntnisse vorliegen, darf der Auftraggeber nochmals in die Eignungsprüfung eintreten. Es würde den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz bzw. des Wettbewerbsgrundsatzes widersprechen, wenn die Vergabestelle – ohne dass neue Erkenntnisse vorliegen – wieder in die abgeschlossene Eignungsprüfung eintreten könnte und nach § 56 VgV unternehmensbezogene Unterlagen nachfordern könnte. Der Teilnahmeantrag der BGI enthielt nicht sämtliche geforderten Unterlagen (hier: Umsatzzahlen) und muss daher gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV ausgeschlossen werden.

- b)** Unter III.1.3 (Technische und berufliche Leistungsfähigkeit) der Auftragsbekanntmachung wurde als Eignungskriterium festgelegt:

- „ 1) *Der Bieter muss Erfahrung im Aufbau und der Betreuung eines Fahrradvermietungssystems vorweisen. Hierfür sind folgende Angaben erforderlich: Standort des Fahrradvermietungssystems, Anzahl der Fahrräder, Anzahl der Pedelecs, Anzahl der Stationen (baulich, nicht baulich) Zeitrahmen.*
- 2) *Angabe des vorgesehenen Projektleiters und Projektverantwortlichen jeweils mit Darstellung des beruflichen Werdegangs. “*

Es ist für die Vergabekammer nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die VSt in ihrem Wertungsbogen zu dem Ergebnis kam, dass die BGI entsprechende Erfahrung im Aufbau und Betreuung eines Fahrradvermietungssystems vorweisen konnte. Es trifft zwar zu, dass ein Nachunternehmer, der eine entsprechende Nachunternehmererklärung abgab, für Teilleistungen des Auftrages zur Verfügung stand. Insoweit konnte die Beizuladende im Rahmen der Eignungsleihe teilweise ihre Eignung nachweisen.

Im Teilnahmeantrag der Beizuladenden finden sich zwei Nachunternehmerverpflichtungserklärungen.

In beiden Nachunternehmerverpflichtungserklärungen haben die Nachunternehmer im Vordruck bei Eignungsleihe „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ und Eignungsleihe „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ den Platzhalter angekreuzt.

In der ersten Nachunternehmerverpflichtungserklärung verpflichtet sich der dort benannte Nachunternehmer im Falle der Auftragsvergabe an die BGI folgende Teilleistungen für die BGI zu erbringen:

„ *IT-Plattform, mobile Applikation, Call Center, Fahrradschlösser “*

Bei der zweiten Nachunternehmerverpflichtungserklärung wurde angegeben, dass im Falle der Auftragsvergabe an die BGI folgende Teilleistungen durch den Nachunternehmer erbracht werden sollen:

„ *IT Plattform, mobile Applikation, Call Center, Telematik Lösung, Fahrradschlösser, Fahrräder “*

Entsprechend der Angaben in dieser Nachunternehmererklärung verpflichtete sich der Nachunternehmer lediglich, diese angeführten Teilleistungen zu übernehmen.

Zum Aufbau und Betrieb eines Fahrradvermietungssystems gehören aber mehr als diese Teilleistungen. Insbesondere müssen die Stationen gestaltet, errichtet

und betrieben werden (siehe Lastenheft 3.2) und der Betrieb und die Instandhaltung des Systems (siehe Lastenheft Ziffer 3.5) gewährleistet sein.

Diese Aufgaben sind nicht durch die Nachunternehmererklärungen im Rahmen der Eignungsleihe von den Nachunternehmern übernommen worden.

Die BGI und auch der Projektleiter bzw. der Projektverantwortliche haben für diesen Teil der Errichtung und des Betriebs eines Fahrradvermietungssystems keine eigenen Referenzen vorgelegt und diese Leistungen sind auch nicht durch die Eignungsleihe abgedeckt.

Die BGI hätte deshalb nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden dürfen, da der Umfang der Eignungsleihe der entsprechenden Nachunternehmererklärungen nicht ausreicht, dass die BGI entsprechend der geforderten Referenz ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit, wie in der Auftragsbekanntmachung gefordert, nachweisen konnte. Es genügt nicht, dass der Nachunternehmer im Rahmen der Eignungsleihe für technisches Equipment, mobile Applikationen, Callcenter, Fahrradschlösser und Fahrräder sorgt. Vielmehr hätte der Nachunternehmer im Falle der Eignungsleihe, nachdem die Beizuladende offensichtlich selbst keine Erfahrung im Aufbau und Betrieb eines Fahrradvermietungssystems besitzt, den kompletten Aufbau und Betrieb des Fahrradvermietungssystems übernehmen müssen. Dies soll ausweislich des Inhalts der beiden Nachunternehmererklärungen nicht geschehen.

Dies verdeutlicht auch der Schriftsatz der BGI vom 22.09.2020. Die BGI wird demnach selbst vor Ort das Fahrradvermietungssystem aufbauen und betreiben. Der Service vor Ort, die Wartung und Instandhaltung der Räder etc. soll nach Auskunft der BGI in der mündlichen Verhandlung durch die Fa. Y übernommen werden. Die Y war im Teilnahmewettbewerb als Nachunternehmen nicht benannt. Zudem ist ihre Eignung nicht belegt. Nachdem die BGI weder im Rahmen der Eignungsleihe noch durch eine eigene Referenz ihre berufliche und technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen hat, muss ihr Teilnahmeantrag unberücksichtigt bleiben.

Da die BGI aus den o.g. Gründen im weiteren Verfahren unberücksichtigt bleiben muss, kommt es auf die weiteren Rügen und die Hilfsanträge der ASt nicht mehr an. Unerheblich für dieses Nachprüfungsverfahren ist der Umstand, dass die VSt in Betracht zieht, das Vergabeverfahren wegen Unwirtschaftlichkeit aufzuheben. Solange die VSt keine Entscheidung dazu getroffen hat, ist diese Absichtserklärung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren irrelevant.

**3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die VSt und die BGI tragen die Verfahrenskosten je zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen sind, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten 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, sodass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt 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,- €. Die VSt und die BGI erhalten je eine Kostenrechnung in Höhe von x.xxx,- €.
- e) Der geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....