

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin – ASt)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragsgegnerin/Vergabestelle – AG/VSt)

Beigeladene
Zustellbevollmächtigter:
.....
(Beigeladene – BGI)

Dienstleistungsauftrag *Fahrradverleihsystem*
Vergabeverfahren: *Verhandlungsverfahren*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt aufgrund mündlicher Verhandlung vom 22.08.2023 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer am 22.08.2023 folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
Die Vergabestelle wird bei Fortbestehen der Vergabeabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Wertung der finalen Angebote zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xx.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die Vergabestelle schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxx europaweit den Lieferauftrag „*Fahrradverleihsystem*“ (Referenznummer der Bekanntmachung:) im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus.

2.

Nach der Leistungsbeschreibung ist Gegenstand des Auftrags der Betrieb des bestehenden Fahrradverleihsystems „.....“ und dessen Erweiterung, Das Fahrradverleihsystem soll mit festen und virtuellen Stationen sowie auch mit der Möglichkeit zur freien Abstellung in bestimmten Bereichen (Flexzonen) betrieben werden. Der Ausschreibungszeitraum beträgt 36 Monate ab dem xx.xx.xxxx. Zwei Verlängerungsoptionen von je 24 Monaten sind vorbehalten.

Ziffer 2.1. der Leistungsbeschreibung stellt folgende Vorgabe auf:

„FVS mit freier Abstellung in den Flexzonen und anderen frei festlegbaren Bereichen sowie festen und virtuellen Stationen.

– Möglichkeit einer Buchung, Ausleihe und Rückgabe von Fahrrädern über

○-App (iOS und Android) der

○ Telefon / -Kundencenter (vom AN zu betreiben, mindestens als Rückfallebene)“

Ziffer 2.2.1.2 (Ausstattungsmerkmale Leihfahrrad) stellt folgende Vorgaben hinsichtlich der Ausstattung der Fahrräder auf:

„[...]“

Folgende Anforderungen muss ein Leihfahrrad erfüllen:

- [...]“

- Ausstattung für flexible Ausleihe und Rückgabe mittels App und per Telefon/Kundencenter (Bordrechner, fernsteuerbares Schloss o.ä.), leicht in der Handhabung; diese muss technisch in der Lage sein, einen Rückgabevorgang nur zuzulassen, wenn das Fahrrad im Bediengebiet zurückgegeben wird

- [...]“

- (GPS-)Lokalisierungssensor mit hinreichender Genauigkeit für Flexzonen und virtuelle Stationen sowie Tracking einzelner Bewegungspunkte (bspw. Speicherung Positionsstempel alle 2 Minuten und Übermittlung nach Fahrtende an-App.

- [...]“

Ziffer 2.2.4.1 stellt folgende Anforderungen hinsichtlich der Ein- und Anbindung an-App (Mobilitätsplattform der) auf:

„Der AN legt der alle erforderlichen Schnittstellen und Datentypen seines FVS-Hintergrundsystems offen, die für die Einbindung des FVS in-App erforderlich sind. Dies umfasst u.a. die Schnittstellen für die Reservierung, Ausleihe und Rückgabe und Abrechnung der Fahrten sowie den Datenzugriff auf Radpositionen zu Planungs- und Buchungszwecken, Belegungsgrade und Standorte der Sammelstellen, Statusdaten (z.B. „reserviert bis“) und Daten zum Freischalten der Räder (Codes o.ä.).“

Ziffer 2.2.5.2 legt hinsichtlich des Ausleih- und Rückgabeprozesses u.A. folgendes fest:

„Der Ausleih- und Rückgabeprozess muss einfach, stabil und zuverlässig sein. Zudem darf er sich für den Kunden nicht nach freier oder stationsbasierter Abstellung unterscheiden. Der Ausleih- und Rückgabeprozess soll i. d. R. nicht länger als 30 Sekunden dauern. Folgende Wege sind für den Ausleih- und Rückgabevorgang anzubieten:

- App
- Telefonisch über Kundencenter des AN / ggf. auch Telefoncomputer

In der App und Webseite des AG müssen vor Buchung der Fahrräder alle festen und virtuellen Stationen, die Flexzonen und Ausschlussbereiche innerhalb der Flexzonen in einer Übersichtskarte hinsichtlich ihrer Position und verfügbaren Fahrrädern dargestellt werden können. Eine Beendigung der Ausleihe und damit eine ordnungsgemäße Rückgabe soll nur an einer Station bzw. innerhalb einer Flexzone möglich sein. Hierfür muss die Position des Fahrrads automatisch via GPS o.ä. erkannt werden. Der Kunde soll über eine erfolgreiche Rückgabe per Push-Notification, Email oder SMS vom AG über sein System benachrichtigt werden können. Dazu hat der AN eine entsprechende Datenübertragung sicher zu stellen. Der AN muss, auch als Rückfallebene, einen telefonischen Ausleih- und Rückgabeprozess per Kundencenter (ggf. auch Telefoncomputer) anbieten.“

Ziffer 2.2.8 legt hinsichtlich des Kundenservice und –support u.A. folgendes fest:

[...]

Der AN ist verantwortlich für den Betrieb eines Kundencenters bzw. einer Kundenzentrale mit folgenden Anforderungen:

- [...]
- *Erreichbarkeit täglich mindestens zwischen 5:00 bis 01:00 Uhr. Für Anfragen außerhalb dieser Zeit ist der Umgang zu beschreiben.“*

3.

In Vergabeunterlage 3 sind die Rückgabestationen und die Flexzonen festgelegt.

4.

In Vergabeunterlage 5b sind die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung angegeben, der Preis (50 %), das Konzept gem. Angebot/Beschreibung des Bieters (20 %) und die User Experience (30 %).

5.

Mit Schreiben vom 29.03.2023 wurde die ASt nach erfolgreicher Teilnahme zur Angebotsabgabe aufgefordert.

6.

Mit Schreiben vom 20.04.2023 hat die ASt ein Angebot abgegeben.

7.

Mit Schreiben vom 21.04.2023 hat die BGI, die ebenfalls den Teilnahmewettbewerb absolviert hat, ein Angebot abgegeben.

8.

Ein Verhandlungsgespräch mit der ASt fand am 05.05.2023 statt.

Ein Verhandlungsgespräch mit der BGI fand am 08.05.2023 statt.

Im Protokoll zum Gespräch mit der BGI ist u.A. vermerkt, dass es keine Flexzone gebe. Weiter ist die Frage vermerkt, ob es die Möglichkeit gebe, diese noch ins Konzept einzubringen. Zu dieser Frage wurde vermerkt, dass eine Flexzone umgesetzt werden könne und dass die konkrete Umsetzung durch viele einzelne virtuelle Hubs oder einen großen Hub im Detail durch die Fachbereiche besprochen und geklärt werden könne.

Im Dokument „Fragen und Themen zum Bietergespräch“ vom 04.05.2023 betreffend das Angebot der BGI ist die Frage vermerkt, wie der GPS Tracker geladen wird. Als Antwort wurde vermerkt, dass es ein passiver GPS-Tracker sei, der alle 24 Stunden ein Signal sendet.

10.

Mit Schreiben vom 12.06.2023 teilte die VSt der ASt mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag an die BGI zu erteilen. Im Rahmen der qualitativen Angebotswertung sei die ASt zwar teilweise höher bewertet werden, allerdings habe sie im Rahmen der Preiswertung deutlich weniger Punkte erreicht als der Bestbieter.

11.

Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 21.06.2023 hat die ASt diese Entscheidung gerügt. Das Angebot der BGI habe in mehrfacher Hinsicht die Vergabeunterlagen geändert und sei daher gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend vom Verfahren auszuschließen.

Das Angebot der ASt beinhalte keine Flexzonen und die Fahrräder der BGI würden nicht gewährleisten, dass jederzeit ihr Standort mitgeteilt würde. Nach Recherchen und nach Marktkennntnissen der ASt habe die BGI bislang keine Projekte mit Flexzonen realisiert. Insoweit seien die von der BGI angebotenen „virtuellen Hubs“ nicht berücksichtigungsfähig, da sie technisch die geforderte Flexzone nicht vollständig umsetzen können. Bei einer Flexzone werde im Wesentlichen geprüft, ob das Fahrrad sich innerhalb des Nutzungsgebiet befindet. Dann könne es einfach über das Schließen des Bügelschlusses zurückgegeben werden. Dafür sei das Erkennen des Standorts des Fahrrads über GPS o.ä. zwingend und von der Leistungsbeschreibung in Ziffer 2.2.5.2 vorgeschrieben. Dem genüge das System der BGI nicht und das System der BGI mit virtuellen Stationen (hubs) setze die geforderte Flexzone technisch nicht um. Die Lösung der BGI erfordere die Übermittlung der Standortdaten durch das Handy des

Nutzers an virtuelle Hubs. Ein Netz von virtuellen Hubs arbeite punktbezogen mit abgehendem Radius um die virtuellen Hubs und gewährleiste so nicht, dass das für die Flexzone vorgesehene Gebiet lückenlos und auch an den Rändern abgedeckt sei. Auch die von Ziffer 2.2.5.2 vorgesehene telefonische Rückgabe werde von der ASt nicht angeboten, da die BGI derzeit nur zwischen 7:00 und 19:00 Uhr einen telefonischen Kundenservice zur Verfügung stelle. Zudem scheide die telefonische Rückgabe aufgrund der fehlenden Remote-Anbindung der Fahrräder der BGI schon technisch aus.

Die zwingend von 5:00 bis 1:00 Uhr anzubietende Hotline (Ziffer 2.2.8) sei nicht vom Angebot der BGI umfasst.

Es sei Anforderung, dass das Fahrradverleihsystem in die-App eingebunden werde (Ziffer 2.2.4.1 der Leistungsbeschreibung). Die BGI ermögliche bislang keine Ausleihe per App, da es den Fahrrädern an einem ferngesteuerten Schloss fehle. Es werde lediglich die Option der Ausleihe mittels Mobiltelefon angeboten, welches die Trackingdaten dann an das Hintergrundsystem und die App überleiten solle. Dies sei jedoch unnötig komplex und aufwändig und entsprechend fehlerbehaftet.

Die Prüfung der Eignung der BGI sei fehlerhaft erfolgt. Das für die Zwecke der Eignungsprüfung benannte Personal müsse auch tatsächlich zur Leistungserbringung zur Verfügung stehen. Es sei jedoch nicht zu erwarten, dass das Personal der BGI, einer Gesellschaft aus, tatsächlich zur Leistungserbringung, etwa zur Wartung, Relokalisierung oder Projektumsetzung, zur Verfügung steht.

Es sei ferner zu vermuten, dass die BGI unzutreffende Angaben zur Eignung gemacht hat, was den Ausschlussstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB eröffnen würde. Denn es seien Referenzen zu vergleichbaren Leistungen aus den vergangenen zwei Jahren anzugeben gewesen. Die BGI habe jedoch bislang keine Flexzonen realisiert.

Da das Angebot der BGI ungewöhnlich niedrig sei, hätte eine Preisaufklärung stattfinden müssen, die wohl ergeben hätte, dass das Angebot der BGI nicht auskömmlich sei. Als Bestandsunternehmerin habe die ASt einen zulässigen kalkulativen Vorteil. Es sei daher nicht nachvollziehbar, wie andere Bieter, die die Leistungen nicht bereits erbringen und entsprechend hohe Leistungsaufnahmekosten haben werden, niedriger kalkulieren können.

Das Angebot der BGI sei zudem auch fehlerhaft bewertet. Da der Ausleihprozess der BGI von geringerer Qualität sei, sei eine in Teilen gleichwertige Bepunktung bei der qualitativen Wertung nicht beurteilungsfehlerfrei möglich.

12.

Mit Schreiben vom 22.06.2023 teilte die VSt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde.

Die BGI habe nachvollziehbar aufgezeigt, wie das Thema der Flexzonen technisch gelöst werde. Um den Wettbewerb nicht einzuschränken, sei in der Leistungsbeschreibung keine exakt technische Umsetzung gefordert.

Die Hotline der BGI sei hinreichend ausgestattet.

Die Integration der Lösung der BGI in die-App sei von der BGI bestätigt worden und nach Rückfrage bei den Entwicklern der App bestünden insoweit keine Zweifel.

Die BGI habe die Eignungskriterien erfüllt.

Die Behauptung unzutreffender Referenzangaben der BGI könne nicht nachvollzogen werden, die Erläuterungen hätten genügend Spielraum für die Bewertung „vergleichbarer“ Referenzen gelassen.

Der Preis der BGI liege in einem marktüblichen Bereich. Dagegen überschreite das Angebot der ASt ihren aktuellen Preis um xx % (xx % im finalen Angebot).

Die Kritik an der Bewertung des Angebots der BGI könne nicht nachvollzogen werden. Der Ausleihprozess der BGI konnte im Rahmen der Verhandlung als anforderungsgemäß nachvollzogen werden. Der kritisierte erhöhte Aufwand bei der Anbindung des BGI an die-App sei nicht Teil des Vergabeverfahrens und daher nicht in die Bewertung aufgenommen worden.

13.

Mit Schriftsatz vom 22.06.2023 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt einen Antrag auf Nachprüfung und beantragten:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren „*Ausschreibung eines öffentlichen Fahrradverleihsystems in unter Berücksichtigung der eingetragenen Marke*“ (Referenznummer der Bekanntmachung:) in den Stand vor Wertung der eingereichten Angebote zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
2. Hilfsweise: Das Vergabeverfahren wird in einen Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückversetzt und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht auf der Grundlage überarbeiteter Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortgeführt.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

Ferner wurde Akteneinsicht gemäß § 165 GWB in die Vergabeakten der Antragsgegnerin beantragt.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen der Vortrag aus dem Rügeschreiben wiederholt.

Der Vortrag zur vorgetragenen Preisprüfungspflicht hinsichtlich des Angebots der BGI wurde vertieft. Die BGI sei als preislich aggressive Bieterin bekannt. Die ASt habe als Altunternehmerin einen kalkulativen Vorteil. Sie könne auf die bereits vorhandene Werkstatt, Fahrzeuge und Mitarbeiter sowie bis zu 75 % der jetzt geforderten Gesamtflotte zurückgreifen und habe alle Funktionalitäten bereits in integriert. Das von der BGI angebotene System würde aufgrund der höheren Anforderungen an die Integration in aufgrund der erforderlichen Interaktion mit dem Mobiltelefon des Nutzers noch weitere Leistungen erfordern, die wegen der Komplexität und der hohen Anforderungen an den Datenschutz nicht auskömmlich günstiger

angeboten werden können. Es sei weiter zu berücksichtigen, dass bei der BGI Markteinstandskosten anfallen würden. Dass die ASt hier im Vergleich zum Bestandvertrag einen deutlich höheren Preis angeboten hat, sei mit erheblichen Preissteigerungen bei Materialkosten, Personalkosten usw. zu erklären. Auch die COVID-Pandemie und der Ukraine-Krieg habe zu erheblichen Preissteigerungen geführt.

Zum Vortrag hinsichtlich der fehlerhaften Bewertung des Angebots wurde ergänzt, dass der Einwand der VSt, der erhöhte Aufwand zur Einbindung in die Lösung sei nicht Teil des Vergabeverfahrens, nicht nachvollziehbar sei, weil dies Teil der Leistungsbeschreibung sei.

14.

Mit Schriftsatz vom 07.07.2023 erwiderte die VSt hierauf und beantragte:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückzuweisen.
2. Der Antragstellerin sind die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Ferner wurde beantragt,

der Antragstellerin die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

Das Angebot der BGI habe keine Änderung an den Vergabeunterlagen vorgenommen.

Das Angebot der BGI sehe die nach Ziffer 2.2.3.3 der Leistungsbeschreibung geforderten Flexzonen vor. Der Begriff Flexzone diene lediglich zur Umschreibung des Konzepts, die Fahrräder frei in vorher definierten Bereichen abzustellen. Eine bestimmte Art der technischen Umsetzung dieses Konzepts sei in der Leistungsbeschreibung nicht vorgesehen. Die BGI habe in ihrem Angebotsschreiben vom 21.04.2023 (S. 3, 9) die Konformität des Angebots mit der Leistungsbeschreibung bestätigt; laut dem Preisblatt der BGI vom 11.05.2023 sei explizit ein Angebot inkl. Flexzonen abgegeben worden. In einem „Protokoll zum Bietergespräch“ vom 08.05.2023, welches die BGI signiert habe und welches Teil des finalen Angebots sei, sei zudem ausdrücklich vermerkt, dass eine Flexzone umgesetzt werden könne und dass die konkrete Umsetzung durch viele einzelne virtuelle Hubs oder einen großen Hub im Detail durch die einzelnen Fachbereiche besprochen und geklärt werden könne. Im Nachgang zum Bieter-

gespräch sei der Preis von der BGI noch angehoben worden. Daher sei der Hinweis im Angebot der BGI vom 21.04.2023, wonach der Anbieter grundsätzlich nicht mit Flexzonen, sondern mit virtuellen Hubs arbeite, unschädlich. Gegen die Lösung der BGI über virtuelle Hubs bestünden auch keine technischen Bedenken. Damit ließe sich auch eine straßengenaue Abgrenzung eines Gebiets erreichen, da die virtuellen Hubs georeferenzierte Einzelpunkte seien und sich GPS-basiert verketteten ließen und sich so zu einer Fläche zusammenfassen ließen. Die Behauptungen der ASt zu anderen Projekten der BGI ließen sich nicht auf diesen Fall übertragen.

Das von der BGI angebotene System genüge den an die bereitgestellten Räder gestellten Mindestanforderungen zur GPS-Erkennung. Ausweislich des Angebots der BGI vom 21.04.2023 (Seite 40) seien bei den Rädern 4 G GPS Tracker an einem nicht sichtbaren Ort vorgesehen.

Im Hinblick auf die Rüge, dass die geforderte telefonische Ausleihe und Rückgabe nicht möglich sei, wandte die VSt ein, dass ihr im Bietergespräch zugesichert worden sei, dass die Vorkehrungen getroffen würden, um eine telefonische Ausleihe und Rückgabe zu ermöglichen.

Der geforderte Kundenservice von 05:00 bis 01:00 werde von der BGI gemäß ihrem Angebot vom 21.04.2023 angeboten.

15.

Die Vergabekammer hat am 11.07.2023 die Fa. zu dem Verfahren beigelegt.

16.

Mit Beschluss vom 14.07.2023 hat die Vergabekammer entschieden, in bestimmte, teilweise geschwärzte Unterlagen des Vergabeaktes Einsicht zu gewähren und die Stellungnahme der VSt in größerem Umfang nicht geschwärzt zu übermitteln. Am 01.08.2023 hat die Vergabekammer der ASt nach Bestandskraft des Zwischenbeschlusses unter Beachtung des Geheimschutzes teilweise entsprechend Akteneinsicht erteilt. Am 02.08.2023 hat die Vergabekammer unter Beachtung des Geheimschutzes überwiegend geschwärzt Akteneinsicht zur zwischenzeitlich durchgeführten Preisauflärung bzgl. des Angebotes der BGI gewährt. Zudem wurden am 04.08.2023 der ASt und der BGI eine erst am 03.08.2023 von der VSt an die Vergabekammer übermittelte Bewertung teilweise geschwärzt im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemacht.

17.

Mit Schriftsatz vom 21.07.2023 nahm die ASt erneut Stellung.

Die von der BGI angebotene Radtechnik erfülle nicht die Anforderungen nach Ziffer 2.2.1.2 und 2.2.5.2 der Leistungsbeschreibung, wonach die Fahrräder dergestalt mit GPS ausgestattet sein müssen, dass während des Betriebs die Position des Fahrrads automatisch über die Radtechnik erkannt und an das Hintergrundsystem übertragen wird. Außerdem solle die Ausstattung u.A. ein fernsteuerbares Schloss enthalten. Nach Einschätzung der ASt seien die Fahrräder der BGI lediglich mit einem einfachen GPS-Tracker ausgestattet, der lediglich in der Lage sei, seine Position zu übermitteln. Dagegen sei eine Betriebsdatenerfassung oder gar zweiseitige Kommunikation nicht möglich. Der Angebotspreis der BGI erfasse daher nicht die erforderliche und teure Rad- bzw. Kommunikationstechnik.

18.

Mit Schriftsatz vom 31.07.2023 vertiefen die Verfahrensbevollmächtigten der VSt ihren Sachvortrag und betonen, dass die BGI ein Angebot abgegeben habe, dass den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entspreche.

Die Vorgabe zum GPS-Tracker gemäß Ziffer 2.2.1.2 der Leistungsbeschreibung erfülle das Angebot der BGI. Dies habe die BGI auf Nachfrage gegenüber der VSt versichert. Die GPS-Sensoren könnten alle 2 Minuten einen Bewegungspunkt ermitteln und an das Hintergrundsystem der-App übertragen. Zudem würden die Fahrräder der BGI über eine ausreichende Ausstattung für die flexible Ausleihe und Rückgabe verfügen.

Soweit die ASt moniere, dass eine Betriebsdatenerfassung oder 2-seitige Kommunikation des GPS-Trackers nicht möglich sei, sei darauf hinzuweisen, dass der Leistungsbeschreibung eine derartige Anforderung nicht zu entnehmen sei. Es erschließe sich der VSt nicht, weshalb eine Übermittlung von Betriebsdaten über das Handy der Nutzer der Leistungsbeschreibung widersprechen solle.

Die VSt habe zwischenzeitlich auch eine Preisaufklärung betrieben. Im Rahmen dieser Aufklärung habe die BGI überzeugend dargelegt, dass der angebotene Preis auskömmlich sei. Hierzu seien von der BGI die Grundlagen der Kalkulation erläutert worden. Insbesondere sei hier nach Kapital- und Betriebskosten pro Fahrrad aufgeschlüsselt worden, wie der Preis kalkuliert worden sei.

19.

Mit Schriftsatz vom 10.08.23 nehmen die Verfahrensbevollmächtigten der ASt zum Schriftsatz der VSt und der gewährten Akteneinsicht Stellung. Die aus der Akteneinsicht erlangten Erkenntnisse würden nochmals bestätigen, dass die von der BGI angebotene Tracking-Lösung nicht die vorgegebenen Leistungsanforderungen an die Fahrräder erfüllen würde. Ein

passiver GPS-Tracker, der lediglich alle 24 Stunden ein Signal sende, könne nicht die Übermittlung der Betriebsdaten nach Fahrtende erfüllen. Gemäß der Leistungsbeschreibung müsse die Ortung „während des Betriebs“ über die Radtechnik erfolgen, also während der Nutzung. Dies sei bei einem Signal nur alle 24 Stunden indes nicht gegeben.

Auch die verspätete Reaktion der BGI auf die Preisaufklärung führe zum Ausschluss des Angebotes der BGI. Die VSt habe die BGI mit E-Mail vom 20. Juli aufgefordert, die von ihr angebotenen Preise aufzuklären. Hierzu habe sie eine Frist bis zum 25.07.2023 gesetzt. Die BGI habe diese Frist nicht eingehalten. Daher ergebe sich auch aus § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV der Ausschluss des Angebotes der BGI.

20.

In der mündlichen Verhandlung am 22.08.2023 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. ASt und VSt blieben bei ihren schriftsätzlich gestellten Anträgen. Die BGI stellt keinen Antrag.

21.

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands auf die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

b)

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB.

c)

Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB. Die Kammer weist darauf hin, dass der Betrieb eines Fahrradverleihsystems keine Sektorentätigkeit i.S.v. § 102 Abs. 4 GWB darstellt. Ein Fahrradverleihsystem ist keine netzgebundene Verkehrsleistung. Sektorenhilfstätigkeiten

sind nur solche Leistungen, die ohne die Sektorentätigkeit nicht erbracht werden. Fahrradverleihsysteme sind eigenständige Verkehrssysteme, die auch ohne ein U-Bahn- oder Busliniennetz betrieben werden können. Zum Beispiel können Touristen und Anwohner Kunden eines Fahrradverleihsystems sein, auch wenn sie das ÖPNV-Netz der VSt nicht nutzen möchten. Das Fahrradverleihsystem der VSt ist daher kein Hilfssystem der Sektorentätigkeit gem. § 102 Abs. 4 GWB, sondern ein zusätzlicher eigenständiger Aufgabenbereich. (VK Nordbayern, Beschluss vom 26.07.2018, RMF-SG21-3194-3-19).

Der Schwellenwert für die Dienstleistungsaufträge ist deutlich überschritten.

d)

Die ASt ist antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB, denn sie hat ihr Interesse an dem öffentlichen Auftrag mit der Abgabe eines finalen Angebotes nachgewiesen und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Sie hat zudem dargelegt, dass ihr durch die beabsichtigte Vergabe an die BGI ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.

f)

Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen.

g)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Der Nicht-Ausschluss des Angebotes der BGI vom Vergabeverfahren verletzt die ASt in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

Das Angebot der BGI ist gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung auszuschließen. Danach sind Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, auszuschließen. Vorliegend weicht das Angebot der ASt von Ziffer 2.2.1.2 und 2.2.5.2 der Leistungsbeschreibung ab.

Grundsätzlich liegt eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 22.03.2017, Verg 54/16). Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Maßgeblich ist hinsichtlich der Vergabeunterlagen der Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (vgl. BGH, B.v. 15.01.2013, X ZR 155/10). Für die Auslegung von Vergabeunterlagen ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Maßgeblich ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen versteht (vgl. OLG Karlsruhe, NZBau 2016, 449). Hinsichtlich des Angebots des Bieters ist Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte, wobei es keinen Erfahrungssatz gibt, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will, auch wenn ihm redliche und interessensgerechte Absichten zu unterstellen sind (OLG Düsseldorf, B.v. 22.03.2017, Verg 54/17).

a)

Im vorliegenden Vergabeverfahren wurde in Ziffer 2.2.1.2 der Leistungsbeschreibung festgelegt, dass das Leihfahrrad über einen (GPS-)Lokalisierungssensor mit hinreichender Genauigkeit für Flexzonen und virtuelle Stationen sowie Tracking einzelner Bewegungspunkte verfügen muss.

Im Dokument „Fragen und Themen zum Bietergespräch“ vom 04.05.2023 betreffend das Angebot der BGI ist die Frage vermerkt, wie der GPS Tracker geladen wird. Im Rahmen der

Antwort hat die BGI ihr Angebot verbindlich konkretisiert, dass am Fahrrad ein passiver GPS-Tracker verbaut werde, der alle 24 Stunden ein Signal sende. Unerheblich ist auch, ob der GPS-Tracker möglicherweise ein größeres Leistungspotential hat. Die BGI möchte offensichtlich die Übertragung der GPS-Daten über den GPS-Tracker schon deshalb begrenzen, um die die Batterie zu schonen, damit die Austauschintervalle größer sind. Somit steht zur Überzeugung der Vergabekammer fest, dass das Angebot der BGI nicht der Leistungsbeschreibung entspricht. Denklogisch kann der passive GPS-Tracker, den die BGI ihrem Angebot verbindlich zugrunde legt, die Vorgabe der Ziffer 2.2.1.2 der Leistungsbeschreibung nicht erfüllen. Spätestens beim zweiten Ausleihvorgang innerhalb von 24 h würde der passive GPS-Tracker des Fahrrades nicht umgehend bei Fahrtende die konkrete Position übermitteln. Dem Sachvortrag der VSt, dass der Leistungsbeschreibung auch entsprochen werde, wenn die GPS-Daten indirekt über das Smartphone des Entleihers übertragen würden, teilt die Kammer nicht. Ziffer 2.2.1.2 der Leistungsbeschreibung bestimmt ausdrücklich in der Überschrift, welche Ausstattungsmerkmale das **Leihfahrrad** haben muss. Es ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen. Ziffer 2.2.1 beschreibt die Fahrradtechnik. Daher genügt es nicht für Ziffer 2.2.1.2, wenn über Bluetooth und den2 GPS-Sensor des Smartphones des Nutzers indirekt die Position des Leihrades bei der Rückgabe bestimmt werden kann.

b)

Zudem widerspricht das Angebot der BGI Ziffer 2.2.5.2 i.V.m. Ziffer 2.2.1.2 der Leistungsbeschreibung.

Nach Überzeugung der Vergabekammer kann die Rückgabe ausschließlich telefonisch, ohne dass der Entleiher mit seinem Smartphone über die App lokalisiert wird, nicht nach den Vorgaben der Leistungsbeschreibung durchgeführt werden.

Nach Ziffer 2.2.5.2 der Leistungsbeschreibung muss auch telefonisch die Ausleihe und die Rückgabe möglich sein. Selbst wenn die telefonische Abwicklung in erster Linie als Rückfallebene angesehen wird, muss die Ausleihe und Rückgabe auch ausschließlich telefonisch ohne App und Smartphone möglich sein und dabei Ziffer 2.2.5.2 i.V.m. Ziffer 2.2.1.2 der Leistungsbeschreibung eingehalten werden.

Letztendlich hat die BGI in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt, dass die Position des Fahrrades bei der telefonischen Rückgabe nicht sofort bestimmt werden kann, sondern das Leihrad erst dann wieder lokalisiert werden kann, wenn der passive GPS-Tracker die Position sendet.

c)

Das Angebot der BGI ist deshalb zwingend auszuschließen. Es weicht von den Anforderungen der Leistungsbeschreibung ab. Insofern genügt es - entgegen der Auffassung der VSt - nicht, dass die BGI bestätigt, sämtliche Bedingungen der Leistungsbeschreibung einzuhalten.

d)

Nicht entscheidungserheblich sind daher die von der ASt weiteren vorgetragenen Vergabeverstöße.

Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob eine Flexzone auch über virtuelle Hubs leistungsbeschreibungskonform umgesetzt werden kann.

Auch die Frage, ob ein Ausschluss zwingend ist, weil die BGI die eingeräumte Frist zur Preisauflärung überschritten hat, bedarf keiner Entscheidung. Allerdings muss die VSt (wenn die Fristüberschreitung unschädlich wäre) nach der Preisauflärung sich eingehend damit auseinandersetzen und nachvollziehbar dokumentieren, weshalb sie von einem auskömmlichen Angebot ausgeht. Es genügt nicht, dass lediglich der Verfahrensbevollmächtigte im Schriftsatz des Nachprüfungsverfahrens schlagwortartig die Auskömmlichkeit behauptet.

Die Kammer weist zudem darauf hin, dass die VSt bei der Wertung der Konzepte ihre eigene Notenskala nicht angewendet hat. Schon auch aus diesem Grund müsste das Vergabeverfahren auf den Stand vor Wertung der Angebote zurückversetzt werden.

Im Ergebnis krankt das Vergabeverfahren daran, dass die VSt das bisherige Fahrradverleihsystem in der Leistungsbeschreibung dargestellt hat, welches die ASt als Bestandsunternehmerin ausführt. Die VSt hat die Möglichkeiten von § 17 Abs. 10 VgV nicht genutzt. Generell sollte der öffentliche Auftraggeber bei einem Verhandlungsverfahren in den Vergabeunterlagen eindeutig festlegen, welche Anforderungen verhandelbar sind und welche nicht verhandelbare Mindestanforderungen sind. Soweit es sich nicht um festgelegte Mindestanforderungen handelt, hätte die VSt nach den Verhandlungsgesprächen die Leistungsbeschreibung entsprechend anpassen können, um das Angebot zu verbessern. Eine Änderung in diesem Vergabeverfahren ist jedoch nicht mehr möglich, da die finalen Angebote bereits abgegeben wurden.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihrem Antrag unterlegen ist, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.

b)

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst. Sie hat sich am Verfahren nicht wesentlich beteiligt und keine Anträge gestellt oder sonst am Verfahren mitgewirkt. Somit hätte sie im Fall des Obsiegens keine Aufwendungen erstattet bekommen und trägt im Umkehrschluss dazu nunmehr auch kein Kostenrisiko.

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. Unter Berücksichtigung der Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamts eine Gebühr in Höhe von xx.000,- €. Dabei hat die Kammer bei der Gebührenberechnung berücksichtigt, dass die Wahrscheinlichkeit der optionalen Beauftragungen bei 50 % liegt.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....