



1. Vergabekammer des Bundes
VK1-108/21

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

der Bietergemeinschaft

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

Bietergemeinschaft

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Bustransfer von Besuchergruppen [...], Referenznummer: [...]“, EU-Bekanntmachung Nr. [...] , hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und die ehrenamtliche Beisitzerin Naukkarinen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 2021 am 26. Oktober 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch Antragsgegnerin und Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe „Bustransfer von Besuchergruppen der [...], Referenznummer: [...]“, EU-Bekanntmachung Nr. [...] berichtigt durch [...], durch. Gegenstand der Ausschreibung ist die Beförderung von Besuchergruppen. Die mit der Bahn anreisenden Gruppen sowie Gruppen aus [...] werden während ihres Aufenthalts in [...] zu den einzelnen Programmpunkten mit Bussen gefahren. Die Vertragslaufzeit beträgt drei Jahre.

In der EU-Bekanntmachung wurde unter Ziffer II.2.6) keine Angabe zum geschätzten Wert oder der Höchstmenge der Rahmenvereinbarung gemacht.

Hinsichtlich der Eignungsanforderungen waren unter Ziffer III.1.2) „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sowie III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ direkte Links zu Auflistung und kurzer Beschreibung der Bedingungen“ hinterlegt. Das Dokument „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ sah vor:

„I. Unternehmensdarstellung; Personal und Organisationsstruktur

Der Bieter legt eine aussagekräftige Unternehmensdarstellung vor. Es muss neben allgemeinen Angaben zum Unternehmen Angaben zum Personal und zur Organisationsstruktur enthalten sein.

Mindestanforderungen:

Der Bieter muss eine ausreichend große Zahl an qualifizierten Mitarbeitern/innen beschäftigen, die gewährleistet, dass es bei der Realisierung des Projektes zu keinerlei

Personalengpässen kommt. Es müssen mindestens 30 Mitarbeiter/innen in den o. g. Bereichen beschäftigt sein. Die Organisationsstruktur für die Wahrnehmung des Auftrages muss auf eine ordnungsgemäße Auftragsabwicklung der Bustransfers schließen lassen.

II. Unternehmensreferenzen

Der Bieter muss nachweisen, dass er über dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbare Kenntnisse und Erfahrungen verfügt. Dazu benennt der Bieter Unternehmensreferenzen für Aufträge vergleichbarer Projekte, die er für Auftraggeber seit Juni 2018 durchgeführt hat.

[...]

Mindestanforderungen:

Die Leistungsfähigkeit gilt als vorhanden, wenn der Bieter mit mindestens drei Referenzen die geforderten Kompetenzen und Erfahrungen in der Erbringung von dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbaren Leistungen belegen kann.“

Das verlinkte Dokument „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sah vor:

„III. Unternehmensdarstellung; Mindestumsatz

Der Bieter legt eine aussagekräftige Unternehmensdarstellung vor. Es muss neben allgemeinen Angaben zum Unternehmen der Gesamtumsatz für die dem Gegenstand der Ausschreibung entsprechenden Leistungen jeweils für die vergangenen zwei vollen Geschäftsjahre angegeben werden.

Mindestanforderung:

Es wird mindestens ein durchschnittlicher Jahresumsatz von 250.000,- € pro Jahr erwartet.“

In den Vergabeunterlagen („Bewerbungsbedingungen“) hieß es:

„3.7 Bietergemeinschaften und Unterauftragnehmer

Bietergemeinschaften sowie der Einsatz von Unterauftragnehmern sind zugelassen, soweit die Vereinbarung hierzu nicht im Einzelfall eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede darstellt. § 4 NR. 4 VOL/B bleibt unberührt.

Bietergemeinschaften

Bei Angeboten einer Bietergemeinschaft muss diese alle ihre Mitglieder sowie eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrages benennen, der in Vertretung und auf Rechnung aller Mitglieder handeln kann.

In diesem Fall haften alle Mitglieder gesamtschuldnerisch, d.h. jedes Mitglied der Bietergemeinschaft haftet im Außenverhältnis gegenüber dem Auftraggeber für die Erbringung der in diesem Verfahren ausgeschriebenen Leistungen unabhängig davon,

welche Teilleistungen der Gesamtleistung er im Innenverhältnis der Bietergemeinschaft zu erbringen hat.

Vom Bieter ist anzugeben, welche Teilleistungen von den einzelnen Mitgliedern der Bietergemeinschaft federführend erbracht werden. Es ist das als Anlage 6 beigefügte Formblatt zu benutzen. Darüber hinaus sind Angaben zur Eignung erforderlich (siehe Ziff. 4.2.5).

[...]

4.2 Eignung

[...]

4.2.4 Unternehmensdarstellung

Der Bieter legt eine kurze Unternehmensdarstellung vor, die neben allgemeinen Angaben folgende Angaben enthält:

- aktuelle **Gesamtzahl der Mitarbeiter/innen** sowie davon die **Anzahl der Mitarbeiter/innen in der Verwaltung und der Busfahrer/innen**,
- **Umsatz** auf dem Gebiet des Leistungsgegenstandes für die letzten zwei vollen Geschäftsjahre,
- **Organisationsstruktur** für die Wahrnehmung des Auftrags.

Es ist zwingend das als Anlage 3 beigefügte Formblatt zu verwenden.

Mindestanforderungen:

Der Bieter muss eine ausreichend große Zahl an qualifizierten Mitarbeitern/innen beschäftigen, die gewährleistet, dass es bei der Realisierung des Projektes zu keinerlei Personalengpässen kommt. Es müssen mindestens 30 Mitarbeiter/innen in den o. g. Bereichen beschäftigt sein.

Es wird ein Umsatz erwartet, der darauf schließen lässt, dass der Bieter in der Lage ist, Projekte mit einem entsprechenden Auftragsvolumen wirtschaftlich umsetzen zu können. Mindestens werden 250.000 € (netto) durchschnittlich pro Geschäftsjahr bezogen auf den Leistungsgegenstand erwartet.

Die Organisationsstruktur für die Wahrnehmung des Auftrages muss auf eine ordnungsgemäße Auftragserledigung der Bustransfers schließen lassen.

4.2.5 Unternehmensreferenzen

Der Bieter muss nachweisen, dass er über dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbare Kenntnisse und Erfahrungen verfügt. Dazu benennt der Bieter Unternehmensreferenzen für Aufträge vergleichbarer Projekte, die er für Auftraggeber seit Juni 2018 durchgeführt hat. [...]

Die Bewertung der verbliebenen Angebote erfolgt allein anhand des Preises.

Hierfür wird ein Gesamtangebotspreis ermittelt, indem die einzelnen Preisbestandteile zunächst mit folgenden kalkulatorischen Werten¹ multipliziert werden:

Buseinsatz	Reisedauer	Kalkulatorischer Wert
Reisebusse mit mind. 50 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen	1-Tagesfahrt (Einsatzzeit 12 Stunden)	150
	2-Tagesfahrt (Einsatzzeit 18 Stunden)	110
	3-Tagesfahrt (Einsatzzeit 26 Stunden)	220
	4-Tagesfahrt (Einsatzzeit 30 Stunden)	680
	1-Tagesfahrt (Einsatzzeit 12 Stunden)	100

Reisebusse mit mind. 25 und max. 36 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen	2-Tagesfahrt (Einsatzzeit 18 Stunden)	100
	3-Tagesfahrt (Einsatzzeit 26 Stunden)	100
	4-Tagesfahrt (Einsatzzeit 30 Stunden)	100
Reisebussen für den Transport von bis zu 4 Rollstuhlfahrern und mind. 40 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen	1-Tagesfahrt (Einsatzzeit 12 Stunden)	50
	2-Tagesfahrt (Einsatzzeit 18 Stunden)	50
	3-Tagesfahrt (Einsatzzeit 26 Stunden)	50
	4-Tagesfahrt (Einsatzzeit 30 Stunden)	50
Reisebusse für den Transport von bis zu 2 Rollstuhlfahrern und mind. 44 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen	1-Tagesfahrt (Einsatzzeit 12 Stunden)	50
	2-Tagesfahrt (Einsatzzeit 18 Stunden)	50
	3-Tagesfahrt (Einsatzzeit 26 Stunden)	50
	4-Tagesfahrt (Einsatzzeit 30 Stunden)	50

¹ Hierbei handelt es sich um rein kalkulatorische Werte, die keinen Anspruch auf eine bestimmte Abnahmemenge begründen.

Die erhaltenen Werte werden sodann zum Gesamtangebotspreis summiert.

Den Zuschlag erhält je Los das Angebot mit dem günstigsten Gesamtangebotspreis unter Berücksichtigung möglicher Skonti sowie der Umsatzsteuer.“

Im Rahmenvertragsentwurf hieß es:

„§ 2 Vertragsgegenstand und Leistungsbeschreibung

- (1) Der Auftraggeber organisiert Informationsfahrten für [...] interessierte Besuchergruppen der [...] und der [...]. Im Jahr 2019 wurden rund 1.400 Gruppen befördert. Die Informationsfahrten finden das ganze Jahr über statt. Verkehrstage sind Sonntag bis Samstag. Der Transport kann auch an Feiertagen stattfinden. Wöchentlich sind bis zu 80 Transporte erforderlich. Deren Dauer beträgt ein bis vier

Tage oder stundenweise. Die Buchung einzelner Beförderungen erfolgt bis spätestens 3 Wochen vor dem Termin.

[...]

§ 4 Fahrzeugeinsatz

(1) Der Auftragnehmer muss für den Auftrag einen Fuhrpark bereithalten, der folgendermaßen ausgestattet sein muss:

- mindestens 50 Reisebusse mit mind. 50 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen,
- mindestens 4 Reisebusse mit mind. 25 und max. 36 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen,
- mindestens 2 Reisebusse für den Transport von bis zu 4 Rollstuhlfahrern und mind. 40 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen,
- mind. 2 Reisebusse für den Transport von bis zu 2 Rollstuhlfahrern und mind. 44 Sitzplätzen sowie zusätzlich 2 Begleitsitzen.

[...]"

Die Antragstellerin gab ein Angebot ab, das sich nach abschließender Wertung durch die Antragsgegnerin, die im Rahmen der Angebotswertung auch eine Aufklärung des Angebotspreises der Beigeladenen nach § 60 VgV veranlasste, nicht als das wirtschaftlichste herausstellte.

Mit Schreiben vom 17. September 2021 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Mit Schreiben vom 22. September 2021 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig in Bezug auf die beizuladende Bietergemeinschaft sowie weitere Rechtsfehler, nämlich eine fehlerhafte Bekanntmachung der Eignungskriterien sowie die fehlende Bekanntmachung eines verbindlichen Höchstwerts der Rahmenvereinbarung. Die Antragsgegnerin half der Rüge mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 24. September 2021 nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. September 2021 beantragte die Antragstellerin bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Antragsgegnerin übermittelt.

a) Nach Auffassung der Antragstellerin ist sie antragsbefugt. Die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB erfülle lediglich die Funktion eines „Grobfilters“. Die Antragsbefugnis

scheitere insbesondere nicht daran, dass nicht nur das Angebot der Beigeladenen, sondern auch weitere Angebote preislich vor dem Angebot der Antragstellerin lägen. Die Antragsbefugnis könne nur dann verneint werden, wenn der Antragsteller aus rechtlichen und/oder tatsächlichen Gründen von vornherein nicht die geringste Chance auf den Zuschlag habe. Dies sei hier aber nicht der Fall. Denn bei einem Ausschluss der Beigeladenen, auf den sich die Antragstellerin hier beruft, wäre eine neue Wertung und eine neue Mitteilung nach § 134 GWB notwendig. Gegen diese könne die Antragstellerin Einwände erheben, sofern dazu Anlass bestehe. Die Antragstellerin beanstande zudem grundlegende Mängel der Ausschreibung. Diese könnten nur durch eine Zurückversetzung des Verfahrens behoben werden. Insofern sei die derzeitige Platzierung der Antragstellerin ohne Bedeutung. Im Hinblick auf die intransparente Bekanntmachung der Eignungskriterien sei die Antragstellerin antragsbefugt, weil sie im Falle eines neuerlichen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte. Dies gelte auch für die Obergrenze der Rahmenvereinbarung.

Sie sei ferner ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen. Sie habe in ihrer Rüge konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt, die befürchten lassen, dass die Beigeladene die Anforderungen an die geforderte Leistungsfähigkeit nicht erfüllen könne. Dass eine Preisauflärung stattgefunden habe, sei der Antragstellerin erst mit der Rügeantwort bekannt geworden. Der Vergabeverstoß einer fehlenden Höchstmenge der Rahmenvereinbarung sei für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen. Die Präklusionswirkung nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB könne daher nicht eintreten.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet.

Die Beigeladene erfülle nicht die Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit. Aufgrund der erst kürzlich erfolgten Neugründung der [...] könne diese keine nennenswerten Umsätze aufweisen. Die Bietergemeinschaft müsse aber angesichts der vorgesehenen „gesamtschuldnerischen Haftung“ die Anforderungen für jedes Mitglied gemäß 4.2.4 der Bewerbungsbedingungen erfüllen. Bei dem projektspezifischen Charakter einer Bietergemeinschaft könne die Eignung der Gemeinschaft nur dadurch beurteilt werden, dass der Auftraggeber auf die Eignung der jeweils beteiligten Firmen zurückgreife. Auch dürfte ein Jahresumsatz „bezogen auf den Leistungsgegenstand“, der in der Durchführung von Informationsfahrten für Besuchergruppen bestehe, von keinem Mitglied der Bietergemeinschaft nachgewiesen worden sein. Touristische Tagesreisen oder Bustransporte im Linienverkehr seien nicht vergleichbar.

Die Beigeladene erfülle auch nicht die Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit. Die geforderten drei Referenzen über vergleichbare Leistungen lägen soweit ersichtlich nicht vor. Maßstab der Vergleichbarkeit sei die Leistungsbeschreibung und der Vertragsentwurf. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin keine Festlegungen im Hinblick auf die Vergleichbarkeit veröffentlicht habe, führe nicht dazu, dass sie die Referenzen im freien Ermessen beurteilen dürfe. Auch bestünden Zweifel, ob die Mindestanforderungen an das Personal nach Ziffer 4.2.4 der Bewerbungsbedingungen erfüllt würden. Danach müsse der Bieter über mindestens 30 Mitarbeiter in dem notwendigen Leistungsbereich verfügen. Diese Mindestanforderung sei mit Angebotsabgabe zu erfüllen. Die Beigeladene verfüge laut ihrer Website aber nur über 23 Fahrer. Die [...] habe außer dem Geschäftsführer offenbar kein anderes Personal. Auch sei zweifelhaft, ob die Mindestanforderungen an die „Organisationstruktur für die Wahrnehmung des Auftrags“ erfüllt würden. Nach § 4 des Rahmenvertrags müssten 58 Reisebusse, davon 50 mit mindestens 50 Sitzplätzen, vorgehalten werden, die in [...] oder der Nähe stationiert seien. Angesichts der hohen organisatorischen Anforderungen sei mit der aktuellen Organisation (neu gegründetes Unternehmen in [...] und ein etablierter Partner in [...]) eine ordnungsgemäße Aufgabenerledigung nicht zu erwarten. Die Antragsgegnerin habe sich auch nicht auf das Leistungsversprechen der Beigeladenen verlassen dürfen. Ließen konkrete Tatsachen das Leistungsversprechen eines Bieters als nicht plausibel erscheinen, treffe den Auftraggeber eine Überprüfungspflicht. Die Antragsgegnerin habe solche Zweifel im Vergabevermerk geäußert. Das Versprechen der Beigeladenen, die Fahrzeugkapazitäten über Zukäufe und Anmietungen zu sichern, sei mit ganz erheblichen Zweifeln behaftet.

Der Umfang und das Ergebnis der Aufklärung des Angebotspreises gemäß § 60 VgV könne nicht nachvollzogen werden.

Die Ausschreibung leide unter dem Fehler, dass die in den verlinkten Dokumenten bekanntgemachten Eignungskriterien nicht identisch seien mit den Eignungsanforderungen in Ziffer 4.2.4 und 4.2.5 der Bewerbungsbedingungen. Die Bieter hätten nicht „auf einen Blick“ erkennen können, welche Anforderungen an sie gestellt werden. Dies mache die Eignungsanforderungen insgesamt intransparent.

Ferner sei entgegen der Rechtsprechung der EuGH nicht der verbindliche Höchstwert oder die Höchstmenge der Rahmenvereinbarungen angegeben worden. Weder in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen sei eine Obergrenze genannt.

Das Vergabeverfahren sei unzureichend nach § 8 VgV dokumentiert. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Preisprüfung und die Eignungsprüfung.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu untersagen,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen,
3. der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren,
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

b) Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis. Das Angebot der Antragstellerin liege lediglich auf Platz 4. Auch bei einer Korrektur der gerügten Vergaberechtsverletzung (der Eignungsprüfung der Beigeladenen) habe die Antragstellerin keine Chance auf den Zuschlag. Der Nachprüfungsantrag sei ferner mangels ordnungsgemäßer Rüge unzulässig, sofern die Antragstellerin bemängelt, dass die Beigeladene keine vergleichbaren Referenzen eingereicht, nicht über die erforderliche Mitarbeiterzahl verfüge und keine Organisationsstruktur nachgewiesen habe, die auf eine ordnungsgemäße Auftragserledigung schließen lasse. Zwar sei an die Rügeobliegenheit ein großzügiger Maßstab anzulegen. Allerdings müsse ein Antragsteller zumindest hinreichende Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen. Das notwendige

Mindestmaß an Substantiierung sei nicht eingehalten. Dies gelte auch hinsichtlich der vermeintlich nicht ordnungsgemäß durchgeführten Preisprüfung. Nicht antragsbefugt sei die Antragstellerin auch, soweit sie die nicht ordnungsgemäße Bekanntmachung der Eignungskriterien bemängelt. Sie habe insofern nicht dargelegt, inwieweit ihr ein Schaden entstanden sei. Dies gelte auch bezüglich der Höchstmenge der Rahmenvereinbarung. Die Nichtnennung einer Höchstmenge hätte sie bis zur Angebotsabgabe rügen müssen, da der beanstandete Fehler für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises erkennbar gewesen sei.

Der Nachprüfungsantrag sei insgesamt auch unbegründet.

Die Beigeladene sei wirtschaftlich und finanziell leistungsfähig. Die Annahme, jedes Mitglied der Beigeladenen habe die aufgestellten Mindestanforderungen an den Umsatz erfüllen müssen, sei rechtsirrig. Der Auftraggeber könne zwar gemäß § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV in den Vergabeunterlagen Bedingungen für Bewerber- und Bietergemeinschaften festlegen, dies sei hier jedoch nicht geschehen. Die Antragsgegnerin habe keine positive Regelung im Sinne von § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV getroffen. Etwaige Unklarheiten könnten auch nicht zu Lasten der Beigeladenen gehen. Es sei daher ausreichend, wenn Nachweise für die Leistungsfähigkeit für ein Mitglied der Bietergemeinschaft vorgelegt würden. Die Beigeladene habe dies ordnungsgemäß getan.

Sie habe auch ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit nachgewiesen. Vergleichbare Referenzen lägen vor, wenn sie der ausgeschriebenen Leistungen so weit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung ermöglichen. Aus Sicht der Antragsgegnerin seien die hier eingereichten Referenzen vergleichbar. Auch die Anforderungen an das Personal würden erfüllt. Dass der Beigeladenen über ihr Bietergemeinschaftsmitglied nur 23 Busfahrer zur Verfügung stünden, sei auch laut Homepage nicht zutreffend. Ferner stellten die Eignungskriterien keine Mindestanforderungen an die Anzahl der vorzuhaltenden Fahrzeuge auf. Ohnehin müsse der Auftragnehmer über diese erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung verfügen. Der Antragsgegnerin stehe im Hinblick auf die Eignung der Beigeladenen ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Dies gelte auch für die Einschätzung der Organisationsstruktur. Das zuständige Vergabereferat habe die Frage des Fuhrparks auf Veranlassung des Fachreferats erkennbar geprüft und festgestellt, dass ernsthafte Zweifel an der ordnungsgemäßen und fristgerechten Ausführung des Auftrags hier nicht bestünden.

Ein Verstoß gegen § 60 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 VgV liege nicht vor. Die Antragsgegnerin habe die angebotenen Preise aufgeklärt, indem sie von der Beigeladenen deren Kalkulation angefordert habe. Die Prüfung der dort vorgenommenen Kalkulationsansätze sei plausibel und habe damit für die Antragsgegnerin keinen Anlass für eine weitergehende Prüfung ergeben.

Die Eignungskriterien seien ordnungsgemäß im Sinne von § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB bekanntgemacht worden. Die Bieter seien mit einem Link in der Bekanntmachung zu den entsprechenden Dokumenten gelangt. In den Bewerbungsbedingungen sei lediglich eine etwas andere Systematik gewählt worden, inhaltlich seien die Anforderungen aber deckungsgleich. Die Bieter hätten „auf einen Blick“ alle relevanten Eignungskriterien und erforderlichen Eignungsnachweise erkennen können.

Die Nichtnennung der Höchstmenge oder des Höchstwertes habe vorliegend schon nicht zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen der Antragstellerin geführt. Dies trage die Antragstellerin auch nicht vor. Sie wolle hingegen eine allgemeine Rechtskontrolle des Verfahrens herbeiführen. Hierfür sei das dem subjektiven Rechtsschutz dienende Nachprüfungsverfahren nicht gedacht.

- c) Mit Beschluss vom 1. Oktober 2021 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Sie hat über ihre Verfahrensbevollmächtigten Akteneinsicht beantragt. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis, sie habe als viertplatzierte Bieterin keine Chance auf den Zuschlag. Sie habe unzureichend dargelegt, inwieweit ihr ein Schaden drohe. Bei der Thematik der Höchstgrenzen in Rahmenvereinbarungen sei sie mangels Rüge präkludiert. Ihr Rügevorbbringen sei insgesamt ohne Substanz. Der Nachprüfungsantrag sei vollständig unbegründet, die Beigeladene erfülle die aufgestellten Eignungsanforderungen. Sie führt dazu ausführlich aus. Insbesondere verfüge sie über das für die Auftragsausführung notwendige Personal. Auch über die entsprechenden Fahrzeuge werde sie zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung verfügen.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin und der Beigeladenen nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielt.

In der mündlichen Verhandlung am 19. Oktober 2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße im Hinblick auf die bemängelte Eignung der Beigeladenen rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt, nämlich innerhalb von 10 Kalendertagen nach der Mitteilung der Antragsgegnerin nach § 134 GWB, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Das Rügeschreiben genügt den an eine ordnungsgemäße Rüge zu stellenden Anforderungen. Grundsätzlich ist an Rügen ein großzügiger Maßstab anzulegen. Da ein Bieter regelmäßig nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er – etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen – im Rahmen der Rüge vortragen, was er auf Grundlage seines Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf. Insoweit ist allerdings ein Mindestmaß an Substantiierung einzuhalten. Im Nachprüfungsantrag müssen zumindest Anknüpfungstatsachen oder Indizien vorgetragen werden, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen reichen nicht aus. Damit sollen unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens vermieden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorgebeugt werden. Der Antragsteller ist gehalten, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen. Formulierungen wie "nach unserer Kenntnis" oder "nach unserer Informationslage" genügen in der Regel nicht (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21 m.w.N.). Die Rüge der Antragstellerin genügte hier diesen Anforderungen an ein Mindestmaß der Substantiierung. So hat sie im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit als auch die technische und

berufliche Leistungsfähigkeit auf die ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen (Handelsregister, Internetrecherche) verwiesen. Sie hat tatsächliche Anhaltspunkte und Indizien, die für den von ihr gerügten Vergaberechtsverstoß sprechen könnten, vorgetragen. Mehr war hier nicht zu verlangen, da es sich bei den insoweit geltend gemachten Vergabeverstößen ausschließlich um solche handelt, die Geschäftsinterna eines Mitbewerbers (Umsatz sowie Personal- und Sachmittel der Beigeladenen) oder aber interne Prüfungsschritte der Antragsgegnerin (Eignungsprüfung und Prüfung der Auskömmllichkeit des Angebotspreises in Bezug auf die Beigeladene) betreffen.

Ebenfalls liegt keine Rügepräklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB im Hinblick auf die von der Antragstellerin gleichzeitig als vergaberechtswidrig gerügte Veröffentlichung der Eignungskriterien in Form zweier Links sowie fehlender Angaben zum geschätzten Wert der Rahmenvereinbarung in der EU-Bekanntmachung vor. Ohne vorherige anwaltliche Beratung konnte ein Bieter wie die Antragstellerin eine etwaige Vergaberechtswidrigkeit der möglichen Inkonsistenz der verlinkten Dokumente mit den Bewerbungsbedingungen sowie die möglicherweise fehlende, aber nach aktueller Rechtsprechung des EuGH vom 17. Juni 2021 gebotene Angabe eines Höchstwerts oder einer Höchstmenge der Rahmenvereinbarung in rechtlicher Hinsicht nicht erkennen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Auch diese vermeintlichen Vergaberechtsverstöße konnte die Antragstellerin daher nicht früher als hier geschehen, also mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten, rügen.

- b) Das im Sinne der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch die Abgabe eines Angebots hinreichend dokumentiert.

Es bestehen hier indes gewichtige Bedenken dahingehend, ob der Antragstellerin durch die vorgetragene fehlerhafte Zuschlagsentscheidung auf das Angebot der Beigeladenen ein Schaden und damit eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB droht. Zentrales Anliegen des Primärrechtsschutzes ist immer die Verhinderung eines dem Antragsteller drohenden Schadens, nämlich des Verlusts des Auftrags (vgl. Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 GWB, Rn. 22). Die Antragstellerin lag nach der Angebotsöffnung an vierter Stelle, weil sie das preislich höchste Angebot abgegeben hat. Die von der Antragsgegnerin in Bezug auf alle Angebote vollständig durchgeführte formelle Angebotsprüfung sowie die Eignungsprüfung weisen aus Sicht der Vergabekammer nach der vorliegenden Vergabeakte keine offensichtlichen Mängel

im Hinblick auf mindestens ein weiteres preislich vor der Antragstellerin platziertes Angebot auf. Da die Preiswertung einziges Zuschlagskriterium ist, ist das Angebot dieses Bieters – wie das der Beigeladenen – mit hoher Wahrscheinlichkeit wirtschaftlicher als das Angebot der Antragstellerin. Sollte der von der Antragstellerin beantragten Untersagung, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, stattgegeben werden, würde sich die Aussicht der Antragstellerin den Zuschlag zu erhalten, damit nicht verbessern (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18).

Andererseits sind an die Darlegung eines drohenden Schadens aus Gründen der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes keine strengen Anforderungen zu stellen. Es genügt insoweit, wenn ein Schadenseintritt durch die geltend gemachte Rechtsverletzung ursächlich und nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2007, 2 BvR 2248/03). Hinzu kommt, dass für den Fall des Vorliegens von Eignungsmängeln in Bezug auf die Beigeladene und einer insoweit stattgebenden Entscheidung der Vergabekammer, durch die Antragsgegnerin zumindest ein neuer Zuschlagsdestinatär zu bestimmen wäre und die Antragstellerin dann die Möglichkeit hätte, sich auch gegenüber diesem Unternehmen auf Eignungsmängel zu berufen. Diese Rechtsschutzmöglichkeit würde der Antragstellerin durch ein Absprechen der Antragsbefugnis genommen. Trotz alledem hält die Vergabekammer aufgrund der vollständigen und keine erkennbaren Mängel zeigenden Eignungsprüfung in Bezug auf den zweitplatzierten Bieter ihre Zweifel an der Antragsbefugnis hier aufrecht, lässt diese Frage aber letztlich dahinstehen, da der Nachprüfungsantrag in Bezug auf Eignungsmängel jedenfalls auch unbegründet ist (hierzu unten 2.).

Keine Zweifel hinsichtlich der Antragsbefugnis bestehen hingegen, soweit das Vergabeverfahren aufgrund weiterer von der Antragstellerin geltend gemachter Rechtsverletzungen nicht durch einen Zuschlag beendet werden kann und eine Rückversetzung des Verfahrens in Betracht kommt. Dies betrifft die intransparente Bekanntgabe der Eignungskriterien sowie die unterlassene Angabe einer Höchstmenge oder eines Höchstwertes der Rahmenvereinbarung in der EU-Bekanntmachung. Die Antragstellerin hätte – auch wenn ihr Angebot aufgrund der Preiswertung derzeit nicht für den Zuschlag in Betracht kommen würde – damit die Möglichkeit erneut ein Angebot einzureichen und wäre unter dem Aspekt der sogenannten zweite Chance antragsbefugt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die aufgestellten Eignungsanforderungen sind nicht intransparent (siehe nachfolgend unter lit. a). Die Prüfung der Eignung der Beigeladenen ist nicht zu beanstanden (unter lit. b). Die Antragsgegnerin ist beurteilungsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass keine Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen bestehen (unter lit. c). Ein Vergaberechtsverstoß im Hinblick auf die Bekanntmachung einer Höchstmenge beziehungsweise eines Höchstwerts der abrufbaren Leistungen des Rahmenvertrags liegt hier nicht vor (unter lit. d). Es liegen keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht gemäß § 8 VgV vor (unter lit. e).

a) Die von der Antragsgegnerin aufgestellten Eignungsanforderungen sind nicht intransparent. Grundlage der Eignungsprüfung sind die in der Bekanntmachung im Rahmen direkter Links in Ziffer III.1.2) „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sowie III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ hinterlegten Dokumente. Gemäß Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU geben die öffentlichen Auftraggeber die zu erfüllenden Eignungskriterien, die in Form von Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit ausgedrückt werden können, zusammen mit den geeigneten Nachweisen in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung an. § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB setzt hinsichtlich der Eignungskriterien diese Vorgabe in nationales Recht um. Sämtliche Eignungskriterien und Nachweise sind entweder unmittelbar und vollständig in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen oder können durch einen Link auf ein Dokument, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergeben, hinterlegt werden. Maßgebend ist, dass am Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken zu dem Formblatt mit den Eignungsnachweisen gelangen können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18). Dies war hier der Fall. Die in der EU-Bekanntmachung hinterlegten Links führten durch Anklicken direkt zu den Dokumenten „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ und „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“. Die den Interessenten so zugänglich gemachten Eignungsanforderungen waren von der Antragsgegnerin der Wertung zugrunde zu legen (zur Prüfung der einzelnen Anforderung siehe unten).

Dass die verlinkten Dokumente mit den Anforderungen nicht vollständig deckungsgleich mit den in Ziffer 4.2 der Bewerbungsbedingungen unter 4.2.4

„Unternehmensdarstellung“ aufgeführten Eignungsanforderungen waren, führt vorliegend nicht zu einem grundlegenden Mangel der bekanntgemachten Eignungsanforderungen. Die nicht vollständige Deckungsgleichheit ist offensichtlich damit zu erklären, dass die Dokumente zu den Eignungsanforderungen textlich aus den Bewerbungsbedingungen erstellt wurden. Bei den Mindestanforderungen an das Personal ist hierbei ein Textbezug („Es müssen mindestens 30 Mitarbeiter/innen in den o. g. Bereichen beschäftigt sein.“) verloren gegangen. Ohne den Textbezug in den Bewerbungsbedingungen („in den o.g. Bereichen“) ergibt sich nicht, dass die Benennung der 30 Mitarbeiter/innen sich auf die die Anzahl der Mitarbeiter/innen in der Verwaltung und bei den Busfahrer/innen bezog. Bei dem zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit geforderten durchschnittlichen Jahresumsatz von 250.000,- € pro Jahr war nach den bekanntgemachten Eignungsanforderungen kein weiterer Bezug zum Leistungsgegenstand hergestellt.

Die fehlenden Bezüge in den verlinkten Dokumenten der EU-Bekanntmachung führen jedoch lediglich dazu, dass in der Eignungsprüfung keine strengeren Anforderungen als bekannt gemacht an das Personal und den Jahresumsatz angelegt werden dürfen. Ein Bieter dürfte deshalb nicht ausgeschlossen werden. Wollte eine Vergabestelle an ihren – nicht ordnungsgemäß bekanntgemachten Eignungskriterien – festhalten, müsste sie das Vergabeverfahren in den Stand vor Bekanntmachung zurückversetzen. Die Antragsgegnerin hat hier entschieden, die von ihr bekanntgemachten Kriterien der Prüfung zugrunde zu legen. Dies ist nicht zu beanstanden.

- b) Die Antragsgegnerin hat die Eignungsprüfung der Beigeladenen anhand der von ihr gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB bekanntgemachten Eignungsanforderungen vorgenommen. Das Ergebnis der Prüfung, wonach die Beigeladene die aufgestellten Eignungsanforderungen erfüllt, ist nicht zu beanstanden.

(1) Die Beigeladene verfügt über die geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit. Bei der Prüfung der Eignung ist dem Auftraggeber ein Entscheidungsspielraum zuzuerkennen, der einer lediglich eingeschränkten Nachprüfung der Nachprüfungsinstanzen auf Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums unterliegt, insbesondere darauf, ob von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist und allgemeine Wertungsgrundsätze beachtet worden sowie keine sachwidrigen Erwägungen in die

Wertung eingeflossen sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, VII-Verg 4/18). Gefordert war mindestens ein durchschnittlicher Jahresumsatz von 250.000,- € pro Jahr ohne weiteren Bezug zum Gegenstand der Ausschreibung. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin konnte der Mindestumsatz auch allein von einem Mitglied der Bietergemeinschaft – hier durch das Busunternehmen [...] – erbracht werden. Aus der Bezugnahme auf die gesamtschuldnerische Haftung in Ziffer 3.7 der Bewerbungsbedingungen ist nicht abzuleiten, dass jedes einzelne Mitglied der Bietergemeinschaft jeweils auch die Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit für sich erfüllen musste. Dies ergibt sich schon nicht aus dem Wortlaut, der in Ziff. 3.7 der Bewerbungsbedingungen lediglich besagt, dass von jedem Mitglied der Bietergemeinschaft Angaben zur Eignung zu machen sind, was die Beigeladene für beide Mitglieder der Bietergemeinschaft auch getan hat. Mindestanforderungen werden in Ziff. 3.7 über die bloße Angabe hinaus aber gerade nicht aufgestellt. Dies entspricht auch dem Wesen der Bietergemeinschaft, deren Eingehung grundsätzlich erfolgt, um den Mitgliedern die Möglichkeit zu eröffnen, die ihnen jeweils zur Verfügung stehenden Mittel in die Gesamtleistung einzubringen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Juli 2007, VII-Verg 25/07) Daher gilt regelmäßig, dass es bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit auf die einer Bietergemeinschaft insgesamt zur Verfügung stehenden Kapazitäten ankommt. Fachkunde und Leistungsfähigkeit sind daher schon dann als nachgewiesen anzusehen, wenn aussagekräftige Unterlagen für ein oder mehrere Mitglieder der Bietergemeinschaft vorgelegt worden sind und diese das ausgeschriebene Leistungsspektrum abdecken. Einzelnen Mitgliedern verfügbare Eigenschaften sind der Bietergemeinschaft zuzurechnen.

Im Hinblick auf die für eine Bietergemeinschaft typische Arbeits- und Aufgabenteilung können Auftraggeber allerdings gemäß § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV, sofern erforderlich, in den Vergabeunterlagen Bedingungen festlegen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen und den Auftrag auszuführen haben; solche Bedingungen müssen durch sachliche Gründe gerechtfertigt und angemessen sein. Eine solche Sonderregelung liegt hier nicht vor. Die von der Antragstellerin angeführte gesamtschuldnerische Haftung der Bietergemeinschaft in Ziffer 3.7 der Bewerbungsbedingungen stellt vielmehr den Regelfall dar. Bei einer Bietergemeinschaft handelt es sich grundsätzlich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB (vgl. auch Hausmann/von Hoff in

Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zum VgV, 2017, § 43 Rn. 12). Deren Gesellschafter haften gemäß § 427 BGB im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch. Die in den Vergabeunterlagen geregelte Haftung bedeutet mithin keine Sonderregelung im Hinblick auf die nachzuweisende finanzielle Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft und ihrer Mitglieder.

Auch genügt für den nachzuweisenden Jahresumsatz eine allgemeine Angabe ohne Bezug „auf den Leistungsgegenstand“ der Durchführung von Busfahrten zur Personenbeförderung. Der Auffassung der Antragstellerin, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit aufgrund der Vorgaben hier nur in der Durchführung von Informationsfahrten für Besuchergruppen bestehen könne, ist nicht zu folgen. Unabhängig davon, dass eine solche Vorgabe nicht bekannt gemacht war, kann sie auch nicht in die Formulierung hineingelesen werden. Eignungsvorgaben sind nach § 97 Abs. 1 Satz 2 und § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen und müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die Vorgabe hätte tatsächlich nur vom Vorauftragnehmer – der Antragstellerin – erfüllt werden können. Sie ist so auch nicht zu verstehen. Ein Unternehmensumsatz „bezogen auf den Leistungsgegenstand“ kann auch durch touristische Bus-Tagesreisen oder Bustransporte im Linienverkehr erzielt werden. Denn diese sind im Hinblick auf die nachzuweisende finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines in dem Bereich tätigen Unternehmens als vergleichbar im Hinblick auf das Vorhalten von Personal und Logistik/Organisation anzusehen. Insoweit kann sich die Antragstellerin hier auch nicht auf besonders hohe Anforderungen an Logistik und Organisation berufen, weil häufig kurzfristig auf geänderte Anforderungen der Antragsgegnerin reagiert werden müsse. Hiergegen spricht schon § 2 des Rahmenvertrags, wonach jede Fahrt mit einem Vorlauf von drei Wochen anzukündigen ist.

- (2) Die Beigeladene hat die geforderten drei Referenzen ebenso wie die Antragstellerin erbracht. Die Eignungsprüfung der Antragsgegnerin lässt keine Anhaltspunkte für ein Überschreiten der Grenzen des Beurteilungsspielraums erkennen. Nach den von der Antragsgegnerin bekanntgemachten Eignungsanforderungen ist die Leistungsfähigkeit als vorhanden anzusehen, wenn der Bieter mit mindestens drei Referenzen die geforderten Kompetenzen und Erfahrungen in der „Erbringung von dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbaren Leistungen“ belegen kann. Als Beleg der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit kann der öffentliche

Auftraggeber gemäß 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV die Vorlage geeigneter Referenzen verlangen. Welche Art von Aufträgen der Auftraggeber nach Leistungsinhalt und -umfang für geeignet hält, kann er vorab unter Berücksichtigung der zu vergebenden Leistungen definieren. Die Angabe in der Bekanntmachung kann sich aber auch – wie hier – darauf beschränken, dass Referenzen über „vergleichbare“ Liefer- und Dienstleistungsaufträge vorzulegen sind. Der Auftraggeber muss dann aber bei der Bewertung der Referenzen beachten, dass vergleichbare Leistungen schon nach dem Wortlaut nicht gleiche oder gar identische Leistungen sind. Vergleichbar ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung schon dann, wenn sie dieser so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet. Bei der Beurteilung, ob eingereichte Referenzen „vergleichbar“ sind, darf kein zu enger Maßstab angelegt werden (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2018, 13 Verg 8/17). Die Antragsgegnerin hat keine weiteren Festlegungen zur Vergleichbarkeit getroffen. Die geforderte Vergleichbarkeit ist hier deshalb anhand der Leistungsbeschreibung und des Vertragsentwurfs zu ermitteln. Nach § 2 des Rahmenvertrags organisiert die Antragsgegnerin Informationsfahrten für [...] interessierte Besuchergruppen der [...] und der [...]. Demnach benötigt sie Bustransportdienstleistungen. Bei der Beurteilung, ob eingereichte Referenzen „vergleichbar“ sind, ist allerdings keine Verengung des Referenzmaßstabs auf Fahrten für [...] interessierte Besuchergruppen vorzunehmen. Vielmehr ist als Vergleichsmaßstab die Erbringung von Bustransportdienstleistungen zu berücksichtigen, die angesichts vorzuhaltender Logistik (Bereitstellen geeigneter Busse u.a. einschließlich vorgeschriebener Versicherungsleistungen), der Bereitstellung von Fahrern und der organisatorischen Abwicklung (Disposition/Vorhalten einer Leitstelle) von Busfahrten mit einer Buchungsfrist einzelner Beförderungen nach § 2 Abs. 1 des Rahmenvertrags bis spätestens 3 Wochen vor dem Termin einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters erlaubt. Anhand eines solchen Maßstabs bestehen angesichts der von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen keine Zweifel an dem Ergebnis der Eignungsprüfung durch die Antragsgegnerin. Sie ist angesichts der Bewertung der vorlegten Referenzen von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen und hat allgemeine Wertungsgrundsätze beachtet. Sachwidrige Erwägungen sind nicht ersichtlich. Die Vergabekammer hat sich davon überzeugt, dass die Antragsgegnerin auch im Hinblick auf die übrigen Angebote einen vergleichbaren Maßstab angelegt hat.

- (3) Die Mindestanforderungen an das Personal hat die Beigeladene mit Angebotsabgabe ebenso erfüllt. Nach den bekanntgemachten Eignungsanforderungen hatten die Bieter darzustellen, dass sie eine ausreichend große Zahl an qualifizierten Mitarbeitern/innen beschäftigen, die gewährleistet, dass es bei der Realisierung des Projektes zu keinerlei Personalengpässen kommt („Es müssen mindestens 30 Mitarbeiter/innen in den o. g. Bereichen beschäftigt sein“). Wie bereits unter (1) ausgeführt, hatten die Bieter aufgrund des fehlenden Bezugs („in den o.g. Bereichen“) lediglich mindestens 30 Mitarbeiter/innen anzubieten. Eine bestimmte Vorgabe im Hinblick auf die Anzahl der Busfahrer war dem nicht zu entnehmen. Allerdings war den bekanntgemachten Vorgaben zu entnehmen, dass ein Bieter eine ausreichend große Zahl an qualifizierten Mitarbeitern/innen beschäftigen muss, die gewährleistet, dass es bei der Realisierung des Projektes zu keinerlei Personalengpässen kommt. Im Ergebnis haben sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene Ressourcen nachgewiesen, die den Anforderungen der Bekanntmachung als auch den Bewerbungsbedingungen nach Ziffer 4.2.4 entsprechen und sie sogar erheblich übertreffen (vgl. Angebotsunterlagen der Bieter, jeweils Anlage 3, Vergabeakte).
- (4) Die Beigeladene hat die bekanntgemachten Eignungsanforderungen im Hinblick auf die Mindestanforderungen an die Organisationsstruktur erbracht. Die Eignungsprüfung der Antragsgegnerin lässt keine Anhaltspunkte für ein Überschreiten der Grenzen des Beurteilungsspielraums erkennen. Nach den von der Antragsgegnerin bekanntgemachten Anforderungen hatten die Bewerber eine aussagekräftige Unternehmensdarstellung vorzulegen. Diese musste neben allgemeinen Angaben zum Unternehmen Angaben zum Personal und zur Organisationsstruktur enthalten. Die Organisationsstruktur für die Wahrnehmung des Auftrages sollte „auf eine ordnungsgemäße Auftrags erledigung der Bustransfers schließen lassen“. Mindestanforderungen an die Anzahl der Fahrzeuge waren in der EU-Bekanntmachung nicht enthalten. Vielmehr ergibt sich die Anzahl der einzusetzenden Fahrzeuge aus dem in den Vergabeunterlagen enthaltenen Rahmenvertrag (§ 4 Fahrzeugeinsatz), wonach der Auftragnehmer für den Auftrag eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen bereithalten muss. Grundsätzlich gilt bei der Eignungsprüfung, dass die Eignung des Bieters –

insbesondere der Umstand, dass er zu den ausgeschriebenen Leistungen in der Lage ist – im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung geklärt sein und in diesem Zeitpunkt bejaht werden können muss. Hierbei ist es allerdings nicht erforderlich, dass dem Bieter die zur Leistungserbringung erforderlichen Mittel bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder bei Zuschlagserteilung zur Verfügung stehen. Der Auftragnehmer muss, sofern sich der öffentliche Auftraggeber nicht in der Bekanntmachung einen anderen Zeitpunkt vorbehält, in der Regel erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung über die eignungsrelevanten Mittel verfügen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18). Dies ist vorliegend der Fall. Die Bieter hatten lediglich – und so hat es die Beigeladene gehalten – ihre Organisationsstruktur für die Wahrnehmung des Auftrages darzustellen. Im Zeitpunkt der Angebotsabgabe musste die Beigeladene somit noch nicht über die Gesamtzahl der nach § 4 Rahmenvertrag vorzuhaltenden Reisebusse verfügen. Soweit die Vergabedokumentation der Antragsgegnerin hierzu anmerkt, dass jedenfalls ohne Zukäufe und Anmietungen der Auftrag nicht erfüllt werden könne, legt die Beigeladene genau diese Vorgehensweise in ihrem Angebot dar. Dementsprechend hatte auch die Antragsgegnerin im Ergebnis keine weiteren Bedenken mehr gegen die Eignung der Beigeladenen gehabt.

- c) Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Preisauflklärung ist nicht zu beanstanden. Erscheint der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der öffentliche Auftraggeber gemäß § 60 Abs. 1 VgV vom Bieter Aufklärung. Eine Prüfpflicht wird nach ständiger Rechtsprechung überwiegend dann angenommen, wenn sich ein prozentualer Abstand zum Angebot des nächstplatzierten Bieters von 20% der Gesamtauftragssumme ergibt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2020, VII-Verg 26/19; Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 60 Rn. 4 m.w.N.). Vorliegend beträgt der Abstand des nächstplatzierten Bieters zum Angebot der Beigeladenen weniger als 20%. Das Angebot der Beigeladenen ist zudem teurer als die Kostenschätzung der Antragsgegnerin. Es bestand daher grundsätzlich keine Verpflichtung der Antragsgegnerin eine Preisauflklärung vorzunehmen.

Die von ihr gleichwohl vorgenommene Aufklärung der Angebotspreise begegnet keinen Bedenken. Bei der Aufklärung des Angebotspreises kommt dem Auftraggeber ein dem Beurteilungsspielraum ähnlicher Wertungsspielraum zu, der von den

Vergabenachprüfungsinstanzen nur dahin überprüfbar ist, ob er seiner Entscheidung einen zutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt hat und aufgrund sachgemäßer und sachlich nachvollziehbarer Erwägungen zu seinem Ergebnis gelangt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2020, VII-Verg 26/19). Die Antragsgegnerin ist hier beurteilungsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass keine Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen bestehen. Die Beigeladene hat im Rahmen der Übermittlung ihrer Kalkulationsgrundlagen ihre Rechnung erläutert und preisrelevante inhaltlichen Aspekte des Angebots erklärt (u.a. Kalkulation der Fahrerlohns, Erläuterung der durchschnittlichen Kosten pro Autobus). Die Antragsgegnerin kam daraufhin zu dem Ergebnis, dass die Kalkulation der Beigeladenen plausibel sei und auskömmlich erscheine. Zu weiteren Aufklärungen war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet.

- d) Ein Vergaberechtsverstoß im Hinblick auf die Bekanntmachung einer Höchstmenge beziehungsweise eines Höchstwerts der abrufbaren Leistungen des Rahmenvertrags liegt hier nicht vor. Die Antragsgegnerin ist ihren insoweit bestehenden Pflichten nachgekommen. Eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens kommt nicht in Betracht.
- Ein öffentlicher Auftraggeber ist nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung gemäß Art. 33 der Richtlinie 2014/24/EU verpflichtet, in der Bekanntmachung die Schätzmenge und/oder den Schätzwert sowie eine Höchstmenge und/oder einen Höchstwert der zu liefernden Waren anzugeben (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021, C-23/20). Es besteht somit nach § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV die Pflicht zur sorgfältigen Ermittlung des in Aussicht genommenen Auftragsvolumens durch den öffentlichen Auftraggeber. Gleichzeitig ist dieser verpflichtet, eine Höchstmenge bekanntzugeben, die auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung beim Auftragnehmer abgerufen werden kann. Die Angabe eines Höchstwertes folgt aus den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung der am Abschluss der Rahmenvereinbarung interessierten Wirtschaftsteilnehmer. Die Angabe der Höchstmenge oder des Höchstwerts der gemäß Rahmenvereinbarung zu erbringenden Leistungen kann nach EuGH entweder in der Bekanntmachung oder in den anhand elektronischer Mittel uneingeschränkt und direkt zugänglichen Auftragsunterlagen erfolgen (EuGH, aaO, Rn. 71, unter Verweis auf Art. 53 Abs. 1 und 51 der Richtlinie 2014/24/EU). Eine der EuGH-Rechtsprechung entsprechende Angabe der Höchstmenge der ausgeschriebenen Leistung ist hier erfolgt. Zwar hat die

Antragsgegnerin keine Angabe in Ziffer II.2.6) der EU-Bekanntmachung zum geschätzten Wert der Rahmenvereinbarung gemacht. Sie hat aber in den unter Ziffer I.3) der Bekanntmachung elektronisch zugänglichen Auftragsunterlagen den Entwurf des Rahmenvertrags in den Bewerbungsbedingungen zugänglich gemacht. In § 1 Abs. 1 des Rahmenvertrags hat die Antragsgegnerin angegeben, dass wöchentlich bis zu 80 Transporte erforderlich seien. Dies stellt eine abrufbare Höchstmenge dar, die mithilfe der vertraglichen Laufzeit von drei Jahren hochgerechnet werden kann.

- e) Es liegen keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht gemäß § 8 Abs. 1 und 2 VgV vor. Der Vergabevermerk enthält alle Mindestangaben. Der elektronischen Vergabeakte sind alle Prüfschritte, mit denen die sachliche Richtigkeit der angefochtenen Vergabeentscheidung verteidigt werden kann, zu entnehmen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Da sich die Beigeladene schriftsätzlich und im Verlauf der mündlichen Verhandlung aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat, entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich umfangreiche und komplexe Rechtsfragen, die Kenntnisse des EU-Vergaberechts und der aktuellen Rechtsprechung des EuGH erforderten, so dass eine anwaltliche Vertretung notwendig gewesen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren grundlegende Rechtsfragen zur Wertung aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Da auch die Antragstellerin anwaltlich vertreten war, war die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Beigeladene darüber hinaus zur Herstellung der „Waffengleichheit“ erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Der Vorsitzende Behrens ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Brauer

Brauer